

REVISTA DOS ESTUDANTES DA  
FACULDADE DE DIREITO  
VERSÃO ELETRÔNICA

Volume 1 – fev./abr. 2007

REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE  
DIREITO  
VERSÃO ELETRÔNICA

Ano I Volume I – Fev./Abr. 2007

**Conselho Editorial**

Prof. Dra. Lília Maia de Moraes Sales – UFC

Gustavo Beviláqua Vasconcelos

Gustavo César Machado Cabral

Mariana Almeida de Sousa

Tiago Emanuel Montenegro Alves

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito. Versão Eletrônica.

v.1-2007-Fortaleza,n.trimestral.

Órgão oficial do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua.

1-Direito-periódico

1-Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito

Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua

## Sobre os Autores

Afonso de Paula Pinheiro Rocha

Mestrando em Direito pela UFC.

Bruno Cunha Weyne

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Monitor da disciplina Introdução ao Estudo do Direito.

Caroline Câmara Duarte

Analista Judiciária – TRT 7ª Região. Acadêmica do 4º Semestre do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Felipe Oliveira de Sousa

Acadêmico do 5º período de Direito da UFC. Bolsista do programa PIBIC-UFC.

Francisco Cláudio Oliveira Silva Filho.

Estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Assessor jurídico do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra do Ceará.

Gustavo César Machado Cabral

Bacharelado em Direito pela Direito da Universidade Federal do Ceará e Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC.

Mariana Almeida de Sousa

Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Ceará e Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC.

Michelle Amorim Sancho Souza

Estudante do 4º semestre da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Estagiária da 3ª Vara das Sucessões do Fórum Clóvis Beviláqua.

Nara Mikaele Carvalho Araújo

Estudante do 4º semestre de Direito na Universidade Federal do Ceará.

**Paulo Martins dos Santos**

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

**Rafael Benevides Barbosa Gomes**

Aluno do curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

# Editorial

É com imenso prazer que o Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, realiza um desejo antigo: a publicação de um periódico eletrônico.

Desde a sua primeira década de existência, a Faculdade de Direito vem mantendo o gosto por revistas científicas. Durante o curto período em que havia dois centros acadêmicos, o Clóvis Beviláqua e o Farias Brito, no final da década de 20, duas revistas chegaram a coexistir, a *Heliópolis* e a *Revista Clóvis Beviláqua*, o que constata que produção científica não era um problema para os editores.

O órgão que mais tempo durou, no entanto, foi um jornal, *A Balança*, criado em meados da década de 60. Mesmo atravessando dificuldades para conseguir recursos para a impressão, o que interrompeu, algumas vezes, a sua publicação, o jornal foi rodado durante muitos anos, estabelecendo em torno do seu nome certa identidade.

Após cerca de oito anos sem vir ao público, *A Balança* teve um número publicado em **abril de 2006**. Nesta mesma época, surgiu um novo projeto vinculado ao Centro Acadêmico, encabeçado por alguns estudantes, pretendendo criar uma revista científica impressa, no moldes exigidos atualmente. Nascia, então, a *Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito*, cujo primeiro volume, no prelo, chegará a nossas mãos brevemente.

As dificuldades encontradas tanto pelo jornal quanto pela revista, especialmente no tocante à verba para a impressão, fizeram com que o Centro Acadêmico procurasse outras vias para tentar resolver o problema da necessidade de veículos de publicação da nossa produção científica. A solução a que chegamos foi o estabelecimento de uma revista eletrônica, que se vinculou ao projeto da revista impressa, e, por isso, foi batizado de *Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito – versão eletrônica*.

A diversidade temática é um dos grandes trunfos desta primeira edição. Encontram-se artigos ligados ao direito civil, ao direito constitucional, ao direito do trabalho, ao direito internacional, à teoria do direito, à sociologia jurídica, à filosofia do direito e à educação. Desta forma, o leitor poderá apreciar escritos qualificados e que versam sobre as mais variadas áreas do direito.

É importante, ainda, salientar que dez dos onze autores são alunos da Faculdade de Direito, sendo um deles do Curso de Mestrado. Isto mostra o envolvimento de nossos estudantes com a pesquisa científica.

É desejo do Conselho Editorial que o leitor aprecie a *Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito – versão eletrônica*, e que possamos dar continuidade a este projeto cuja pretensão é estabelecer de vez um canal para a divulgação da produção científica nesta Centenária Instituição.

Fortaleza, fevereiro de 2007.

*Conselho Editorial*

# Sumário

## A Concepção do Direito como Realidade Institucional

*Afonso de Paula Pinheiro Rocha*

*Felipe Oliveira de Sousa*.....7

## As Raízes do Tráfico de Seres Humanos no Brasil e a Problemática da Discriminação em Razão do Sexo

*Mariana Almeida de Sousa*.....18

## Direito e Alienação: A Relação Contratual como Mediação Alienada das Relações Sociais

*Francisco Cláudio Oliveira Silva Filho*.....26

## Do Mandado de Segurança Coletivo

*Paulo Martins dos Santos*.....33

## Ética e Educação no Século XXI

*Bruno Cunha Weyne*.....41

## Fundações – Da Constituição à Extinção no Código Civil de 2002

*Nara Mikaele Carvalho Araújo*..... 52

## O Ambiente como Fundamento do Sistema Jurídico Auto-Referencial de Niklas Luhmann

*Rafael Benevides Barbosa Gomes*.....60

## O Mito de Ifigênia, a Interpretação e os Interesses Coletivos

*Gustavo César Machado Cabral*.....68

## O Papel do Advogado-Geral da União no Controle de Constitucionalidade Concentrado

*Michelle Amorim Sancho Souza*.....81

## O Regime Estatutário e a Nova Competência da Justiça do Trabalho

*Caroline Câmara Duarte*.....91

# A CONCEPÇÃO DO DIREITO COMO REALIDADE INSTITUCIONAL

**Afonso de Paula Pinheiro Rocha**

*Mestrando em Direito pela UFCE*

**Felipe Oliveira de Sousa**

*Acadêmico do 5º período de Direito da UFCE. Bolsista do programa PIBIC-UFCE*

**RESUMO:** O estudo procura enfocar uma concepção de direito diferente das já tradicionalmente assinaladas pela doutrina. Dentro da perspectiva da filosofia da linguagem, da teoria dos atos de fala e da construção da realidade social, procura-se argumentar que o direito pode ser identificado com a própria realidade social. Tal perspectiva enseja um campo de estudo mais promissor na possibilidade de promover avanços na análise de questões cruciais que emergem, ainda sem um consenso, na Teoria Contemporânea do Direito. O estudo, apresentando algumas teorias sobre a construção da realidade social e institucional, baseia-se nas mais abalizadas considerações filosóficas e científicas deste novo século, demonstrando, ressalta-se, a necessidade inafastável de se compreender o fenômeno jurídico sob o conhecimento que é hoje veiculado pelas Ciências Cognitivas, pela Neurociência, pela Filosofia da Mente etc.

**Palavras-chave:** Direito. Realidade Jurídica. Realidade Institucional.

**ABSTRACT:** This study aims to focus on a conception of law distinct from the ones traditionally assigned by the doctrine. Within the Philosophy of Language's perspective, the speech acts' theory and the construction of social reality, we try to argue that Law can be identified with social reality. This perspective provides a framework more promising in making advances in the analysis of crucial questions that emerge, still without a consensus, in the Contemporary Theory of Law. This study, exposing some theories about the construction of social and institutional reality, is based on the most distinguished philosophical and scientific appointments of this new century, showing the indispensable necessity of understanding the juridical phenomenon from the knowledge provided by Cognitive Sciences, Neuroscience, Mind Philosophy etc.

**Key-words:** Law. Juridical Reality. Institutional Reality.

## 1. Introdução

O termo direito não é unívoco. Trata-se de um termo utilizado tanto numa terminologia de rigor científico, como na linguagem coloquial. Essa pluralidade de contextos, ou jogos lingüísticos em que o “direito” é utilizado contribui para a vasta quantidade de concepções do mesmo.

O próprio professor Lyra Filho [1] aborda a temática tentando inicialmente não demonstrar o que exatamente é o Direito, mas sim o que ele não é, iniciando uma metodologia de distinção do que é o Direito positivo, encarado como a norma jurídica, da idéia de Direito como ideal do justo.

Através da doutrina tradicional, é possível identificar, ao menos, cinco concepções de direito: a) direito como norma; b) direito como faculdade; c) direito como justiça; d) direito como ciência; e) direito como fato.

Essas concepções evocam as preocupações clássicas da doutrina em consubstanciar o direito em normas, práticas ou ideais.

O direito enquanto norma pretende identificar o direito com o seu veículo, a norma jurídica, seja ela de produção estatal ou não. Saliente-se que nesse ponto a própria doutrina entra em conflito, pois existem aqueles que reduzem o direito à norma estatal, enquanto outros vislumbram a possibilidade de existência de normatividade fora do Estado.

O direito como faculdade volta-se para a noção de direito subjetivo como uma faculdade do indivíduo de exigir um comportamento ou prestação de outrem, ou seja, uma justificativa para a submissão de outrem a um interesse pessoal.

O direito como justiça volta-se para o ideal de que o direito é uma forma de atingir o valor da justiça. Esse valor, por sua vez, é um elemento legitimador de determinada ordem jurídica ou de um direito-norma.

O direito como ciência relaciona-se com a preocupação de uma cientificidade e do saber estruturado e lógico em torno de um objeto. O direito seria a ciência que tem por objeto, por exemplo, a norma jurídica.

Por fim, o direito como fato é originário de uma perspectiva sociológica que vislumbra o direito como o rótulo do conjunto de práticas dos tribunais e dos órgãos de decisão.

Todas essas concepções, entretanto, percebem o direito como uma realidade concreta, como se fosse um ente com uma ontologia objetiva e uma existência independente do observador. Apóiam-se em doutrinas que tem por base um horizonte filosófico de tradição clássica, um racionalismo iluminista ou, até mesmo, uma percepção kantiana.

Cumprido constatar, porém, que a filosofia sofreu importantes mudanças paradigmáticas, em especial com o desenvolvimento da filosofia da linguagem e da filosofia da mente. A filosofia da linguagem demonstrou que não só o *nômeno* é inacessível, como também o próprio fenômeno empírico

só é perceptível através de uma mediação lingüística. Assim, a linguagem é mediador obrigatório do conhecimento e da percepção, tornando-se ela, por isso, o instituto fundamental da realidade social humana.

Contribuindo com essa postura filosófica, tem-se o desenvolvimento da filosofia da mente, ou seja, o estudo de como os diversos estados mentais e o funcionamento da mente humana interagem com a linguagem e condicionam a construção do mundo perceptível.

Dessa forma, num mundo pós-reviravolta lingüística, é interessante repensar a concepção do direito com base na mediação lingüística, e ainda mais sendo o direito uma realidade que tem sua existência condicionada pela linguagem.

Assim, uma concepção interessante de direito é perceber que o que chamamos de direito existe em uma realidade que é eminentemente lingüística. O direito, enquanto interferência intersubjetiva, é necessariamente parte dessa realidade social institucional.

Passamos a traçar considerações sobre elementos constitutivos dessa realidade institucional.

## **2. Um Conceito de Realidade**

Vivemos, em nosso cotidiano jurídico, dentro de uma realidade que, ao mesmo passo em que nos parece bem familiar, constitui algo de difícil descrição. Para que se torne mais clara a nossa noção de *realidade jurídica* e, dessa forma, também a sua descrição, mostra-se bastante útil atentar para uma investigação ontológica acerca da própria *realidade*, ou seja, faz-se importante perguntar-nos sobre o conceito de realidade, ou sobre quais entes realmente existem (isto é, são reais). Tal indagação logo nos remete àquela dicotomia, já tão difundida em diversas correntes filosóficas, sob diferentes marcos, entre a *realidade* e o *pensamento* [2].

Pela nossa experiência comum [3], entende-se que, enquanto a *realidade*<sub>1</sub> é aquilo que *nós podemos perceber através dos nossos sentidos*, o *pensamento* é aquilo que *nós podemos representar através dos nossos sentidos*, sob a forma de *impressões* e/ou *sensações*. Com efeito, é possível inferir que os nossos sentidos podem funcionar como a porta de entrada da realidade<sub>1</sub> ou como a porta de saída do pensamento, ou que a *percepção* (através dos nossos sentidos) (re)produz [4], de alguma maneira, a realidade<sub>1</sub> e o *pensamento* (elaborado a partir dessa percepção) pode manifestar, por impressões e/ou sensações, tal realidade<sub>1</sub> (re)produzida (percebida).

Essa distinção entre a *realidade*<sub>1</sub> e o *pensamento* possui uma definição muito intrincada. A nossa percepção da realidade<sub>1</sub> retrata a *realidade* tal qual ela é produzida (constituída) ou apenas retrata uma

reprodução dela? Sem adentrar propriamente nessa discussão, pois estaríamos fugindo dos objetivos principais do presente texto, importa relevar que são inegáveis, pelo menos, duas considerações básicas: (i) apreendemos a realidade<sub>1</sub> através de percepções que são, reconhecidamente, limitadas pelos nossos sentidos e (ii) se não apreendemos a realidade como um todo, é certo que, ao menos, percebemo-la através de determinados aspectos.

Dessa forma, somos forçados a perceber dois tipos de entidades reais, aquelas empiricamente perceptíveis por sua extensão física e aquelas entidades conceituais perceptíveis através do pensamento e da consciência humana.

Um exemplo interessante dessa dualidade é um jogo de xadrez.

Para que tal jogo aconteça na *realidade*, marcadamente, são necessárias duas dimensões de existência: uma física (material, mais relacionada com a *realidade*<sub>1</sub>) e uma conceitual (imaterial; mais criativa).

Considere, por exemplo, a peça da torre. Tem-se, inicialmente, a torre como um ente físico (ocupando um lugar no espaço), ou seja, como um determinado objeto, quase sempre feito de madeira, que possui um formato próprio e que pode ser tocado e visto por nós (é-nos diretamente perceptível). Há, contudo, algo que não nos é perceptível na torre enquanto ente físico, e que parece ser imprescindível ao nosso conceito da torre enquanto peça de um jogo de xadrez.

Esse algo é aquilo que, precisamente, remete-nos à dimensão conceitual (invisível) da existência do jogo na realidade. Com efeito, a torre, enquanto peça de um jogo de xadrez, assume um modo peculiar de existir, desempenha uma função especial, qual seja: a de só poder ser movimentada horizontal ou verticalmente, seja por quantas casas forem, a depender de quais casas estiverem vagas no momento da jogada.

Tal definição do movimento da torre, que, destaca-se, é simples fruto de *regras* ou *convenções humanas*, parece integrar o próprio conceito da torre enquanto peça do xadrez. A torre só *existe* (e, portanto, é *real*) tal qual ela se configura num jogo tradicional de xadrez, porque se *convencionou*, em algum período no tempo, que o *ente físico* em que ela consiste (a peça de madeira, com um desenho determinado) está autorizado a mover-se *através de certos movimentos pré-determinados* (também por convenções).

Assim, à guisa de forma geral, induz-se que é condição (pressuposto) de *existência* (e, assim, condição de ser uma entidade *real*) de qualquer peça num jogo de xadrez não só a sua *dimensão material* (da peça inserida na *realidade*<sub>1</sub>, como um ente físico), mas também a sua *dimensão conceitual* (dos seus movimentos *convencionados*).

A dimensão conceitual ganha ainda mais importância em virtude das entidades que efetivamente só existem enquanto percepção humana. Tratam-se de *entidades abstratas (completamente invisíveis)*, que só admitem uma dimensão conceitual, ou seja, que, por só poderem ser imaginadas, não se relacionam diretamente com nenhuma entidade física.

Aí se enquadram os *significados*, por exemplo. Eles constituem aqueles entes misteriosos que fazem a conexão entre as palavras (meros riscos gráficos) e as suas referências (os entes *reais*<sub>1</sub>).

Pode-se dizer, sem muito pesar, que um *significado*, em termos gerais, constitui uma representação cognitiva muito abstrata de alguma entidade, ou seja, constitui um *slot* [5] ou um mero *esqueleto semântico* de uma realidade que ainda está para ser construída aos nossos sentidos.

Com efeito, percebe-se que a realidade, efetivamente, vem em níveis, entre os quais se destacam: um nível *empírico* (entes e eventos físicos), um *empírico-conceitual* (como o do jogo de xadrez) e um *conceitual* (do pensamento propriamente dito).

Dessas considerações, chega-se a um novo conceito de realidade, mais adequado aos nossos interesses, ao qual denominaremos *realidade*<sub>2</sub>: a *realidade*<sub>2</sub> é aquilo que *nós podemos tanto perceber, como pensar com os nossos sentidos*. Diferentemente do que afirma o senso comum, uma entidade é *real*<sub>2</sub>, portanto, não só quando podemos tocá-la, vê-la, percebê-la, mas também quando simplesmente podemos pensá-la (imaginá-la), quer *criando* algo sobre uma realidade empírica (*realidade*<sub>1</sub>), quer lidando somente com entidades abstratas.

### **3. Direito Enquanto Realidade Institucional**

Das considerações acima, podemos extrair algumas implicações interessantes para a compreensão do direito.

Independente de percepção física, o direito é um ente real. Apesar de aparentemente óbvia essa afirmação, não é óbvia a percepção da realidade na qual se encontra o direito. Trata-se de uma realidade puramente conceitual, de percepção lingüística humana.

Só podemos dizer que algo é direito se atribuirmos uma carga de significado a estas práticas. Salvo o pensamento jusnaturalista, não se pode dizer que existe direito sem convenções humanas de fundo lingüístico.

Tome-se, por exemplo, a concepção de direito como fato já indicada acima. Mesmo para aqueles que consideram o direito como um conjunto de práticas, atos concretos e fatos (decisões judiciais) concretos, ainda há um elemento lingüístico, que é a interpretação de todos esses fatos como direito.

O direito, portanto, pode ser concebido não como uma realidade física ou bruta, mas como uma realidade institucional. Nesse momento, é interessante trazer uma diferenciação existente tanto na filosofia da linguagem como na filosofia da mente: a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Trata-se de uma distinção elaborada por John Searle [6], claramente inspirada num artigo de G.E.M. Anscombe [7].

Em linhas gerais, os *fatos brutos* são aqueles eventos empíricos que ocorrem independentemente de qualquer *regra ou convenção* estabelecida por um ser humano. Normalmente, entende-se que o conhecimento acerca dos *fatos brutos* é o tipo de conhecimento que baseia as chamadas ciências naturais, isto é, aquelas ciências que se ocupam dos dados obtidos através de simples observações empíricas captadas por percepções sensíveis (dos nossos sentidos) da *realidade*. São exemplos de fatos brutos, considera-se, a chuva, as ondas do mar, as reações químicas, a queda de um objeto por força da gravidade etc.

Já os *fatos institucionais* são aqueles cuja própria existência pressupõe, *necessariamente*, a existência de certas instituições humanas, ou melhor, de um *sistema de regras ou de convenções* criado pelo homem. Com efeito, é inegável que muitas das instituições por nós consideradas *reais* (pelo menos em algum dos sentidos de “real”) só existem porque o homem as criou, em algum período no tempo, através da estipulação de certas convenções. Imagine, por exemplo, o jogo de xadrez, ou o casamento de A com B, ou a vitória do Ceará por 1 a 0 sobre o Fortaleza na final do Campeonato Cearense de Futebol, ou um contrato de trabalho firmado entre o empregado e o seu empregador etc. Pode-se atribuir a esses eventos a dimensão de existência *empírico-conceitual* da realidade, já referida no item anterior, em que eles, apesar de possuírem uma realidade empírica, só vão efetivamente existir *enquanto tais* (v.g., um conjunto de peças de madeira enquanto jogo de xadrez, a união de duas pessoas enquanto casamento, o acordo entre certas pessoas enquanto um contrato válido etc.) quando um conjunto de regras for estipulado constituindo-os *a nível ontológico*.

O direito pode ser vislumbrado, então, como um grande segmento da realidade institucional. As regras do direito, que têm por objetivo regular condutas, são fundadas num intrincado conjunto de acordos, consensos e convenções humanas, sendo, portanto, fatos institucionais.

Mais ainda, adotando uma concepção ampla do direito, temos que admitir que toda conduta humana não se encontra alheia ao direito, podendo ser juridicamente identificada, como, por exemplo, proibida, obrigatória ou permitida. Percebemos que o direito vai confundir-se, na sua abrangência, com a própria realidade institucional.

#### **4. Construção da Realidade Institucional**

Interessante consignar algumas idéias do filósofo da Universidade de Berkeley, John R. Searle, que dedicou extensa pesquisa à questão de como são constituídaa a realidade social e a institucional. Podendo o direito se confundir com a própria realidade institucional, é bastante salutar tecer comentários sobre as teorias de origem de uma realidade institucional.

Em sua teoria, Searle faz a distinção entre os aspectos da realidade que seriam dependentes do observador e os que seriam independentes do observador. O filósofo define os aspectos dependentes do observador como todos aqueles que sua própria existência depende de pensamentos, atitudes, crenças (intencionalidade [8]) dos agentes sociais [9].

Nesse sentido, podemos dizer que a realidade jurídica é dependente do observador. Algo só é uma norma jurídica, uma lei, uma decisão judicial, um parlamento, uma suprema corte, se os indivíduos tiverem um determinado conjunto de crenças, pensamentos e atitudes para com o fenômeno em questão.

Destaque-se que tais fenômenos podem ser epistemologicamente objetivos. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal é objetivamente identificável, porém alguma coisa só é uma corte, um tribunal, em virtude da construção institucional, de uma construção coletiva do que vem a ser uma corte ou um tribunal.

Essa dependência do observador vai levar a uma subjetividade ontológica, que muitas vezes é despercebida no que toca ao conceito de direito. Várias concepções tradicionais de direito o vislumbram como um ente de ontologia objetiva e absoluta, quando, na verdade, não passam de propostas condicionadas pelo horizonte lingüístico do proponente.

Na visão de Searle, essa intencionalidade coletiva é suficiente para a construção dos aspectos mais simples da realidade social e dos fatos sociais. Esta intencionalidade acontece sempre que dois indivíduos ou animais compartilham desejos, intenções, crenças etc.

Assim, para o filósofo, toda cooperação animal é constitutiva de uma realidade social. É inegável que abelhas têm uma cooperação organizada, que primatas têm uma cooperação e proteção mútua. É inegável, ainda, que determinados tipos de predadores cacem em conjunto, cooperando mutuamente. Isso, para Searle, é uma realidade social, mas não institucional.

A questão verdadeira que envolve a realidade do direito é a passagem de fatos sociais para fatos institucionais. Há um grande passo que separa esta realidade social da realidade institucional. A pergunta a se fazer agora é a seguinte: quais os elementos específicos que devem ser associados a esta intencionalidade coletiva criadora de fatos sociais para a criação de fatos institucionais?

Searle responde a questão indicando dois elementos: 1) a necessidade de imposição de função (*status function*) e 2) a necessidade de regras constitutivas.

Quanto à imposição de função, vemos que diversos animais conseguem utilizar ferramentas, como os macacos que utilizam gravetos para retirar formigas ou cupins da terra. Porém, os animais conseguem utilizar tais materiais em virtude das propriedades físicas que eles apresentam.

Os humanos conseguem, através de uma aceitação coletiva, impor a determinados objetos um determinado status que independe de suas características físicas. Com este status deriva uma função que só existe em virtude das atitudes dos indivíduos para com o objeto e da aceitação coletiva desta “função de status”.

Exemplo claro disso é o dinheiro. Os pedaços de papel que chamamos cédulas só o são e só funcionam como tal em virtude da aceitação coletiva de que aquele pedaço de papel, que passou por determinado processo, ou seja, dentro de um contexto, vale como dinheiro.

O segundo requisito apresentado por Searle, são as normas constitutivas. Este requisito, por sua vez, é necessário para constituir o primeiro.

Searle diferencia dois tipos de normas, as normas regulativas e as normas constitutivas. As normas regulativas disciplinam uma forma anterior de comportamento e, usualmente, são referentes a uma representação objetiva da realidade. Exemplos seriam: “Não fumar dentro do restaurante”, “Utilizar capacete dentro da obra”. São, por exemplo, normas que usualmente evocam uma imagem mental de comportamento.

As normas constitutivas não somente regulam, porém criam e permitem a própria existência de uma realidade. O exemplo tradicional é o jogo de xadrez. As regras do xadrez não só regulam a forma de jogar, mas condicionam a própria existência do jogo e do ato de jogar xadrez.

Essas regras podem ser reduzidas ao enunciado de que “X vale como Y no contexto C” [10]. Esta é a base que permite a imposição de funções de status e a transformação de fatos sociais em fatos institucionais. Assim, as normas constitutivas são a expressão da passagem de uma realidade social para uma realidade política.

A pessoa que satisfaz estas ou aquelas condições vale como presidente, o texto que satisfaz esse procedimento vale como lei, a pessoa que satisfaz determinados requisitos vale como alguém que pode decidir um conflito. De uma forma ainda mais elaborada: a decisão que satisfaz uma série de requisitos dentre os quais o “ser” proferida por uma pessoa que satisfaz outros requisitos, vale como decisão judicial.

Fatos institucionais são dependentes da linguagem, até porque só podem existir enquanto representados como tal. Desta forma, é possível conceber o direito como conjunto de regras constitutivas e regulativas que consubstanciam a realidade institucional.

## 5. Conclusão

Mesmo que muito brevemente, pôde-se constatar a grande contribuição em potencial que o enquadramento do Direito como realidade institucional pode exercer numa reconstrução teórica do fenômeno jurídico, estabelecendo um diálogo com as novas pesquisas no campo da filosofia.

Por fim, a concepção do Direito como realidade institucional, sob um ponto de vista filosófico, torna possível um ponto de partida para a reconstrução da dogmática jurídica, agora com a percepção do direito como uma realidade dependente do observador e intersubjetivamente constituída.

### Notas

[1] Confira: LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

[2] Cabe já ressaltar que as breves considerações aqui propostas, tendo em vista as grandes dificuldades que se têm para compreender essa complicadíssima distinção *realidade/pensamento*, servem apenas como uma humilde orientação naquilo que é pertinente ao tema principal deste texto, o do enquadramento do fenômeno do Direito, enquanto realidade, como *fato institucional*.

[3] Denominaremos de *realidade<sub>1</sub>* e de entidade *real<sub>1</sub>* os conceitos, respectivamente, de *realidade* e de *entidade real* levados a cabo, de modo bem corriqueiro, na nossa experiência comum, cotidiana. Tal estratégia de exposição se justificará mais adiante, com a introdução de uma nova definição do conceito de realidade.

[4] O termo (re)produzir é assim utilizado para evidenciar a obscura dicotomia *realidade/pensamento*. A realidade é produto do pensamento, ou é apenas reproduzida por ele? Ela se confunde com ele, em algum aspecto? No que importa aos objetivos deste estudo, considerar-se-á a tese que, ao menos, parece ser *a de mais difícil refutação*: a de que o *pensamento*, quando apreende a *realidade*, reproduz-la somente em certos aspectos.

[5] Utilizamos, aqui, da metáfora do *slot* - conector de expansão que está disponível na placa-mãe de um computador. O *slot* é um espaço vazio que permite, quando preenchido, a expansão de algumas propriedades importantes de um computador, como a de sua memória. A fórmula conceitual que é um *significado*, quando preenchida (geralmente com percepções da *realidade<sub>1</sub>*), expande certos aspectos da compreensão que temos de uma entidade (de um nível sub-pessoal, passa-se a um nível, diga-se, mais consciente ou concreto de representação).

[6] Para um melhor esclarecimento dessa distinção veja: GUERRA, M. *Fatos e instituições: um mundo feito de normas*. In *Diálogo Jurídico*, n. 4, 2005; e SEARLE, J. *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

[7] ANSCOMBE, G.E.M. *On Brute Facts*. In *Analysis*, vol.18, no.3, 1958.

[8] A intencionalidade na concepção de Searle é um aspecto de estados mentais direcionados a algo. Não se limita à intenção, posto que engloba muito mais, envolvendo crenças, medos, expectativas, desejos etc. Estados Intencionais normalmente apresentam uma estrutura similar aos atos de fala, envolvendo um conteúdo proposicional e um modo psicológico. Nesse sentido temos o trabalho de Searle: *Intentionality: Na Essay on the Philosophy of the Mind*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

[9] Veja: SEARLE, John R. *Social Ontology and Political Power*, in FF Schmitt (org.) “Socializing Metaphysics: The Nature of Social Reality”. Rowman & Littlefield Pub Inc, 2003. pp. 195–210.

[10] Nesse sentido, confira: SEARLE, John R. *Mind, Language and Society*. New York: Basic Books, 1999.

### Referências

ANSCOMBE, G.E.M. *On Brute Facts*. In *Analysis*, vol.18, no.3, 1958.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Norma: uma entidade semântica*. In Dimas Macedo (org.), *Filosofia e Constituição*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

\_\_\_\_\_. *Fatos e instituições: um mundo feito de normas*. In *Diálogo Jurídico*. Revista de Direito da Faculdade Farias Brito, n. 4, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MACCORMICK, Neil; & WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: Holanda, 1986.

SEARLE, John R. *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

\_\_\_\_\_. *Mind, Language and Society*. New York: Basic Books, 1999.

\_\_\_\_\_. *Intentionality: an Essay on the Philosophy of the Mind*. Cambridge: Cambridge

University Press, 1983.

\_\_\_\_\_. *Social Ontology and Political Power*. In FF Schmitt (org.), *Socializing Metaphysics: The Nature of Social Reality*. New York: Rowman & Littlefield Pub Inc. 2003. pp. 195–210.

# AS RAÍZES DO TRÁFICO DE SERES HUMANOS NO BRASIL E A PROBLEMÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO SEXO

Mariana Almeida de Sousa

Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará e Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC.

[nanaangel@superig.com.br](mailto:nanaangel@superig.com.br)

**RESUMO:** O tráfico de mulheres é o terceiro mais rentável do mundo. O trabalho em questão tem como objetivo precípua analisar as questões de maior relevância concernentes a essa modalidade de tráfico, suas raízes e, principalmente, analisar a influência que exerce a discriminação em relação ao sexo feminino na prática do tráfico, visto que as mulheres são, afirmativamente, a parcela da população mundial e brasileira que mais padece diante de questões de ordem social, cultural e, principalmente, econômica, fenômeno conhecido como “feminização da pobreza”. Procura-se instigar uma política de conscientização da sociedade no que tange à urgência em remediar o problema da afronta aos direitos de liberdade individual e de vida digna. O estudo realizado tem como consequência imediata a conscientização do problema e a estruturação de idéias no combate ao tráfico, mediante a análise de alguns padrões fixos que pretendem equacionar o problema do tráfico e o trauma sofrido pelas vítimas, vislumbrando uma política nacional preventiva e eficaz.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tráfico; Discriminação; Vítimas; Gênero.

**RÉSUMÉ:** Le trafic des femmes est le troisième type de trafic le plus rentable du monde. Ce travail a pour but principal d’analyser les questions les plus importantes concernant ce type de trafic, ses racines et principalement d’analyser la discrimination subit par le sexe féminin lors de la pratique du trafic, vu que les femmes sont vraiment la partie de la population mondiale et brésilienne qui souffrent les plus à l’égard de questions d’ordre social, culturel et surtout économique – phénomène connu comme “fémisation de la pauvreté”. Nous cherchons à stimuler une politique qui conscientise la société par rapport à l’urgence de remédier ce problème que fait affront aux droits de liberté individuelle et de vie digne. L’étude réalisé a pour conséquence immédiate la prise de conscience du problème et la structuration d’idées dans le combat au trafic par l’analyse de quelques normes fixes qui visent résoudre le problème du trafic et le trauma subit par les victimes vers une politique nationale préventive et efficace.

**MOTS-CLÉS:** Trafic; Discrimination; Vitimes; Genre.

## 1. Considerações Introdutórias

O ser humano está, na contemporaneidade, continuamente sendo desvalorizado e, conseqüentemente, transformando-se em uma mera mercadoria. De fato, o fenômeno que acontece na denominada “aldeia global” é o indivíduo pobre e sem expectativas de crescimento não esporadicamente sendo manipulado como objeto de crescente demanda no capitalismo mundial.

Tal problemática concretiza-se em uma das modalidades de tráfico, qual seja o tráfico de seres humanos, que tem como principais vítimas pessoas oriundas de países em desenvolvimento, em especial mulheres de nações latino-americanas e africanas.

Assim, as mulheres constituem a classe mais ansiada para fins de comércio, especialmente para fins de exploração sexual. Tal assertiva é verdadeira e tem como motivo precípua a impregnação de uma postura machista cultivada ao longo da história humana e que, infelizmente, não se mostra remota, tampouco inutilizada. É nesse diapasão que o presente trabalho irá se apoiar, analisando de forma crítica e realista a conjuntura da sociedade brasileira, munida de pré-conceitos que repugnam o pensamento moderno.

## 2. As Causas Originárias Referentes ao Brasil como País de Origem do Tráfico de Seres Humanos.

O tráfico de seres humanos no Brasil tem suas origens já nos primeiros anos de colonização de nossa terra, sobretudo com o contínuo recrudescimento da demanda de mão-de-obra negra escrava nas fazendas e engenhos existentes até fins do século XIX. Tendo como prisma o lucro exacerbado, os colonizadores portugueses mantinham, durante um considerável lapso de tempo, as atividades de aliciamento e recrutamento de indivíduos negros africanos, a fim de explorar ao máximo sua capacidade de labor e sacrifício forçados.

Os negros, nessa época, viviam no País sob condições subumanas, que transpassavam os limites da precariedade e da crueldade, desconsiderando, em todas as suas formas, a dignidade da pessoa humana. Passavam por jornadas diárias duras de trabalho, além de, não esporadicamente, serem submetidos a espancamentos e diversas outras formas de violência, inclusive maus-tratos às suas faculdades morais, à sua cultura e ao seu credo religioso.

Àqueles que traficavam não parecia haver desconforto ou pesar decorrentes do fato de comercializar pessoas e conduzi-las à morte precoce, às doenças e ao desespero, principalmente ao

saber que seu maior bem foi suprimido: a liberdade.

A abolição da escravatura e a progressiva inutilização aparente da mão-de-obra negra forçada não foram medidas suficientes, tampouco eficazes no que concerne à eliminação do uso do ser humano como mercadoria. O mundo contemporâneo, não obstante o notável desenvolvimento nos âmbitos tecnológico e até mesmo educacional, continua preso a conceitos e a idéias retrógradas encrustradas há muito no seio da ordem planetária, que desvalorizam a pessoa como indivíduo. Ademais, percebe-se, na sociedade brasileira, uma evidente parcela de machismo, tendo como conseqüência um juízo de que existe um gênero que se sobressai que é hierarquicamente superior, qual seja o gênero masculino.

A demanda no que tange às mulheres e adolescentes do sexo feminino é crescente e pesquisadores da COALITION AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN (CATW) – Coalizão Contra o Tráfico de Mulheres - chegaram à conclusão de que o homem, em sua idade adulta, é o maior consumidor desse tipo de “mercadoria”. Todavia, questiona-se o que leva um homem a procurar mulheres, adolescentes e até crianças no intuito de satisfazer seus instintos sexuais, sem ao menos levar em conta que as conseqüências de sua conduta podem ser irreversíveis para toda a sociedade mundial. A resposta é, no mínimo, aterrorizante. Além das causas culturais ora analisadas, a grande cúmplice do tráfico, de seus aliciadores e de seus consumidores é a legislação pátria, desprovida de eficácia e tendo como poder repressor de tal conduta criminosa, representantes que fecham os olhos em troca de alguma gratificação pessoal.

### **3. A Desigualdade de Gêneros Inserida na Sociedade Brasileira**

A história do Brasil é marcada por traços notadamente machistas e de virilidade agressiva. A desigualdade entre os gêneros, na sociedade brasileira, indubitavelmente patriarcal, inicia-se no seio familiar. Não esporadicamente se vêem casos de pais que não permitem sequer que suas filhas saiam desacompanhadas de casa e, paralelamente, incentivam seus filhos do sexo masculino a manterem relações sexuais em idade pueril. Ademais, na maioria das famílias, é o homem, o pai, quem trabalha e quem tem uma profissão, enquanto a mãe é a dona-de-casa dedicada, quem cozinha e é responsável pelos demais afazeres domésticos.

É de bom alvitre salientar que, na atualidade, tem-se notado um contínuo recrudescimento da mulher nas salas das universidades e no mercado de trabalho. Muitas vezes, elas chegam a desbancar os homens e exercem a liderança sob diversos âmbitos. Contudo, tal fenômeno não é facilmente visualizado no interior da realidade das classes de menor poder aquisitivo. Nessa ocasião, devido à marginalização do ser humano, somada a fatores de ordem econômica, cultural e social, a mulher ainda

não se deu conta do valor que possui. Sua fragilidade, assim, permite que aliciadores do sexo e do tráfico explorem seus corpos, a fim de obter o maior lucro possível. Em outras palavras, os traficantes tiram proveito da desesperança de milhões de mulheres, que não encontram trabalho algum ou meios de renda dignos em seus próprios países.

No que tange ao tráfico de seres humanos no Brasil e no mundo, há de se assumir que mais de 90% (noventa por cento) das vítimas são do sexo feminino. Seria no mínimo desarrazoado afirmar que tal fato é mera coincidência. Os fatores causadores de tal estatística podem ser conjugados num fenômeno conhecido como “feminização da pobreza”, ou seja, as mulheres são, asseveradamente, o gênero que mais padece com a problemática da pobreza, com os altos índices de analfabetismo e natalidade e ainda, são elas os indivíduos mais subjugados e sujeitos passivos de violência e maus-tratos. Assim, a fome, a falta de condições de vida digna e a falta de oportunidade de trabalho são fatores determinantes para mulheres e jovens ingressarem no mercado da prostituição. A escritora e pesquisadora Priscila Siqueira (2004: 46-47) afirma:

“Obviamente, essa diferenciação entre mulheres – que reforça a dupla moral existente em nossa sociedade – está intimamente ligada às suas condições sócio-econômicas. As mulheres pobres, escravas, serviçais, são mais facilmente identificadas como ‘perdidas’, tendo elas padrões de comportamento diferentes das sinhazinhas, das meninas e senhoras da sociedade. Estas, inclusive, não deviam conhecer o prazer sexual para não serem tentadas ao adultério, já que sua função primordial era a de conceber filhos – principalmente varões – para a família e a sociedade”.

É interessante admitir, contudo, que o legislador constitucional, agindo de forma ética e democrática, provocou, na Carta Magna Brasileira, algumas modificações que induzem ao pensamento de que a mulher ocupa a mesma posição na sociedade e goza dos mesmos direitos e deveres do homem. Exemplo claro disso é a substituição do termo “pátrio-poder” em privilégio de “poder familiar”, dando à mulher a prerrogativa de intervir nas decisões em família, sendo essa salvaguardada pela Constituição Federal, assim como o princípio de homens e mulheres são iguais perante a lei, normatizando o princípio da isonomia.

Parece ter tido a mesma intenção o legislador infraconstitucional que, modificando o artigo 231 do Código Penal Pátrio (promover ou facilitar a entrada no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro), ampliou o alcance da lei, abrangendo não apenas a incolumidade da mulher, mas de qualquer ser humano, independente de seu sexo. Tal mudança proporcionou o nivelamento dos gêneros, pondo abaixo a tese de que a mulher é o “sexo frágil”, isto é, que a mulher carece de mais proteção e assistência. Assim, eis a nova redação do artigo 231 do Código Penal Brasileiro:

“Tráfico internacional de pessoas

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro”.

Não é demais salientar que o legislador deveria ter aproveitado a oportunidade no momento da modificação do dispositivo para harmonizá-lo com a conceituação de tráfico prescrita no Protocolo de Palermo, especificando o tipo penal como algo que envolve coerção ou violação de direitos humanos, não simplesmente a prostituição. A afirmativa é fidedigna com a realidade e intenta demonstrar que a prostituição voluntária e que não viola os direitos do ser humano e o princípio da liberdade é conduta distinta da exploração sexual, devendo essas serem analisadas em paralelo e separadamente.

#### **4. Possíveis Soluções para o Enfrentamento ao Tráfico**

A fim de enfrentar o problema do tráfico no nosso País, faz-se necessário manter uma conduta séria no que diz respeito a levar em conta a textura veraz das vidas dos traficados, em especial mulheres e crianças, ao invés de abstraí-las e admitir apenas estudos teóricos do problema. Em primeira instância, é necessário desenvolver no País uma política racional e de planejamento contra a prática do tráfico de pessoas e que não seja meramente uma peleja contra a comercialização do sexo, tampouco uma campanha nativista e etnocêntrica de repressão dirigida aos clientes estrangeiros de prostitutas brasileiras. É relevante, portanto, analisar conceitos sociológicos e jurídicos básicos, tais como: discriminação, globalização, imperialismo e direitos humanos. Assim, ter-se-á uma visão geral da questão, passando-se, dessa forma, para a etapa de equacionamento, adotando-se métodos preventivos e de remediação do tráfico.

O governo brasileiro não preenche completamente os padrões mínimos para a prevenção e repressão do tráfico de seres humanos. Não obstante estar envidando alguns esforços, há evidente restrição orçamentária e ausência de coordenação entre os níveis federal e estadual. Em nível local, o tráfico é agravado pela corrupção, até mesmo por parte de alguns policiais, que permanecem inertes, pretendendo auferir algum tipo de vantagem financeira mediante a omissão (cf. JESUS, 2003: 3-12).

É de vital interesse considerar, ainda, a questão concernente às dificuldades encontradas pela polícia e pelo governo brasileiros para prevenir e controlar a prática do tráfico. Uma das causas a ser apontada é a questão da incompatibilidade das legislações estrangeiras com a legislação brasileira, malgrado os diversos tratados internacionais, considerando que muitos não foram ratificados ou não são

cumpridos. Também pode ser ressaltada a precariedade na infra-estrutura da polícia nacional, seus departamentos e servidores, carecedores de capacitação para aptidão na luta contra o tráfico. E, finalmente, uma das maiores práticas que tolhem a atividade repressora de tal atividade criminosa é a convivência dos familiares das vítimas com os traficantes.

Destarte, sob uma perspectiva de direitos humanos, além de medidas de extrema relevância (realização de pesquisas e conseqüente criação de banco de dados, além do treinamento de policiais e capacitação das vítimas), devem ser considerados padrões que “têm como objetivo proteger e promover o respeito pelos direitos humanos das pessoas que foram vítimas do tráfico, incluindo aquelas que foram submetidas à servidão involuntária, trabalho forçado e/ou práticas análogas à escravidão” (cf. op. cit., 2003: 11). Tais padrões, definidos pela OSC Padrões de Direitos Humanos (PDH) são os seguintes: princípio da não-discriminação, segurança e tratamento justo, acesso à Justiça, acesso a ações civis e a reparações, estatuto de residente, saúde, repatriação e reintegração e cooperação entre Estados (cf. op. cit., 2003: 11-12).

## **5. Conclusão**

Observa-se que o tráfico de pessoas, com ênfase no tráfico de mulheres é um dos mais sérios problemas da humanidade na atualidade, uma vez que fere diretamente o princípio da dignidade humana, tão exaltado na nossa Carta Magna, bem como defendido durante séculos, tanto por meio de lutas sangrentas, bem como por intermédio de mentes inquietantes de filósofos obstinados.

É desalentador constatar que milhões de pessoas são vítimas do tráfico todos os anos e que esse número não tem diminuído. Mais desesperador ainda é saber que as mulheres são as maiores prejudicadas e que muitos países, incluindo o Brasil, não iniciaram, de forma empreendedora, a luta contra a prática do tráfico de seres humanos.

Ademais, o problema da discriminação em relação ao gênero é algo sério e que precisa ser discutido. Sabe-se bem que as relações entre os gêneros se articulam com as de classe, etnia e raça. Mas não há como fechar os olhos para a situação de vulnerabilidade em que se encontram as mulheres frente à classe masculina. Quando notícias estampadas em jornais informam que quase quatro mil mulheres foram mortas de forma intencional e violenta na América Central, desde o ano de 2002, pelo simples fato de serem mulheres, nota-se que o feminismo não é um movimento improficuo ou descabido de mulheres que querem mais direitos. Pelo contrário, vê-se que o feminismo é um elemento constitutivo de um projeto de ordem global em prol da transformação da sociedade que se compromete a criar condições de igualdade para todas e todos. Deve-se, portanto, ter em vista um compromisso ético-

político comum, no sentido de haver a plausível possibilidade de igualdade de gêneros reafirmando os reais conceitos de cidadania e fraternidade.

Cite-se, por fim, um diálogo mantido entre os escritores Arnold Bennett e Virginia Woolf, na revista inglesa *New Statesman*”, que acaba por reforçar a pretensão do homem em aviltar o sexo feminino, verificando, em seguida, resposta célebre da autora:

“Alguém pode citar o nome de uma mulher de valor reconhecido no campo da filosofia, ou o nome de uma mulher que tenha feito uma descoberta científica de grande importância, ou chegado a qualquer teoria geral importante? (...) Embora seja verdade que uma pequena porcentagem das mulheres seja tão inteligente quanto os homens inteligentes, o intelecto é uma especialidade masculina. (...) Bem, intelecto significa, no final das contas, e no geral, dominação” (BENNETT: 1929).

“Como, então, explica o fato que me parece evidente, e eu pensaria que a qualquer outro observador imparcial, de que o século dezessete produziu mais mulheres notáveis que no século dezesseis, o dezoito mais que o dezessete, e o dezenove mais que os três anteriores juntos? (...) Certamente, não posso duvidar que estas opiniões prevalecerão no futuro, permaneceremos na condição de bárbaros semi-civilizados. Ao menos é como defino uma eternidade de dominação por parte de uns, e de servidão por parte de outros. Porque a degradação de ser escravo só é igualada pela degradação de ser o seu senhor”(WOOLF: 1929).

## 6. Referências Bibliográficas

CHAME. *Centro Humanitário de Apoio à Mulher – Combate ao Tráfico de Seres Humanos*. 04. jun. 2004. Disponível em <http://www.chame.org.br/bancodedados/index.php>, acesso em 26 agosto. 2006.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIACONIA. *Sociedade Civil de Fortaleza discute tráfico de seres humanos*. 21. jul. 2006. Disponível em: <http://www.diaconia.org.br/noticia.php?C=3&id=272>, acesso em 27 agosto. 2006.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Projeto combate tráfico de humanos no Brasil*. 15. setembro 2004. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/view\\_news.php?id=1129](http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=1129), acesso em 30 agosto. 2006.

JESUS, Damásio de. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIQUEIRA, Priscila. *Tráfico de Mulheres*. São Paulo: Serviço à Mulher Marginalizada, maio de 2004.

WOOLF, Virginia. *O Status Intelectual da Mulher*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

U.S. VIRTUAL PRESENCE POST IN BRAZIL. *Escritórios Virtuais dos EUA no Brasil. Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos*. Disponível em: <http://virtual.embaixada-americana.org.br/manaus/?pg=955>, acesso em 24 agosto. 2006.

# **DIREITO E ALIENAÇÃO: A RELAÇÃO CONTRATUAL COMO MEDIAÇÃO ALIENADA DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

**Francisco Cláudio Oliveira Silva Filho.**

Estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Assessor jurídico do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra do Ceará.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo analisar a relação contratual como forma mediada

(alienada) da relação social. Iniciando como estudo da mercadoria, objeto da relação contratual, discorre-se sobre o valor e seu duplo aspecto: valor de uso e de troca. A seguir, aprofundam-se as categorias de relação mediada e alienação, frutos da relação de troca mercantil na sociedade de produção capitalista. Por fim, o foco na relação contratual. Confrontando juristas modernos à crítica marxiana, demonstra-se o aspecto da “mediação” do contrato, que oculta as concretas relações de troca e disfarça, sob o argumento da livre iniciativa e da igualdade (formal), a alienação dos indivíduos.

**Abstract:** This article has for objective to analyze the contractual relation as mediated form (mentally ill) of the social relation. Initiating as study of the merchandise, object of the contractual relation, discourses on the value and its double aspect: value of use and exchange. To follow, the categories of mediated relation and alienation are gone deep, fruits of the relation of mercantile exchange in the society of capitalist production. Finally, the focus in the contractual relation. Collating modern jurists to the critical marxiana, the aspect of the "mediation" of the contract, that occults the concrete relations of exchange and disguise, under the argument of the free initiative and the equality is demonstrated (formal), the alienation of the individuals.

## **Introdução**

O que há de comum entre os objetos e coisas que nos cercam, onde quer que estejamos? Qual a semelhança entre o computador, a caneta, o papel, as roupas, a casa onde habito, o alimento... Primeiramente, e talvez a principal marca, podemos dizer: são mercadorias. Tudo que nos cerca e nos serve é fruto de um sistema econômico que tem como função básica produzir para ser vendido. Não importa o que, a existência do bem guarda em si a necessidade imediata da obtenção de lucro.

Diante disso, podemos nos remeter a segunda característica que queremos abordar neste artigo:

todos foram adquiridos de alguma forma, mas não pelo nosso próprio trabalho sobre a natureza. Não fiz o computador, a caneta, nem o papel de que me sirvo; não costurei minha veste, muito menos fabriquei seu tecido; não ergui minha casa, nem cultivei meu alimento. Então como adquiri todos esses bens? Todos estes bens me pertencem por meio de um contrato. Por mais simples que seja, por mais cotidiano que seja o ato de contratar, esta foi a forma jurídica de que me servi para adquirir todas as mercadorias.

Nestes breves, e aparentemente óbvios, exemplos permanecemos na aparência dos conceitos. A obviedade por vezes esconde a essência. Daí o objetivo do artigo, discorrer acerca de algo tão pouco explorado na ciência jurídica: o contrato como mediação da mercadoria, ou seja, como forma jurídica da relação alienada de troca de bens.

### **Pressupostos Metodológicos**

Este artigo parte de categorias da Economia Política, em especial das contribuições de Karl Marx sobre o Trabalho, o Valor e a Mercadoria. Além disso, as categorias de Mediação e Alienação bem expostas por István Mészáros em sua Teoria da Alienação.

Na esfera da Ciência Jurídica, buscamos em Pachukanis, este jurista tão pouco conhecido nas escolas de Direito, os primeiros estudos na Escola Marxiana da relação mercadoria e Direito. Por fim, a crítica sobre a “doutrina” moderna do Contrato, concepção vigente atualmente nos cursos de Direito.

Nenhuma ciência, principalmente a jurídica, se desenvolverá sem a amplitude necessária das demais ciências e filosofia. Além disso, aprofundar temas que nos parecem comuns é algo fundamental para rompermos com a aparência, em busca da essência.

Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdade de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. (WARAT, 1994:15).

Se esse artigo romper com o senso comum teórico dos juristas sobre o tema que se propõe, estaremos satisfeitos.

### **A Mercadoria**

Para Economia Política, seja ela Clássica, seja da Escola Utilitarista, a mercadoria é algo útil à vida humana, um meio de subsistência em sentido amplo. Para os juristas, a *res* ou *merx* pode ser

qualquer coisa, desde que disponível no comércio.

Independente do conceito e da ciência que a estuda, toda mercadoria possui um duplo aspecto: contém um *valor de uso* e um *valor de troca*. O valor de uso só existe na medida se seu próprio uso, se realiza apenas em seu processo de consumo. O valor de uso de uma caneta, por exemplo, só se efetiva na medida em que escrevo, de nada adiantando para outro fim. Esta satisfação subjetiva, impossibilitando uma determinação formal para relação mercantil, não tem lugar na Economia Política. Apenas quando o valor assume uma determinação formal há a possibilidade da permutação dos bens, passa a existir um *quantum*, uma medida, uma forma de valoração objetiva para troca. Só assim o valor assume relevância da vida econômica: o valor de troca, contido em cada mercadoria.

Mas qual a medida pela qual é possível permutar diferentes mercadorias? Qual a relação objetiva que permite tal façanha? Por um lado, o valor de uso contido em cada mercadoria é subjetivo ao imediato consumo. Uma mesma mercadoria pode conter infinitos valores de uso em quantidades infinitamente variadas. Logo, ao contrário do que diz a Escola Utilitarista, não pode ser a forma geral de quantificação da troca.

A grande descoberta da Economia Política Clássica (iniciando com os Liberais Adam Smith e David Ricardo, chegando ao pleno amadurecimento com Karl Marx) quanto ao estudo do valor foi a descoberta do *trabalho* como 1) fonte da riqueza produzida pela humanidade; 2) medida objetiva da troca de mercadorias.

Qualquer metal precioso, a lã e o algodão naturais, o alimento e os animais dispostos no ambiente, tudo só adquire valor a partir da intervenção do ser humano na natureza. A fruta ao chão não passa de uma fruta. Mas no momento em que me dedico a colhê-la, dispondo trabalho para isso, passa a adquirir valor. Se vou mais além, dominando a técnica de agricultura, preparando o solo, cultivando as sementes, utilizando ferramentas próprias (que já foram produzidas por trabalho) e, ao final, colhendo, terei mais trabalho incorporado e, conseqüentemente, mais valor.

Os valores de uso são, de modo imediato, meios de subsistência. Mas, por seu lado, estes meios de existência são eles próprios produtos da vida social, o resultado de um dispêndio de forças humanas, são trabalho materializado. Enquanto materialização do trabalho social, todas as mercadorias são cristalizações da mesma unidade. (MARX, 2003:13)

É esta cristalização do trabalho social que compõe o valor de troca. O tempo dispêndio no trabalho, a “quantidade de trabalho”, determina o *quantum* do valor equivalente na troca.

Porém, para compreendermos a forma com que o valor de troca é determinado pelo tempo de trabalho, é importante observar alguns aspectos.

Diz Marx,

(...) o tempo de trabalho contido numa mercadoria é o tempo de trabalho *necessário* para a sua produção, isto é, o tempo de trabalho requerido para produzir um novo exemplar da mesma mercadoria em dadas condições gerais de produção. (...) O trabalho de qualquer indivíduo, quando se manifesta em valores de troca, possui este caráter social de igualdade e só se manifesta no valor de troca quando, relacionado com o trabalho de todos os outros indivíduos, é considerado como trabalho igual. Além disso, no valor de troca, o tempo de trabalho do indivíduo isolado aparece imediatamente como *tempo de trabalho* geral, e este, *caráter geral* do trabalho individual, como *caráter social* deste último. (MARX, 2003:16-17).

Além do caráter *necessário* e *geral* do trabalho, um último aspecto, e, para o nosso tema, o mais relevante, é a inversão das relações pessoais na mediação da mercadoria. A relação social é invertida por relação de troca. A relação pessoal passa a ser relação entre coisas, com valores equivalentes entre si. A banalidade das trocas comerciais, que no campo jurídico aparecem sob forma de contrato, em especial de compra e venda, esconde a forma econômica do *valor de troca*. Se as trocas mercantis se dão na reciprocidade de valores de troca, o contrato nada mais é que o véu jurídico que encobre esta relação, dando-lhe aparência de *acordo livre entre sujeitos de direito*.

## **A Alienação**

A desenvolvimento das forças produtivas ao longo da história, geraram alterações radicais no trabalho humano. Para ilustrar isso vamos tomar o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, sob o ponto de vista do gerador deste trabalho, ou seja, o ser humano.

Nem sempre a força de trabalho foi uma mercadoria [ou seja, *livre*] (...) O escravo é vendido com sua força de trabalho, de uma vez para sempre, ao seu proprietário. (...) Ele *próprio* é a mercadoria, mas a força de trabalho não é uma mercadoria *sua*. O servo só vende uma parte da sua força de trabalho. (...) O servo pertence à terra e produz frutos para o dono da terra. O operário livre, pelo contrário, vende-se a si próprio (...). Ele não pertence a este ou àquele capitalista, mas à classe dos capitalistas, e compete a ele próprio encontrar quem o queira, isto é, encontrar um comprador dentro da classe dos capitalistas". (MARX, 1987:26-27).

Para compreendermos a atualidade deste trecho, escrito em 1847, basta olhar o desespero dos trabalhadores, seja de qualquer setor da economia, nas intermináveis filas de desempregados, a dizer: “você gostaria de comprar minha força de trabalho?”. O “empecilho” das leis trabalhistas se desmonta gradativamente pelo mundo afora, sob o pomposo nome de *flexibilização*.

Esta forma de trabalho, que chega ao máximo na forma de produção capitalista, gera três *estranhamentos* (no alemão *Entfremdung*, que possui o sentido negativo dado à *alienação*, que

passaremos a usar): 1) o estranhamento, ou alienação, do ser humano em relação à natureza. O humano não se reconhece em seu trabalho. Ele lhe é estranho, na medida em que não se satisfaz nele, pelo contrário, se nega. É apenas um meio de subsistência. Sua vida começa depois das oito, dez, doze, quatorze horas de degradação. 2) alienação do produto do seu trabalho. Depois das longas horas de trabalho, gerando a riqueza na indústria ou no serviço, não receberá nada que foi produzido ou prestado. Esperará algum tempo para receber um salário que não corresponde à riqueza que produziu, mas sim, o indispensável para (sobre)viver. 3) alienação do ser humano com os outros. Seja no momento do trabalho alienado, seja no cotidiano das relações sociais, o humano não vê o outro em sua essência, mas apenas na aparência que lhe reveste. É o vendedor, o trocador no ônibus, o funcionário, o profissional, o limpador de carro, o catador de lixo. A relação alienada se dá na relação de aparência de indivíduos alienados.

A superação da alienação só se pode dar através da superação da mediação que se opõem a natureza ao ser humano.

O trabalho (atividade produtiva) é o único fator absoluto em todo o complexo: trabalho – divisão do trabalho – propriedade privada – intercâmbio [mediações alienantes] (...). Em consequência, qualquer tentativa de superar a alienação deve definir-se em relação a esse absoluto, como oposta à sua manifestação numa forma alienada. (MÉSZÁROS, 2006:78).

A última forma de alienação exposta assim, o estranhamento entre os seres humanos com os outros, que interessa ao nosso artigo.

## **O Contrato**

Remonta às primeiras manifestações jurídicas romanas o contrato e seu estudo. Porém, apenas modernamente, após as revoluções industrial e burguesas, o contrato assume a forma e a finalidade que lhe são peculiares atualmente. Assim, o vago conceito de “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos”. (PEREIRA, 2005:7) ganha complexidade.

Qualquer indivíduo (...) contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão grande escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria as suas atividades”. (PEREIRA, 2005, p. 11).

Assim, no atual estágio de desenvolvimento das forças produtivas da sociedade e no elevado grau de alienação que as relações sociais alcançaram, o contrato ganha *status* de elemento fundamental para

vida humana. Neste tempo, em que a vida se resume à vida econômica, a extinção hipotética das relações contratuais resultaria na estagnação da vida, no dizeres de tão importante jurista.

A função social do contrato é justamente esta “ele é o veículo da circulação da riqueza e, por conseguinte, só se pode concebê-lo, como instituição pura de direito privado, em regimes que admitem a propriedade individual”. (RODRIGUES, 2003:11).

É justamente na relação de troca, no cruzamento dos sujeitos proprietários, que se revela o sujeito de direito na relação contratual.

Na realidade, a categoria de sujeito jurídico é, evidentemente, estabelecida no ato de troca que ocorre no mercado. E é justamente neste ato de troca que o homem realiza na prática a liberdade formal da autodeterminação. A relação do mercado revela esta oposição entre o sujeito e o objeto em sentido jurídico particular. O objeto é a mercadoria e o sujeito o proprietário de mercadorias que dispõe dela no ato de apropriação e alienação. (PACHUKANIS, 1988:75).

Porém, a função do contrato, segundo as teorias dominantes da Ciência Jurídica, vão além da troca econômica. “Paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças”. (PEREIRA, 2005:11).

Sendo o contrato a forma jurídica que reveste a relação de troca mercantil e a troca mercantil a forma alienada da relação social que, no sistema capitalista assume seu mais elevado grau, como poderia o contrato ser meio de aproximação e supressão de diferenças entre os indivíduos? Isso só pode se dar num grau de alta abstração e alienação. Numa forma de negação das subjetividades, na negação do ser humano, em que o formalismo domina o concreto. Surge daí, um sujeito formal, abstrato, amorfo, ideal: o sujeito de direito. “O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico”. (PACHUKANIS, 1988:75).

## **Conclusão**

O contrato se revela como a cortina de fumaça da relação alienada e, como tal, negadora do sujeito consigo mesmo e com os outros. Tal como o operário de Vícios de Morais, que tomado de emoção viu que o que lhe era estranho, na verdade lhe pertencia, ao baixar a fumaça das relações contratuais vemos o que de fato são. Rasgando o véu da *conciliação das diferenças*, da *autonomia das vontades* e da *circulação da riqueza*, revela-se a troca alienada, o não se reconhecer e não reconhecê-lo.

De D. Maria, vendedora de qualquer produto em qualquer estabelecimento, não importa as necessidades subjetivas e objetivas, se está feliz ou não, só importa que ela entregue a mercadoria (que lhe é estranha), ao comprador (que lhe é estranho), conforme o preço acordado. Vendedora e comprador

se vão, sem se conhecerem nem se reconheceram, como quaisquer sujeitos de direito nas relações contratuais cotidianas.

## **Bibliografia**

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PACHUKANIS, E. Bronislavovich. **Teoria geral do direito e o marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

MÉSZÁROS, István. **A teoria da alienação em Marx**. São Paulo: Boi Tempo, 2006.

MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital**. São Paulo: Acadêmica, 1987.

\_\_\_\_\_. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

# DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

**Paulo Martins dos Santos**

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Ceará

**Resumo:** O artigo é sobre mandado de segurança coletivo, uma ação especial criada pela Constituição Brasileira de 1988. São analisadas a base constitucional, a estrutura, a interpretação, a aplicação e outras questões jurídicas relacionadas ao instituto.

**Abstract:** The article is about “mandado de segurança coletivo”, a special action created by the Brazilian Federal Constitution of 1988. It analyses the constitutional support, structure, interpretation, application and other legal points related to the action.

## I.Introdução

O presente estudo tem por escopo apresentar breves considerações acerca do Mandado de Segurança Coletivo, remédio processual de grande importância que está previsto na Constituição da República de 1988 e que ainda gera discussões.

## II.Referência Constitucional

A referência constitucional ao Mandado de Segurança Coletivo consta do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 5º:

(...)

LXX – o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados

A inserção do Mandado de Segurança Coletivo no rol dos incisos do artigo 5º traz importantes conseqüências.

Primeira: qualifica-o como garantia constitucional coletiva, na medida em que protege direitos coletivos. Disso decorre que, pela interpretação conferida pela moderna hermenêutica constitucional à alínea *a* do inciso IV do artigo 60 da Carta da República, não se pode tender a aboli-lo por meio de Emenda Constitucional, sendo assim componente daquilo que se chama de limites materiais ao Poder Constituinte de 2º grau.

Segunda: pelo disposto no § 1º do art. 5º da Constituição, a norma constitucional definidora do Mandado de Segurança Coletivo tem aplicabilidade imediata, é dizer, o aplicador do Direito, nesse caso, mais especificamente, o Poder Judiciário, não pode negar conhecimento ao referido *writ* sob a alegação de que seria necessária complementação legislativa para a plena aplicabilidade do dispositivo constitucional.

Revela-se, pois, cristalina a proteção constitucional dada ao referido instrumento para que possa ser meio eficaz na proteção dos direitos coletivos, que compõe a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais.

Toda interpretação que se dê ao Mandado de Segurança Coletivo, é necessário que se diga, tem que estar, na medida em que a proteção do direito individual e do direito coletivo não se choquem, atrelada ao Mandado de Segurança Individual, pois ambos possuem *status* de garantia fundamental constitucional. Isso ocorre porque eles não são ontologicamente distintos, devendo sempre ser contemplados em conjunto, na medida em que, como já se disse, não entrem em conflito, fato que, em ocorrendo, requer que o intérprete recorra ao sopesamento de bens e valores postos em choque no caso concreto, visando a, mediante aplicação das técnicas de compatibilização de princípios constitucionais, mormente aquela estampada no princípio da proporcionalidade, estabelecer qual deles deve prevalecer, no caso concreto, sem, contudo, ferir a densidade normativo-principiológica máxima que se deve conferir ao princípio concretamente sacrificado.

A principal consequência prática do exposto no parágrafo anterior está ligada à disposição concernente à aplicabilidade imediata da garantia fundamental expressa pelo *mandamus* coletivo. Destarte, as disposições infraconstitucionais do Mandado de Segurança Individual devem ser estendidas ao Mandado de Segurança Coletivo sempre que houver compatibilidade. Tal consideração tem uma grande utilidade prática, porém deve-se atentar que o operador do Direito, ao se deparar com incompatibilidades entre o *writ* individual e o coletivo que possam levar à impossibilidade de utilização

da legislação infraconstitucional daquele neste, deve apelar para os meios integrativos em Direito admitidos, de molde a permitir a máxima efetividade ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição.

### III. Objeto

A questão do objeto no Mandado de Segurança Coletivo é de simples elucidação, pois aqui, como no caso do Mandado de Segurança Individual, o objeto é o *ato de autoridade*, assim muito bem definido pelo eminente Hely Lopes Meirelles (2004:33):

*Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.*

Também por similitude com o Mandado de Segurança Individual, o *mandamus* coletivo é aplicável contra atos judiciais e atos legislativos.

No que tange ao ato judicial, só é de ser possível a impetração quando não haja possibilidade de impugnar a decisão judicial por meios do recurso apropriado com efeito suspensivo. Existe entendimento sumulado no Supremo Tribunal Federal segundo o qual não é cabível Mandado de Segurança quando o ato é passível de recurso ou correição (sum. 267). É de se ver com a devida ressalva tal entendimento, pois sempre que a utilização desses meios (recurso ou correição) não implicar a suspensão do ato e, em decorrência de sua plena operatividade, tais atos puderem causar danos a direitos, será plenamente cabível o *writ*.

Com relação ao ato legislativo, também aderimos ao posicionamento de Hely Lopes Meirelles (2004:35), contrariando a jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os *atos interna corporis* do Poder Legislativo que são regulados pela Constituição, pelas Leis e pelos Regimentos são passíveis de controle judicial.

Na verdade, se o ato não parte das deliberações das Casas Legislativas sobre as quais não há disciplina jurídico-objetiva vinculante, não é, tecnicamente falando, *interna corporis*. Se há uma disciplina objetiva e vinculante, é porque os atos praticados com base nela são passíveis de fiscalização por aqueles que, em decorrência de sua inobservância, se sentirem prejudicados, e como a competência

para dizer o Direito definitivamente no caso concreto cabe ao Poder Judiciário, imunizar o controle judicial nessa circunstância seria ferir o postulado de amplo acesso à justiça, direito fundamental plasmado no inciso XXXV do artigo 5º do Estatuto Supremo.

Lembre-se de que os atos praticados pelas autoridades judiciais ou administrativas, no âmbito de suas competências, mas no desempenho de função administrativa, são atos administrativos típicos, comportando pleno controle judicial por meio de Mandado de Segurança.

#### **IV.Finalidade**

A finalidade do *mandamus*, seja coletivo, seja individual, é a proteção a direitos ameaçados de lesão ou lesionados por atos de autoridade.

É decorrente do próprio texto constitucional que o direito alegado pelo impetrante em sede de Mandado de Segurança Individual há de ser *líquido e certo*. A mesma exigência é plenamente extensível ao Mandado de Segurança Coletivo.

Na verdade, há uma impropriedade na exigência de liquidez e certeza do direito. O direito é sempre líquido e certo, por mais complexo que seja. Quando o texto constitucional faz essa exigência está, na verdade, exigindo que os fatos que fundamentam o direito alegado sejam incontroversos; é dizer, o impetrante tem que, desde já, demonstrar que não há dúvidas acerca do conjunto probatório que sustenta seus interesses, pois o rito especial do Mandado de Segurança, coletivo ou individual, não comporta dilação probatória. Por esse motivo é comum se dizer que a prova em Mandado de Segurança é *pré-constituída*, no sentido de que todos os meios que provam os fatos alegados têm que vir desde logo na inicial.

Há uma certa controvérsia acerca da extensibilidade do requisito *direito líquido e certo* ao Mandado de Segurança Coletivo. Isso decorre do entendimento segundo o qual a menção a *interesses* na previsão constitucional do referido *writ* (art. 5º, LXXX, b) teria dispensado a exigência da liquidez e certeza.

Na verdade, há aqui uma grande confusão. Como apontado acima, a expressão *líquido e certo* refere-se aos fatos. O direito existe ou não, e a função do juiz é apontá-lo sobre o conjunto fático

incontroverso que foi até ele levado. Daí conclua-se que, em ambas modalidades de *writs* mandamentais, os requisitos fáticos têm que ser exatamente os mesmos.

Questão importante é a de saber quais as modalidades de direitos estão albergadas pela proteção do *mandamus* coletivo. Seriam apenas direitos coletivos em sentido restrito? Seriam, além desses, os individuais homogêneos? Ou seriam todas as modalidades de direito coletivo, inclusive os *difusos*?

A resposta a essa pergunta me parece simples. Os direitos individuais comuns não podem ser defendidos pela via do *mandamus* coletivo, já que é da própria essência desse instrumento a sua utilização para a defesa de direitos coletivos.

Com relação aos direitos coletivos, que abrangem os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos em sentido restrito e os direitos difusos, a resposta nos parece gritante no sentido de que em todas as suas modalidades podem vir a ser objeto de defesa pela via mandamental coletiva.

Contudo, há de se fazer certas restrições. A alínea *a* do inciso LXX do artigo 5º não especificou qual o tipo de interesse a ser protegido pelo partido político, algo que nos leva à conclusão, com arrimo na melhor doutrina, de que o partido político está legitimado à defesa dos interesses difusos pertinentes à totalidade dos cidadãos, independentemente de filiação partidária. Já no que tange aos direitos coletivos em sentido restrito e aos individuais homogêneos, o partido político tem que se ater à proteção dos interesses de seus filiados.

No que tange aos legitimados da alínea *b*, há que se observar os interesses dos associados, algo que pode ser aferido pela análise do estatuto social do ente coletivo. Se o estatuto prevê, ainda que de modo genérico, ou mesmo de modo implícito, que a entidade existe para defesa de interesses individuais e homogêneos, são esses os tipos de direito que devem ser defendidos em Mandado de Segurança Coletivo. Se o estatuto social prevê, da mesma forma, a defesa de interesses coletivos em sentido restrito, deve ser conferida legitimidade para pleitearem a defesa de direitos individuais homogêneos e direitos coletivos em sentido restrito. Se do estatuto consta, ainda que implicitamente, o interesse dos associados de que, através daquela entidade, se defendam interesses difusos, também é de ser reconhecida a possibilidade do ente social defender esse e todos os demais tipos de direito coletivo.

Em suma, se a Constituição instituiu um *mandamus* coletivo a par de um individual, óbvio que

os direitos a serem defendidos por aquele correspondem aos direitos coletivos em sentido amplo, pois admiti-los para proteção de direitos individuais seria esvaziar o conteúdo do inciso LXIX do artigo 5º, algo realmente inadmissível. No que tange aos partidos políticos, não tendo a Constituição realizado nenhuma distinção, cabe considerar que os direitos coletivos defensáveis pelo *writ* coletivo são de qualquer tipo. Com relação aos entes associativos não-partidários, a única limitação constitucionalmente existente é a pertinência com os interesses dos associados, interesses tais, obviamente, que levaram à constituição do ente associativo e que podem ser facilmente verificáveis por meio da análise do estatuto social.

## **V. Legitimidade**

A questão da legitimidade ativa, em uma primeira observação, não é das mais complexas, pois deflui da própria leitura do texto constitucional quais são os legitimados para a proposição do Mandado de Segurança Coletivo: a) partidos políticos com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical; c) entidades de classe e d) associações. Contudo há peculiaridades a serem tratadas em cada caso.

Cada uma das categorias de legitimados tem requisitos específicos a serem observados para poderem impetrar Mandado de Segurança Coletivo. Assim é que, pela própria leitura do texto constitucional, é necessário que o partido político impetrante do *mandamus* coletivo tenha representação no Congresso Nacional, ou seja, tenha pelo menos um deputado ou senador filiado aos seus quadros (art. 5º, LXX, a) e que a associação tem que está constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX, b). Com relação à organização sindical e a entidade de classe o texto constitucional não faz qualquer reserva, não cabendo ao intérprete fazê-lo.

Uma equivocada interpretação do artigo 5º, LXX com o artigo 5º, XXI, ambos da Constituição da República, levou um setor da doutrina e da jurisprudência a defender a necessidade de expressa autorização dos filiados para que as entidades constitucionalmente legitimadas pudessem impetrar Mandado de Segurança Coletivo. Em boa hora, contudo, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento segundo o qual o artigo 5º, XXI trata da hipótese de representação, exigindo-se, por conseguinte, a expressa autorização, enquanto o artigo 5º, LXX cuida da hipótese de legitimidade extraordinária, não havendo, portanto, necessidade de juntada de autorização expressa dos filiados, haja vista a legitimidade decorrer do próprio texto constitucional (cf. MORAES, 2004:175-178).

A legitimidade passiva não foge ao âmbito de considerações atinentes ao mandado de segurança individual, motivo pelo qual nos absteremos de fazer mais considerações, deixando aqui estampada apenas as questões mais próprias ao mandado de segurança coletivo.

## **VI.Procedimento**

Não há uma legislação específica acerca do *mandamus* coletivo, o que, contudo, ante o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, não inviabiliza seu processamento. Como já esposado acima, a inexistência de diferença ontológica entre o *writ* individual e o coletivo, com as devidas cautelas também já delineadas, não só recomenda, como obriga a utilização do procedimento pertinente ao *mandamus* individual no coletivo.

As questões atinentes à petição inicial, ao litisconsórcio, à assistência, à liminar, a sentença, aos recursos e à execução, devem ser respondidas lançando-se sobre o mandado de segurança individual. Como o presente trabalho está, contudo, direcionado aos aspectos próprios mais relevantes do mandado de segurança coletivo, nos absteremos de realizar mais digressões sobre os referidos temas.

## **VII.Coisa Julgada**

O tratamento da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é bastante diverso daquele do mandado de segurança individual, motivo pelo qual a disciplina deste, aqui, não serve. Isso ocorre porque o legislador, ao regular o instituto da coisa julgada nas demandas coletivas, primeiramente na Lei da Ação Popular, em seguida na Lei da Ação Civil Pública e, posteriormente, no Código de Defesa do Consumidor, optou por um tratamento substancialmente diverso daquele dado para as demandas individuais, pois vislumbrou a insuficiência da disciplina da *res judicata* individual quando em jogo estão os interesses meta-individuais, haja vista estes, potencializados na sociedade de massa em que vivemos, e capazes, destarte, de gerar conflitos de proporções mais alarmantes, requererem um tratamento mais eficiente do que o dado na disciplina do conflito de interesses individuais.

A regra adotada para a formação da coisa julgada no mandado de segurança coletivo está condicionada pelo resultado alcançado pela lide, fato que faz a doutrina afirmar que a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, assim como em todas as ações coletivas, se dá *secundum eventus litis*.

A disciplina legal específica da coisa julgada *secundum eventus litis* está consignada no art. 103 do CDC. Podemos sintetizar o disposto nesses artigos da seguinte forma: a) em havendo procedência do pedido, ocorre coisa julgada nos moldes tradicionais, sendo que, em vista da substituição processual que legitima as associações a impetrar a segurança coletiva (art. 5º, LXX, CF), os titulares do direito em litígio automaticamente se beneficiarão do resultado positivo da demanda; b) em havendo improcedência, abrem-se duas possibilidades, sendo a primeira b.1) no caso de improcedência por falta de provas e a segunda b.2) no caso de improcedência por inexistência de direito subjetivo violado. No caso b.1, ocorre coisa julgada mitigada, pois pode se reiniciar a mesma demanda com base em novas provas, enquanto, no caso b.2, a coisa julgada só atinge os legitimados extraordinários, sendo que a existência de direitos subjetivos individuais poderão ser plenamente demandados em juízo sem que a isso se oponha a coisa julgada, por inexistente no caso.

### **Bibliografia Consultada**

- BARROSO, Luis Roberto Barroso. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 42ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

# ÉTICA E EDUCAÇÃO NO SÉCULO XXI

Bruno Cunha Weyne

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Ceará;

Monitor da disciplina Introdução ao Estudo do Direito;

E-mail: [brunoweyne@yahoo.com.br](mailto:brunoweyne@yahoo.com.br)

**RESUMO:** O desenvolvimento científico-tecnológico está causando mudanças em todas as áreas de atuação humana, de tal modo que, nos correntes dias, percebe-se o surgimento de uma nova era. As características dessa nova era são a interligação mundial e o conseqüente risco das atividades humanas, que agora podem afetar todos os homens e todas as mulheres do planeta. Nessa perspectiva, a formação de indivíduos intolerantes e fechados ao diálogo com quem pensa diferentemente pode causar atrocidades e catástrofes de amplitudes assombrosas. Assim sendo, faz-se necessário a revisão do modelo tradicional de educação, que é baseado numa concepção individualista dos valores. Diante disso, o artigo investiga uma nova educação adequada às exigências éticas do mundo atual.

**ABSTRACT:** The scientific-technological development is causing changes in all areas of human performance, in such way that in the current days it is perceived the sprouting of a new age. The characteristics of this new age are the world-wide interconnection and the consequent risk of human activities, that can now affect all men and all women on the planet. In this perspective, the formation of intolerant people closed to the dialogue with whom thinks differently can cause atrocities and catastrophes of frightful amplitude. Thus it is necessary the revision of the traditional model of education, which is based on an individualistic conception of values. Based on that, the article investigates a new education adequated to the ethical demands of the current world.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nova era. Educação. Ética.

**KEY WORDS:** New age. Education. Ethics.

## 1. Introdução

O presente trabalho pretende sustentar que, nos correntes dias, o educador precisa adotar uma nova postura em sala de aula, tendo-se em vista a mudança de valores e de paradigmas ocorrida nas relações humanas com a entrada do século XXI. Essa nova postura do educador deve, portanto, superar

a educação tradicional do século passado, a qual não se revela apta a preparar os homens e mulheres para viverem no mundo globalizado atual, uma vez que a tradição é marcada por concepções individualistas dos valores, de modo que cada sociedade e cada cultura julgam-se donas da verdade e acreditam que devem moldar, no processo educativo, as crianças, os jovens e os adultos de acordo com sua concepção particular da verdade, do bem e do justo.

A investigação começa mostrando as mudanças profundas que vinham ocorrendo no comportamento e no pensamento humanos desde o século anterior e cujos resultados se consolidaram como características da época histórica presente. Ainda nesse primeiro momento, é estudado o modelo de ética que se revela capaz de lidar responsabilmente com os desafios éticos da humanidade no contexto da civilização do século XXI. Em seguida, discute-se a necessidade de um novo modelo de educação, adequado à ética do discurso e, conseqüentemente, às exigências da nova ordem mundial. No epílogo, analisa-se como o modelo educacional aqui sugerido pode contribuir para a formação de juristas e de seres humanos mais solidários e mais justos.

## **2. A nova ordem mundial e a ética do discurso**

Nos dias atuais, é plausível afirmar que a humanidade vive o surgimento de uma nova era [1]. Segundo Costa (2006:163), “o que caracteriza o surgimento dessa nova era é uma mudança na maneira de pensar e de ser da humanidade, que traz como conseqüência a criação de um novo mundo e, por que não dizer, de um novo ser humano”. Esse processo de criação de um novo mundo, que já estava potencialmente presente com a invenção da linguagem e da escrita, acelerou-se com a invenção das tecnologias de comunicação, tais como: a imprensa, o telegrama, o telefone, a televisão e a internet.

No debate filosófico contemporâneo, é pacífico o entendimento segundo o qual o desenvolvimento científico-tecnológico, nitidamente retratado no crescente processo de cibernização e de informação da sociedade atual, está provocando mudanças com conotações globais. Essa evolução da ciência atinge diversos campos de atuação humana (ecológico, social, espiritual etc.) e, por conseguinte, condiciona “a construção de um novo mundo, de uma nova realidade, de uma nova sociedade, de um novo homem e de uma nova mulher, o que traz como conseqüência fundamental a necessidade de repensar as relações humanas e, desse modo, também a educação” (COSTA, 2006:163).

Destarte, o impacto das novas tecnologias de comunicação e da tecnologia em geral está constituindo uma nova sociedade: a sociedade científico-tecnológica da informação e do conhecimento. Aliás, as conseqüências desse impacto e da criação dessa nova sociedade para a humanidade e para a vida planetária são, apenas, parcialmente conhecidas. Nessa perspectiva, segundo Costa (2006:164),

“uma das conseqüências imediatas dessa sociedade científico-tecnológica é a interconexão de todas as regiões do planeta através de uma malha de redes, criando, assim, uma realidade planetária global, intermediada por uma realidade virtual, que é o ciberespaço”. A referida interconexão permitiu a estruturação de uma economia global, elaborada através de processos de integrações econômicas e políticas, provocando transformações consideráveis nos âmbitos da família, do trabalho, do lazer, da guerra e, desse modo, também, no âmbito da educação.

Outra implicação fundamental do impacto do atual e crescente desenvolvimento técnico-científico reside no poder e no alcance excessivo que as ações do homem contemporâneo possuem, a tal ponto que as conseqüências e as subconseqüências de suas ações e de suas omissões têm um alcance planetário. Por conta disso, faz-se necessário perceber que construímos e estamos construindo uma civilização planetária, uma vez que “por primeira vez na história mundial transcorrida até agora, se torna visível uma situação, na qual os homens, em face do perigo comum, são desafiados a assumir coletivamente a responsabilidade moral” (APEL, 1994:193); em outras palavras: “pela primeira vez na história da humanidade o destino de cada homem e de cada mulher está diretamente associado ao destino de todos os outros homens e mulheres” (COSTA, 2006:164).

Nesse horizonte, pode-se dizer que com a revolução na maneira de pensar ocorrida no início da modernidade, que trouxe como conseqüência uma concepção de ciência voltada para o domínio da natureza e a sua sujeição aos fins e determinações da vontade humana, foi criada a atual civilização planetária. Para se visualizar melhor essa civilização global, basta atentar para a bomba atômica, que colocou a guerra como um grave risco para toda a humanidade, bem como, num nível maior, para a exploração da natureza pela tecnologia da moderna sociedade industrial, que traz conseqüências como: a destruição do meio ambiente, a ameaça de extermínio por guerra nuclear e a ameaça biotecnológica, que põem em risco a existência da vida no planeta.

É possível pensar-se, de imediato, que a nova situação-problema da relação do homem com a natureza e as suas conseqüências – tais como: a ameaça da guerra nuclear, a poluição ambiental, a diminuição da camada de ozônio, a superpopulação e sua ameaça ao esgotamento da biosfera –, deveriam ser apropriadas para reduzir efetivamente a importância vital do conflito entre os homens. No entanto, conforme Apel (1994:168), apesar de que

o destino ecológico comum – poder-se-ia pensar – deveria encher os habitantes do planeta com o sentimento de solidariedade próprio daqueles que estão num mesmo barco, e predispô-los a subordinar todos os interesses divergentes ao interesse comum pela sobrevivência [...], as análises da situação existente induzem, antes, a esperar o contrário.

Assim sendo, se os desafios e riscos que a humanidade enfrenta hoje têm alcance planetário, apenas uma resposta ética em nível planetário pode ajudá-la a enfrentar adequadamente esses problemas de cada um em face de seu próximo e também da responsabilidade política, no sentido convencional de “razão de Estado” (Cf. COSTA, 2006:166; APEL, 1994:194). Diante dessa constatação, uma moral de indivíduos, de grupos particulares ou de povos e nações não é capaz de responder de forma racional (intersubjetiva) pela práxis coletiva da humanidade. Somente é apta a corresponder aos desafios atuais da humanidade uma macroética planetária da responsabilidade que seja capaz de superar os fundamentos da ética solipsista ou particularista [2] e que caminhe na direção de uma ética intersubjetiva capaz de transpor as barreiras subjetivas e particulares de cada forma de vida cultural específica, conciliando racionalmente os interesses de cada um com os interesses de cada outro e com os interesses de todos.

A possibilidade de através de nossas ações, mediadas pela ciência e pela tecnologia, destruímos nossa civilização planetária, de acordo com Costa (2006:167),

[...] aponta para a necessidade da cooperação solidária dos indivíduos na fundamentação das normas morais e jurídicas intersubjetivas [...], transnacionais, suscetíveis de consenso racional, o que nos parece possível, principalmente, através do discurso argumentativo nos moldes da ética do discurso.

O mesmo autor ainda afirma o seguinte:

A ética do discurso, como ética da responsabilidade intersubjetiva solidária aponta, pois, para a institucionalização dos discursos práticos como mediação necessária da cooperação racional voluntária planetária de todos os indivíduos co-responsáveis e de tal modo que os indivíduos enquanto membros da comunidade de comunicação, capacitados para o discurso, coloquem-se em última instância, com a competência de decidir e deliberar racionalmente, isto é, de forma intersubjetivamente vinculada, frente às escolhas humanas e frente às instituições (COSTA, 2006:167).

Pode-se, agora, indagar acerca da (im)possibilidade de uma fundamentação de validade intersubjetiva de normas éticas. Apel responde a essa indagação afirmando que as condições de possibilidade de uma argumentação racional não só pertencem à competência lingüística que cada um traz consigo, mas pressupõem uma comunidade ideal da comunicação, em princípio ilimitada, na qual uma compreensão de sentido e uma formação de consenso sobre pretensões práticas devem ser, em princípio, possíveis. Portanto, com a suposição, *a priori* necessária, de uma comunidade ideal de comunicação, também a validade intersubjetiva de uma ética normativa da comunidade ideal da comunicação já deve ser sempre suporte e subjacente. Isso significa dizer que ninguém pode, nem mesmo consigo, entender-se corretamente, se, em princípio, já não reconhecer todas as normas de uma

correta comunicação, nas condições de um reconhecimento recíproco dos parceiros da comunicação, e sem esta suposição, expressa ou implícita, sem dúvida qualquer discurso levado a sério deixaria de ter sentido (Cf. COSTA, 2006:168; APEL, 1994:187-188).

O *a priori* da comunidade da argumentação implica na pressuposição de uma ética comunicativa intersubjetiva ou ética do discurso. Na visão dessa ética, junto com pretensões defensáveis pela argumentação, podem ser afirmados argumentativamente todos os interesses e todas as necessidades individuais e particulares conciliáveis com interesses e necessidades de todos os outros. Assim sendo, a pressuposição de uma ética discursiva estabelece o parâmetro ético que, ao confrontar-se com a realidade, com as dificuldades e com os limites reais de uma práxis ético-política, pode proporcionar uma orientação ética para as ações humanas.

Além disso, deve-se colocar que,

[...] como implicação de uma ética da comunidade ideal de argumentação, resulta a exigência de uma intermediação conteudística de todos os interesses humanos, como possíveis pretensões e uma instituição de deliberação universal, a ser criada, livre de repressão (APEL, 1994:188).

Essa instituição de deliberação universal, que já está implícita no *a priori* da comunicação, deveria ser vista, ao mesmo tempo, como meta-instituição de todas as instituições sociais contingentes surgidas na história, ou seja, ser vista como instância de legitimação para todas as instituições de fato existentes ou a serem criadas.

Nessa perspectiva, “a exigência da responsabilidade solidária dos seres humanos deve ser cumprida, embora as condições de possibilidade de seu cumprimento nem sequer tenham sido constituídas” (APEL, 1994:191). Essa exigência resulta em uma orientação ético-política fundada no pressuposto irrecusável de uma comunidade ideal de comunicação e seu princípio ético, implicado em todo o falar e agir humano, que estabelece a orientação para o agir político. Desse modo, não apenas os políticos, mas todos os seres humanos, enquanto argumentantes, devem não só pressupor a possibilidade de uma comunidade ideal de comunicação no sentido da norma ética básica, mas até antecipar *contrafaticamente* sua existência enquanto argumentam [3]. A necessidade de antecipação contrafática das condições ideais da formação do consenso é importante, segundo Costa (2006:170), pelas seguintes razões: “por esta antecipação é apresentado um *telos* normativamente fundamentado que não é idêntico com o atual estado da sociedade dos construtores, mas antes com o estado a ser ambicionado por qualquer possível comunidade de argumentantes”. A antecipação contrafática da comunidade ideal de comunicação aponta para o futuro no sentido de uma idéia reguladora do progresso moral e jurídico, que pode ser reconhecida por qualquer um que argumente, que é a condição

de possibilidade do entendimento e da tolerância na unidade e na multiplicidade das culturas humanas. Nesse contexto, com Costa (2006:170), infere-se “como necessária, possível e racionalmente válida, a ética do discurso como meio de lidar responsabilmente com os desafios éticos da humanidade no contexto da civilização do século XXI”.

Todas as considerações traçadas até agora foram feitas com a intenção de construir um conhecimento filosófico básico sobre as características da atual civilização planetária e sobre a ética do discurso, visto que essas duas visões servirão de norte para a interpretação do novo modelo de educação a ser estudado e sugerido a seguir.

### **3. A exigência de um novo modelo educacional para o século XXI**

Como se disse anteriormente, o processo de integração humana planetária trouxe e trará mudanças profundas na vida humana, as quais repercutem nos âmbitos da família, do trabalho, do lazer, da guerra e, desse modo, também, no âmbito da educação. Isso significa que está em processo de gestação um novo ser humano em um novo mundo, o que traz como consequência imediata que os velhos conhecimentos acerca do homem, da mulher, da sociedade, da vida, e também, da verdade, do bem e da justiça já não servem mais como fonte de autocompreensão e de orientação de conduta para o homem e para a mulher contemporâneos. Dessa forma, pode-se afirmar, conforme Costa (2006:171), que

[...] os velhos valores, os velhos conhecimentos, as velhas crenças e as velhas concepções morais e jurídicas tornaram-se obsoletas para um mundo em transformação, um mundo que está sofrendo as dores do parto e nessa dor, tentando evitar a morte ecológica e atômica, procura fazer vir à luz novos valores, novas concepções de comportamento, enfim, novos conceitos de verdade, de bem e de justiça. sofrendo as dores do parto e nessa dor, tentando evitar a morte ecolómentos, as antigasda verdade, do bem e da justiça

Diante desse período de transição e de transformação, no qual são substituídos os velhos valores do mundo que morre pelos novos valores do mundo que nasce, cabe, aos educadores e educandos, aos pais e filhos, aos governantes e governados, perguntarem acerca de qual papel a educação assume hoje.

Ora, é fundamental compreender que não existe apenas um modelo de educação. A concepção de educação, assim como a dos valores, varia de época para época, de cultura para cultura e de sociedade para sociedade, de tal modo que cada época, cada cultura e cada sociedade constroem um novo modelo de educação que corresponda aos seus valores, à sua visão de mundo, à sua concepção de homem, à sua concepção de mulher etc. Desse modo, tivemos até agora diferentes modos de educação,

os quais têm formado homens e mulheres para viverem em diferentes sociedades.

Antes de se esboçar o novo modelo de educação, apropriado à atual civilização planetária, é preciso entender por que a educação tradicional tem de ser superada. Primeiramente, é necessário reconhecer que “a educação tradicional tem sido forjada de acordo com as tradições e com os costumes das diferentes sociedades e tem tido como finalidade preparar o homem e a mulher para viverem de acordo com os valores vigentes ou almejados por essas sociedades” (COSTA, 2006:172). Dessa maneira, percebe-se que as concepções tradicionais de educação têm levado os homens e as mulheres a viverem de acordo com os valores e com os costumes de sociedades particulares, com visões particulares de vida e de mundo, etc.

Nessas concepções tradicionais de educação, “não há a compreensão de uma possível civilização planetária multicultural, com diversas formas de sociedade, que, apesar das diferentes concepções de vida e de mundo, estão conectadas a um destino comum, com problemas e desafios comuns” (COSTA, 2006:172-173). Assim sendo, a educação tradicional não tem preparado os homens e as mulheres para viverem no mundo atual, pois as tradições têm sido marcadas por concepções solipsistas dos valores.

Nos moldes das culturas tradicionais caracterizadas pelo particularismo, a educação tem preparado o indivíduo para absorver passivamente os valores absolutizados de cada sociedade e para se contrapor aos valores também absolutizados de outras formas de cultura e de sociedade, o que tem como consequência uma postura, mais ou menos, intolerante, a qual, em vez de conduzir à vida em comunhão e à solidariedade, leva ao caminho do conflito e da guerra. Nesse tipo de educação, segundo Costa (2006:173-174),

[...] não há lugar para o diálogo e nem para a busca cooperativa da verdade e do bem, pois o conhecimento e os valores são transmitidos dogmaticamente por quem os conhece e, portanto, é o depositário da verdade e da correção absolutas, para quem não as conhece e, portanto, é o receptor da verdade e da correção absolutas às quais deve se conformar.

Como se pode notar, a postura educativa autoritária e dogmática da educação tradicional, fundada no respeito inquestionável à autoridade da cultura e do transmissor (seja ele o professor, o sacerdote, o pai, ou o governante) de conhecimentos e de valores, não prepara os homens e as mulheres para a comunicação intercultural e planetária, na qual as convicções particulares de cada crença religiosa, política ou científica estaria submetida aos interesses maiores da humanidade, tais como: a conservação do meio-ambiente, a necessidade de evitar uma destruição nuclear e a eliminação da fome no planeta. Observa-se, dessa forma, que a educação tradicional falhou, uma vez que permitiu inúmeras

mazelas à humanidade, bastando citar apenas a inquisição, as cruzadas, o nazismo, as duas guerras mundiais e a crise ecológica.

Dito isso, pode-se compreender a necessidade urgente de se repensar os valores culturais vigentes e, com isso, repensar o modelo de educação tradicional, porque “se nós vivemos em uma civilização planetária na qual todos os homens e todas as mulheres estão associados a um destino comum, podemos e devemos buscar cooperativamente respostas comuns para os nossos problemas e desafios” (COSTA, 2006:175). Assim, somente através da cooperação entre os seres humanos é possível evitar a destruição da humanidade e possibilitar a construção de um mundo no qual as relações entre indivíduos, agrupamentos humanos, povos e nações estejam pautadas pela cooperação e pelo diálogo, e não pela força do mais forte, pelo conflito e pela guerra, o que possibilitará a construção de um mundo de paz, de harmonia e de bem estar sócio-ecológico.

#### **4. A nova educação**

Conforme se fundamentou acima, há uma exigência imprescindível de se revisar o modelo tradicional de educação. Costa propõe um novo modelo, denominado de nova educação, cujos alicerces residem, sobretudo, nas características da civilização globalizada do século XXI e na ética do discurso, as quais já foram analisadas.

Para Costa (2006:174-175),

O tema da nova educação deve ser, pois: *o diálogo racional na busca cooperativa da verdade, do bem e do justo*. A nova educação deve, portanto, preparar todos os indivíduos e todas as nações para se colocarem acima dos dogmas, das crenças e dos interesses particulares em benefício de todos; deve preparar, por conseguinte, para a cooperação, para o entendimento e para o acordo comunicativo.

Além do mais, “ela deve preparar para o respeito ético ao processo de formação cooperativa de um consenso racional no qual todos estejam dispostos a acatar o ponto de vista de cada um e de todos através do melhor argumento” (COSTA, 2006:175). Dessa maneira, os seres humanos podem e devem caminhar para uma aproximação progressiva de uma concepção dialógica da moral e do Direito, porquanto tal concepção é a única que pode possibilitar a formação de uma consciência racional (intersubjetiva) planetária e capacitar a humanidade para evitar a eminente destruição e construir uma nova ordem mundial mais solidária, mais pacífica e mais justa.

Nesse horizonte, frise-se, ainda, que o objetivo principal da nova educação não deve ser a transmissão autoritária de conhecimentos dogmatizados a serem absorvidos passivamente, mas a

preparação de cada ser humano, de cada povo e de cada nação para o diálogo fraterno na construção da verdade, do bem e da justiça, enfim, para a construção da solução comum dos problemas e desafios comuns da humanidade, o que possibilitará a construção de uma nova era, regida pela paz e pela solidariedade, advindas da disposição para o diálogo e para a cooperação.

Diante desse contexto, os que trabalham em sala de aula como educadores devem perguntar-se qual deve ser a postura do professor [4] em sala de aula na medida em que ele assume o papel de educador compromissado com a formação e com a preparação de um novo ser humano que deverá viver em um novo mundo em formação, com novas exigências de posturas e de valores. Desse modo, segundo Costa (2006:177), importa responder às seguintes questões:

Nós, educadores, estamos educados de tal forma que estejamos preparados, em certa medida, para viver com o perfil do novo ser humano que exige o mundo em transformação? Ou seja: nós estamos preparados para viver com base no diálogo racional, na busca cooperativa da verdade, do bem e do justo? Será que realmente estamos preparados para assumir que nossas opiniões, crenças e costumes e ideologias particulares, transmitidos por nossa cultura e tradição, não são verdades absolutas e que quem pensa diferentemente de nós não está com o erro e talvez possa estar mais próximo da verdade do bem e do justo?

Se ainda se achar que a visão de mundo, os padrões de comportamento, as crenças e os valores particulares são melhores do que as concepções particulares dos que pensam diferentemente, então o educador não está apto ao diálogo e nem a aprender com quem pensa diferente, e a sua postura em sala de aula será dogmática e autoritária.

A postura ética do novo educador requer o amor ao ideal da verdade, do bem e da justiça, o que significa que ninguém é dono da verdade absoluta (nem o educador nem o aluno). Assim, querer moldar os alunos de acordo com concepções particulares e dogmáticas é um ato de violência e de arbitrariedade, e é esse tipo de postura intolerante que ajudou a criar sociedades e posturas autoritárias, as quais acabaram desembocando nas inúmeras mazelas que ameaçaram e ainda ameaçam a humanidade.

Conclui-se, com Costa, que, caso se queira evitar uma educação autoritária, é necessário construir-se uma relação educacional pautada no diálogo e na busca cooperativa da verdade, do bem e da justiça, de modo que o centro do processo educativo seja o desenvolvimento de uma postura ética na relação educador-aluno, a qual seja capaz de fomentar posturas e atitudes que os tornem preparados para viver num mundo que comporte pacificamente a diversidade e tenha seus alicerces construídos na cooperação racional e na autoridade da verdade resultante do diálogo.

**Notas:**

[1] Cf. COSTA, 2006:163-180; APEL, 1994:163-222; OLIVEIRA, 1993:40-67.

[2] Mais especificamente, o texto refere-se à ética solipsista formulada por Immanuel Kant. “[...] Para Kant, os outros ‘eus’ teriam que ser constituídos como objetos (e não como co-sujeitos) do eu-sujeito transcendental, quer no sentido de objetos do mundo da experiência, quer no sentido de entidades racionais metafísico-inteligíveis que, junto com Deus, formam o reino dos fins. Ora, devido à limitação crítica de sua filosofia subjetivista, Kant teve de recorrer a este reino dos fins *metafísico* (e a estas entidades da razão como fins em si mesmas) para poder pensar o fundamento supremo da moralidade e do direito” (COSTA, 2006:111-112).

[3] “Conforme o entendimento de Apel, as ‘necessidades dos seres humanos’, enquanto ‘exigências’ comunicáveis interpessoalmente, são eticamente relevantes e devem ser reconhecidas na medida em que possam ser justificadas através de argumentos. Ora, isto significa que se deve levar em conta as exigências virtuais, justificáveis argumentativamente, de todos os membros virtuais da comunidade de comunicação e, deste modo, todas as exigências que os seres humanos podem colocar intersubjetivamente. [...] Para ele, a norma básica esboçada não adquire seu caráter obrigatório a partir da *aceitação fática* por parte dos que chegam a um convênio, embora ela obrigue a todos os que adquiram competência comunicativa através do processo de socialização a procurar um convênio argumentativo com o objetivo de lograr uma formação solidária da vontade no que diz respeito aos interesses reais e virtuais [...] da comunidade de comunicação” (COSTA, 2002:215-216).

[4] Aqui, entenda-se professor como aquele que transmite algum ensinamento válido a outra pessoa, de tal modo que o conceito englobe qualquer educador em sala de aula, como, por exemplo, o monitor. Nessa acepção, infere-se que até mesmo os alunos podem assumir a função de professor, haja vista que ninguém é dono da verdade, senão o argumento mais plausível sobrevivendo de um diálogo racional.

## 5. Bibliografia

APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

COSTA, Reginaldo da. *Ética e filosofia do direito*. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e racionalidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1993.

## FUNDAÇÕES – DA CONSTITUIÇÃO À EXTINÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

**Nara Mikaele Carvalho Araújo**

Estudante do 4º semestre de Direito na Universidade Federal do Ceará.

**RESUMO:** Pessoas jurídicas são aqueles entes que possuem personalidade distinta daqueles que se destinaram à sua criação; podem ser de direito público (interno ou externo) ou privado. Assim sendo, o Código Civil organizou aquelas que serão consideradas como tais. Dentre as pessoas jurídicas de direito privado, há as fundações. Fundações são bens dotados e gravados para determinado fim, e esta finalidade deve ser indicada pelo instituidor. O instituidor pode ser um particular ou o Estado. Podem ser, também, as fundações submetidas ao direito público ou ao direito privado. A participação do Ministério Público nas Fundações é de suma importância iniciando com a aprovação do contrato social, perdurando durante todo o período de existência destas, há participação do Ministério Público inclusive como podendo ser parte no processo de extinção das Fundações. O presente artigo tem como propósito analisar alguns aspectos das Fundações sob a égide do Código Civil de 2002, com enfoque no papel do Ministério Público, bem como nos tipos de Fundações existentes.

**RÉSUMÉ:** Les Personnes Morales sont des êtres qui ont une personnalité distinguée de ceux qui participent à création; elles peuvent être de droit public (interne ou externe) ou prive. De cette façon, le Code Civil a organisé celles qui seront considérées comme des personnes morales. Parmi les personnes morales de droit privé, nous trouvons les fondations. Les fondations sont des biens qui ont une fin déterminée. Cette fin devra être indiquée par le fondateur. Le fondateur peut être un particulier ou l'État. La participation du Ministère Public est très important dans les foundations. Elle s'initie avec l'approbation du contrat social, et continue toute la periode de son existence. Le Ministère Public peut participer aussi à la procédure judiciaire d'extinction des Fondations. C'est article a pour but d'analyser quelques aspects des Fondations d'après le Code Civil 2002, pourtant surtout sur le rôle du Ministère Public, ainsi que sur les types de Fondations existantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundações. Extinção de fundações. Papel do Ministério Público.

**MOTS-CLÉS:** Fondations. Extingué des fondations. Le rôle du Ministère Public.

## 1. Introdução

Um indivíduo, muitas vezes, por si só não é capaz de realizar certos fins que estão além de sua capacidade individual; para a consecução de tais objetivos, resolve associar-se, unir-se a outros que comunguem da mesma vontade, grosso modo. Dessa forma, nascem as pessoas jurídicas, dentre as quais encontram-se as fundações, que evoluíram historicamente tanto no que concerne à regulamentação legal, como sua utilização para consecução de determinados fins, normalmente visando ao benefício geral da população, cumprindo uma função social relevante.

## 2. Evolução Histórica

Historicamente, no antigo direito romano, a pessoa jurídica não existia. No direito de Justiniano, enriqueceu-se a pessoa jurídica com o acréscimo das fundações, pois, alhures, eram conhecidas apenas certas associações de interesse público, como *universitates*, *sodalitates*, *corpora* e *collegia*.

Também no antigo direito germânico não existe o conceito de pessoa jurídica. O conceito da personalidade jurídica só penetrou no direito germânico com a posterior concepção do direito romano.

Foi o direito canônico que desenvolveu instituto da pessoa jurídica com o incremento das fundações, então denominada *corpus mysticum*. Qualquer ofício eclesiástico provido de patrimônio próprio era considerado autônomo. A princípio, as fundações eram subordinadas à Igreja; mais tarde, porém, tornaram-se independentes.

Ainda no contexto histórico mundial das fundações, tem-se que elas são, em sua origem, uma típica expressão da cultura norte-americana, como salienta o relatório da América do Norte.

O magnata da indústria do aço Andrew Carnegie, o barão do petróleo John D. Rockefeller, e o financista Andrew W. Mellon são alguns dos fundadores emblemáticos de um tipo de instituição que proliferou nos Estados Unidos a partir do início do século 20. Andrew Carnegie declarou que os ricos deveriam dar dinheiro para criar "um Estado ideal no qual o superávit da riqueza de uns poucos se tornasse, no melhor sentido, propriedade de muitos". Patrocinou bibliotecas nos Estados Unidos e Canadá e doou mais de 350 milhões de dólares a fundações.

No Canadá, as fundações começaram a se multiplicar nos anos sessenta. Em outras partes, a tendência se manifestou nas décadas de 80 e 90. Na América Latina, adquire maior visibilidade em países como Brasil e México.

Na Europa do Leste, a questão é levantada juntamente com o renascimento do setor privado.

## 3. Pessoas Jurídicas e Fundações – Conceitos Doutrinários

Necessário se faz conceituar doutrinariamente o que se entende por pessoa jurídica. Para Rubens Requião, pessoa jurídica é o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos, adquire patrimônio autônomo e exerce direitos em nome próprio. As pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como réis, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram.

Seguindo com as conceituações, considera-se fundação como sendo uma universalidade de bens personalizados, em atenção aos fins que lhe dão unidade, ou ainda, em patrimônios transfigurados pela idéia, que os põe a serviço de um fim determinado.

As fundações caracterizam-se pelo seu aspecto eminentemente material. É um complexo de bens que assume a forma de pessoa jurídica para a realização de um fim de interesse público, com o advento do novel Código Civil, tais interesses limitam-se ao religioso, moral, cultural ou de assistência, de modo permanente e estável. Corresponde a *universitas bonorum* do antigo direito.

As fundações podem ser públicas ou privadas quanto à pessoa que as criou, mas serão públicas ou privadas de acordo com o regime jurídico a que devem se submeter, já que não é o ente criador determinante para distinguir o tipo de fundação.

Fundações Públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades de interesse público, sendo criadas por lei específica e regulamentadas por decreto. Suas áreas de atuação são definidas em Lei Complementar.

#### **4. Da Constituição de Fundação no Código Civil de 2002**

Para a constituição de uma fundação é necessária a vontade de uma pessoa, o instituidor, que tanto pode ser um particular ou o Estado, que fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la (art. 62 CC/2002).

Convém lembrar que as fundações podem nascer por ato *causa mortis* ou *intervivos*. O ato constitutivo das fundações públicas, consoante o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, é a própria lei, e o das fundações privadas, segundo o novo Código Civil, pode ser tanto testamento, quanto escritura pública.

Podem ser instituídas por particulares ou pelo Estado, devendo ser composta por bens livres de ônus reais e disponíveis (nesse caso, resguardados os direitos dos herdeiros necessários do instituidor). Esses bens, uma vez integrados ao patrimônio da fundação, são inalienáveis.

A disposição constitucional a cerca do assunto encontra abrigo no artigo 37, inc. XIX (CF

88), bem como a disposição legal do Código Civil a que se refere ao assunto destina-lhe um Capítulo, compreendendo os artigos 62 a 69 CC/2002.

Assim dispõe o parágrafo único do artigo 62 CC/2002:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. **Parágrafo único.** A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. (grifos nossos)

Tal disposição poderia ser alvo de algumas divergências doutrinárias acerca da manutenção das atuais fundações que possuem fins diversos do disposto no parágrafo único transcrito anteriormente.

As possíveis desarmonias interpretativas foram ceifadas, pois os artigos 2031 e 2032 do mesmo diploma legal, são claros ao mencionarem a necessidade de se adaptarem ao Código Civil de 2002, até 11 de janeiro de 2007, bem como assegura que “as fundações, instituídas segundo a legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se, quanto ao seu funcionamento, ao disposto neste Código”.

Partindo-se de uma interpretação gramatical, tem-se que as atuais fundações podem continuar suas atividades regularmente, o que deve haver é, tão somente, a adaptação quanto ao funcionamento às novas disposições do Código.

O poder público, ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico (vide distinção feita no ponto precedente), dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-los a fins alheios que não sejam de interesse do próprio Estado.

O Estado, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.

O art. 5º, inciso IV do Decreto-Lei 200/67, que disciplina as fundações públicas dá margem a uma polêmica, pois o instituto prevê a criação de uma fundação privada com recursos públicos, mediante autorização legislativa podendo até passar a integrar a administração indireta.

As fundações públicas têm natureza de pessoa de direito público sob um regime jurídico de direito público e que é estatuído mediante a lei que cria a própria fundação. Pertencem, assim, ao quadro da Administração Indireta.

Nas fundações privadas, tem-se uma pessoa jurídica de direito privado que, em geral, atende a um regime de direito privado, exigindo-se: (1) lei que autorize sua criação, se seu funcionamento depender ou estiver ligado em essência à Administração Pública ou contar com recursos públicos para

suas atividades; (2) escritura pública, se suas atividades ou funcionamento não estiverem ligados em essência à Administração Pública ou não forem, mesmo que parcialmente, custeados pela mesma.

## **5. Da Função Ministerial na Fundação**

Como dito linhas atrás, há possibilidade de haver fundação pública, mas de caráter eminentemente público ou privado, bem como as fundações particulares, puras, utilizaremos essa denominação para diferenciá-las.

Curial observar que mesmo as fundações públicas de direito privado regem-se pelo direito civil em tudo o que não for derogado pelo direito público. Essa ressalva doutrinária necessita de aprofundamento a partir de uma comparação com o regime jurídico das fundações particulares puras, mormente no que tange à fiscalização exercida pelo Ministério Público, que não obedece aos moldes do Código Civil.

Na fundação particular pura, o instituidor, particular, dota seus bens, livres e desembaraçados, especifica o fim a que se destina; o seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público, a quem compete velar pela fundação.

O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição. A partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela ganha vida própria. O instituidor não mais exerce nenhum poder sobre ela, tampouco sobre os bens já dotados; seu ato é irrevogável. Os patrimônios do fundador e da fundação não mais se confundem.

O patrimônio da fundação pública, sempre será considerado patrimônio público, protegido pela ação popular ou pela ação civil pública de repressão à improbidade administrativa, *ex vi* do artigo 1º da Lei 4.717/65 e do artigo 1º da Lei nº 8.429/92.

Vale dizer, ela não tem vida própria independente da vontade do instituidor, pois, o poder público, por lei, pode conformá-la à vontade do interesse geral (interesse público), na medida em que ela, criada, alterada ou extinta pelo Estado, desenvolve atividade para consecução de fins que, por serem públicos, são próprios do ente que a instituiu e que deles não pode dispor.

O Ministério Público deve necessariamente aprovar o estatuto e fiscalizar seu funcionamento, velando pelo atendimento dos fins previstos pelo instituidor e controlando a adequação e a legalidade dos atos da fundação.

Após a aprovação pelo órgão do Ministério Público, o estatuto deve ser levado ao registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, momento em que a fundação adquire personalidade jurídica de direito privado. Na ausência da mencionada aprovação, o ato poderá ser suprido por decisão judicial.

Por isso, e decerto é o ponto mais relevante, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo, na medida em que, além do controle por tutela (ou supervisão ministerial), subsistem o controle externo do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo, expressamente previstos na Constituição (artigos 49, X, 71, 165, §5º e 169).

Diversamente da fundação pública, o Ministério Público vela pela execução da vontade do instituidor na fundação particular, despontando a necessidade do poder público fiscalizá-la. Essa ingerência estatal, confiada ao Ministério Público, é característica peculiar das fundações particulares, não das fundações públicas de direito público ou de direito privado.

Ressalte-se que a impossibilidade de ingerência do Ministério Público nas fundações públicas de direito privado é relativa à sua atuação ordinária, calcada no direito privado (ou seja, nos moldes da atuação em relação às fundações particulares). Isto não significa que elas estão exoneradas de qualquer controle por parte do órgão constitucional independente (assim como do Tribunal de Contas). A ele é vedado somente o exercício da fiscalização das fundações públicas de direito privado com sustentáculo nas disposições do Código Civil.

Porém, em razão da natureza pública de seu patrimônio e de sua integração à administração pública, o Ministério Público exerce o controle das atividades das fundações públicas (de direito público ou privado – vide distinção realizada linhas atrás), no exercício das competências previstas nos incisos II e III do artigo 129, da Constituição Federal, e do artigo 25, IV, da Lei nº 8.625/93 c.c. o artigo 1º da Lei nº 8.429/92 e o artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 (proteção do patrimônio público e social, repressão à improbidade administrativa etc.).

Corroborando o entendimento acima esposado, na III Jornada de Direito Civil, foi aprovado o seguinte enunciado: 141 – Art. 41: A remissão do art.41, parágrafo único, do Código Civil às “pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado”, diz respeito às fundações públicas e aos entes de fiscalização do exercício profissional.

## **6. Da extinção das fundações**

O término desse tipo de pessoa jurídica poderá ocorrer: pelo decurso do prazo de sua duração, se constituída por prazo determinado; por determinação legal, quando configurada qualquer uma das causas previstas normativamente; por outras causas previstas no contrato ou estatuto; por medida de dissolução judicial, quando houver fundado requerimento da parte legitimada a requerê-la, dentre outros.

De acordo com o Código Civil de 1916, a legitimação ativa para promover a extinção da fundação restringia-se à minoria vencida e ao Ministério Público. Note-se que o rol de legitimados ativos para tal propósito foi ampliado pelo artigo 69 do novo Código, que passou a reconhecer esse direito a qualquer interessado e não mais apenas à minoria vencida.

A seu turno, quando houver extinção de uma fundação, seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo ou estatuto, será incorporado ao de outras fundações designadas pelo juiz, que visem a objetivos idênticos ou similares.

A fim de evitar o desvio das finalidades das fundações previstas nos estatutos, a lei incumbiu ao Ministério Público o dever de fiscalizá-las (art. 66 CC/2002). O Ministério Público é competente, também, para promover a extinção da fundação, sempre que tornada ilícita, impossível ou inútil sua finalidade, ou se vencido o prazo de duração.

Uma vez extinta, seu patrimônio deverá incorporar outra pessoa jurídica da mesma espécie e com a mesma finalidade, designada pelo juiz.

Tal como ocorre com a sua constituição, a dissolução das pessoas jurídicas em comento deve ser averbada em Cartório, em seu registro respectivo, o mesmo valendo para a sua liquidação. Finda a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica. Ocorrendo, então, o cancelamento do registro, configurada estará a extinção da pessoa jurídica, produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja, mantidos estarão os atos negociais por ela praticados até o instante de seu desaparecimento, respeitando-se o direito de terceiros.

## **7. Conclusão**

As fundações, enquanto pessoa jurídica, possuem personalidade própria, distinta do seu instituidor. A dotação patrimonial feita por este é irrevogável. O instituidor pode ser um particular ou o Estado (*lato sensu*).

Para constituir uma Fundação é necessária a elaboração do ato constitutivo a ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e, para tal procedimento, é imprescindível a aprovação pelo representante do Ministério Público do ato constitutivo. Nessa fase, inicia-se a participação na condição de fiscal e velador da fundação do Ministério Público. Sua atuação se dá de forma mais veemente nas fundações particulares.

Ao extinguir a fundação, os bens remanescentes devem ser destinados à outra de fim semelhante, salvo disposição em contrário no ato constitutivo.

## **8. Bibliografia**

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 1: parte geral – São Paulo: Saraiva 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol.I: parte geral – 2ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, vol. 1: parte geral – São Paulo: Saraiva, 1977.

**O AMBIENTE COMO FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO**  
**Auto-Referencial de Niklas Luhmann**

**Rafael Benevides Barbosa Gomes**

Aluno do curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

**RESUMO:** O trabalho mostra que o ciclo auto-refencial do sistema jurídico de Luhmann evita o paradoxo de sua auto-fundamentação através de mecanismos próprios de “desparadoxização”. A simetria existente na relação entre os elementos do sistema é relativizada através de assimetrias interna e externa. Dessa forma, Luhmann usa o *ambiente (Umwelt)* como fundamento último do sistema, que passa a orientar sua autopoiese e conseqüente evolução dentro da sociedade. O conceito de evolução, contudo, simplesmente significa a transformação do improvável em provável, sendo afastado de quaisquer concepções teleológicas ou evolucionistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria dos Sistemas. Autopoiese. Evolução.

**ABSTRACT:** The paper shows that the self-referential cycle of Luhmann’s legal system avoids the paradox of its self-foundation by using mechanisms to cease this non-ending tautological relation. The existing symmetry between the elements of the system is relativized by internal and external assymetries. Luhmann, therefore, uses the environment (*Umwelt*) as the system’s main fundament, which guides its autopoiesis and consequent evolution within society. The concept of evolution, however, simply means the transformation of the improbable into probable, existing away from any kind of teleological or evolutionary conceptions.

**KEYWORDS:** Systems Theory. Autopoiesis. Evolution.

## **1. Introdução**

O trabalho pressupõe o Direito como subsistema funcionalmente especializado da sociedade,

composto por comunicações como unidades elementares e dotado de capacidade autopoiética, ou seja, capaz de (re)produzir seus elementos. A partir dessa perspectiva, busca-se discutir o problema da gerência do paradoxo da auto-fundamentação do direito, ocasionado pela simetria na relação entre os elementos do sistema.

Os mecanismos de funcionamento do sistema jurídico na teoria de Luhmann permitem essa gerência, uma vez que se pretende evitar a perpetuação de uma ordem jurídica com autarquia e fechamento absoluto em suas operações internas.

## **2. Luhmann e a Restituição do Décimo Segundo Camelo**

Desde o aparecimento da *Grundnorm* de Kelsen como fundamento da validade de uma ordem jurídica positiva, pode-se observar o problema da conciliação entre uma validade normativa unicamente positiva e a (des)necessidade de valores últimos que fundamentam o direito, sejam eles imutáveis ou mutáveis.

Niklas Luhmann, em publicação póstuma, faz uso da metáfora do décimo segundo camelo para tratar da questão. A metáfora, que relata um problema matemático acontecido na vida real, é bem conhecida e, segundo o autor, atende satisfatoriamente a sua finalidade (LUHMANN, 2004:33). Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento de seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Entretanto, e devido a imprevistos, o número total de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. Assim, quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Achmed, sendo o filho mais velho, reivindicou seus seis camelos. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros protestaram. A divisão parecia injusta aos herdeiros, e então decidiram levar o caso a um juiz, que fez a seguinte oferta: em adição aos onze camelos, eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou mais simples. Achmed recebeu a metade, ou seja, seis. Ali recebeu seu quarto, quer dizer, três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim, onze camelos foram divididos e o décimo segundo pode ser devolvido.

A questão proposta por Luhmann é dupla: (1) o décimo segundo camelo seria necessário? Dentre outros questionamentos mais específicos do autor, percebe-se que o fulcro da questão se encontra na (in)utilidade do décimo segundo camelo. Para o cálculo ele foi necessário. Contudo, na prática, apenas os onze camelos iniciais foram utilizados.

A metáfora explica bem a questão: a (des)necessidade da fundamentação última do direito. Para Luhmann (2004:42):

Hans Kelsen identifica o décimo segundo camelo como norma fundamental sob a pressuposição de que a teoria do direito seria uma ciência. Esta tentativa encerra o problema mais de perto. Entretanto, a validade unicamente hipotética de tal norma ou sua fundamentação por [um argumento de] indispensabilidade construtiva gera essa ambivalência própria do camelo emprestado (*Leihkammel*), e, por isso, não necessita ulteriormente de grande ajuda. [A validade da norma fundamental] deve-se a uma instância exterior, que neste caso é a ciência, e que pode dessa forma permanecer [como] uma hipótese. Não obstante ela continuar a possuir uma função normativa diretriz de operações.

A externalização deste fundamento último do Direito, de modo a visualizá-lo como valores externos à positividade do sistema jurídico constitui solução intrinsecamente insatisfatória, para uma visão do direito como subsistema social operacionalmente fechado à heteronomizações [1].

A proposta de Luhmann pressupõe, a partir de seus paradigmas teóricos já difundidos, um sistema jurídico que (re)produz comunicação através da comunicação numa auto-referência fechada à determinações do ambiente, mas aberta à conexão com referências externas a partir de sua perspectiva construtivista.

Luhmann admite que uma tal concepção gera inevitáveis paradoxos para um sistema que, em geral, rejeita hierarquias normativas (LUHMANN, 1988:21):

Autopoietic processes are recursive, i.e., necessarily symmetrically structured – and this is an aspect of this theoretical approach which has significant and wide-ranging implications for legal theory. The norm quality of each element is owed to the norm quality of other elements, to which the same rule applies. There can therefore be no norm hierarchies. In terms of normativity a strict symmetry exists even between the law and the judge's decision [2].

Tal concepção já abandona a idéia de hierarquia internormativa de Kelsen, onde a norma jurídica concreta (decisão judicial) configura a aplicação de uma norma jurídica superior e, conseqüentemente, critério de validade para a decisão. Em Luhmann, reina a recursividade entre processos legiferante e judicial. Contudo, é importante ressaltar que essa relação não constitui uma simetria infinita, pois, do contrário, observar-se-ia um paradoxo insolúvel no funcionamento do sistema. As assimetrias sistêmicas são necessárias, e por isso constituem seu fundamento último, seja sob a perspectiva interna ou externa [3]. Quanto à questão das assimetrias, Luhmann adverte (1988:22):

[...] there are also asymmetries in the legal system. No system can get by without them, for this would mean existing as pure tautology in total indeterminability. However, *all asymmetries must be introduced into the legal system via cognitive orientations*, and they thus articulate willingness to learn [4].

A constituição representa, sob a perspectiva interna do sistema, o critério último para fechamento operacional. Isso constitui uma implicação lógica da positividade do direito, vez que as

representações moral-legitimadoras válidas para todos os domínios da sociedade perderam sua significação e funções sociais. Assim, a vigência das decisões aplicadoras e ponentes de direito não podem mais fundamentar-se nelas [5]. Nesse sentido, Marcelo Neves (1994:65) complementa:

A positividade como o fato de o Direito autodeterminar-se implica a exclusão de qualquer supradeterminação direta (não-mediatizada por critérios intra-sistêmicos) do Direito por outros sistemas sociais: política economia, ciência etc. [...] Nesse novo contexto, sem os seus fundamentos políticos e morais globalizantes, o sistema jurídico precisa de critérios internos não apenas para a aplicação jurídica concreta, mas também para o estabelecimento de normas jurídicas gerais (legislação em sentido amplo). Esse papel é atribuído ao Direito Constitucional.

Observa-se, portanto, que a Constituição atua como critério interno para aplicação do código *licito/ilícito* ao procedimento legislativo, determinando como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional (NEVES, 1994:67). Torna-se, dessa forma, imprescindível à positividade como autodeterminação operativa do Direito. O sistema jurídico utiliza a Constituição como paradigma último à diferenciação entre o aquilo que é Direito e aquilo que não o é.

Em última instância, os tribunais (núcleo sistêmico) deverão determinar a interpretação da norma constitucional que evita o aumento excessivo da complexidade sistêmica interna [6].

### **3. O Ambiente como Fundamento do Sistema e como Guia da Evolução**

Além da assimetria interna, que representa um paradigma para o fechamento do ciclo auto-referencial sistêmico, o Direito orienta a sua capacidade autopoietica de acordo com o ambiente pela sua capacidade de *abertura cognitiva* [7]. O sistema retira do seu meio os “dados” externos que são absorvidos através de seus próprios critérios e código diferença para a renovação dos componentes sistêmicos. Essa assimetria externa do sistema atua como uma “destautologização” do paradoxo da auto-referência. A *Selbstreferenz* não se dá nunca em estado puro: os sistemas existem sempre vinculados a alguma “distinção” e conectados a algum dado externo (AMADO, 2004:321). Desse modo, a problemática da fundamentação conceitual do Direito é resolvida, se observada como um problema puramente conceitual ou da lógica da teoria.

Junto a isto, a variação na composição dos elementos do sistema, que permite a evolução do Direito, também se dá a partir desta assimetria. A posição de Luhmann revela, então, o *ambiente* como paradigma forjado para a fundamentação do Direito na teoria dos sistemas. Desse modo, pode-se concluir que a autopoiese permite a evolução, que por sua vez é fundamentada no ambiente.

O Direito como subsistema funcionalmente especializado da sociedade tem a comunicação

como sua operação específica. É dotado de capacidade autopoietica, ou seja, capaz de (re)produzir seus elementos. É como um universo habitado por comunicações que (re)produzem comunicação através de comunicação. Uma visão com influência declarada do evolucionismo de Darwin (LUHMANN, 2002:172) e da teoria biológica de Maturana e Varela.

O diferencial em relação à biologia está no mecanismo evolutivo característico do sistema jurídico. Diferentemente do dogma da seleção natural de Darwin, que aponta para o predomínio dos fatores ambientais na emergência do processo evolutivo, a teoria sistêmica enfatiza que a evolução resulta de transformações internas na respectiva unidade de reprodução: as “irritações” advindas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações, ou seja, quando são aceitas e incorporadas ao sistema através de sua perspectiva. É dessa forma que o conceito biológico de “autopoiese” é recepcionado nas ciências sociais, por Niklas Luhmann.

O paradigma sistêmico da evolução afasta, portanto, a idéia, carregada pela ideologia liberal predominante no período de surgimento do evolucionismo biológico, de que a evolução reside na “sobrevivência do mais apto” ou na “luta pela vida”.

Na teoria do Direito como subsistema social autopoietico, o ambiente não atua perante o sistema como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição de novos elementos”, nem apenas como perturbação, ruído, “*bruit*”; constitui algo mais: o fundamento do sistema (NEVES, 2006:62).

Diversas determinações do ambiente atuam sobre o Direito, mas apenas são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma. Quando o código jurídico absorve, a partir de sua perspectiva *construtivista*, a determinação, ou influência, do ambiente, considera-se que o sistema passa por um processo de evolução, ainda que esta não signifique, necessariamente, a passagem de um estágio pior para um outro melhor. Este é outro ponto da teoria sistêmica, desenvolvida por Luhmann, que rediscute sistemas filosóficos postos, como os de Hegel e Marx, onde se pode encontrar concepções progressistas ou teleológicas da evolução. Luhmann apenas considera a evolução como a transformação do improvável em provável, dando ênfase ao “acaso”. Deste modo, sua teoria não fornece nenhuma espécie de interpretação do futuro.

O mecanismo de evolução do sistema jurídico passa por três estágios: *variação*, *seleção* e *restabilização ou retenção*; as chamadas funções da evolução (LUHMANN, 2002:173).

A *variação* consiste em uma produção desviante dos elementos através dos elementos de sistema, ou seja, uma comunicação inesperada, surpreendente, que produz elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente. Porém, a variação, ainda que inesperada pelo resto da

estrutura sistêmica não desviante, é pensada e executada. Difere da mutação, que representa uma variação ocasional alheia à vontade dos elementos preexistentes.

Em seguida, a variação pode ser rejeitada de forma imediata, pelas estruturas do sistema, ou pode ser selecionada para compor novas estruturas para um uso repetido. Embora esta última fase seja essencial à evolução, é insuficiente, se desprovida da fase final de *restabilização*.

Só este último estágio permite que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar-se às novas expectativas, constituindo unidade do sistema. Isso possibilita a continuidade dinâmica da sociedade, de tal forma que o sistema possa atualizar-se em relação ao ambiente, a partir da atitude desviante, inicialmente ocasionada pela variação.

É a partir das chamadas variações que o nosso sistema jurídico poderá evoluir e caminhar ao lado das transformações políticas, econômicas e sociais que acontecem de forma cada vez mais dinâmica. O celeiro para tais variações, num modelo ideal de Estado Democrático de Direito, seria a universidade, onde surgem idéias como: (a) uma maior autonomia soberana para os estados federados, visando a conseqüente diminuição da complexidade das opiniões sociais e uma crescente efetivação da legitimação procedimental para os cargos políticos; (b) a aplicação conceitual do instituto americano *contempt of court* como *meio* para forçar o cumprimento da execução de sentença; dentre outras idéias que, como essas, nascem da concepção de professores e alunos envolvidos com a pesquisa científica. Os dois exemplos citados podem nos parecer, de imediato, idéias inconciliáveis com a constituição brasileira e a ordem jurídica internacional. É preciso lembrar, porém, que a própria constituição já representa um paradoxo em relação aos núcleos significativos e normas consuetudinárias, criando uma ordem jurídica nova. A transformação do improvável em provável, do absurdo em realidade, é justamente o que permite a evolução.

O sistema busca, em última instância, seu fundamento de variação no ambiente. Uma relação, diga-se, desenvolvida por Luhmann com o gradual amadurecimento de sua teoria. Tal constatação, de modo poético, remete justamente à mudança de paradigma que inicia a teoria luhmanniana [8].

## Notas

[1] O Direito heteronomizado significa um direito (sistema) colonizado (determinado) por outras forças sociais vigentes, ou mesmo por outras estruturas sociais autopoieticas da sociedade, como a política, a religião, a economia, etc. Desse modo, seu ciclo auto-referencial de utilização de critérios próprios é interrompido e determinado por forças externas e, conseqüentemente, prejudiciais ao sistema.

[2] Processos autopoieticos são recursivos, i.e., estruturados simetricamente – e este é um aspecto dessa abordagem teórica que tem implicações significantes para a teoria jurídica. A qualidade normativa de cada elemento é adquirida através da qualidade normativa de outros elementos, aos quais a mesma regra se aplica. Não pode, portanto, haver qualquer hierarquia normativa. Em termos de normatividade, uma simetria rígida existe inclusive entre a lei e a decisão judicial. [Tradução Livre]

[3] Tal distinção expressa nas categorias interna e externa, não é visualizada objetivamente pela teoria luhmanniana. A separação entre tais assimetrias aparece como facilitação para o entendimento da conclusão do trabalho, a ser exposta posteriormente.

[4] Há também assimetrias no sistema jurídico. Nenhum sistema pode livrar-se delas, pois isso significaria existir como tautologia pura e em total “indeterminabilidade”. Contudo, todas as assimetrias precisam ser introduzidas dentro do sistema jurídico através de orientações cognitivas, articulando disposição para aprendizado. [Tradução Livre].

[5] Ross bem explicita, inclusive, que a moral é um fenômeno individual (2003:90). Luhmann também a observa como um subsistema social não autopoietico, onde o seu código se reproduz, de forma difusa e fragmentada, na sociedade. Para tal fundamentação, vide Luhmann, 1993.

[6] *Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos (Ereignisse, Events) possíveis. Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos “mundos possíveis”. Tomada desta forma, a complexidade alude, por um lado, a um mundo de possibilidades que não é um mundo real, visto que a igualdade radical de tais possibilidades, tanto quanto possível, não se rompe até que alguma forma de preferência permita a decantação de um desses mundos possíveis como mundo real. Com a complexidade reduzida, começa a existir a sociedade* (Amado, 2004:301-302). A partir da redução da complexidade é que Luhmann observa as condições para o surgimento dos sistemas sociais. A complexidade interna deve então ser vista como aquela situada dentro dos limites do sistema.

[7] O conceito de abertura cognitiva pressupõe o fechamento operacional do Direito. Só impondo os seus limites frente ao ambiente é que o sistema pode observar os “dados” do meio e absorvê-los a partir de sua perspectiva construtivista. Cada sistema abarca seu meio mediante um retículo (*Raster*) de admissão seletiva de informação.

[8] Luhmann atenta para a mudança de paradigma no capítulo inicial (System and Function): systems must be oriented by their environment not just occasionally and adaptively, but structurally, and they cannot exist without an environment (2005:16).

## **Bibliografia**

AMADO, J. A. G. **A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann**. IN: André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr (eds.), **Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**, p. 301-344. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Unity of The Legal System**. IN: G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, p.12-35. Berlim: De Gruyter, 1988.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de La Sociedad**. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma Análise Sociológica do Direito**. IN: André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr (eds.), **Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**, p. 33-107. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Social Systems**. Translated by John Bednartz Jr. With Dirk Baeker. California: Stanford University Press, 2005.

NEVES, M. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

# O MITO DE IFIGÊNIA, A INTERPRETAÇÃO E OS INTERESSES COLETIVOS

**Gustavo César Machado Cabral**

Bacharelado em Direito pela Direito da Universidade Federal do Ceará e Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC

**Resumo:** Os objetivos principais deste artigo são analisar o mito de Ifigênia, a partir de sua versão mais difundida, a de Eurípides, e encontrar nesta estória elementos ligados à interpretação e à concepção grega de coletividade e de Estado. Conta o tragediógrafo ateniense que Agamenon resolve sacrificar a própria filha, Ifigênia, após ser informado pelo sacerdote Calcas que este era o único caminho para que a deusa Ártemis deixasse a armada grega partir para a guerra em Tróia. O rei micênico passa a viver um dilema entre o seu desejo particular de manter a filha viva e o seu dever enquanto estadista para com o seu povo, que acreditava fielmente nas palavras do intérprete. É possível, então, concluir que os intérpretes exerciam uma enorme importância na sociedade grega, informando às pessoas qual seria a vontade dos deuses; percebe-se, também, que os interesses coletivos eram bem mais importantes do que os individuais, sendo bastante comum que estes fossem preteridos frente ao bem comum.

**Palavras-Chaves:** Antigüidade, Interpretação, Estado Antigo, Mitologia.

**Abstract:** The main objectives of this article are analyzing the myth of Iphigenia, starting from its more diffused version, Euripides', and finding in this story elements linked to interpretation and to the Greek conception of collectivity and State. The Athenian tragediographic told that Agamemnon decided to sacrifice his own daughter, Iphigenia, after been informed by the priest Calcas that it was the only way to Artemis let the Greek navy leave and go to the Troy War. The Mycenaean King started to live a dilemma between his private desire of maintain his daughter alive and his statesman's duty with his people, who believed faithfully in the interpreter's word. It is possible to conclude that the interpreters had an enormous importance in the Greek society, informing people the true will of the gods; it is noticed, also, that the collective interests were more important than the individual ones, being very common to ignore these because of general well-being.

**Key-Words:** Antiquity, Interpretation, Ancient State, Mythology.

## 1. Eurípides: seu tempo e sua temática

Antes de iniciarmos as discussões que tentaremos empreender neste artigo, é interessante que

falemos um pouco do autor das obras em destaque. E é assim que começaremos o nosso trabalho.

Parte do triunvirato magno da tragédia grega, ao lado de Sófocles e de Ésquilo, Eurípides teve vinte de suas obras guardadas para a posteridade. Claro é que estas não representam a totalidade de seus escritos, uma vez que a maioria delas, assim como de outros pensadores de seu tempo, foi para sempre perdida. Especula-se que ele tenha escrito cerca de noventa e duas peças.

As tragédias de Eurípides tratam, em geral, de temas históricos, e as suas personagens, em regra, são históricas. É importante, entretanto, que situemos o termo *histórico* no contexto no século V a.C., uma vez que as personagens hoje consideradas mitológicas eram, então, tratadas como reais, antepassadas dos contemporâneos de Eurípides. Havia, segundo Jaeger, uma “inseparável unidade do pensamento, do mito e da religião” (JAEGER, 2001:403), e acreditamos ser possível estender esta unidade à História.

Dentre as personagens retratadas pelo tragediógrafo, destacaram-se as ligadas diretamente aos episódios do saque de Ílion. Cerca da metade dos seus textos hoje encontrados guardam ligação com a Guerra de Tróia, merecendo destaque o fato de que cinco destes eram diretamente relacionados às famílias dos átridas [1], Agamenon [2] e Menelau [3].

Eurípides viveu entre 480 e 406 a.C., passando a maior parte de sua existência em Atenas, desfrutando e contribuindo para o “século de ouro” da cultura clássica. Neste período, conhecido pelo florescimento da filosofia e do pensamento antigo, a maioria dos bem-nascidos atenienses dedicava seu tempo à reflexão, e com Eurípides não foi diferente.

Pensar sobre o homem, seus conflitos interiores e suas dificuldades de relacionamento como mundo exterior tornaram-se as principais preocupações de Eurípides, e as conseqüências desta introspecção podem ser facilmente observadas nas suas obras. Suas personagens viviam dilemas sempre enquadrados nestas perspectivas.

Provavelmente, Eurípides escolheu o teatro para difundir as suas idéias devido ao fato de este atrair multidões. Além do mais, a palavra oral corre bem mais rapidamente de uma pessoa para outra do que a palavra escrita, e, no caso do teatro, a velocidade seria ainda maior, porque centenas eram as pessoas que tomavam conhecimento simultaneamente do que Eurípides queria dizer. O teatro, na Antigüidade Clássica, desempenhava o papel de meio de comunicação em massa.

O teatro clássico, com suas peças em versos, encenava poemas. É interessante lembrarmos de que os principais poemas clássicos eram épicos [4], como os de Homero e de Hesíodo, e as tragédias gregas, devido a sua natureza poética, podem ser enquadradas nesta tradição épica. A aproximação das peças, especialmente as de Eurípides, dos grandes poemas homéricos se dá também, como já foi dito, devido às personagens apresentadas, partes da mitologia.

Talvez pensando na popularidade de sua obra, mais fácil de ser alcançada se as personagens já fossem bem conhecidas do público, Eurípides seguiu o caminho que, há muito, rendia sucesso: a utilização dos heróis que povoavam a memória helênica. A abordagem, porém, foi bastante diversa daquele há séculos adotada por Homero, e esta mudança de foco se deu especialmente graças à influência da filosofia no pensamento de Eurípides.

Conforme dissemos acima, os mitos, na obra de Eurípides, foram humanizados a partir de conflitos interiores e do choque de suas personalidades com a sociedade em que viviam. Esses embates eram, na verdade, situações vividas tanto pelos atenienses do século V a.C. quanto por qualquer pessoa atualmente, e é isto que torna as obras de Eurípides tão populares ainda hoje. Jaeger define precisamente o papel de Eurípides na literatura clássica:

Eurípides é o primeiro psicólogo. É o descobridor da alma humana num sentido completamente novo, o inquisidor do inquieto mundo dos sentimentos e das paixões humanas. Não se cansa de representá-las na sua expressão direta e no conflito com as forças espirituais da alma. É o criador da patologia da alma (JAEGER, 2001:408).

O nosso trabalho tem como objetivo analisar a história de Ifigênia [5], contada pelo tragediógrafo em duas de suas peças, *Ifigênia em Áulis* e *Ifigênia em Táurica*. A escolha se deu devido à natureza dos conflitos vividos nas obras: a crença indubitável no destino, a influência dos intérpretes no cotidiano, a submissão da vontade individual ao interesse coletivo, a relação entre Estado e religião, entre outros.

Passemos, então, adiante.

## 2. O Mito de Ifigênia

Segundo a principal versão do mito, Ifigênia era filha de Agamenon, rei de Micenas, e de Clitemnestra [6], tendo como irmãos Electra [7] e Orestes [8]. Era descendente de Zeus tanto pelo lado paterno quanto pelo lado materno. Sua mãe era filha de Zeus e de Leda [9], tendo sido criada como filha adotiva de Tíndaro [10], anteriormente rei de Esparta, juntamente com os seus irmãos, dentre os quais se destacava Helena [11], a mais bela mulher que já habitou a Hélade e a causadora da Guerra de Tróia.

A história de Ifigênia liga-se intrinsecamente à de Helena: esta, como há quase três mil é sabido, era casada com Menelau, rei de Esparta, e foi seduzida e raptada por Paris [12], filho de Príamo [13], rei de Tróia. Menelau, sedento de vingança, recorreu ao irmão, o homem mais poderoso de toda a

Grécia, para que este formasse um exército a fim de invadir Tróia e recuperar a sua esposa. Prontamente, Agamenon atendeu ao pedido fraterno, e marchou com outros reis da Grécia para selar o destino de Ílion.

Quando a armada grega estava próxima à cidade Áulis, Agamenon irritou a deusa Ártemis [14], que, como castigo, fez com que cessem os ventos na região, impedindo os navios de zarparem. O rei de Micenas, então, consultou o adivinho Calcas [15], que afirmou ser condição para a deusa conceder o retorno dos ventos o sacrifício da filha mais velha de Agamenon, justamente Ifigênia.

Desesperado, o rei só concordou com a situação após ser convencido por Menelau e por Ulisses [16]. Como ela estava com a mãe, em Micenas, Agamenon inventou que Aquiles [17] desejava casar-se com ela, e, portanto, ordenou que a filha se dirigisse a Áulis. O pedido foi prontamente atendido, mas ela veio junto com a mãe.

Após um encontro com Aquiles, que nada sabia do fictício matrimônio, Clitemnestra descobriu a verdadeira intenção do marido. Ela o tentou fazer desistir da idéia, mas a própria Ifigênia, voluntariamente, ofereceu-se ao sacrifício. Já no templo, momentos antes da cerimônia, Ártemis apiedou-se da jovem princesa, retirando-a de lá e pondo em seu lugar uma corça, sem que ninguém percebesse. Desta forma, os gregos partiram de Áulis em direção a Tróia, que, após dez anos de bravos combates, foi destruída.

A deusa levou Ifigênia à cidade de Táurica, onde ela passou a ser sua sacerdotisa, sacrificando todos os estrangeiros que chegassem à cidade vitimados por um naufrágio. Certo dia, quando ia sacrificar dois estrangeiros, reconheceu em um deles o irmão Orestes, que vinha a Táurica para levar a estátua de Ártemis ao oráculo de Delfos, como parte de penitência por ter matado a mãe, em represália ao assassinio de Agamenon, cometido por esta. Ifigênia, então, ajudou o irmão a levar a estátua e voltou com ele à Grécia.

Após conhecermos detalhadamente a história de Ifigênia, passaremos à análise dos elementos que gostaríamos de focar em nosso trabalho.

### **3. Intérpretes, Religião e Mensagens**

A crença no destino imutável era uma das características mais marcantes de povo grego antigo. Concebiam eles ter a vida de cada um o caminho pré-determinado pelos deuses antes mesmo do nascimento, e o que viria a acontecer nesta existência dependeria exclusivamente da vontade dos olímpicos. Simbolizando esta estrutura, notamos a presença das Moiras ou Parcas, responsáveis pelo fio da vida, tendo cada uma a função correspondente aos três eventos mais importantes da vida: a Fiandeira

[18] respondia pelo nascimento, a Distributriz [19] distribuía os acontecimentos ao longo da vida, e a Inflexível [20] cortava o fio da vida, lançando o indivíduo ao mundo dos mortos.

Como o destino estava já determinado, os gregos acreditavam que haveria meios de se descobri-lo, uma vez que os próprios deuses, talvez pensando na preocupação dos mortais com o que viria a se suceder, encarregavam-se de enviar mensagens ao mundo dos homens. O grande problema era, entretanto, reconhecer o que seriam as mensagens e, conseqüentemente, decifrá-las, uma vez que elas não se representavam em linguagem humana.

A literatura clássica nos enche de exemplos dessas espécies de mensagens. Na *Odisséia*, encontramos uma passagem que nos indica um fato encarado como mensagem:

Aqui, núncio de Apolo, um circo [21] à destra  
Voa e depena a unhas uma pomba,  
E entre o navio e o chefe atira as plumas.  
A Telêmaco o vate, em separado,  
A mão pega e lhe diz: “Sem nume à destra  
Essa ave não voou; de frente olhando,  
O agouro conheci: mais que outra, sempre  
Reinará neste povo a estirpe vossa”. [22]

A comunicação entre os deuses e destes com os mortais era feita através do deus Hermes. A sua função, basicamente, era mostrar os caminhos, tanto que ele é quem leva todos às terras desconhecidas, como o fez com Heracles no décimo primeiro trabalho, conduzindo-o aos Infernos para buscar o Cão Cérbero (GRIMAL, 2000:212).

Este episódio nos mostra que Hermes fazia esta ligação também entre os deuses e os mortais. Explica-se, portanto, porque Hesíodo o chamou de “arauto dos imortais” [23], já que, sempre que Zeus determinava, Hermes mostrava os caminhos aos mortais.

Entende-se, então, a razão pela qual o termo *hermenêutica* tem a mesma raiz grega do nome do deus, pois existe esta similaridade de funções: tanto Hermes como o hermeneuta devem clarear o que está obscuro e mostrar a um terceiro o caminho que leva ao significado.

Nem todo mundo era capaz de reconhecer e de decifrar as mensagens dos deuses. E é aí que reside o papel quase sagrado dos intérpretes. Como a “interpretação é posta em prática sempre que um véu impede o entendimento da mensagem” (FERRARIS, 1996:2), caberia ao intérprete fazer esta ligação entre o signo sob qual se apresenta a mensagem e seu conteúdo.

A crença na natureza divina das mensagens caracterizava a interpretação como ato religioso,

autorizado apenas aos sacerdotes. A credibilidade destes era tamanha que, em muitas ocasiões, só o seu aval, interpretando os sinais divinos, autorizavam as mais diferentes ações, desde simples viagens até o início de guerras.

E é o depoimento de um destes intérpretes que marca o início da tragédia de Ifigênia.

#### **4. Conflitos**

O sacerdote Calcas, tido como o mais influente da Micenas de seu tempo, acompanhava a comitiva de Agamenon. Quando da paralisação dos ventos, foi convocado a explicar o que se sucedia. O episódio denota claramente que o rei micênico conseguiu identificar naquele fenômeno natural a vontade dos deuses de impedirem o prosseguimento da viagem rumo a Tróia.

Coube a Calcas decifrar o que os deuses queriam demonstrar com a calmaria. Os métodos utilizados pelo sacerdote para chegar à sua conclusão não são por nós conhecidos, o que se torna óbvio se pensarmos que o sacerdócio era atividade sagrada e fechada apenas aos “iniciados”, e popularizar os meios com os quais eles decifravam as mensagens implicaria a perda de importância da atividade.

O fato, porém, é que Calcas afirmou que Ártemis ficara ofendida com atitudes de Agamenon e, por isso, resolveu impedi-lo de deixar Áulis. A única coisa que a faria mudar de atitude seria o oferecimento de um sacrifício humano à deusa, e a oferenda deveria ser uma filha de Agamenon, Ifigênia.

Inicia-se, então, um conflito no rei de Micenas. Matar a própria filha para satisfazer a vontade de uma deusa não lhe parecia justo, uma vez que ela não guardava relação alguma com fatos que se sucediam naquele momento. Além de tudo, Agamenon estava em marcha com a armada grega apenas para satisfazer o desejo do irmão de recuperar a esposa, e também não seria justo dar a vida da filha em troca da possibilidade de que Menelau tivesse novamente a cônjuge em seu leito.

Mesmo tendo concordado com o sacrifício da filha em um primeiro momento, chegando a enviar uma carta a Micenas convocando-a falsamente a vir a Áulis para casar-se com Aquiles, Agamenon ainda relutava em acreditar que aquela seria a decisão mais justa. Entregar uma filha sua, sem relação com o rapto de Helena, em troca da felicidade do irmão era algo que custava acreditar ser o melhor caminho.

Chegando, porém, Menelau onde estava Agamenon, após ter violado a carta que este enviara à filha. Eles discutiram, cada um defendendo o seu ponto de vista. Agamenon chegou a afirmar que desistira de sacrificar a sua filha, uma vez que tal ato seria extremamente injusto, e era egoísmo de Menelau exigir dele tal conduta.

I will not slay my children, nor shall your interests be prospered by justice in your vengeance for a worthless wife, while I am left wasting, night and day, in sorrow for what I did to one of my own flesh and blood, contrary to all law and justice. Here is your answer shortly given, clear and easy to understand; and if you will not come to your senses, I shall do the best for myself. [24]

Ele invocou as leis naturais, alegando que estas proibiriam tal sacrifício, em um argumento que poderia se aproximar daquele utilizado por Antígona na peça de Sófocles que recebeu o nome. Percebe-se, nesses exemplos, a presença da noção do Direito Natural como um direito acima da vontade dos homens.

E parece ter sido esta mesma noção de Direito Natural que fez com que Menelau chegasse a desistir de impelir Agamenon ao sacrifício da filha:

I withdraw from my former proposals, ceasing to be a cause of fear to you; yes, and I will put myself in your present position; and I counsel you, do not slay your child or prefer my interests to yours; for it is not just that you should grieve, while I am glad, or that your children should die, while mine still see the light of day. (...)What has your daughter to do with Helen? [25]

Apareceu, porém, um mensageiro, afirmando terem aportado na cidade Clitemnestra e Ifigênia. Agamenon, então, entregou-se, e concordou com o sacrifício da jovem, talvez devido ao fato acreditar que não seria fácil controlar os milhares de soldados que tinha sob o seu controle. Fato era que todos já sabiam das condições impostas por Ártemis e estavam aguardando a chegada de Ifigênia para que se realizasse o sacrifício, o que os autorizaria a ir ao combate. E foi justamente pensando na revolta daqueles que estavam com ele, tanto soldados como os outros reis, principalmente Ulisses, que Agamenon decidiu definitivamente sacrificar Ifigênia.

O gênio inovador de Eurípides pode ser percebido em uma passagem deste momento da peça. Ao contrário das outras obras que retratam a figura de Agamenon como um soberano frio, ambicioso e vingativo, este tragediógrafo fez com que ele carregasse em si um semblante tristonho, nascido da dor de um pai que se vê obrigado a oferecer a filha em sacrifício. O primeiro encontro entre os dois é justamente o momento ao qual nos referimos, quando Agamenon mente sobre o motivo que o fazia chorar:

**Ifigênia**

And do you then have tears streaming from your eyes?

**Agamenon**

Yes, for long is the absence from each other, that awaits us. [26]

A mentira do casamento entre Ifigênia e Aquiles não se sustentou por muito tempo. Este se encontrou ocasionalmente com Clitemnestra, e ela descobriu que não havia casamento algum. Logo depois, conversando com um velho de Áulis, a irmã de Helena descobriu a verdadeira intenção de Agamenon.

Clitemnestra, encontrando seu marido, disse que sabia de seus planos, e fez um discurso pedindo que poupasse a vida da filha. Os argumentos utilizados pela rainha de Micenas denotam a preocupação com a justiça e com a razoabilidade. As regras de Direito Natural, intimamente ligado, na Grécia Antiga, ao que seria justo e proporcional, foram novamente invocadas quando Clitemnestra argumentou que a solução mais justa seria sacrificar Hermione [27], filha de Menelau e de Helena, uma vez que aquela guardava relação direta com a esposa trãnsfuga; Ifigênia, em contrapartida, não passava de uma sobrinha, e não haveria sentido em fazê-la pagar por um erro da bela tia.

For that would have been a fair course for you to pursue, instead of picking out your own child for the victim and presenting her to the Danaids; or Menelaus, as it was his concern, should have slain Hermione for her mother. As it is, I, who still am true to your bed, must lose my child; while she, who went astray, will return with her daughter, and live in happiness at Sparta. If I am wrong in my words, answer me; but if they have been fairly urged, do not slay your child, who is mine too, and you will be wise. [28]

Diante da beleza dos argumentos utilizados por uma mãe desesperada pela iminência da morte da filha, só o poder da força ou um motivo bastante importante para fazer com que a rainha se convencesse de que a razão não estaria com ela. Não havia dúvidas de que tudo o que fora alegado por Clitemnestra era pertinente; Ifigênia não tinha feito nada que justificasse o seu sacrifício; não guardava relação próxima com aquela que originara todo o conflito. Havia, entretanto, uma jovem que tinha, provavelmente, a mesma idade de Ifigênia e era filha de Menelau e de Helena. A qualquer pessoa de bom senso pareceria mais natural poupar a vida de Ifigênia e oferecer o pescoço de Hermione.

Agamenon não se utilizou da força; hábil líder que era, sabia que, naquele momento, precisava trazer a esposa para o seu lado. Juntando-se a isso o fato de ambos compartilharem a mesma dor, a da potencialidade da perda de uma filha querida. Eis que o filho primogênito de Atreu lançou um argumento que invadiu a alma de quem o ouviu, porque estes eram gregos, e o que Agamenon disse a Ifigênia representava exatamente a relação que os helênicos tinham com o Estado.

It is not Menelaus who has enslaved me to him, child, nor have I followed his wish; no, it is Hellas, for whom I must sacrifice you whether I will or not; to this necessity I bow my head; for her freedom must be preserved, as far as any help of yours daughter, or mine can go. [29]

Ao tomar a decisão de sacrificar a filha, Agamenon pesou dois valores diferentes: a sua vontade privada de pai que ama a filha e a obrigação de fazer com que o seu Estado fosse a uma guerra e vencesse-a. Era um embate da força natural de preservar a espécie e, mais especificamente, a sua família contra o dever, já não tão primitivo, para com a coletividade da qual ele era o máximo representante. Acreditamos que esta situação representou, na literatura clássica, o primeiro momento em que se registrou um combate tão visível entre interesses públicos e privados.

A concepção grega de que o homem seria o centro do universo, bem menos presente no Período Homérico [30] do que na contemporaneidade de Eurípides, representa claramente esta vitória da coletividade sobre o indivíduo. O homem era a mais importante das criaturas, e superior a ele, no cosmos, nada havia. Ao que nos parece, quando os antigos falavam em *homem* não estavam se referindo ao indivíduo singular, mas ao gênero humano, a coletividade. Juntando-se a isso o fato de que os homens que importavam aos gregos eram primordialmente eles mesmos [31], a medida de todas as coisas seria, na verdade, o homem grego.

Compreende-se, assim, a decisão de Agamenon. Ele, enquanto líder maior dos helênicos no momento, deveria pensar exclusivamente no bem do seu povo, mesmo que esse bem representasse para ele um mal. O indivíduo deveria abrir mão da sua felicidade se ela viesse a prejudicar a coletividade, e esta desejava ardentemente o sacrifício de Ifigênia. Conforme já afirmamos acima, os soldados gregos conheciam a interpretação que Calcas fizera da falta dos ventos e, seguindo as suas concepções religiosas, acreditavam nisso. Esta passagem clareia bem a situação:

**Achilles**

A fearful cry is heard among the Argives.

**Clytemnestra**

What is it? tell me.

**Achilles**

It concerns your child.

**Clytemnestra**

An evil omen for your words.

**Achilles**

They say her sacrifice is necessary.

**Clytemnestra**

And is there no one to say a word against them?

**Achilles**

Indeed I was in some danger myself from the tumult.

**Clytemnestra**

In danger of what, stranger?.

**Achilles**

Of being stoned.

**Clytemnestra**

Surely not for trying to save my daughter?

**Achilles**

The very reason [32]

A crença popular era tão intensa que nem uma figura extremamente querida das tropas como Aquiles conseguiu os persuadir de deixar de realizarem o que mandavam o intérprete e a religião. Ao se posicionar contra o sacrifício, o Pelíade chega a ser ameaçado de apedrejamento.

Diante do argumento apresentado por Agamenon, que, como já dissemos, era baseado na crença generalizada de que se deveria pensar, em primeiro plano, na vontade da maioria, já que este seria, simbolicamente, o desejo da *polis*, entregam-se todos. Surge, assim, a cena mais impressionante, a mais surpreendente e, certamente, a mais bela desta obra de Eurípides: Ifigênia, convencida de que o seu sacrifício traria um bem inigualavelmente maior aos gregos do que a sua existência, abre mão de sua vida e entrega-se ao sacrifício voluntariamente, proferindo estas palavras aos seus pais:

All this deliverance will my death insure, and my fame for setting Hellas free will be a happy one. Besides, I have no right at all to cling too fondly to my life; for you did not bear me for myself alone, but as a public blessing to all Hellas. [33]

If Artemis has decided to take my body, am I, a mortal, to thwart the goddess? no, that is impossible. I give my body to Hellas; sacrifice it and make an utter end of Troy. This is my enduring monument; marriage, motherhood, and fame--all these is it to me. [34]

A própria Ifigênia, levada pelas crenças religiosas e políticas dos seus dias, pôs fim ao impasse que se instaurara na cidade de Áulis. Concorde com a sua morte, pois esta traria a maior vitória que os helênicos poderiam almejar àquele momento.

Quanto ao restante da história, já tratamos acima, mas não nos custa repetir: compadecida com a nobreza da atitude de Ifigênia, Ártemis, que havia exigido o seu sacrifício, salva a vida da filha de Agamenon, substituindo-a por uma corça, sem que os presentes na cerimônia percebessem. A deusa, então, levou Ifigênia consigo para Táurea, onde a princesa viria a servir como sacerdotisa em um templo consagrado à divindade.

No que diz respeito aos gregos, Homero encarregou-se de nos contar: partiram para Tróia, lutaram dez anos e derrotaram a cidade de Príamo.

## 5. Conclusões

Revisando o que abordamos nas páginas anteriores, podemos concluir que na Grécia Antiga, especialmente no Período Homérico, os intérpretes eram figuras poderosas e formadoras de opinião, além de originarem até mesmo ações estatais. Deve-se essa influência ao fato de que a interpretação era inseparável da religião e encontrava nela o seu fundamento, uma vez que os fatos interpretados, geralmente naturais, significavam, segundo os gregos da época, representações da vontade dos deuses. Há, portanto, certa semelhança de funções entre os intérpretes e o deus Hermes, o mensageiro, aquele que clareava os caminhos, além de ser o encarregado de estabelecer a comunicação entre deuses e mortais.

Outro elemento essencial das conclusões a que chegamos, juntamente com a questão da influência da interpretação no cotidiano helênico, é a preponderância do interesse coletivo frente ao individual. Tanto as atitudes de Agamenon como as da própria Ifigênia simbolizam esta entrega dos seus desejos individuais para o bem da comunidade.

Não poderíamos deixar de dar a devida importância à influência religiosa na motivação das decisões de pai e de filha, mas a concepção política foi fator vital para a tomada das respectivas decisões. E não é coincidência que religião e política estejam juntas em um momento tão difícil da vida das duas personagens: elas estavam intimamente ligadas no Período Homérico, e um dos elos eram justamente os intérpretes.

Como foi na Grécia Antiga, justamente neste período de que tratamos, que surgiu, pelo menos no Ocidente, a interpretação, é importante que visitemos a sua história, procurando a suas origens. Sabemos que as mudanças ocorridas nos conceitos de interpretação e de hermenêutica foram brutais, mas, para a melhor compreensão dos conceitos, a retrospectiva histórica é tarefa bastante bem-vinda, e a análise do início da atividade interpretativa é etapa pela qual devemos passar obrigatoriamente.

### NOTAS

[1] Filhos de Atreu (Ἄτρεΰς).

[2] Ἄγαμέμνων.

[3] Μεμέλαος.

[4] Não podemos, obviamente, esquecer grandes poetas, como Arquíloco (Ἀρχιλοχός, 680-645 a.C.), Píndaro (Πίνδαρος, 522-443 a.C.) e mesmo o espartano Tirteu. Alguns destes se dedicaram à poesia lírica, outros à composição de hinos militares; nenhum, entretanto, à poesia épica. O seu talento e a importância de suas obras, por maior que seja, sequer se aproxima daquela exercida pelos poemas

éricos.

[5] Ἴφιγένεια.

[6] Κλυταιμνήστρα.

[7] Ἡλέκτρα.

[8] Ὀρέστης.

[9] Λήδα.

[10] Τυνδάρεως.

[11] Ἑλένη.

[12] Πάρις.

[13] Πρίαμος.

[14] Ἄρτεμις.

[15] Κάλχας.

[16] Οοδυσσεύς.

[17] Ἀχιλλεύς.

[18] Κλωθώ.

[19] Λάχεσίν.

[20] Ἄτροπον.

[21] Um gavião, que seria um mensageiro de Apolo.

[22] *Odisséia*, XV, 395-402.

[23] *Teogonia*, 939.

[24] *Ifigênia em Áulis*, 396-402.

[25] *Ifigênia em Áulis*, 479-484, 494

[26] *Idem*, 650-651.

[27] Ἑρμιόνη

[28] *Ifigênia em Áulis*, 1199-1209.

[29] *Idem*, 1270-1274.

[30] Recebeu este nome porque a principal fonte desta época, que vai do século XII ao VIII a.C., são as obras homéricas, a *Odisséia* e a *Iliada*.

[31] Para reforçar esta idéia, lembramos que o fator de identificação mais importante para os gregos do período era a língua. Quem não falasse grego, por conseguinte, era considerado bárbaro, termo que adquiriu o mesmo significado séculos depois em Roma, quando aqueles que não viviam dentro dos limites do Império e nem falavam latim também eram conhecidos como bárbaros.

[32] *Ifigênia em Áulis*, 1346-1351.

[33] *Idem*, 1384-1388

[34] *Idem*, 1396-1400.

## **Bibliografia**

EURÍPIDES. **Iphigenia in Aulis**. Trad. E. P. Coleridge. Disponível em <http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0108>.

\_\_\_\_\_. **Iphigenia in Tauris**. Trad. Robert Potter. Disponível em <http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0112>.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRARIS, Maurizio. **History of Hermeneutics**. Trad. Luca Somigli. New Jersey: Humanities International, 1996.

GRIMAL, Pierre. **Dicionário da Mitologia Grega e Romana**. Trad. Victor Jabouille. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HOMERO. **Odisséia**. Trad. Manuel Odorico Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAEGER, Werner. **Paidéia – A Formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

## **O papel do Advogado-Geral da União no controle de constitucionalidade concentrado**

**Michelle Amorim Sancho Souza**

Estudante do 4º semestre da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.  
Estagiária da 3ª Vara das Sucessões do Fórum Clóvis Beviláqua.

**Resumo:** A temática do controle de constitucionalidade é de extrema relevância para a defesa e, conseqüentemente, efetividade das normas constitucionais. Dessa forma, no ordenamento pátrio, o Supremo Tribunal Federal atuará como Corte Constitucional, por via abstrata, no julgamento do processo da ação direta de inconstitucionalidade. O escopo primordial de nosso estudo, portanto, será a compulsoriedade da defesa, de lei ou ato normativo, independentemente de sua natureza federal ou estadual, pelo Advogado-Geral da União, em consonância à imposição constitucional do art. 103, § 3º, CF.

**Abstract:** The thematic of the constitutionality control is of extreme relevance for the defense and, consequently, effectiveness of the constitutional rules. So that, in the native order, the Supremo Federal Tribunal will act as a Constitutional Court, for abstract means, in the judgment of the process of the direct action of unconstitutionality. The primordial target of our study, therefore, will be the compulsory defense of law or normative act, independently of its federal or state nature, by the Lawyer-Generality of the Union, in accord with the constitutional imposition of art. 103, § 3º, CF.

**Palavras-chaves:** Controle de constitucionalidade concentrado. Advogado-geral da União. Ação direta de inconstitucionalidade – ADIn. Supremo Tribunal Federal – STF.

**Key-words:** Constitutionality control. Lawyer-generality of the Union. Direct action of unconstitutionality. Supremo Federal Tribunal.

### **1. Introdução**

É inegável o avanço que a nossa atual Constituição teve em relação à aferição do **controle de constitucionalidade concentrado**, o qual se baseia em expurgar da ordem jurídica a norma *in*

*abstracto* maculada de inconstitucionalidade. Dessa forma, coaduna-se, perfeitamente, com a **supremacia e rigidez** do texto constitucional bem como com o princípio da **hierarquia das normas jurídicas**, adotados no ordenamento pátrio.

O **Supremo Tribunal Federal (STF)** é o guardião máximo de nossa Lei Magna. Ao ser proposta a **ação direta de inconstitucionalidade (ADI)** *genérica* por algum dos legitimados (art. 103, CF), o Pretório Excelso desempenhará, portanto, a função de Corte Constitucional, por via abstrata.

Diante desse breve exposto, o objetivo desse texto é nos levar à reflexão acerca do papel do **Advogado-Geral da União**, precípua defensor das causas da União, nessa forma de controle de constitucionalidade.

## **2. Supremacia e Rigidez do Texto Constitucional**

Como *Lex Fundamentalis* é sob a sua égide suprema em que se assenta a Federação brasileira, representada pela união de seus entes autônomos. É, pois, a Constituição o topo da pirâmide jurídica, idealizada por Hans Kelsen, através de seu estudo sobre a dinâmica jurídica, no qual o ordenamento assume a estrutura escalonada, cujas normas estão dispostas hierarquicamente. O texto constitucional, portanto, por ser “*o fundamento de validade de maior escalão na ordem positivada*” (KELSEN, 1998:247), está acima de qualquer outro ato normativo em um determinado país, o que caracteriza o consagrado princípio da **supremacia constitucional**.

Decorre disso, então, a **rigidez**, a fim de reforçar a idéia de supremacia, já que, para a modificação da Carta Magna, se torna necessária a realização de processos especiais, solenidades e exigências formais mais específicos, diferentes e difíceis que os de aprovação de leis complementares e ordinárias, a exemplo brasileiro, de quorum privilegiado e votação em dois turnos nas duas casas legislativas bem como a inclusão de limitações tanto circunstanciais quanto materiais, as cláusulas pétreas, respectivamente, previstas no art. 60, § 1º e 4º, CF.

Nesse sentido, a lição de Raul Machado Horta nos revela que

“não basta o simples reconhecimento teórico da supremacia constitucional. É preciso reconhecer, como ensinam *Barthélemy, Duez e Laferrière*, as conseqüências que defluem da rigidez constitucional: permanência jurídica da Constituição e superioridade jurídica das leis constitucionais sobre as ordinárias, acarretando **repulsa à toda lei contrária à Constituição. A rigidez sugere o problema da constitucionalidade das leis.**” (HORTA, 1995:124, *grifos nossos*).

Dessa forma, surge a necessidade de se verificar a consonância entre as leis e os atos emanados do Poder Constituído e o Diploma Máximo, para que se impeça o aparecimento de tal anormalidade no ordenamento, por se tornarem essas leis inválidas, incoerentes e inconsistentes frente à disposição jurídica do país.

### **3. Controle de Constitucionalidade Concentrado**

#### **3.1. Aspectos Preliminares**

A idéia de **tutela da ordem constitucional** antecede a noção de proteção do Estado [1], pois, durante a formação das monarquias nacionais, por volta dos séculos XV e XVI, fortaleceu-se, primeiramente, este ideário, para que, em seguida, a partir do primado da lei e, conseqüentemente, do surgimento do constitucionalismo, o qual se remonta, provavelmente, aos séculos XVII e XVIII, passasse a se definir os contornos da garantia do Estado Democrático Constitucional.

É bem verdade, conforme assevera o autor português, J.J. Canotilho, que é de extrema relevância a existência de “meios, institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”, são as chamadas **garantias constitucionais**, já que representam “a constituição da própria constituição” (CANOTILHO, 2003:824). Essas garantias seriam, portanto, a vinculação que os poderes teriam em relação ao Diploma Máximo e o controle de constitucionalidade.

Tanto o **controle de constitucionalidade** quanto a **rigidez constitucional** configuram os elementos estruturantes de uma Federação. Paulo Bonavides ratifica tal entendimento ao enunciar que

“sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.” (BONAVIDES, 1996:268).

Além disso, poderíamos ainda afirmar que esses representam os verdadeiros pressupostos da máxima efetividade do *princípio da segurança jurídica*, o qual garante à “*Constituição ser a lei das leis, a lex legum, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania*” (BONAVIDES, 1996:267).

Após essas breves considerações sobre a problemática do controle de constitucionalidade, iremos definir o controle de constitucionalidade concentrado como é desenvolvido no Brasil.

### 3.2. Definição

O **controle de constitucionalidade concentrado**, cuja origem se reporta à criação de um tribunal autônomo, na Áustria, em 1920, sob a influência do pensamento kelseniano, em nosso país, é exercido, repressivamente, por um órgão jurisdicional, o **Supremo Tribunal Federal (STF)**, como preceitua a regra do art. 102, I, a, CF, *ao processar e julgar originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.*

Objetiva-se, então, retirar do ordenamento a lei ou o ato normativo eivado de flagrante inconstitucionalidade, que será, diferentemente do modelo difuso, o objeto principal da relação jurídica. A *ação direta de inconstitucionalidade (ADIn genérica)* será o meio idôneo, através do qual poderá ser proposta essa incompatibilidade, conforme elenca a regra do art. 103 da Lei Magna brasileira, por algum dos presentes no seguinte rol: *I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.* Faz-se de extrema importância lembrarmos o avanço alcançado pelo legislador da Carta de 1988 ao ampliar o número de legitimados a proporem a ação de inconstitucionalidade, não sendo mais apenas monopólio do Procurador-Geral da República, no entanto, essa questão ainda é bastante controversa, uma vez que alguns doutrinadores acreditam ser necessário que a legitimidade seja estendida também aos cidadãos brasileiros [2].

O instituto processual responsável pela regulamentação do processo e julgamento da ADIn, perante o STF, é a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual prevê, em seu art. 28, par. único, à luz do dispositivo constitucional do art. 102, § 2º, CF, que *a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.* Além de possuir efeito *ex tunc*, isto é, retroativo e *erga omnes*, contra todos. Embora ocorra que o STF possa

restringir a eficácia dessa declaração, em alguns casos previstos em lei, e, também haja discussões a respeito da vinculação dessas decisões, em regra geral, ocorrerá aquilo que o preceito constitucional anterior afirma, não sendo, pois, nosso objetivo tecer mais comentários sobre a questão.

A partir dos comentários, discutiremos, nos tópicos seguintes, o alvo principal de nosso artigo, a função desempenhada pelo advogado-geral da União no controle, por via de ação.

## **4. Advocacia-Geral da União**

### **4.1. Inovação da Carta de 1988**

Inicialmente, faz-se oportuno destacarmos algumas notas introdutórias acerca dessa instituição, uma das inovações do Poder Constituinte Originário de 1988.

Dispõe o art. 131, *caput*, CF que a **Advocacia-Geral da União (AGU)** é a instituição responsável por representar a União em juízo ou fora dele bem como por prestar consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo. Devido à sua natureza, portanto, o seu chefe, o Advogado-Geral da União, deverá ser escolhido, livremente, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, pelo Presidente da República (art. 131, § 1º, CF). Essa livre nomeação é necessária, tendo em vista a relação de confiança que deverá nortear representado e representante. Mesmo que essa forma de processo seja objetiva e unilateral, em que não deverá, teoricamente, haver contraditório, Schlaich observa que “é certo que, em virtude do conteúdo político dos temas, acabe por assemelhar-se a qualquer processo contraditório” (Apud MARTINS & MENDES, 2005:254).

Nesse diapasão, José Afonso da Silva, saliente que “a atual Constituição desfez, então, o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público no exercício da advocacia da União” (SILVA, 1996:558).

Alertamos apenas para que os *Procuradores de Estado e do Distrito Federal* exercerão a *representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*, ao molde da redação do art. 132, CF.

Dessa forma, cabe a nós discutirmos, agora, a função, eminentemente defensiva, desenvolvida pelo advogado-geral no processo de julgamento da ADIn.

#### 4.2 O Papel do Advogado-Geral da União no Controle Concentrado

A partir da propositura da ADIn, da qual não se admitirá desistência (art. 5ª, Lei nº 9.868/99), o relator pedirá informação, que será prestada no prazo de trinta dias a contar do recebimento do pedido, à autoridade da qual tiver emanado o ato impugnado, seja do Executivo, do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa, ou ainda do Judiciário, se for o caso (art. 6º, Lei nº 9.868/99). Posteriormente, se ainda pairar alguma dúvida acerca da impugnação, poderá, excepcionalmente, haver a figura do *amicus curiae*, ou seja, a intervenção excepcional de terceiros, como prevê a letra do art. 7º, § 2º, Lei. nº 9.868/99.

Diante dessa primeira etapa do processo, vemos que o constituinte brasileiro, sabiamente, inovou ao assegurar, desde já, os princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados no título dos direitos e das garantias fundamentais, à lei cuja inconstitucionalidade foi argüida.

Seguidamente, teremos a fase processual, em que será ouvido, primeiramente, o Advogado da União, na qualidade de curador, *defensor legis*, especial da presunção de constitucionalidade das leis, em conformidade ao enunciado no dispositivo constitucional do art. 103, § 3º, CF, o qual é o nosso objeto de análise: “*Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado*”. – g.n.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF ratifica tal posicionamento ao afirmar que

a função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é **eminente defensiva**. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. **Atuando como verdadeiro curador (*defensor legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República.” (ADI 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/09/97) – g.n.**

Dessa forma, há de se verificar, portanto, que a intervenção do Advogado-Geral da União, em consequência, reveste-se de compulsoriedade, não só quanto ao seu chamamento judicial, mas, também, quanto ao seu pronunciamento defensivo em favor da norma impugnada, sob pena de afrontar a regra estabelecida no Diploma Máximo. Por outro lado, o Procurador-Geral da República, que deverá ser ouvido em qualquer um dos processos de competência do Pretório Excelso (art. 103, § 1º, CF), atuará como fiscal da lei, *custo legis*.

A exigência prevista, no art. 103, § 3º, CF, nos parece bastante controversa, uma vez que atribuir tal defesa, sobretudo, ao Advogado-Geral, por um prisma, é fundamental para o texto impugnado esse amparo em obediência ao princípio da constitucionalidade das leis; no entanto, por outro, delegar tal função a esse profissional, será, no nosso ponto de vista, baseado no ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes,

legitimar o entendimento de o Advogado-Geral da União está obrigado a defender a constitucionalidade da lei questionada, mesmo nos casos de manifesta inconstitucionalidade. Evidentemente, essa conduta haveria de convertê-lo em um advogado da inconstitucionalidade (Apud ROCHA, 2006:76).

Somamos a isso, ainda, que, apesar de existirem decisões, no sentido de que “não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no *caput* do art. 131 da Carta Magna, e o de defesa de norma ou ato inquirido, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade” [3], somos favoráveis ao pensamento de que a norma constitucional em análise mostra uma incompatibilidade funcional, o que acarreta, de acordo com o magistério de Antonio Cezar Lima da Fonseca,

em uma posição delicada assumida pelo Advogado, pois se obrigam a fazer verdadeiras peripécias jurídicas para defenderem atos manifestamente inconstitucionais (...). Tal obrigatoriedade - de o Advogado-Geral defender a norma a qualquer custo - é, *data venia*, equivocada. À evidência, o Advogado expõe-se em demasia, às vezes ao risível, pelas teses mirabolantes que precisa criar, para defender um legislador, muitas vezes, suspeito [4].

Um exemplo bastante significativo o qual vem corroborar a nossa tese de que ocorre conflito entre as funções é aquele formulado por João Carlos Souto, ao dizer que,

quando o Advogado-Geral houver dado parecer pelo veto a um projeto de lei que, posteriormente, foi

derrubado pelo Congresso, sendo, então, publicada a lei. Caso o Presidente da República provoque o controle abstrato da constitucionalidade contra esta mesma lei, estaria o Advogado-Geral da União vinculado a opinar em favor da manutenção desta espécie normativa que recentemente condenou? [5].

A partir dos argumentos expostos, percebemos que a ordem constitucional não poderá tolerar uma norma que se mostre incompatível com seus preceitos; deve, de fato, haver uma compreensão teleológica da regra disposta, pois não será, necessariamente, uma defesa arbitrária da norma impugnada, porém uma conclusão feita por esse operador do Direito acerca de tal ação, tanto o é que, caso já haja decisão proferida a respeito da inconstitucionalidade de um determinado texto, não estará este obrigado a defendê-lo, em virtude da “fidelidade constitucional”. Segundo Fernando Ximenes Rocha, com o qual compactuamos o mesmo posicionamento, como a defesa desse ato já é feita pelo órgão do poder que o expediu, segundo vimos na primeira fase processual da ADIn, seria desnecessária a mencionada intervenção prevista na disposição constitucional. Observamos, ainda, que a capacidade para melhor explicar por quais razões se deverá inserir tal lei no ordenamento e a sua compatibilidade com a Constituição reside no próprio poder constituído que a editou, conforme já acontece.

Poderíamos sugerir como resolução dessa questão, à luz da análise da Constituição do Estado do Ceará [6], um pronunciamento opinativo por parte do Advogado-Geral da União acerca da matéria impugnada, sem ocorrer, obrigatoriamente, uma menção à defesa, a fim de que não se relegue a este uma função meramente ilustrativa no controle de constitucionalidade. Não haveria, dessa forma, prejuízos na tutela dos interesses da coisa pública, pois permaneceria o contraditório e, a qualquer momento, poder-se-ia requerer a intervenção do Advogado. Na mesma linhagem lógica, a Constituição Paulista expressa, em seu art. 90, § 2º, que caberá ao Procurador do Estado, no que couber, defender o ato ou texto impugnado, “o que se evitou a reprodução no âmbito estadual da imperfeição técnica existente no texto constitucional federal” [7].

## **5. Conclusão**

O intuito primordial de nossa reflexão foi procurar uma solução para esse impasse, na constante tentativa de se buscar mais coerência entre o controle de constitucionalidade concentrado e a sua forma de verificação, garantindo assim aos cidadãos brasileiros um efetivo senso de eficácia das normas constitucionais, em nosso ordenamento, além de promover um processo, embora objetivo e unilateral, porém coeso de ajuizamento da ação direta de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

## Notas

[1] Cf. CANOTILHO, 2003:823.

[2] Cf. SILVA, 1996:54.

[3] Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 131/470.

[4] FONSECA, Antonio Cezar Lima *Apud* BARROS, Marcos Ribeiro e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade*. Disponível em <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjpfl.htm> Acessado em: 19 de novembro de 2006.

[5] SOUTO, Carlos João *Apud* MASCARENHAS, Robson Silva. *O Advogado-Geral da União e o dever de defesa nas ações diretas de inconstitucionalidade*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=189> Acessado em: 19 de novembro de 2006.

[6] *Vide* art. 127, § 1º da Constituição do Estado do Ceará, ao proclamar “quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, que se pronunciará sobre a lei ou ato impugnado”.

[7] BARROS, Marcos Ribeiro e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade*. Disponível em <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjpfl.htm> Acessado em: 19 de novembro de 2006.

## Referências

BARROS, Marcos Ribeiro e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjpfl.htm> Acessado em: 19 de novembro de 2006.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Constituição Federal do Brasil (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Brasil: Del Rey, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10ª ed. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado da Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MASCARENHAS, Robson Silva. **O Advogado-Geral da União e o dever de defesa nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=189>  
Acessado em: 19 de novembro de 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Advogado geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/agu/htm>. Acessado em: 19 de novembro de 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARMENTO, Daniel. **O Controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

## **O regime estatutário e a nova competência da Justiça do Trabalho**

**Caroline Câmara Duarte**

Analista Judiciária – TRT 7ª Região

Acadêmica do 4º Semestre do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará

**RESUMO:** O objetivo principal desse artigo é tecer algumas considerações sobre os conflitos resultantes da competência para julgar ações envolvendo a relação entre servidores públicos e o Poder Público. A evolução das normas constitucionais, desde a obrigatoriedade do RJU até a sua flexibilização, é discutida de uma forma sistemática, assim como as mudanças decorrentes da Emenda Constitucional N.º 45.

**ABSTRACTS:** The main purpose of this paper is to make some considerations about conflicts resulting from the competence to judge lawsuits involving the relation between public functionaries and government. The evolution of constitutional norms, from the establishment of the *RJU* to its flexibilization, is also discussed in a systematic way as well as the changes resulting from Constitutional Amendment Nr. 45.

### **1. Introdução**

Tem-se como objetivo precípua do presente trabalho tecer algumas considerações sobre os conflitos resultantes da competência para julgar as ações referentes à relação entre os servidores estatutários e o Poder Público, a partir de uma análise da natureza jurídica de tal vínculo jurídico.

É traçado um paralelo entre os regimes estatutário e celetista no que concerne aos princípios que fundamentam a relação de trabalho. A evolução das normas constitucionais da atual Carta Magna relativas ao tema, desde a obrigatoriedade do RJU (regime jurídico único) previsto no texto original até a flexibilização do vínculo jurídico entre os servidores públicos e o Estado, é abordada sistematicamente, de forma a nortear a interpretação da alteração introduzida pela EC 45/04, no tocante à competência da Justiça do Trabalho.

## **2. O regime estatutário e o celetista**

Define-se regime jurídico como o conjunto de direitos, garantias, vantagens, proibições e penalidades aplicáveis a determinadas relações sociais tipificadas pelo direito. A relação de trabalho, em seu sentido amplo, entendida como um liame jurídico decorrente do labor, pode ser regida por dois distintos regimes, quais sejam o estatutário e o celetista, que, a princípio, apresentam diferenças notórias.

A relação estatutária é de Direito Público, fundamentada no reconhecimento da supremacia do Estado. O vínculo entre o servidor e a Administração Pública pauta-se nos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade [1].

Segundo DI PIETRO (2005:502), os servidores, quando nomeados, *“ingressam numa situação jurídica previamente definida (...); não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes”*. Previne-se, portanto, a execução de grandes liberalidades pelo administrador, negando espaço para o arbítrio ou o capricho de autoridades administrativas.

O regime celetista, por outro lado, norteadado pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, rege relações de cunho contratual, fundadas no princípio da autonomia da vontade das partes, os quais têm independência para ajustar as condições de trabalho (bilateralidade). No entanto, devem ser respeitadas as normas mínimas da legislação pertinente.

A maioria da doutrina defende a natureza privada da relação que surge do contrato de trabalho, em virtude da própria essência deste instituto, ainda que o Estado se apresente de maneira veemente no contexto daquela relação por intermédio de seus órgãos fiscalizadores, como o Ministério do Trabalho e Emprego, e da justiça especializada trabalhista responsável pelo controle judicial.

Nesse sentido, entre o regime estatutário e o celetista, destacamos diferenças materiais e formais. Quanto àquelas, no que se refere aos princípios, institutos e idéias que fundamentam as relações de direito público e as de direito privado; quanto a estas, no tocante às prerrogativas e obrigações vivenciadas por uma e não experimentadas por outra, como o FGTS e a estabilidade.

### **3. A evolução do regime estatutário conforme a CF/88**

O texto original da Constituição de 1988 preceituava em seu art. 39 [2] que os entes federativos instituiriam regime jurídico único (RJU) para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, o que sugeria a unificação conforme o princípio da isonomia.

A lei 8.112/90 estabeleceu o regime estatutário almejado pelo constituinte originário a nível federal.

A Emenda Constitucional nº 19 [3], de 04.06.98, no entanto, trouxe algumas modificações nesta sistemática prevista no art. 39 [4], no sentido de “modernizar” as relações de trabalho no âmbito da administração pública. Tornou-se admissível a adoção, pelos citados entes, do regime contratual, o que se conclui pela extinção da obrigatoriedade do RJU. São ressalvadas, no entanto, as carreiras relativas às atividades exclusivas do Estado, em que a própria Constituição impõe implicitamente o regime estatutário, como a Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia.

Desde então, a admissibilidade do regime celetista paralelamente ao estatutário foi entendida como uma democratização no processo de administração e remuneração de pessoal, através dos instituídos Conselhos de Política impostos constitucionalmente.

#### 4. Competência jurisdicional *versus* regime estatutário

Desde a promulgação da Constituição de 1988, algumas dúvidas surgiram quanto à competência para julgar as ações referentes às relações estatutárias.

O problema tomou nova face com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04, que introduziu alterações significativas na competência da Justiça do Trabalho. O art. 114, inciso I, passou a ter a seguinte redação:

*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*

*I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (grifo nosso)*

Da análise do dispositivo acima, surge, de plano, uma dúvida quanto à extensão da competência da Justiça do Trabalho. As relações estatutárias estarão abrangidas quando o legislador cita “administração pública direta”?

A indagação suscitada motivou a impetração da ADI 3395-6 pela AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil), tendo como alvo o inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/04. Alegou o proponente vício formal em relação à tramitação.

Quando da discussão do projeto da citada emenda pelo Senado Federal, foi aprovado um acréscimo [5], que acabou por ser suprimido na redação final do texto para promulgação.

Eis o inciso acrescido pelo Senado Federal:

*I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação. (grifo nosso)*

Tal equívoco, ante a supressão de tal acréscimo que explicitava melhor o alcance da norma, trouxe dificuldades de interpretação em razão da indefinição do que seja “relação de trabalho” e de um flagrante conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Comum (Estadual e Federal) [6].

Em que se pese o relato acima, o STF discordou do vício de formalidade, alegado pela AJUFE, decorrente da supressão do acréscimo, argumentando o Ministro Nelson Jobim que “o SF [Senado Federal], *quando após o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI 492, o que já continha na expressão ‘relação de trabalho’, constante na parte inicial do texto promulgado.*” [7]

Na ADI 492 [8], que declarou inconstitucionais dispositivos da lei 8.112/90, o Ministro Relator Carlos Velloso já havia afirmado que a expressão “relação de trabalho” prevista no art.114/CF (redação original) não autorizava a inclusão, na competência da Justiça do Trabalho, dos litígios relativos aos servidores públicos, de vínculo estatutário regular ou especial, mas tão somente dos dissídios pertinentes aos trabalhadores vinculados à Administração Pública, regidos pela CLT.

O pedido de liminar, na ADI 3395-6, foi concedido pelo então presidente do STF, *ad referendum* [9], em decorrência dos conflitos de competência estabelecidos entre a Justiça Trabalhista e a Comum, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 144 da CF que incluía na competência da Justiça Trabalhista a apreciação de ações instauradas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Foi, portanto, realizada uma interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto.

A Súmula 137 do STJ, que embasou diversas ações de conflito de competência entre a Justiça Comum e a do Trabalho [10], já apontava no sentido da interpretação dada à redação original do art.144/CF [11], qual seja “*competete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos à vínculo estatutário*”.

Recente decisão da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao acolher parcialmente Recurso de Revista do INSS, reformou o acórdão do TRT-RN diante do argumento que tal decisão colidia com o disposto no art. 114 da CF, “*que mesmo, após a ampliação dada pela Emenda Constitucional 45/04, não engloba o regime estatutário como categoria de competência da Justiça do Trabalho*”, conforme observou o Ministro Ives Gandra Filho.

O julgamento acima citado ratifica o entendimento que fundamentou a concessão da liminar em sede da ADI 3395-6.

Com a decisão da medida cautelar proposta pela AJUFE,

a competência da Justiça do Trabalho, nesse particular, permanece, como antes, para, exclusivamente, processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que, reitere-se, a matéria posta à composição jurídica se refira à interpretação e aplicação das disposições da Consolidação das Leis do Trabalho e da legislação trabalhista correlata (DA CUNHA JÚNIOR & RÁTIS, 2005:81).

Nesse sentido, infere-se que há um limite material à competência da Justiça Trabalhista, que, segundo a interpretação conforme à Constituição realizada pela Corte Suprema, não está autorizada a julgar as causas em que figurem como pólos o Estado e os servidores estatutários a ele vinculados por típica relação de caráter jurídico-administrativo.

## **5. Conclusão**

Dada a natureza jurídica do regime estatutário, fundamentado em princípios de Direito Público e organizado por normas cogentes e não derogáveis unilateralmente, conclui-se que o vínculo entre o servidor estatutário e a Administração Pública não tem o caráter contratual que norteia o regime celetista.

A redação dada pelo legislador, através da EC 45/04, ao artigo 114, I/CF, que descreve a competência da Justiça do Trabalho, não se apresenta clara do ponto de vista gramatical. No entanto, uma interpretação sistemática direciona o aplicador do direito no sentido de não incluir como causas da Justiça Trabalhista as ações que envolvam os servidores estatutários e o Estado, visto estarem incluídos neste inciso apenas os dissídios de trabalhadores celetistas vinculados à Administração Pública.

O Supremo, como guardião máximo da Carta Magna, tem se posicionado a respeito ao sustentar que a competência para julgar as causas relativas aos servidores públicos, no tocante ao vínculo estatutário, é da Justiça Comum (Estadual e Federal), conforme exemplificado ao longo deste trabalho.

Com efeito, o STF já havia definido a competência da Justiça do Trabalho para as ações que envolvessem relações entre empregado e empregador submetidos ao regime celetista, ainda que este seja figurado pelo Estado e uma de suas entidades da Administração Pública Indireta, de qualquer nível da Federação [12]. Mesmo depois da alteração introduzida pela EC 45/04, a interpretação da Corte

Suprema permanece no mesmo sentido, estando excluídas da competência da Justiça Trabalhista as causas relativas aos servidores públicos no que concerne ao regime estatutário, entendimento que está sendo consolidado também na doutrina e tem sido reiterado em diversas decisões de outros órgãos do Poder Judiciário.

## Notas

[1] Dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição de 1988: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”.

[2] O *caput* do art. 39 do texto original da Constituição de 1988 preceituava: “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas*”.

[3] Encontra-se ainda pendente de decisão final a ADI 2135, que discute a constitucionalidade do *caput* do art. 39/CF, por vício de formalidade, após modificado pela EC 19/98, que promoveu a Reforma Administrativa, substituindo o regime único pelos múltiplos.

[4] A redação dada ao *caput* do art. 39 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98 é a seguinte: “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes*”.

[5] Parecer 1.748/04 do Senado Federal, fls.502.

[6] Neste trabalho, adotou-se o critério classificatório dos diversos órgãos jurisdicionais predominante na doutrina nacional. Assim, na lição de Ada Pellegrini *et alli* (*Teoria Geral do processo*; Malheiros Editores, 21ª edição, 2005): “*...no âmbito da jurisdição comum estão a Justiça Federal (arts. 106-110) e as Justiças Estaduais ordinárias (arts. 125-126)*”.

[7] Decisão Monocrática da Liminar ADI 3.395-6, dada pelo então presidente do STF Min. Nelson Jobim.

[8] ADI intentada pelo Procurador-Geral da República, tendo sido declaradas inconstitucionais as alíneas "d" e "e" do artigo 240 da Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990.

[9] O STF, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, referendou a liminar concedida, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Falou

pelo *amicus curiae*, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho-ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro. - Plenário, 05.04.2006.

[10] Nesse sentido, ver: acórdãos em Conflito de Competência 47431/MG (DJ 01.08.2005) e 40894/SC (DJ 13.04.2004).

[11] Redação do texto original do art. 114 da Constituição de 1988 é a seguinte: “*Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas*”.

[12] Ver decisão da ADI nº 492, cuja ementa de julgamento está assim vazada: “*CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS*”.

## **Bibliografia**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: 19ª edição, 2005.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley & RÁTIS, Carlos Eduardo Behrmann. *Emenda Constitucional 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, pág. 81.