

# REPUBLICANISMO E CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO  
PROFESSOR JOSÉ ISAAC PILATI

Organizadores  
Reginaldo de Souza Vieira | Rodrigo Goldschmidt



EDITORA ÍTHALA

### CONSELHO EDITORIAL

**Alexandre Godoy Dotta** – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

**Ana Claudia Santano** – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

**Daniel Wunder Hachem** – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

**Emerson Gabardo** – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

**Fernando Gama de Miranda Netto** – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

**Ligia Maria Silva Melo de Casimiro** – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

**Luiz Fernando Casagrande Pereira** – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

**Rafael Santos de Oliveira** – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

R426 Republicanismo e cidadania: estudo em homenagem ao professor José Isaac Pilati / organização de Reginaldo de Souza Vieira, Rodrigo Goldschmidt – Curitiba: Íthala, 2023.  
225p.: il.; 22,5cm  
Vários colaboradores  
ISBN: 978-65-5765-212-1  
1. Republicanismo. 2. Cidadania. 3. Ciência política.  
I. Vieira, Reginaldo de Souza (org.). II. Goldschmidt, Rodrigo (org.).

CDD 321.86 (22.ed)  
CDU 32

Editora Íthala Ltda.  
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70  
Bairro Mercês  
80.710-130 – Curitiba – PR  
Fone: +55 (41) 3093-5252  
Fax: +55 (41) 3093-5257  
<http://www.ithala.com.br>  
E-mail: [editora@ithala.com.br](mailto:editora@ithala.com.br)

Coordenação editorial: Eliane Peçanha  
Capa: Duílio Scrok  
Diagramação: Luana Julião Weldt



Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

# REPUBLICANISMO E CIDADANIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO  
PROFESSOR JOSÉ ISAAC PILATI

Organizadores

Reginaldo de Souza Vieira | Rodrigo Goldschmidt



**EDITORA ÍTHALA**  
**CURITIBA – 2023**



# PREFÁCIO

Foi com imensa satisfação que recebi o honroso convite dos organizadores para expressar algumas palavras nesta belíssima obra ora apresentada em homenagem ao muito querido amigo Prof. Dr. José Isaac Pilati.

Com indelével orgulho, aceitei esta distinguível missão para prestar louvor a quem, como professor, jurista, intelectual e escritor, fez jus a admiração que lhe dedicam por seus incontáveis atributos humanos e profissionais.

Em sua admirada trajetória, tem percorrido exitosamente os caminhos da **academia** — como docente dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito e como gestor (diretor do CCJ/UFSC – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina e presidente da Funjab – Fundação José Arthur Boiteux). Atuou brilhantemente na **administração do serviço público** (como juiz no TRE/SC – Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina e no exercício da advocacia). E, por fim, em **instituições literárias e culturais** (fundador, membro e presidente da Acalej – Academia Catarinense de Letras Jurídicas, além das Academias Catarinenses de Letras, Filosofia e Literatura).

Por sua capacidade, seu saber jurídico e sua cultura clássica romanística, não só tem recebido inúmeros prêmios, honrarias e comendas, mas contribui significativamente no propósito de estimular e influenciar uma geração de jovens para a carreira jurídica e para outras atividades profissionais na vida pública do país.

É importante ressaltar o mais vivo apreço por ter o privilégio não apenas de conviver com sua distinta pessoa durante três décadas nos corredores da nossa casa comum, UFSC, mas, sobretudo, de expressar a mais profunda gratidão por seu acolhimento generoso em momentos importantes do meu percurso acadêmico: sua cogestão na coordenação do PPGD/UFSC – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, nos idos de 2007; seu engrandecedor e irrecusável convite para ser um dos integrantes fundadores da

Acalej (abril de 2013); e seu apoio incansável na indicação de meu nome para a concessão do título de Professor Emérito do CCJ/UFSC (10/3/2020).

Por tudo isso, como um exemplo de pessoa humana, conciliação, competência, rigor acadêmico e cultura, podemos concluir esta justa e significativa homenagem, tendo em conta uma prática de vida como um referencial a ser seguido, pelos horizontes de um Direito mais comprometido com a dignidade e com a justiça social.

Cumprimentos por essa trajetória, dileto amigo Prof. Pilati!

Muito obrigado!

***Antonio Carlos Wolkmer***

Prof. Emérito e Titular do PPGD/UFSC

Docente Permanente dos Programas de Pós-Graduação  
da Unilasalle-RS e da Unesc-SC

Pesquisador Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível A-1

# APRESENTAÇÃO

Esta obra reúne trabalhos elaborados por autores(as) de reconhecimento mérito acadêmico, em homenagem ao Professor Doutor José Isaac Pilati e oriundos de pesquisas desenvolvidas no âmbito do Projeto de Pesquisa Republicanismo, Cidadania e Jurisdição, vinculado à Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição – Recijur, da qual fazem parte os Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da Universidade de Caixas do Sul (UCS) e da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UnoChapecó).

Deixando de lado o extenso currículo e a incalculável contribuição legada para a sociedade, focando na figura humana, o Professor Doutor Pilati acolhe os(as) seus(suas) alunos(as) e orientandos(as) com carinho e dedicação, conduzindo-os pelas trilhas do saber, revelando muito, mas não tudo, de modo a despertar no(a) educando(a) não só a curiosidade, mas a satisfação de chegar, por suas próprias forças, à luz do conhecimento.

Pessoas como o ora homenageado são realmente raras, únicas no modo de ser e de se relacionar, alentos para a alma de quem, em um mundo frenético e conturbado, ainda acredita nos mais elevados valores humanos, pois os encontra, na essência e na prática, reunidos na pessoa do Professor Doutor Pilati.

Como é bom sentar ao seu lado e ouvi-lo, uma mescla poética entre a realidade da vida e a dimensão jurídica, o homem e sua saga, seus triunfos e suas contradições.

Essa realidade complexa é serenamente abordada pelo Professor Doutor Pilati de forma crítica, mas deixando um ar de esperança: um mundo sustentável para a presente e as futuras gerações, pautado pela prevalência do homem (e de sua dignidade) e que valorize a participação coletiva na construção desse ideal.

Tenha a certeza, Prof. Dr. Pilati, de que as tuas valiosas lições e sua peculiar forma de enxergar o mundo plantaram sólidas e profundas raízes nos seus alunos e orientandos, que levarão consigo, na maior medida que lhes for possível, essa “boa-nova” adiante, também na esperança de construir um mundo melhor.

Receba, Professor Doutor Pilati, o nosso respeito e profundo reconhecimento, consubstanciado em um abraço carinhoso, aquele que um filho dedica ao pai que venera, com calor, afeto e admiração.

***Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira***

***Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt***



# JOSÉ ISAAC PILATI



Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1973), Mestre (1989) e Doutor (1995) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Titular aposentado da UFSC. Lecionou na Graduação, Mestrado e Doutorado: Direito Romano, Direito das Coisas, Tutelas Coletivas e Ética e Aplicação do Direito. Estudioso das fontes romanas, realiza traduções do Digesto de Justiniano e coordena o Grupo Ius Dicere, que reúne pesquisadores de graduação e pós-graduação no estudo do latim e das fontes romanas. Participa da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição - RECIJUR, que congrega: UFSC, UCS, UNOCHAPECÓ e UNESC. Integra a Comissão Científica da Revista Interpretatio Prudentium da Universidade de Lisboa. Possui experiência de advocacia (desde 1974) e serviço público estadual (Secretaria da Saúde e Departamento de Saúde Pública de Santa Catarina 1980-1990). Foi Juiz do TRE/SC na classe jurista de 2005 a 2007. Agraciado com a comenda da Ordem do Mérito Judiciário em

2007 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina; homenageado pela Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina em 2013 como um dos fundadores da Corte Catarinense de Mediação e Arbitragem; distinguido com a medalha João Davi Ferreira Lima, em 2014, pela Câmara Municipal de Florianópolis. É Cidadão Honorário de Irani (SC) e de Nonoai (RS). Comenda Conselheiro Manoel da Silva Mafra (2017), Comenda Manoel Joaquim de Almeida Coelho (IHGSC, 2022). Presidiu a Academia Desterrense de Letras (Cad. 23), e a Academia de Letras de Palhoça (Cad. n. 9) e a Fundação José Arthur Boiteux. É Presidente da Academia Catarinense de Letras Jurídicas - ACALEJ (Cadeira 02), Secretário Geral da Academia Catarinense de Letras e pertence à Diretoria do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina como Sócio Emérito. É membro da Academia Catarinense de Letras como ocupante da Cadeira 14, Patrono Gustavo de Lacerda; da Academia Catarinense de Filosofia, da Academia Sul Brasileira de Letras (Cad. n. 39), da Academia Desterrense de Literatura - ADELIT (Cadeira n 05) e da Instância da Poesia Crioula (delegado para o extremo-oeste). Últimas publicações, livros: em 2020, pela Lumen Juris reeditou: “Audiência Pública na Justiça do Trabalho” e “Propriedade função social na pós-modernidade”; em 2023, pela Edufsc reeditou “Digesto de Justiniano livro segundo - jurisdição”. Em 2017 lançou “A tragédia de Mário Castelhana: Severina, canto um” (poesia). Editora da Unoesc; em 2019: “Chapecó e Joaçaba: memórias do centenário” (UNOESC). Em 2020 coordenou: Advocacia nas causas coletivas e na contemporaneidade. Preside a Comissão Permanente de preparação dos festejos do Centenário do Curso de Direito da UFSC 1932-2032.

# SUMÁRIO

## **PARTE I - REPUBLICANISMO, DIREITO ROMANO DE CONTRAPONTO E PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA**

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PÓS-MODERNA: LEITURA DO  
PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE E DO DIREITO ROMANO DE  
CONTRAPONTO A PARTIR DE JOSÉ ISAAC PILATI ..... 15

**Juliano Sartor | Reginaldo de Souza Vieira**

LIMITES E DESAFIOS AO MODELO DE PARTICIPAÇÃO  
“COMUNITÁRIA” NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA  
ÚNICO DE SAÚDE: POR UMA NOVA ABORDAGEM..... 43

**Letícia Canut**

O DIREITO ROMANO NO PRINCIPADO: DE CÍCERO E LABEÃO ATÉ  
AS *INSTITUTIONES* DE GAIO..... 81

**Márlio Aguiar**

## **PARTE II - REPUBLICANISMO, COMPLEXIDADE E PÓS-MODERNIDADE**

NOÇÕES DE COMPLEXIDADE E PÓS-MODERNIDADE NA OBRA DE  
JOSÉ ISAAC PILATI..... 107

**Francisco Pizzette Nunes**

AS LIMITAÇÕES DO PARADIGMA RACIONALISTA E A PROTEÇÃO  
DO MEIO AMBIENTE MEDIANTE AÇÕES COLETIVAS NA PÓS-  
MODERNIDADE..... 129

**Karine Grassi | Viviane Grassi**

ABUSO DO DIREITO E TUTELA COLETIVA DO AMBIENTE:  
ÀS VOLTAS COM O DIREITO MODERNO E SEUS LIMITES  
ESTRUTURAIIS ..... 149

**Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira**

OS CONFLITOS FAMILIARES NA PÓS-MODERNIDADE: PARÁFRASE  
À POESIA “ELOGIO DO AMOR MATERNO”, DE JOSÉ ISAAC PILATI..... 171

**Silvia Ozelame Rigo Moschetta**

### **PARTE III - REPUBLICANISMO E CIDADANIA**

NEOLIBERALISMO E A FLEXIBILIZAÇÃO PRECARIZANTE DO  
DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL..... 185

**Rodrigo Goldschmidt | Vivian Maria Caxambu Graminho**

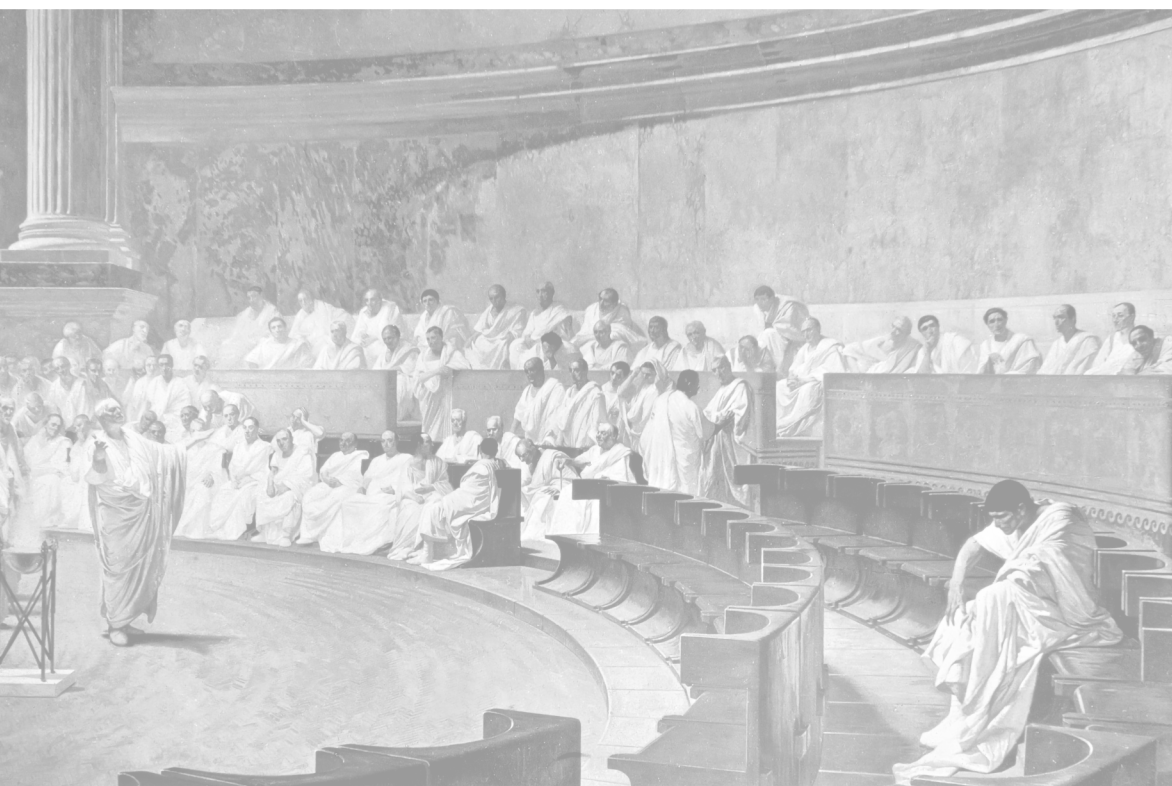
FC OU CD? UMA ANÁLISE DE CASO SOBRE O DESMANTELAMENTO  
DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA..... 205

**Lessandro Réus Barbosa | Maurício da Cunha Savino Filó**



# PARTE I

## REPUBLICANISMO, DIREITO ROMANO DE CONTRAPONTO E PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA





# CAPÍTULO I

## DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PÓS-MODERNA: LEITURA DO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE E DO DIREITO ROMANO DE CONTRAPONTO A PARTIR DE JOSÉ ISAAC PILATI

*Juliano Sartor*<sup>1</sup>

*Reginaldo de Souza Vieira*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito (2021) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc). Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) – Criciúma/SC – Brasil. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc). E-mail: julianosartor01@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc). Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico – mestrado e doutorado (PPGDS/Unesc). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc). Foi assessor acadêmico de extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Unesc (2013/2017). Membro do Conselho Editorial da EdiUnesc. Membro titular da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (UFSC, Unesc, UCS e Uno-Chapecó). Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro da Rede de Pesquisa Egrupe (Unisc, FMP, Unesc). Membro da Rede de Pesquisa Direito e Políticas Públicas (RDPP). Membro titular e da coordenação da Rede Latino-americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Membro titular e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (Unesc, Uniritter, Unijuí, UFMS, PUC-Campinas, Unit, Unicap, Cesupa, UFPA). Membro da The International Society of Public Law. Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Membro

**Sumário:** 1. Introdução. 2. (Re)leitura do paradigma da pós-modernidade. 3. Contribuição do Direito Romano de contraponto. 4. A democracia participativa pós-moderna. 5. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A percepção de uma democracia pós-moderna de viés participativo exige a compreensão não apenas da modernidade como um período histórico no qual o sistema representativo foi elevado ao status de democracia, mas também da pós-modernidade como um movimento estético e sócio-histórico — com reflexos políticos e jurídicos — que emerge da sociedade, a qual busca resgatar o exercício de seu poder político por meio da dimensão coletiva como expressão da soberania.

A modernidade com a sua construção racional reduziu o direito a lei, rejeitou toda teorização de manifestação do poder pelo povo usurpando a soberania da sociedade e concentrando os poderes político-jurídicos na abstração do nascente Estado moderno. Ademais, estabeleceu dicotomias — público-privado, sociedade-Estado, representantes-representados — e confundiu premeditadamente a vontade geral do povo com a vontade legislativa com o intento de sustentar o projeto hegemônico da burguesia liberal que consistia na manutenção do controle do poder político, jurídico e econômico.

Todavia o paradigma da modernidade apresenta sinais de esgotamento à medida que se demonstra incapaz de solucionar as crescentes e complexas demandas da contemporaneidade, e por se tratar de um paradigma monista e excludente, a sociedade se vê apartada dos processos decisórios que dizem respeito aos seus próprios interesses. O cenário perturbador de recorrentes crises sistêmicas — econômica, jurídica, democrática, política, representativa etc. — revela um fato que passa despercebido, a crise da modernidade trata-se de uma crise paradigmática que denota o surgimento de um novo paradigma.

---

associado do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Advogado vinculado a seccional de Santa Catarina. Foi membro da comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6733-5321>. Advogado. E-mail: [prof.reginaldovieira@gmail.com](mailto:prof.reginaldovieira@gmail.com).



Surge, então, a pós-modernidade como paradigma científico e, justamente, as polêmicas acadêmicas suscitadas pelo paradigma emergente residem na insistência em analisá-lo por meio de uma abordagem — multidisciplinar ou interdisciplinar — incapaz de conceituá-lo na sua amplitude, somente por meio da transdisciplinaridade será possível proceder uma releitura da pós-modernidade, mais adequada e condizente sobre o fenômeno que envolve o paradigma em questão.

Nesse ponto, compreende-se a relevância da contribuição do direito romano de contraponto, o qual possibilita um novo olhar que supera os limites lineares e reducionistas operados pela modernidade na conformação de uma democracia representada. De acordo com o professor José Isaac Pilati, uma análise mais atenta das fontes do direito romano permite uma compreensão mais precisa acerca dos institutos político-jurídicos romanos, especialmente os do período republicano, o que proporcionaria um contraponto ao atual modelo hegemônico de democracia, além de resgatar a participação cidadã do povo romano como uma valorosa lição para a construção de uma democracia pós-moderna participativa.

Esta pesquisa apresenta o tema da democracia participativa delimitada a uma leitura do paradigma da pós-modernidade e do direito romano de contraponto a partir dos estudos desenvolvidos pelo jurista romanista José Isaac Pilati. Por consequência, o objetivo geral consiste em verificar se a democracia participativa desponta como objeto do paradigma da pós-modernidade. Já os objetivos específicos são abordados respectivamente em cada uma das três seções, a saber: a primeira, visa reler o paradigma da pós-modernidade a partir das diferenças em relação ao paradigma da modernidade; a segunda, propõe discorrer sobre a contribuição do direito romano de contraponto na releitura do paradigma da pós-modernidade; a terceira, objetiva refletir sobre a relação entre a democracia participativa e o paradigma pós-moderno.

Para isso, empregou-se uma abordagem dialética no sentido de confrontar paradigmas e formas de democracia, e o procedimento histórico-comparativo possibilitou relacionar elementos sociopolíticos e jurídicos, do passado e da atualidade, constatando-se as suas semelhanças e diferenças. A técnica bibliográfica e documental envolveu a consulta de livros e revistas de diferentes ciências concernentes ao tema, além de normas jurídicas afins. *A priori*, constatou-se que a democracia participativa pode ser lida como um

elemento inserido e simultaneamente indicador do emergir de um novo paradigma político-jurídico pós-moderno.

## 2 (RE)LEITURA DO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade se constitui uma incógnita, um desafio aos observadores da contemporaneidade, quanto mais aos pesquisadores de diversos ramos do conhecimento que se debruçam a estudá-la. Isso porque representa não só uma ruptura dos rigores da modernidade, mas também uma transformação do pensamento em razão dos constantes questionamentos quanto às fundamentações que compõem a base do raciocínio lógico de diversas disciplinas. Assim, das artes à literatura, da história à política, da filosofia à sociologia e de tantos outros campos do saber, percebeu-se uma desconfiança das até então sólidas bases paradigmáticas da modernidade e, por consequência o despontar de novos enfoques às constantes crises diante da crescente complexidade da contemporaneidade.

Para o direito não é diferente, a pós-modernidade surge abalando as certezas do conhecimento jurídico absoluto, imutável e abstrato. Escancara a contínua transformação das relações sociais que permeiam a sociedade, questiona os estancos entres interpostos na interdependência que envolve os sujeitos e o Estado, diga-se, entre os cidadãos e as instituições político-jurídicas estatais, além de exigir uma nova forma de abordagem do direito mais condizente com a concretude dos fatos reais, ou seja, com a realidade social vigente.

Do mesmo modo, a democracia, recriação transfigurada pela modernidade, haja vista a democracia direta dos antigos ter sido substituída pela representação política dos modernos, também sofre os influxos e os abalos com o advento da pós-modernidade, a qual ao denunciar os limites interpostos da democracia moderna e o estratagem do poder soberano representado, expõe uma profunda crise que vai muito além de uma crise democrática ou de representatividade política. Com efeito, a pós-modernidade resgata o valor político da participação soberana da sociedade.

A expressão pós-modernidade decorre do termo modernismo empregado inicialmente na América hispânica como estilo literário. Ainda em 1890, o poeta nicaraguense Rubén Darío estreou um estilo que desencadeou um movimento de emancipação cultural da produção literária em relação ao pas-

sado e à Espanha, denominado *modernismo*. Por seu turno, o espanhol e crítico literário Federico de Onís, em sua antologia sobre a poesia espanhola de 1934, usou o termo *postmodernismo* para designar uma corrente poética que reage ao próprio modernismo. (Anderson, 1999, p. 9-10).

Já nos países anglófonos, embora o termo tenha sido mencionado esporadicamente por alguns pensadores da primeira metade do século XX, o termo aparece substancialmente em 1954 na obra do historiador Arnold Toynbee como um período histórico que teria sido iniciado ainda na guerra franco-prussiana. As fortes transformações sociais, industriais e a guerra-fria influenciaram o autor a considerar a pós-modernidade como particularmente negativa. No entanto, em 1951, o escritor Charles Olson, ao retornar da península mexicana de Yucatan, escreve ao amigo Robert Creeley e emprega o termo pós-modernismo referindo-se ao período posterior às navegações e à revolução industrial. Em 1952, Olson define as constantes mudanças do presente com termos, como pós-moderno, pós-humanista e pós-histórico. Posteriormente, em 1959, o sociólogo norte-americano Charles Wright Mills reavive o termo negativamente designando o não mais moderno, referindo-se ao falimento dos ideais modernos do liberalismo e do socialismo. Já os críticos literários Irving Howe e Harry Levin usaram o termo pós-moderno para descrever a tensão pós-guerra entre o moderno e a Sociedade, bem como a relação entre a cultura e o comércio, o que lhe rendeu contornos pejorativos. Foi, então, nos anos 1960 que o também crítico Leslie Fiedler renomeou o pós-moderno como a nova sensibilidade e mistura de valores que rejeitava os formalismos modernistas na literatura (Anderson, 1999, p. 10-13, 18-19).

Já o sociólogo Amitai Etzioni (1968, p. VII-VIII, 512, 517) afirma que a pós-modernidade inicia-se a partir de 1945 refletindo-se na modernização, na descolonização, nos movimentos pelos direitos civis estadunidenses e nos movimentos sociais. Para o professor, o choque entre avanços tecnológicos e valores humanos exigirá da sociedade a escolha entre ser mestra ou serva dos próprios instrumentos que cria. Em seu livro *The Active Society*, de 1968, expõe ainda que a democracia moderna se caracterizou pela exclusão, alienação e coletividades passivas, portanto, encontra-se aquém do ideal pós-moderno de Sociedade ativa que enfatiza a distribuição igualitária do poder com coletividades atuantes e responsivas. É nesse sentido que o autor afirma que

“the active society, one that is master of itself, is an option the post-modern period opens”<sup>3</sup> (Etzioni, 1968, p. VII).

Em 1972, o crítico literário William Spanos e o romancista Robert Kroetsch lançam o periódico *Boundary 2*<sup>4</sup>, cujo subtítulo *a journal of postmodern literature and culture*<sup>5</sup> marcou definitivamente a consolidação da terminologia referente à pós-modernidade. Entre os inúmeros colaboradores do periódico, Ihab Hassan tentou compreender se a pós-modernidade era uma tendência artística ou um fenômeno social, embora tenha ampliado o seu uso para outras artes além da literatura, rejeitou empregá-la ao campo social. E a partir da forte crítica do arquiteto Robert Venturi ao modernismo, o termo começou a ser utilizado também na arquitetura por Robert Stern e, principalmente, Charles Jenks que publicou em 1977 o livro *Language of Post-modern Architecture*<sup>6</sup> (Anderson, 1999, p. 23-28; Contemporary, [20--], n.p.).

Em 1979, Jean-François Lyotard foi o responsável por discutir a pós-modernidade filosoficamente em sua obra “A condição pós-moderna”. Apresentando uma abordagem crítico-negativa, para o filósofo a pós-modernidade “designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”, afirma ainda que “o saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável” (Lyotard, 2009, p. XV, XVII). O seu ceticismo com a pós-modernidade decorre de uma visão que a ciência pós-moderna apresenta uma evolução descontínua, paradoxal, produzindo não o conhecido, mas o desconhecido (Lyotard, 2009, p. 108).

Já o filósofo e sociólogo Jürgen Habermas, em seu discurso intitulado “Modernidade: um projeto inacabado”, proferido em 1980, apresenta uma visão equivocada da pós-modernidade como uma mera antimodernidade caracterizada por uma tendência emocional cuja influência resultaria em um

---

<sup>3</sup> “A sociedade ativa, dona de si mesma, é uma opção que o período pós-moderno proporciona.” Tradução nossa.

<sup>4</sup> Fronteira 2. Tradução nossa.

<sup>5</sup> Uma revista de literatura e cultura pós-moderna. Tradução nossa.

<sup>6</sup> Linguagem da arquitetura pós-moderna. Tradução nossa.

neoconservadorismo. Ao resgatar a história da modernidade, questiona se a superação dos movimentos estéticos representaria o esgotamento da modernidade e a passagem para a pós-modernidade. Nota-se que Habermas, ao explicar a modernidade cultural e a modernização social, indiretamente faz com que as pautas da própria sociedade ou as posturas intelectuais de críticos à modernidade sejam confundidas como críticas oriundas de um novo conservadorismo. Ao abordar o iluminismo, evoca Max Weber para caracterizar a modernidade cultural associada à ciência, moral e arte, Kant no sentido de limitar a sua análise à arte estética, Adorno para fundamentar a falsa superação da cultura, além de rememorar vários pensadores para justificar uma falsa superação da arte e da filosofia e o surgimento de aporias da modernidade que resultariam em críticas que para o filósofo seriam catalogadas como conservadoras (Habermas, 1992, p. 100-121).

Nas palavras de Habermas (1992, p. 118) “Penso que antes deveríamos aprender com os desacertos que acompanharam o projeto da modernidade, com os erros dos ambiciosos programas de superação, ao invés de dar por perdidos a própria modernidade e seu projeto”. Habermas aventurou-se nas artes para condenar a pós-modernidade redundando na dispersão do seu discurso cujo resultado foi: “por um lado, tratamento filosófico superficial sem conteúdo estético significativo; por outro, percepção estética sem um horizonte teórico coerente” (Anderson, 1999, p. 53). A análise de Habermas da modernidade limita-se ao aspecto estético, embora evoque categorias sociológicas, políticas, temas urbanos, econômicos etc., o autor não aprofunda devidamente a correlação entre inúmeros sistemas modernos e pós-modernos. Por exemplo, a sua abordagem histórica da modernidade, limitada à arte, não menciona a criação do Estado — imprescindível ao capitalismo emergente — e a sua relação com a sociedade e o sistema político. Ademais, sua concepção de modernidade está fortemente associada a uma visão eurocêntrica de desenvolvimento da arte, portanto, incapaz de perceber os novos ventos pós-modernos que sopram em meio a inúmeros movimentos de resistência e denúncia de uma modernidade hegemônica, impositiva e homogeneizadora.

O crítico literário Frederic Jameson foi responsável por um dos mais completos quadros acerca do pós-modernismo. Sua análise abrange artes como literatura, pintura, cinema, além da arquitetura, urbanismo, economia, psicologia e teoria contemporânea. Identifica nos movimentos insurgentes dos anos

1960 o ponto de partida do pós-modernismo como a expressão do desafio social e político que busca transcender os rígidos cânones do modernismo. Ao diferenciar a abordagem do pós-modernismo como estilo — cujo resultado é um julgamento moral — do enfoque que divisa a lógica do domínio cultural do capitalismo tardio — cujo efeito repercute em uma dialética que impele a repensar o momento presente —, compreende que o pós-modernismo não é apenas movimento estético, mas um fenômeno histórico (Jameson, 1997, p. 27-30, 72-73). Jameson percebe que a subversão da autonomia da cultura pela lógica do domínio do capitalismo não se reflete na extinção cultural, mas na sua expansão na vida social, tudo passa a ser considerado cultura na sociedade do espetáculo, assim “do valor econômico e do poder do Estado às práticas e à própria estrutura da psique – pode ser considerado como cultural, em um sentido original que não foi, até agora, teorizado” (Jameson, 1997, p. 74).

Por sua vez, o sociólogo e filósofo Zygmunt Bauman apresenta uma sociedade cuja solidez cede espaço à instabilidade, à mutabilidade; um mundo cujas relações sociais e econômicas são maleáveis, fugazes, ou seja, líquidas. Para o autor a pós-modernidade ou modernidade líquida, nada mais seria do que um estágio da própria modernidade incapaz de resolver suas aporias, “a pós-modernidade é a modernidade reconciliada com sua própria impossibilidade – e decidida, por bem ou por mal, a viver com ela” (Bauman, 1999, p. 110). Portanto, não haveria uma ruptura entre a modernidade e a pós-modernidade, mas um rasgamento do véu das falsas pretensões e dos objetivos inatingíveis da própria modernidade, “a pós-modernidade, pode-se dizer, é a modernidade sem ilusões” (Bauman, 1997, p. 41).

Embora exponha a lógica de mercado que reduziu a liberdade em consumo transformando o cidadão em consumidor, reconhece que o pós-moderno representa a pluralidade que subverte a uniformização do moderno, além de também exigir um maior comprometimento político na ação individual e comunitária (Bauman, 1999, p. 109, 289-290, 294). Nota-se em Bauman, um atento observador do constante dinamismo das relações que permeiam a sociedade, um olhar profundamente crítico à modernidade líquida, o que induz consequentemente a uma interpretação negativa ou mesmo pessimista quanto à pós-modernidade.

Para o geógrafo David Harvey, o pós-moderno é um campo de noções e reflexões conflitantes na definição de uma crítica sociopolítica, na determinação de novos padrões do discurso e na delimitação de novos parâmetros

da crítica cultural, política e intelectual. Explica que o pós-moderno surge em meio à turbulência de uma economia perversa que destrói as instituições de poder da classe trabalhadora frustrando seus direitos e mascarando os nefastos efeitos sociais de uma política econômica que naturaliza os problemas de moradia, desemprego e empobrecimento por meio de uma retórica empreendedora que substitui a ética pela estética como valor dominante. O autor considera, então, o pós-modernismo como uma espécie de condição histórico-geográfica que emerge da crítica ao moderno estabelecendo-se como estética cultural que privilegia a diversidade emancipadora e que desconfia do discurso universal totalizante (Harvey, 2008, p. 9, 19, 47, 294, 301).

No mundo lusófono, o jurista e sociólogo Boaventura de Souza Santos explica que a relação entre o moderno e o pós-moderno não é de ruptura total ou de linear continuidade, mas trata-se de uma relação de transição que abarca momentos de ruptura ou de continuidade. Esclarece ainda que a modernização neoliberal concentrou a riqueza gerando o agravamento das injustiças sociais, exclusão, devastação ecológica, risco à sustentabilidade planetária e, conseqüentemente, inconformismo diante da complexidade do quadro social que motivou uma profunda crítica à epistemologia<sup>7</sup> da ciência moderna, contribuindo assim à emergência de um novo paradigma da ciência pós-moderna. Boaventura ao perceber que as diferentes formas de conhecimento se encontram vinculadas a diferentes práticas sociais, intui que a profunda transformação na organização da sociedade encontra-se ligada igualmente à transformação dos processos do conhecimento, expondo uma longa e profunda transição paradigmática entre a ciência moderna e a ciência pós-moderna cujos resultados se revelam ainda imprevisíveis (Santos, 1999, p. 11, 91, 103, 193-194).

Boaventura amplia o entendimento sobre a pós-modernidade para além dos limites disciplinares de um estilo estético ou de um movimento sociocultural, para o professor a pós-modernidade se constitui em um paradigma assim como a própria modernidade. Porém, essa compreensão exige a superação dos limites da abordagem multidisciplinar e interdisciplinar, a pri-

---

<sup>7</sup> Trata-se da reflexão sobre o sujeito indagativo e o objeto investigado como polaridades do processo cognitivo, isto é, de percepção intelectual que leva ao desenvolvimento da teoria do conhecimento. Nesse sentido, envolve o estudo das hipóteses, conclusões e métodos das disciplinas, teorias e práticas de diferentes ramos do saber com a finalidade de avaliar e aprimorar o conhecimento científico (Epistemologia, 2009, n.p.).

meira limitada aos métodos e teorias de uma só disciplina, a segunda apesar de promover o diálogo entre várias disciplinas para a produção de um saber comum, geralmente apresenta o conhecimento ainda fragmentado devido ao predomínio de uma das disciplinas que busca impor seus próprios métodos. Nessa lógica, o antropólogo, sociólogo e filósofo Edgar Morin defende uma transdisciplinaridade que promova o diálogo entre diferentes domínios científicos, que apesar de suas singularidades não opere reduções mutilantes. Segundo Morin (2005, p. 138), “é preciso um paradigma de complexidade, que, ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais”.

Interessante ressaltar que a compreensão de paradigma se desenvolve principalmente com a publicação em 1962 do livro “A Estrutura das Revoluções Científicas”, do físico, historiador e filósofo Thomas Kuhn que denominou paradigma como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (Kuhn, 1998, p. 13). Para Kuhn, as insolúveis anomalias em um paradigma geram crises agudas que são pré-condições necessárias à emergência de novas teorias que podem indicar o surgimento de um novo paradigma. Por conseguinte, a transição paradigmática leva à reconstrução de princípios, generalizações teóricas e reatualizações da metodologia de aplicação, embora ainda preserve a capacidade resolutiva adquirida pela ciência por meio dos paradigmas anteriores (Kuhn, 1998, p. 15, 116, 119, 212).

Já no âmbito político-jurídico, o jurista e romanista José Isaac Pilati explica que a concepção da pós-modernidade como paradigma científico — percebida e concebida por Kuhn, contestada e, posteriormente, adotada e ampliada por Morin — possibilita uma abordagem transdisciplinar com o desdobramento de uma nova visão até então desapercibida que abarca, simultaneamente, em sentido amplo, aspectos políticos, jurídicos, sociais, históricos e filosóficos, bem como em sentido estrito, aspectos específicos que dizem respeito à relação entre a jurisdição e as novas complexidades da contemporaneidade. Ademais, por compreender que são os paradigmas que organizam as ideias científicas filtrando teorias e excluindo hipóteses, sobretudo aquelas que não se enquadram nos velhos moldes de um paradigma simplificador não obstante apresentarem fundamentações igualmente válidas e científicas, percebe a importância de se confrontar os paradigmas da modernidade e da pós-modernidade com a fina-



lidade de identificar as características político-jurídicas, compará-las em seus procedimentos e assimilar o dinamismo dos novos direitos que permeiam a sociedade contemporânea (Pilati, 2017, p. 15-16, 53-54).

Nessa perspectiva, para além do confronto entre novas teorias que almejam a inserção dentro do paradigma, diga-se moderno, tornando-se assim paradigmas teóricos menores do grande paradigma da modernidade, Pilati (2017, p. 17-19) propõe o confronto entre os próprios paradigmas moderno e pós-moderno, haja vista a influência cognitiva, intelectual e cultural destes no desenvolvimento de raciocínios, procedimentos e teorias científicas, além de condicionar comportamentos e reações à qualquer ideia que venha questionar a organização sociopolítica e jurídica da sociedade. Nesse sentido, “literalmente, a ideia de paradigma representa a insurreição do objeto contra a prisão do método; o velho método de organizar e reproduzir o mundo da civilização de certo modo, fechado sob os ditames do individualismo e sua engenhosa estrutura política e jurídica” (Pilati, 2017, p. 20).

Pilati em suas obras “Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade” e “Audiência Pública na Justiça do Trabalho”, expõe em profundidade as características e mecanismos paradigmáticos da modernidade e da pós-modernidade no campo jurídico e político. Em linhas gerais, o professor esclarece que o paradigma da modernidade busca a simplificação, encontra-se centrado no indivíduo, na política soberana do Estado, na representação política por meio da democracia representativa, nas leis parlamentares, no monismo jurídico estatal, na priorização do individualismo e da atividade econômica. Por sua vez o paradigma da pós-modernidade assimila o complexo, centra-se no coletivo, na política soberana da sociedade por meio da democracia participativa na construção do direito, no pluralismo jurídico, na noção de coletividade e de bens coletivos e nos direitos sociais fundamentais (Pilati, 2017, p. 10).

O professor, em sua abordagem metodológica, enriquece ainda mais a compreensão paradigmática com o auxílio do direito romano do período republicano como um contraponto ao reducionismo e à linearidade histórica da modernidade. Rompe-se, assim, com os anacronismos modernos da Roma antiga como Estado e apartada do cidadão, resgata-se as instituições participativas do povo romano como referencial histórico que corrobora o entendimento da efusão dos movimentos e iniciativas de democracia participativa típicos do paradigma da pós-modernidade (Pilati, 2013, p. XV).

Em síntese, a presente seção demonstra que o pós-modernismo, inicialmente concebido como movimento literário, revelou-se gradativamente como amplo movimento sociocultural com nítidos reflexos sociais, políticos, jurídicos e inclusive científicos, a ponto de indicar e possibilitar uma releitura da pós-modernidade entendida agora como um novo paradigma científico que emerge em meio a um complexo cenário de crise paradigmática que assola a modernidade.

### 3 CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO DE CONTRAPONTO

Aparentemente causa uma certa estranheza um estudo dedicado à pós-modernidade abordar o direito romano, sobretudo por este fazer parte do período histórico da Idade Antiga e, conseqüentemente, encontrar-se inserido no grande paradigma da antiguidade. Todavia, não se pode olvidar que o direito romano foi resgatado e apropriado pelo paradigma da modernidade naquilo que lhe interessava para fundamentar suas teorias e práticas hegemônicas nos campos político e jurídico. Ademais, a força da tradição do direito romano o coloca em uma posição de destaque como uma espécie de direito perene que independentemente das controvérsias ultrapassa os limites da temporalidade.

Especificamente, ainda no século XIX, sob a influência do positivismo, o direito romano se desdobra em duas correntes, a primeira denominada pandectística<sup>8</sup> via o direito romano como um direito dogmático-jurídico passível de aplicação prática, a segunda de viés historiográfico criticava as interpolações<sup>9</sup> e via o direito romano como uma disciplina puramente histórica. Entretanto, o saber jurídico não se encontra apartado das experiências jurídicas do ontem e do hoje, aliás o saber jurídico do presente deve dialogar com o passado não pela escolha arbitral do interprete na atribuição de significados e na criação de narrativas, mas porque o passado do direito encontra-se conectado ao presente possibilitando um diálogo contínuo de influências recíprocas (Costa, 2010, p. 30-33).

---

<sup>8</sup> Doutrina jurídica que se iniciou no final do século XVIII atingindo seu apogeu na Alemanha do século XIX, e que se baseia na análise de textos do direito romano, especialmente da Pandectas (Pandettistica, s.d., n.p.).

<sup>9</sup> No direito romano as interpolações são as alterações do texto original com inserção de palavras ou frases com a finalidade de adaptá-lo a um novo contexto sociopolítico e jurídico.

Por conseguinte, a longevidade do direito romano se deve, principalmente, ao *Corpus Juris Civilis*<sup>10</sup>, compilado no século VI, redescoberto pelas nascentes escolas do século XII, lido e anotado como *jus commune*, isto é, direito comum dos povos, torna-se assim a base da abordagem pandectística até meados do século XIX quando começou a ser considerado objeto da abordagem historicista. Logo, a importância do direito romano reside na tradição de quatorze séculos do seu *Corpus Juris*, tornando-se então parte da cultura jurídica corrente (Costa, 2010, p. 44).

À vista disso, ressalta-se que a organização das disciplinas das faculdades jurídicas a partir do século XIX seguiram uma lógica precisa que atendia os anseios das elites políticas interessadas na construção da ideia de nação e na legitimação jurídica do nascente Estado moderno. Nesse sentido, entende-se a motivação de se buscar no passado os pressupostos necessários para o projeto sociopolítico da modernidade. Insere-se nesse contexto o direito romano para uma legitimação geral de teor cultural, a qual se encontra embasada no historicismo savigniano<sup>11</sup>, mas também na sua aplicação prática como doutrina jurídica positivista, além de uma legitimação específica de teor político destinada a fortalecer a relação entre o Estado-nação e os novos grupos de interesse político-jurídicos (Costa, 2010, p. 66-67).

Nesse ponto, convém ressaltar que a Codificação Justiniana é uma compilação de textos jurídicos pré-justinianos adaptados por meio de inúmeras interpolações às demandas do contexto bizantino do século VI, servindo de fonte ao direito justiniano. Segue-se ainda as interpolações das escolas jurídicas<sup>12</sup> que a partir do século XII até a pandectística alemã do século XIX

---

<sup>10</sup> Codificação instaurada pelo imperador Justiniano (482-565 d.C.) formada pela reunião de textos jurídicos romanos dispostos nas seguintes obras: *Codex* (formado pelas constituições e leis imperiais romanas), *Digesto* ou *Pandectas* (compilação de doutrinas e jurisprudências romanas); *Institutas* (manual de estudo do direito); e *Novelas* (compilação das leis editadas por Justiniano após 534 d.C.) (*Corpus Iuris Civilis*, s.d., n.p.).

<sup>11</sup> Referente a Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), expoente jurista alemão da Escola Histórica do Direito.

<sup>12</sup> Na Idade Média, não havia escolas de direito como em Roma, o ensino das artes era dado em mosteiros e catedrais estruturando-se ao longo do tempo no *Trivium* (gramática, retórica e dialética) e no *Quadrivium* (aritmética, geometria, música e astronomia), dando origem a escolas que viriam a ser posteriormente chamadas de universidades, principalmente a partir do século XI, quando os professores de retórica e gramática de Bolonha iniciaram a se

viriam a auxiliar à ciência jurídica na construção de um direito prático, porém sob a influência dos contextos dos direitos medieval e moderno. Com a descoberta de fontes pré-justinianas, os juristas humanistas iniciaram a investigar o direito romano de forma crítica e a corrigir as suas interpolações, destacaram-se assim os jurisconsultos Jacques Cujas (1522-1590) e Antonio Faber (1557-1624) que habilmente buscaram redescobrir o direito romano clássico que era praticado na antiga Roma (Schulz, 1960, p. 2-4).

Já no século XIX, novos estudos de direito clássico foram realizados sob a direção de Savigny e apesar do descobrimento de novas fontes romanas como as Institutas de Gaio, os Fragmenta Vaticana e o Epitome Ulpiani, optou-se pela elaboração de sofisticadas soluções às questões que envolviam o direito clássico, resultando em embaraços ao avanço da atividade investigativa. Por sua vez, Teodoro Mommsen (1817-1903) foi responsável pela elaboração de confiáveis edições, particularmente do Digesto, possibilitando significativos avanços no estudo do direito clássico, por meio dos métodos filológico e histórico (Schulz, 1960, p. 5).

Ante ao exposto, convém mencionar que o direito romano clássico<sup>13</sup> é um sistema original e distinto de outros sistemas da antiguidade ou de período

---

dedicar ao estudo metódico do direito que era ensinado nas disciplinas de retórica e dialética. Surgem, assim, as escolas jurídicas que podem ser catalogadas em: Escola dos glosadores ou de Bolonha, do século XI, que por meio de glosas (anotações explicativas) introduziu o método analítico exegético; Escola de Orleães, século XIII, que por meio do método dialético desenvolveu argumentações jurídicas mais elaboradas; Escola dos comentadores ou pós-glosadores, do século XIII, que sob influência da dialética escolástica utilizou-se do método lógico para extrair dos textos de direito romano os princípios gerais para aplicá-los aos problemas da época; e escola humanista ou histórica, final do século XV, que sob influência do método filológico desenvolveu um rigoroso estudo dos textos romanos e bizantinos para compreendê-los desprovidos das interpolações medievais (Gilissen, 1995, p. 337-350).

<sup>13</sup> O direito romano para fins didáticos costuma ser dividido em história interna e externa. A externa relacionada às instituições políticas corresponde aos seguintes períodos históricos: Realeza (753-510 a.C.), República (510-27 a.C.), e Império subdividido em Principado (27 a.C.- 285 d.C.) e Dominato (285-565 d.C.); já a interna relacionada aos institutos jurídicos é classificada em: direito arcaico ou quiritário (753-130 a.C.), direito clássico (130 a.C.-230 d.C.), direito pós-clássico (230-530 d.C.), e direito Justiniano (530-565 d.C.) (Cretella Junior, 2010, p. 10-11). Ressalta-se que as divisões do direito romano não são unânimes e variam conforme os critérios de classificação adotados por diferentes autores, menciona-se ainda que alguns autores separam o direito republicano do direito clássico.

dos posteriores, nota-se, portanto, que o seu estudo não é uma tarefa fácil ao investigador que busca compreender as fontes do direito romano tal como foram criadas e aplicadas à realidade sociopolítica e jurídica da Roma antiga, principalmente durante o período republicano. Além do mais, não obstante os incontáveis esforços que buscavam compreender o direito romano em sua essência para se extrair os subsídios necessários à sua aplicação jurídica e política, percebe-se que mesmo assim houve distorções em razão do paradigma da modernidade que dominava e operava a produção do conhecimento científico. Cabe, portanto, revisitar os estudos e, especialmente, as fontes do direito romano para resgatá-lo dos limitantes enfoques modernos.

Corroborando o entendimento, Pilati explica que:

Uma característica importante da Modernidade jurídica é a negação e relativização do passado; o que decorre, justamente, da forma como ela sistematiza a realidade, por abstração e por leis gerais. Sistematização que desqualifica a complexidade do real mediante a fragmentação e a compartimentalização dos conteúdos, a perfilhá-los com a lógica do sistema a tal ponto e de forma tão definitiva, que não deixa saída, a não ser que se rompa com o paradigma. A experiência romana de democracia direta, a forma político-institucional e jurídica do período da República é um modelo de contraponto a essa linearidade e a esse reducionismo paradigmático radical da Modernidade. O desafio consiste em fazer a comparação, flagrar o problema e construir a proposta de solução no ordenamento em vigor (Pilati, 2017, p. 28).

Nessa esteira, em seu magistério em direito romano, Pilati percebe na inquietação de seus alunos e orientandos, que voltavam a se interessar pelo mundo jurídico romano, o reflexo da crise paradigmática que desencadeava uma série de transformações e questionamentos sobre conceitos consagrados pela modernidade, como exemplo cita-se a ideia de soberania. Intui, então, a necessidade de se reconstruir o direito a partir do paradigma da pós-modernidade para além das utopias, mas levando-se em consideração um modelo normativo que abrangesse a complexidade das dimensões filosófica, política, jurídica, histórica e econômico-sociais (Pilati, 2013, p. VII; 2017, p. 14).

Por conseguinte, o contraponto oferecido pelo direito romano, ao possibilitar o conhecimento das instituições políticas e institutos jurídicos do período

republicano por meio do resgate histórico, reveste-se de grande singularidade por indicar que o equilíbrio político-jurídico romano não se encontrava na Roma contemplada, pela modernidade, como ente estatal apartado da sociedade. Pelo contrário, o equilíbrio das instituições e da jurisdição encontrava-se fulcrado concomitantemente no povo e nas suas autoridades (Pilati, 2017, p. 52-53).

O modelo republicano romano se caracterizava pela inclusão de seus cidadãos nas decisões político-jurídicas e envolvia as magistraturas, o povo e o senado. Sem adentrar em especificidades, os magistrados como o Cônsul e o Pretor eram eleitos pela assembleia do povo que os investia de *potestas* que era o poder para expressar a vontade do povo e lhes concedia o *imperium* que era o poder supremo, seja de coação para execução de uma ordem, seja de convocação do povo e de presidência das assembleias, seja de concessão da palavra, além de outras competências. Em contrapartida, o senado emitia um parecer sobre a aplicação das leis denominado *senatus consulta*, além de deter a autoridade para homologar as decisões e as leis das assembleias populares por meio da *auctoritas patrum*. Por seu turno, as assembleias expressavam a *maiestas* com a participação direta do povo, ou seja, a soberania popular na aprovação de leis (Pilati, 2013, p. 149; 2017, p. 33, 54-57).

Em síntese, as magistraturas com a *potestas* e o *imperium* exerciam o poder, o senado com a *auctoritas* exercia a autoridade e as assembleias do povo com a *maiestas* exerciam a soberania. Constata-se, portanto, que a soberania não se situava na abstração moderna do Estado representado, mas era o próprio povo em ação no exercício da *civitas*, isto é, da sua cidadania junto às suas instituições políticas e jurídicas da república. Ademais, é interessante observar que os romanos compreendiam a república como coisa do povo, como o patrimônio do povo enquanto coletividade, além de designar com o passar do tempo a constituição política da sociedade romana. Nesse sentido, em sua obra *De re publica*, Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.), ao citar Cipião, expõe que: “É, portanto, diz o Africano, a coisa pública é coisa do povo, povo entendido não como qualquer homem reunido em qualquer lugar, mas como a assembleia com o consentimento da lei e na união de interesses comuns<sup>14</sup>” (Cícero, [2020?], p. 14).

---

<sup>14</sup> Tradução nossa do original: “*Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.*” (Cícero, 2020, p. 14).

Interessante observar que não só Cícero<sup>15</sup> elogiou a república por considerá-la uma melhor forma de organização política por abranger elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos, também o grego Políbios (203-120 a.C.), em seu acurado trabalho historiográfico sobre Roma, afirmou que a república dos romanos era distinta por equilibrar com equidade as típicas constituições políticas de seu tempo, assim: “Com efeito, a quem fixar a atenção no poder dos cônsules a constituição romana parecerá totalmente monárquica; a quem fixá-la no Senado ela mais parecerá aristocrática, e a quem a fixar no poder do povo ela parecerá claramente democrática” (Cícero, 2020, p. 15; Políbios, 1996, p. 333).

À vista disso, convém recordar o papel político e jurídico do *populus* na república. O povo exercia a sua cidadania por meio da participação direta em assembleias que se desenvolveriam ao longo do tempo, convocadas por magistrados, as assembleias do povo apresentavam competências próprias e poderiam ser elencadas da seguinte forma: o *contio*, o *comitia* — *curiata*, *centuriata* e *tributa* — e o *concilia plebis*.

Sucintamente, o *contio* ou *contiones* era uma convenção destinada à comunicação de atividades políticas, consulta de opinião e preparação do povo para o exercício do *suffragium*. O *comitia* correspondia as assembleias deliberativas, por cúrias, centúrias ou tribos, apresentava competências eleitoral, legislativa e judicial. A assembleia das cúrias, antiga divisão sociorreligiosa das famílias romanas, era responsável por aprovar leis, conceder ou limitar o *imperium* das magistraturas, julgar sucessão familiar, apelações e tratados. Com o passar do tempo perdeu expressão tendo suas competências absorvidas pelos *comitia centuriata* e *tributa*. A assembleia das centúrias, divisão censitária baseada na riqueza e prestação militar, tinha competência em matéria eleitoral como a eleição dos magistrados, legislativa como a votação de leis, tratados de paz e declarações de guerra, e judicial em questões penais como a apreciação de recursos. A assembleia das tribos, divisão distrital baseada no domicílio, com competências eleitoral, judiciária e legislativa, apresentava natureza civil congregando

---

<sup>15</sup> “Portanto, eu sinto que uma quarta e melhor organização política se constitua a partir da mistura moderada das três formas que citei primeiramente [monarquia, aristocracia, democracia].”, tradução nossa do original “*Itaque quartum quoddam genus rei publicae maxime probandum esse sentio, quod est ex his quae prima dixi moderatum et permixtum tribus.*” (Cícero, 2020, p. 15).

todo o povo, patrícios e plebeus.<sup>16</sup> O *concilia plebis* era a assembleia deliberativa exclusiva dos plebeus, elegiam seus magistrados — tribunos e edis — votavam plebiscitos e analisavam os recursos contra as multas impostas pelos edis etc. (Alba, 2009, p. 141-198, 257-289; Pinto, 2010, p. 200-210).

Observa-se que o direito romano de contraponto, rompendo com os rígidos liames modernos, possibilita vislumbrar um novo universo até então desapercibido quanto à participação do cidadão romano como ator ativo em suas instituições jurídicas e políticas. Não obstante os embates, articulações e formalismos em algumas assembleias, não se pode desconsiderar a sua importância na formação e conscientização política do cidadão. Ademais, Pilati (2017, p. 29) explica que a *iusdictio* romana fundamentada no *populus* possibilita a adequação para absorção do novo a partir do conflito, por meio de um direito orientado não exclusivamente a interpretação da lei, mas à obtenção do justo, isso em razão de instituições políticas participativas.

Por derradeiro, o direito romano de contraponto, ao divisar a participação do povo em suas instituições políticas e institutos jurídicos, pressupõe o exercício de uma cidadania mais ampla e ativa, principalmente porque a participação do povo se dá de forma direta na construção de seu direito por meio de suas assembleias. Nesse sentido, a contribuição do direito romano reside no fato de a república romana ofertar à pós-modernidade importantes e valorosas lições de democracia direta<sup>17</sup> na reconstrução de uma nova prática democrática que compatibilize representação e participação.

---

<sup>16</sup> A dinâmica social romana envolvia as ordens dos patrícios e plebeus. Os patrícios que se consideravam descendentes dos patres, fundadores de Roma, buscavam assegurar seus privilégios mantendo o controle hegemônico das magistraturas. Os plebeus, formado pela população em geral, lutavam pela igualdade de direitos e acesso às magistraturas. As iniciativas plebeias foram responsáveis por um maior equilíbrio do jogo sociopolítico e por um maior desenvolvimento jurídico de Roma (Sartor, 2021, p. 32).

<sup>17</sup> Não obstante muitos autores considerarem um anacronismo falar em democracia na antiga Roma, ressalta-se que esta pesquisa se inspira nos estudos de direito eleitoral romano de José María Ribas Alba que afirma que a democracia necessita de três pressupostos: (I) intervenção decisiva dos cidadãos na declaração de sua vontade real expressa pelo voto; (II) possibilidade de exercer o seu direito ao sufrágio sem limitações jurídicas que excluam parte dos cidadãos; e (III) liberdade de opinião. Nesse sentido, não há na antiguidade e nem na modernidade nenhuma democracia que cumpra integralmente com cada um dos três requisitos, consequentemente não se pode falar de um único modelo de



#### 4 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PÓS-MODERNA

A democracia vigente na contemporaneidade é uma reinvenção da modernidade fundamentada na concepção de um sistema político de viés representativo, diferentemente da democracia dos antigos cuja participação política do cidadão se dava de forma direta. Além do que, na antiguidade não existia a abstração moderna de um Estado representado como um ente diferenciado da sociedade, o poder para os gregos e a soberania para os romanos eram exercidos diretamente pela própria coletividade de cidadãos. Aliás, a modernidade operou uma artimanha a fim de assegurar o controle do sistema político e jurídico: doravante a soberania pertencerá ao povo, mas deverá ser exercida pelo Estado por meio de representantes.

Percebe-se que não há uma continuidade da democracia da antiguidade à modernidade, durante o período medieval a preocupação dos juristas se fixava na legitimação do exercício do poder soberano em meio às disputas entre papado, império, reinos e repúblicas. Com a modernidade, a partir do século XVI surgem as teorizações<sup>18</sup> acerca do Estado como ente centralizador do poder soberano dando azo ao surgimento do Estado absoluto, já ao final do século XVIII, com as revoluções norte-americana e francesa, a burguesia ascende ao poder e consolida o projeto de um Estado liberal com um sistema político representativo e censitário com a consequente exclusão do povo do processo político direto. Somente nos séculos XIX e XX, com a pressão dos movimentos sociais e operários, é que o sufrágio universal começa a ser paulatinamente adotado (Sartor, 2021, p. 19, 54-55, 64).

---

democracia (Alba, 2009, p. XXI). Logo, o desenvolvimento da oratória romana, os discursos públicos no *Forum Romanum*, as audiências preparatórias do *Contio* e o exercício do *suffragium* e do *plebiscitum* por meio dos *Comitia* e *Concilia* são indicadores, não de uma democracia ao estilo grego, mas de modelos democráticos de participação do povo inserido no contexto da *Repubblica Romanorum*. Isso posto, explica-se a ousadia em se falar em uma experiência romana de democracia direta.

<sup>18</sup> Citam-se as teorias de Jean Bodin (1530-1596 d.C.) que teorizou a soberania como um “poder absoluto e perpétuo” do Estado, e de Thomas Hobbes (1558-1679 d.C.) que com o seu *Leviatã* conceituou o Estado como um ente artificial detentor do poder soberano, absoluto e indivisível, consequentemente o único legitimado a legislar (Bodin, 2011, p. 195; Hobbes, 1945, p. 7).

Ainda nesse conturbado cenário revolucionário, Jean-Jaques Rousseau (1712-1778 d.C.) resgatou a soberania da abstração estatal afirmando que a vontade geral do povo é o único poder soberano indivisível que cria a lei e dirige o Estado para o bem comum. Em contraposição, Emmanuel Sieyès (1748-1836 d.C.) foi o responsável pelo estratagema linguístico de substituir o povo pelo vocábulo “nação” como detentor da soberania, operou-se assim uma nova abstração com a finalidade de usurpar de vez a soberania do povo que a partir de então repousaria no Estado nação. De outro modo, Benjamin Constant (1767-1830 d.C.), ao perceber a inviabilidade da democracia direta dos antigos, considerada antiquada, defendeu o sistema representativo como o ideal para os novos tempos modernos. Consolida-se assim o sistema político representativo como sinônimo de democracia, desse modo sob a influência do paradigma da modernidade, reinventa-se a democracia (Sartor, 2021, p. 56-58).

A democracia representativa moderna desponta, então, como resultado do projeto liberal burguês que articulou uma estrutura hegemônica de controle do poder político e jurídico, o qual dominou a produção legal positivista, reduziu o papel do Estado para apropriar-se do público privilegiando o privado e limitou a cidadania ao exercício do voto. Isso tudo com a finalidade de salvaguardar o capitalismo emergente e a propriedade privada. Ademais, o moderno estatizou o coletivo engenhosamente para privatizá-lo e apropriar-se do patrimônio do povo, enalteceu o individualismo a ponto de tolerar as desigualdades e injustiças sociais, e erigiu um sistema de justiça legalista emperrado, metafísico e preso a uma cadeia de formalismos, incapaz de resolver o conflito em sua realidade fática integralmente. Por conseguinte, o paradigma da modernidade não sendo capaz de resolver os macro conflitos, principalmente os de interesse da coletividade, lamenta-se pela falta de ética da atualidade (Pilati, 2017, p. 23-24, Vieira, 2013, p. 117).

Todavia, diante de um quadro avassalador de opressões e injustiças sociais, econômicas e jurídicas, emerge na sociedade, nas comunidades e na união e força do coletivo, movimentos sociais que mais do que lutar pelo poder, lutam por direitos e ainda propõem soluções criativas para resoluções de problemas refutados ou ignorados pelo corpo de representantes políticos e jurídicos que operam a partir de um Estado formalista, intangível e distante da sociedade. Movimentos que buscam atuar na base do Estado e de forma horizontal no sentido de resgatá-lo à sua finalidade precípua que é o bem co-

num de toda coletividade, em vez do bem de poucos grupos de interesse que se locupletam do Estado para assegurar e aumentar o seu poder econômico à custa do sofrimento da população.

No século XX a disputa democrática restringiu a participação a mero procedimento eleitoral para escolha de representantes políticos e legitimação de governos tornando-se modelo de democracia hegemônica, a qual valoriza a apatia política e limita o pluralismo à disputa político-partidária. Somente a partir das últimas décadas do século XX o modelo democrático começa a ser questionado e debatido diante das novas experiências participativas que emergiam a partir do sul global. Assim, menciona-se a título de curiosidade: o orçamento participativo no Brasil; os movimentos indígenas na busca por reconhecimento na Colômbia; os movimentos de inserção das mulheres na política em Moçambique; os movimentos antiapartheid na África do Sul; o movimento dos panchayats de descentralização política na Índia; e, também, o movimento participativo “direito ao lugar” nas políticas habitacionais e urbanísticas em Portugal. Estas experiências surgem em um contexto de descolonização ou democratização e possuem em comum a ideia de participação política da comunidade local com a inclusão de temáticas ignoradas pelo sistema político (Santos; Avritzer, 2002, p. 55-59).

Nesse passo, é interessante mencionar a originalidade das práticas dos movimentos sociais que ao redefinir os espaços democráticos sob influência do pluralismo político e jurídico, acabam superando os limites do formalismo institucional e exigindo uma participação mais consciente na tomada de decisões, na produção legislativa ou na resolução de conflitos. A participação proporciona à coletividade uma maior responsabilidade no estabelecimento de critérios na definição do legal, do jurídico e do justo, observando-se a realidade concreta dos fatos (Wolkmer, 2015, p. 390). O protagonismo popular no novo constitucionalismo latino-americano revela-se, então, como mais um indicador paradigmático pós-moderno, haja vista ser o resultado de décadas de lutas de vários movimentos sociais que buscavam no reconhecimento de direitos uma maior participação cidadã no processo político e jurídico em países como a Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia.

No Brasil, além do orçamento participativo que proporciona a atuação da população em espaços locais de discussão quanto à aplicação de recursos pú-

blicos no interesse da comunidade, citam-se as seguintes experiências pós-modernas de democracia participativa: as Conferências Nacionais de Saúde como espaço de interação com a sociedade que levaram à criação do Sistema Único de Saúde; os inúmeros movimentos sociais pelo direito à cidade que se aglutinaram no Movimento Nacional pela Reforma Urbana e que se transformou no Fórum Nacional pela Reforma Urbana, que com a participação da sociedade assumiu forte protagonismo na Constituinte levando à introdução de um inteiro capítulo sobre o urbanismo na Constituição de 1988, à criação do Estatuto da Cidade em 2001 e do Conselho das Cidades em 2004 (Sartor, 2021, p. 77-78).

Cita-se ainda a Constituinte de 1987-1988 como exemplo dos influxos pós-modernos em razão da grande mobilização popular que aglutinou inúmeros movimentos sociais, que com mais de 12 milhões de assinaturas, apresentaram à Constituinte 122 emendas populares em uma época cujo colégio eleitoral não ultrapassava os 70 milhões de eleitores. Ademais, a própria Constituição de 1988 apresenta elementos pós-modernos ao estabelecer os conselhos gestores de políticas públicas que além de promoverem a descentralização política, possibilitam uma maior transparência, controle social e democratização em diversas matérias como: urbanismo, questões ambientais, segurança alimentar, saúde, educação, assistência social, trabalho, previdência, raça, gênero, criança e adolescentes, idosos etc. (Sartor, 2021, p. 79).

Todas essas experiências participativas elencadas, apresentam características em comum, como a reivindicação de direitos sonogados à sociedade, a inserção de cidadãos em espaços de participação direta na definição e gestão de políticas públicas estatais, além do reconhecimento dos espaços decisórios da própria comunidade. Nesse contexto, o professor Pilati em sua pesquisa percebe e esclarece que a pós-modernidade rompeu os rígidos cânones da modernidade ao preconizar no parágrafo único<sup>19</sup> do art. 1º da Constituição de 1988 que o poder que emana do povo pode ser exercido não somente por representantes eleitos, mas também “diretamente” pelo próprio povo. Opera-se uma sutil, mas significativa mudança no enfoque constitucionalista moderno, doravante a soberania até então estatizada e representada passa a ser compartilhada com a sociedade, reconhecendo-se a participação soberana do povo nos espaços e procedimentos de produção do direito (Pilati, 2017, p. 24-25).

---

<sup>19</sup> “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Brasil, 1988).

Inaugura-se, assim, uma nova fase de compartilhamento da soberania. Os direitos fundamentais, os direitos sociais, a função social e o controle social por parte da sociedade estimulam a criação de políticas públicas que se revertem em benefício da população. As políticas judiciais com novos pressupostos e categorias também indicam um esforço na reconstrução do sistema jurídico no sentido de enfrentar as complexidades insolúveis à modernidade, sobretudo aquelas pertinentes aos conflitos que envolvem a coletividade. Por outro lado, a pós-modernidade jurídica propõe uma nova teoria do direito que abra espaço a novas práticas jurídicas que envolvam e debatam efetivamente os interesses que dizem respeito ao Estado, aos indivíduos e à sociedade (Pilati, 2017, p. 25).

Isso devido ao fato de a modernidade, sob o império da lei, reduzir e simplificar os problemas a partir das clássicas dicotomias público-privado e indivíduo-Estado, partindo das normas aos fatos e relegando a um segundo plano a realidade dos bens, sujeitos e processos; já a pós-modernidade, diante da complexidade do real, abarca as tríades público-privado-coletivo e Estado-indivíduo-sociedade, operando a partir da integralidade do conflito busca o justo por meio da autocomposição participativa. Por conseguinte, os bens coletivos extrapatrimoniais jamais deveriam ser apropriados unilateralmente pelo Estado ou por particulares, deles só se poderia dispor coletivamente, ou seja, por meio da decisão soberana do povo em procedimentos participativos e com audiências públicas deliberativas (Pilati, 2017, p. 10, 16, 25).

Convém ressaltar que juridicamente a pós-modernidade diferencia os conflitos em três categorias: (I) os individuais, que envolvem particulares, os contratos e a lei; (II) os coletivos impróprios, que apresentam interesses homogêneos como as questões consumeristas; e (III) os coletivos propriamente ditos, que envolvem questões de tipo ambiental, urbanístico, saúde etc. Nos conflitos individuais e coletivos impróprios aplica-se o *iure constituto*, ou seja, o juízo interpreta e aplica a lei autocraticamente; já nos conflitos coletivos próprios, aplica-se o *iure constituendo* do qual se constrói uma solução coletiva ao caso, ou seja, o juízo atua democraticamente como em um condomínio, concede a palavra, ouve, promove o debate e decide homologando a decisão construída com a participação de todos de modo a atender os interesses equanimente com a distribuição justa dos ônus e bônus (Pilati, 2017, p. 27, 68).

Nesse aspecto, no paradigma da pós-modernidade os instrumentos participativos como as consultas públicas assumem importância funda-

mental, principalmente a audiência pública que se transforma no instituto por excelência da democracia participativa pós moderna — como eram as assembleias de Roma na *res publica romanorum*<sup>20</sup> — tanto no âmbito jurídico (questões ambientais, conflitos coletivos da justiça do trabalho etc.), quanto no âmbito administrativo (conferências de saúde referentes à gestão do Sistema Único de Saúde, audiências públicas dos planos diretores das cidades, conselhos gestores de políticas públicas etc.).

Todavia, a audiência pública pós-moderna não se confunde com a consulta pública moderna. Na mera consulta, a autoridade, apesar de ouvir as demandas ou recomendações da coletividade, decide unilateralmente e arbitrariamente segundo a sua vontade, seja para legitimar decisões estatais impopulares, seja para privilegiar grupos particulares cujos interesses não contemplam os da coletividade. Já a audiência pós-moderna, a autoridade condutora, judicial ou administrativa ou da sociedade, coordena o procedimento convocando, instruindo, ordenando e homologando a decisão construída coletivamente no interesse de todos. Não há a usurpação dos poderes soberanos da sociedade, não se abusa da prerrogativa estatal em detrimento da coletividade de cidadãos e o procedimento decisório não é desviado da esfera participativa para a esfera representativa (Pilati, 2017, p. 44).

Ante ao exposto, observa-se que o instituto da audiência pública, quando utilizado como mero expediente, proforma para legitimação de decisões previamente traçadas pelo poder público, não passaria de simulacro de democracia participativa sendo uma mera consulta pública sob o viés do paradigma da modernidade. Caso a audiência seja o resultado do consenso construído democraticamente com a participação soberana do povo junto as autoridades estatais, a audiência pública revela-se como instituto da democracia participativa pós-moderna. Por derradeiro, observa-se que a democracia participativa, oriunda das práticas de participação da própria Sociedade, desponta como objeto do paradigma pós-moderno capaz de auxiliar na conciliação e harmonização das tensões entre Estado e Sociedade, por meio do exercício da soberania pelo seu titular de direito, que é o povo.

---

<sup>20</sup> República dos Romanos. Tradução nossa.

## 5 CONCLUSÃO

O presente estudo acerca da democracia participativa pós-moderna envolveu uma releitura da pós-modernidade para uma melhor compreensão da cientificidade dos novos modelos paradigmáticos que indicam o emergir de um novo paradigma. Constatou-se, assim, que a pós-modernidade não se limita a uma tendência estética das artes ou da literatura, nem mesmo a um movimento social ou histórico específico; ao contrário, em meio as divergências filosóficas, sociológicas e crítico literárias, percebeu-se que os clássicos e hegemônicos enfoques não conseguiriam vislumbrar e compreender em profundidade a abrangência do fenômeno que se faz atuante nas artes e nas ciências, como reflexo de algo que provém do âmago de vários movimentos e sociedades espalhadas pelo mundo.

Verificou-se, ainda, que somente com a adoção de uma nova abordagem será possível deslumbrar a pós-modernidade como um novo paradigma científico com conceitos, métodos e teorias próprios. Desse modo, caem por terra as velhas visões da modernidade que concebe a pós-modernidade como um desvio de rota que levaria a uma perigosa distopia, isso porque são as práticas abusivas da modernidade que vêm colocando em risco a sustentabilidade ambiental e a vida planetária. Aliás, diante dos impasses e aporias da modernidade, é a pós-modernidade que vem propor soluções criativas e democráticas por meio de construções participativas oriundas do coletivo de cidadãos que compõem a sociedade.

Nessa perspectiva, convém ressaltar que Pilati, ao confrontar o ambiente de insolúveis crises políticas, jurídicas e econômicas, teve a sensibilidade de perceber nos movimentos da Sociedade que reivindicavam o direito ao exercício da cidadania — de forma análoga aos plebeus que exigiam o direito de participar do processo político-jurídico da república romana — o despontar de um novo paradigma pós-moderno participativo. Nesse sentido, o contraponto oferecido pelo direito romano resgata a soberania ao seu titular de direito que é o povo, além de propiciar subsídios necessários à compreensão da amplitude da participação da coletividade de cidadãos nos procedimentos políticos e jurídicos à luz não só de uma nova teoria do direito pós-moderna, mas também de uma democracia participativa pós-moderna.

Divisou-se, portanto, uma nova visão de democracia pós-moderna cuja audiência pública representa o espaço de exercício do poder soberano do povo junto às autoridades estatais. Nesse aspecto, a democracia pós-moderna significa uma inovação institucional por possibilitar a participação da sociedade na construção do direito, além de proporcionar a constituição de um *éthos* democrático, isto é, de um conjunto de costumes, comportamentais e culturais, capaz de transformar as relações entre a coletividade e as suas instituições políticas e jurídicas. Em suma, a releitura do paradigma da pós-modernidade tendo o contraponto do direito romano, a partir da obra do professor e jurista romanista José Isaac Pilati, possibilitou a constatação da democracia participativa como um idôneo indicativo da manifestação de um novo paradigma pós-moderno.

## REFERÊNCIAS

ALBA, José María Ribas. **Democracia em Roma**. Introducción al derecho electoral romano. 2. ed. corr. Y aum. Albolote, Granada: Comares, 2009.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel, revisão técnica da tradução José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção fundamentos do direito).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2022.

CICERO, Marcus Tullius. **De re publica**. [s.l.]: Vicifons. [2020?]. Disponível em: [https://la.wikisource.org/wiki/De\\_re\\_publica](https://la.wikisource.org/wiki/De_re_publica). Acesso em: 31 maio 2022.

CONTEMPORARY Culture Index: Boundary 2. **Ccindex office**. [20--]. Infoweb. Disponível em: <https://www.ccindex.info/iw/boundary-2/>. Acesso em: 26 maio 2022.

CORPUS IURIS CIVILIS. *In*: **Treccani Enciclopedia on line**. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, s.d. Disponível em: <https://www.treccani.it/enciclopedia/corpus-iuris-civilis/>. Acesso em: 28 maio 2022.



COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. rev. e aum. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

EPISTEMOLOGIA. *In*: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Versão 3.0. 1 CD-ROM.

ETZIONI, Amitai. **The active society**: a theory of societal and political processes. New York: Free Press, London: Collier-Macmillan, 1968.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Modernidade: um projeto inacabado. *In*: ARANTES, Otilia Beatriz Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**: arquitetura e dimensão estética depois das vanguardas e duas conferências de Jürgen Habermas. São Paulo: Brasiliense, 1992.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Rio de Janeiro: Quaresma, 1945. 466 p. (Edição do Kindle).

JAMESON, Frederic. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. Tradução de Maria Elisa Cevasco. Revisão da tradução Iná Camargo Costa. São Paulo: Ática, 1997.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio Silvano Santiago. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

PANDETTISTICA. *In*: **Treccani Enciclopedia on line**. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, s.d. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/pandettistica/>. Acesso em: 28 maio 2022.

PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Parede: Principia, 2010. v. 1.

POLÍBIOS. **História**. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002. p. 39-82.

SARTOR, Juliano. **A democracia participativa no planejamento urbano por meio da audiência pública como uma via de construção do direito fundamental à cidade**: análise comparada do plano regolatore generale italiano e do plano diretor brasileiro. 2021. 222f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Unesc, Criciúma, 2021.

SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde**. 2013. 539f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jJurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

## CAPÍTULO II

# LIMITES E DESAFIOS AO MODELO DE PARTICIPAÇÃO “COMUNITÁRIA” NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: POR UMA NOVA ABORDAGEM

*Leticia Canut<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A participação “comunitária” no sistema de saúde e a Constituição Brasileira de 1988: uma breve trajetória. 3. Conferências e conselhos de saúde: espaços institucionais de participação no SUS. 3.1. As conferências de saúde a partir da Constituição de 1988. 3.2. Os conselhos de saúde a partir da Constituição de 1988. 4. Os conselhos de saúde e a formulação de políticas do sus: algumas críticas e desafios ao modelo atual. 4.1. (In) dependência e a representatividade dos conselheiros. 4.2. Atuação dos diferentes conselhos e a forma de exteriorização de suas decisões. 4.3. As reformas da administração pública e a participação em saúde. 5. Conclusão. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou o modelo de proteção social denominado **seguridade social**, no qual a saúde passou a ser direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-la por meio de políticas econômicas e sociais. Para que tal previsão pudesse ser cumprida, com vistas ao atendimento integral à

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professora e advogada. Email: leticiacanut@gmail.com

população ( art. 198, III), a Carta Magna institucionalizou o Sistema Único de Saúde – SUS, que conforma uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, a ser organizada e operacionalizada sob o desenho descentralizado e com a **participação da “comunidade”**.

A **participação da “comunidade”**, instituída como uma das diretrizes do SUS, abrange as fases de formulação, implementação e controle das políticas do setor nos três níveis da federação — nacional, estadual e municipal. Sendo, por isso, elemento “imprescindível” para compreenderem-se tais políticas, o próprio Sistema (Escorel; Moreira, 2008, p. 979) e, especialmente, a legitimidade de ambos.

A **participação na fase de formulação** de tais políticas, que busca garantir a presença ativa da “comunidade” na definição do conteúdo do interesse coletivo a ser alcançado, foi objeto da lei 8.142/90, com a previsão das Conferências e Conselhos de Saúde. A partir de então, com a criação efetiva de tais espaços institucionalizados, o **exercício do direito de todos à saúde** saiu do âmbito do voluntarismo estatal e migrou, especialmente, para o seio dos Conselhos de Saúde, que têm sido considerados inovação para a gestão pública.

Vários são os estudos que colocam em evidência tais espaços para estudar o tema da participação no setor. No entanto, sem descartar a importância de tais análises e tendo em vista que o Sistema Único de Saúde – SUS, assim como a **participação “comunitária”** nesse sistema, emergiram e se desenvolveram no contexto do Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição de 1988, a temática exige uma abordagem sob a perspectiva desse novo quadro.

Assim, a **participação comunitária** no SUS exige uma (re)leitura e compreensão conforme o paradigma jurídico-político instaurado pela Carta de 1988, no qual a participação, de forma geral, é elevada a uma das categorias centrais, assumindo novas feições, e tornando-se foco de novos debates, doutrinas, projetos e práticas. Isso porque, além da participação indireta, representativa, típica das aspirações modernas, passa-se a evidenciar a participação direta dos cidadãos na definição, operacionalização e controle dos rumos assumidos pelo Estado e pelo governo, o que significa, da análise aqui proposta, que a participação direta torna-se instrumento específico de tutela e exercício de direitos que pertencem à coletividade como, por exemplo, o direito ao meio ambiente e o direito à saúde. Trata-se de uma perspectiva a ser assumida para o devido estudo do tema ora proposto.

José Isaac Pilati destaca ser possível perceber que a ausência de abordagem apropriada acerca do direito coletivo à saúde, assim como de qualquer outro bem coletivo, deriva da falta de correspondência e, assim, do descompasso entre aquelas velhas formas políticas e jurídicas, construídas sob a direção da propriedade privada nominal e o momento atual da propriedade. Para ele (Pilati, 2011, p. 16-17), esse quadro leva à confusão dos doutos da atualidade já que, mesmo talentosos, em sua maioria, “o método que compartilham de modo geral como paradigma enreda-os na massa falida da Modernidade, e eles pretendem solucionar a obsolescência jurídica com paliativos da velha ordem superada”<sup>2</sup>. Assim, o arsenal daquele modelo não apresenta instrumental propício para lidar com questões e decisões relativas à dimensão coletiva do direito à saúde, que exige meios próprios e pós-modernos, ou seja, de participação direta, para o seu exercício e tutela.

Do exposto, verifica-se que o estudo da participação “comunitária” no SUS deve ser desenvolvido considerando-se a complexidade que envolve o tema e o ambiente em que ele se desenvolve, ultrapassando-se apenas os elogios à forma de participação viabilizada pelos novos canais institucionalizados de participação — Conferências e Conselhos —, para que seja possível a verificação dos limites e desafios a serem enfrentados pelo atual modelo participativo do SUS, ainda conectado à racionalidade moderna, no qual o sentido assumido pelo termo “comunidade” não representa a sua real extensão e, conseqüentemente não prevê instrumentos para esse sujeito “comunidade”, que consiste na sociedade — como todos os que têm o direito coletivo à saúde — tutele e exerça o seu próprio direito.

A esse quadro acrescentam-se, ainda, as transformações de aspecto neoliberais que o Estado e governo começaram a vivenciar, desde a década de 1990, e que passaram a incluir, também, novos conceitos e práticas de participação vinculados à ideia de parceria entre o setor público e privado, uma lógica que, para a presente autora, diverge da concepção participativa no âmbito da saúde, podendo desvirtuar os exames sobre o tema.

---

<sup>2</sup> Na citação supramencionada, o autor está a se referir à possibilidade de “tutelar o coletivo com instrumentos do CPC sem a revisão do arcabouço institucional”. Nesse sentido, “a crise não decorre da propriedade privada em si, mas da inoperância da ordem jurídica quanto a outra dimensão, a coletiva, da Pós-Modernidade” (Pilati, 2011 p. 47).

Diante desse cenário, o presente trabalho busca analisar, sob uma perspectiva normativa e geral, como se dá tal participação no SUS, especialmente por meio dos conselhos de saúde na fase de formulação das políticas para, ao final, fazer uma abordagem crítica acerca de alguns desafios e limites desse modelo participativo diante da configuração do direito coletivo à saúde pelo texto Constitucional, que cobra instrumentos de **participação** direta para seu exercício e leva, conseqüentemente a outro significado para o termo “**comunidade**”.

Para tanto, e para compreender a diretriz constitucional da “**participação da comunidade**”, estabelecida no artigo 198, III, da Constituição, far-se-á um exame do surgimento da participação comunitária no SUS; a sua institucionalização por meio dos Conselhos e Conferências de Saúde, pela Lei 8.142/90; para, na sequência, examinarem-se alguns desafios e limites desse modelo participativo diante da configuração do direito de todos à saúde pelo texto constitucional. Levantar-se-ão questões como: a independência e o caráter de participação representativa dos conselheiros; a existência de conselhos atuantes e outros não; a forma de exteriorização das decisões dos conselhos; a atual tendência de identificação de algumas figuras das reformas neoliberais da Administração Pública como iniciativas de participação em saúde.

Destaca-se, ainda, que essa perspectiva de análise torna-se possível em função de a pesquisa fundamentar-se, notadamente, em estudos de José Isaac Pilati, que — em função do reconhecimento constitucional dos bens coletivos próprios, como o direito coletivo à saúde — descortinam os limites da participação e de institutos jurídicos e políticos modernos — sem desconsiderar as suas conquistas e importância — diante do novo paradigma inaugurado pela Carta Constitucional de 1988. Assim, a argumentação do presente artigo é construída com base nessas lições, estando presente no desenrolar do raciocínio, conduzindo, sobretudo, à identificação de críticas e desafios impostos ao modelo participativo atual. No entanto, tendo em vista as limitações impostas a um trabalho científico como este, não se dedicará uma parte específica do artigo para descrever detalhadamente esse novo modelo, o que já foi feito em outros trabalhos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Para tanto, pode-se consultar o primeiro capítulo da tese da autora (Canut, 2013a) e o artigo **Direito à saúde e participação “comunitária”**: limites do modelo participativo do Sistema Único de Saúde na pós-modernidade jurídico-política (Canut, 2013b) e a obras de José Isaac Pilati (2008; 2011)

## 2 A PARTICIPAÇÃO “COMUNITÁRIA” NO SISTEMA DE SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: UMA BREVE TRAJETÓRIA

Os movimentos populares em saúde surgiram na década de 60 e se desenvolveram na década seguinte, marcados tanto pela sua amplificação quanto qualificação (Labra, 2005, p. 360). Em fins de 1970, e durante 1980, eles tiveram como norte o documento “A questão Democrática na Área da Saúde”, elaborado pela diretoria do Cebes – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde e aprovado, em 1979, no 1º Simpósio sobre Política Nacional de Saúde. O documento criticava a política como obra de tecnocratas que substituiu a voz da população; a privatização da saúde, e, de um lado, a desvinculação de tal política das necessidades reais da população e, de outro, a sua vinculação aos interesses dos proprietários das empresas médicas e gestoras da indústria da saúde<sup>4</sup>. (Lima, 2006, p. 23).

O movimento social pela saúde se tornou mais denso na década de 80 (Labra, 2005, p. 361) e acabou por receber a denominação de “movimento sanitário” ou pela “Reforma Sanitária”. Foi formado por diferentes atores, dentre os quais tiveram destaque os intelectuais e os trabalhadores da área da saúde e, posteriormente, os movimentos populares e secretários de saúde. Consistiu em “um conjunto organizado de pessoas e grupos partidários ou não, articulados ao redor de um projeto”. Com os outros movimentos sociais, ele compôs a luta pela democracia e por uma política de saúde universal e igualitária (Lima, 2006, p. 23; 25)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, consta: “Política que substituiu a voz da população pela sabedoria dos tecnocratas e pelas pressões dos diversos setores empresariais; política de saúde que acompanha em seu traçado as linhas gerais do posicionamento sócio-econômico do governo — privatizante, empresarial e concentrada em renda, marginalizando cerca de 70% da população dos benefícios materiais e culturais do crescimento econômico. [...] Política de saúde, enfim, que esquece as necessidades reais da população e se norteia exclusivamente pelos interesses da minoria constituída e confirmada pelos donos das empresas médicas e gestores da indústria da saúde em geral.” (Cebes *apud* Lima, 2006, p. 23).

<sup>5</sup> Nesse cenário o Cebes e a Abrasco – Associação Brasileira de Saúde Coletiva tiveram forte atuação (Gerschman; Viana, 2005, p. 309). Tendo tido destaque, também, duas associações de direito privado: o Conass – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, criado em 1982, e o Conasems – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde,

Um dos grandes marcos do movimento sanitário foi a 8ª Conferência de Saúde realizada em 1986. A estruturação das propostas radicais de alteração do Sistema de Saúde procedeu desse evento. Dentre elas constou a recomendação de instituir gestão democrática que compreendesse a participação dos cidadãos comuns no controle social da produção e execução das políticas de saúde (Labra, 2005, p. 363) e, também, a descentralização de tais políticas.

No relatório final da Conferência, com intuito de garantir o controle dos usuários sobre o novo sistema de saúde a ser implementado, foi recomendada a reformulação da composição e função do Conselho Nacional de Saúde e a criação de conselhos de saúde nos níveis municipal, estadual e regional, a serem integrados por “representantes eleitos pela comunidade (usuários e prestadores de serviços) que permitissem a participação plena da sociedade no planejamento, execução e fiscalização dos programas de saúde” (Escorel; Moreira, 2008, p. 997-998).

Para compreender tais propostas — e mesmo as críticas elaboradas no documento do Cebes, “A questão Democrática na Área da Saúde” — é preciso recordar, brevemente<sup>6</sup> que, com a criação do Ministério da Saúde, em 1953, ao lado dos Iaps – Institutos de aposentadorias e pensões, intensificou-se a dicotomia entre serviços públicos x serviços privados de saúde (Chon; Nunes; Jacobi; Karsch, 2006, p. 15-16). Diante dessa dicotomia, o Ministério seria o responsável por ações preventivas de caráter coletivo e os Iaps continuariam com a responsabilidade previdenciária e de assistência médica dos trabalhadores formais (Rodrigues; Santos, 2009, p. 66; 73-74).

A unificação das Iaps e conseqüente criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, em 1966, não mudou essa realidade, tendo sido a dicotomia estendida até a década de 70, quando a rede pública “passou a assumir crescentemente a assistência médica individual” (Chon; Nunes; Jacobi; Karsch, 2006, p. 16) para aqueles que não eram atendidos pelo sistema previdenciário. Assim, configurou-se um sistema para pobres e trabalhadores não regularizados, de um lado, e, de outro, um sistema para trabalhadores formais. (Gerschman; Viana, 2005, p.311)

---

em 1986 (Labra, 2005, p. 361) que, posteriormente foram institucionalizadas e passaram a integrar o SUS-Sistema Único de Saúde.

<sup>6</sup> Para maiores detalhes consulte: Canut (2012).



Além disso, o Ministério da Previdência e Assistência Social, criado em 1974, passou a contar com Inamps – Instituto Nacional de Assistência Médica Previdenciária (Andrade; Barreto, 2007, p. 31) para a oferta de serviços de saúde dentro de uma sistemática que reforçava a lógica que já existia desde as décadas de 50 e 60 com os Iaps, segundo a qual o serviço poderia ser ofertado pelo próprio instituto ou este poderia contratar/conveniar serviços privados para garantir a oferta. (Bahia, 2005, p. 413-416). Tal lógica intensificou a privatização da assistência médica e hospitalar, justificando, naquele momento, incentivos estatais para o setor privado de saúde<sup>7</sup>.

Diante desse quadro e da crise pela qual o Inamps passou na década de 80, o instituto procurou implementar estratégias racionalizadoras (Rodrigues; Santos, 2009) dentre as quais destacam-se as AIS – Ações Integradas de Saúde, que foram implementadas por meio de convênios entre o Ministério da Saúde, Inamps e secretarias estaduais e municipais de saúde. Destaca-se que essas ações, implementadas a partir de 1983, já apresentavam a “diretriz da participação da população nos colegiados de gestão: Comissão interinstitucional de Saúde (CIS), em nível estadual, Comissão Interinstitucional Municipal de saúde (CIMS) e Comissão Interinstitucional Local de Saúde (Clis) (Escorel; Moreira, 2008, p. 998)

Algumas mudanças posteriores a tais formatações tiveram influência direta da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Realidade constatada já no ano seguinte da sua realização, em 1987, com a criação do “Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS)<sup>8</sup>, pelo qual o Inamps deixou de atuar

---

<sup>7</sup> Tendo reflexos até os dias atuais, quando se observa que o SUS – Sistema Único de Saúde é formado por serviços próprios e, também, por serviços contratados/conveniados, compondo o denominado setor público complementar.

<sup>8</sup> “Fez parte estratégica do SUDS a criação das seguintes instâncias colegiadas: Comissão Interinstitucional de Planejamento e Coordenação (Ciplan), Comissão Interinstitucional de Saúde (CIS) e Comissão Regional Interinstitucional de Saúde (Cris), bem como a Comissão Local Interinstitucional de Saúde (Clis), que contemplavam a participação e entidades comunitárias, sindicais e gremidas (Cordeiro, 1991) Na citação do autor está tudo minúsculo, como consta no arquivo de comparação. Esse ensaio, embora muito tímido, demonstrou a real possibilidade e inovar nas aproximações com a organização da sociedade civil mediante a inclusão de arenas participativas na engenharia institucional do setor.” (Labra, 2005, p. 363).

como órgão de execução direta de ações e serviços de saúde, repassando essas atribuições para os governos estaduais e municipais” (Rodrigues; Santos; 2009, p. 91). Esse sistema também previa a “participação de entidades comunitárias, sindicais e gremiais em instâncias consultivas (e não deliberativas) do processo de implementação”<sup>9</sup> (Escorel; Moreira, 2008, p. 998).

Além disso, foi essa conferência que formou a base para o reconhecimento do direito à saúde nos moldes inscritos na Constituição de 1988<sup>10</sup>. Com a Carta de 88 garantiu-se para as políticas do setor, dentro outras conquistas, a descentralização e a participação.

No que diz respeito à participação, o texto constitucional a consagrou pela via representativa e pela via direta. O artigo 1º, parágrafo único, da Carta dispõe que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988).

As previsões da democracia direta na Constituição de 88 são ponto formal que significou avanço além das expectativas (Bonavides, 1995, p. 351). Não por acaso, afirma-se que a Carta Magna instituiu uma república federativa participativa (Pilati, 2008).

A título exemplificativo, podem ser citados os seguintes instrumentos ou mecanismos participativos instituídos pela Carta constitucional: I – plebiscito, II – referendo e III – iniciativa popular, de acordo com o artigo 14; e as audiências públicas com a sociedade civil, que constam no artigo 58, § 2º, II, e cuja realização consiste em competência das Comissões do Congresso Nacional e das suas casas (Brasil, 1988).

Há outras previsões constitucionais relativas à participação como, por exemplo: a do artigo 37, § 3º, sobre participação do usuário na administração direta e indireta; a do artigo 194, VII, sobre caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social; a do artigo 206, VI, sobre

---

<sup>9</sup> “[...] Como essa participação não foi regulamentada, gerou lacunas interpretativas sobre quem teria assento nesses colegiados como representantes da sociedade organizada.” (Escorel; Moreira, 2008, p. 998)

<sup>10</sup> No entanto, recorda-se que foi no 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, realizado no ano de 1986, pela Abrasco, com base nas recomendações do relatório da 8ª Conferência, que se finalizou proposta com o conteúdo sanitário para a Assembleia Constituinte (Rodríguez Neto, 2003, p. 50-51 *apud* Oliveira, 2005, p. 74) instalada em 1987.

a gestão democrática no ensino; e a do artigo 198, III, sobre participação da comunidade no sistema de saúde (Brasil, 1988). Elas deram impulso à produção de leis voltadas para temas como: gestão democrática, audiências públicas, conselhos gestores, dentre outros.

Foi o que ocorreu na área da saúde. Das previsões do artigo 198, *caput*, incisos I, II e III, e das fortes pressões do movimento sanitário, editou-se a Lei 8.080/90 para regulamentar e organizar o Sistema Único de Saúde. Na versão original foram previstos artigos que dispunham sobre a participação da comunidade, em conformidade com a diretriz do artigo 198, III. No entanto, esses artigos, assim como os relativos ao financiamento, foram vetados pelo então presidente Fernando Collor de Melo (CORREIA, 2000, p. 62; ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 997, 1.000, 1.001).

Apesar da dificuldade de implementar as conquistas alcançadas pela luta do movimento sanitário, não houve esmorecimento. Diante de um novo processo de enfrentamento e articulação foi elaborada a Lei 8.142/90, que retomava as questões relativas à participação e ao financiamento (Escorel, Moreira, 2008, p. 997, 1.000, 1.001). Isso aconteceu alguns meses depois da publicação da Lei 8.080/90. Por isso, a Lei Orgânica da Saúde passa a ser compreendida pelas **duas leis**, tanto pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, quanto pela Lei 8.142, de 20 de dezembro de 1990.

Em cumprimento à previsão constitucional constante no artigo 198, III, a Lei 8.142/90 estabeleceu, no artigo 1º, *caput*, que “o Sistema Único de Saúde, de que trata a Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde” (Brasil, 1990a).

Tudo isso demonstra, no novo paradigma constitucional, o reconhecimento da **participação da comunidade** como instrumento apropriado para o exercício e tutela do direito à saúde que, como direito de titularidade coletiva, deve ser exercido e tutelado por todos. (Canut, 2013a; 2013b; Pilati, 2011, p. 92-93; 25-26).

Assim, a Constituição inaugurou um modelo que (re)insere a sociedade — no sentido de todos no plano jurídico, já que na modernidade ela foi excluída tornando-se incapaz de ser reconhecida como titular dos bens cole-

tivos que passaram, então, a esgotarem-se no âmbito do público, enquanto todo o resto era privado. Uma configuração que suprimiu a dimensão participativa e abriu espaço para a atuação do representante da vontade e do interesse geral<sup>11</sup>, o Estado, sob perspectiva centralizadora e avessa à participação direta da população e ao pluralismo (Pilati, 2011, p. 92-93; 25-26).

Apesar dessa constatação, do resgate da “comunidade/sociedade” como sujeito de direito e da previsão de instrumentos de participação para tutela e exercício de seu direito à saúde, verificar-se-á, no tópico seguinte, que o atual modelo participativo do SUS — com suas conferências e conselhos — não consegue alcançar a potencialidade do novo paradigma jurídico-político.

### 3 CONFERÊNCIAS E CONSELHOS DE SAÚDE: ESPAÇOS INSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO NO SUS

As conferências e conselhos de saúde foram previstos na Lei 8.142/90 com intuito de viabilizarem a participação social na política de saúde (Correia, 2000, p. 55), de forma descentralizada.

No artigo 1º, § 1º, consta que à conferência de saúde cabe “propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes”. E o § 2º do mesmo artigo estipula que o Conselho de Saúde “atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente” (Brasil, 1990a).

De acordo com publicação do Ministério da Saúde, “em resumo, as Conferências e os Conselhos de Saúde são componentes para realizarem o controle da sociedade sobre o Estado, no que diz respeito à formulação e à implementação da política de saúde (municipal, estadual e nacional)” (Brasil, 2003, p. 99).

Atualmente, as conferências e os conselhos de saúde são arenas político-decisórias nas quais se situa — ou ao menos deveria situar-se — o confli-

---

<sup>11</sup> Nesse sentido: “Para Poulantzas, o pessoal do Estado acredita-se representante da vontade e do interesse gerais, acima dos particulares; acredita na Administração Pública como motor da eficiência e do bem-estar geral; mas essa ideologia é intrínseca frustração, pois o Estado, permeado de contradições, raramente realiza tais aspirações, guiando-se, na ação e na omissão, segundo interesses de particulares poderosos.” (*apud* Pilati, 2011, p. 93).

to. São locais de interação de diferentes atores: governamentais e os demais envolvidos<sup>12</sup> (Silva, 2001, p. 122).

No tópico anterior, mencionou-se que no relatório final da 8ª Conferência foi recomendada a reformulação da composição e função do Conselho Nacional de Saúde. Desde essa análise, já se podia notar que tanto a Conferência quanto o Conselho Nacional de Saúde consistem em realidades anteriores à Constituição de 88.

As Conferências Nacionais de Saúde e o Conselho Nacional de Saúde existem desde janeiro de 1937. Eles foram instituídos durante o governo de Getúlio Vargas por meio da Lei 378/37 que estabeleceu nova organização ao Ministério de Saúde e Educação (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.004).

As Conferências Nacionais de Saúde foram criadas para assessorar o ministério. E, apesar de sua criação datar de 1937, a primeira conferência só foi convocada em 1942 (Gerschman; Viana, 2005, p. 313). Já o Conselho Nacional de Saúde, criado no mesmo ano das conferências, operou de forma irregular e inexpressiva até o ano de 1974. Até a década de 90, ele não teve muita importância nem na formulação nem no acompanhamento das políticas de saúde (Escorel; Moreira, 2008, p. 997-999).

No contexto constitucional de 1988, traçado no tópico precedente, e com a edição da Lei 8.142/90, alteraram-se as previsões relativas a esses espaços. Eles passam a ter novo significado, função e composição. Além do que, foram criados como detalhamento da forma de participação da comunidade na gestão do Sistema de Saúde brasileiro, consistindo em **canais institucionais** pelos quais a sociedade participa da elaboração das normas jurídicas de direito sanitário<sup>13</sup> produzidas pelo executivo. Recordar-se, ainda, que além de

---

<sup>12</sup> Não se deve olvidar que “a democracia torna o processo de produção da política pública muito mais complexo e povoado por diferentes atores, a exemplo dos movimentos sociais, dos veículos de comunicação, do Poder Legislativo, dos Conselhos de Políticas Públicas, dentre uma série de outros que disputam a inclusão de temas na agenda pública, formulam soluções, interagem no momento da implementação e avaliam, constantemente, mas principalmente no momento eleitoral, por meio do voto, que é o principal mecanismo de *accountability* democrática” (Franzese, 2011, p. 19-20).

<sup>13</sup> “O direito sanitário pode ser entendido como o “conjunto de regras e princípios que estruturam uma ‘política pública’, no caso, a política de saúde no Brasil” (Castro, 2003,

participarem da criação de tal direito são, também, instituições jurídicas do direito sanitário (Aith, 2007, p.157).

Sem pretensão de comparar a situação atual com aquela vigente antes da década de 90, tecer-se-ão algumas explicações sobre as Conferências de Saúde e, logo em seguida, sobre os Conselhos de Saúde.

### *3.1 As Conferências de Saúde a partir da Constituição de 1988*

A 8ª Conferência de Saúde, realizada no ano de 1986, já havia dado outro sentido à arena das conferências. A composição dos delegados foi alterada, passando a incluir a sociedade civil organizada, conformando “nova institucionalidade”, já que, mesmo sob a convocação do poder executivo e visando auxiliá-lo, tal arena “passou a ter ‘vida própria’, tentando constituir-se em um ‘ente’ à parte, autônomo e independente” (Escorel; Bloch, 2005, p. 83).

No entanto, as grandes mudanças ocorreram sob diretriz da nova Constituição, fundamento da Lei 8.142/90 que tratou as Conferências de Saúde, no seu artigo 1º, nos seguintes termos:

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a *representação dos vários segmentos sociais*, para avaliar a situação de saúde e *propor as diretrizes para a formulação* da política de saúde nos níveis correspondentes, convocadas pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde (Brasil, 1990a, grifo nosso).

Observa-se que elas consistem em foros de discussão organizados periodicamente, de forma descentralizada, com intuito de colaborar para a “formação da agenda da política de saúde no país como um todo, abordando os principais problemas da área e abrindo espaço para que os diferentes atores da sociedade manifestem suas prioridades e orientações políticas” (Franzese, 2011, p. 30).

---

p. 366). Trata-se de um ramo do direito autônomo com princípios e normas jurídicas próprias que, a partir das previsões constitucionais, se propagou (Aith, 2008, p. 70; 74; Aith, 2007, p. 140) por meio de normas legais e, especialmente, por aquelas infralegais como, por exemplo, as Portarias Ministeriais que introduziram as Normas Operacionais (NOBs), políticas de saúde, no âmbito dos três entes federativos.

A **representação** dos usuários na arena será paritária em relação ao conjunto dos outros segmentos, conforme o § 4º do mesmo artigo. No entanto, cabe ressaltar a consideração de que a composição da conferência por “vários segmentos sociais” ficou vaga em relação à representação prevista para os conselhos de saúde (Escorel; Bloch, 2005, p. 84), que será analisada mais à frente. A partir do relatório da 9ª Conferência os delegados “passaram a ser 50% de entidades representativas dos usuários, e os restantes 50% divididos entre trabalhadores de saúde (25%) e gestores e prestadores (25%)” (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006).

O regimento das conferências, com suas normas de organização e de funcionamento, deve ser aprovado pelo respectivo conselho, de acordo com o disposto no § 5º do artigo em referência (Brasil, 1990a). Tais normas são fundamentais para que no espaço de conflito de interesses a argumentação e construção de consenso sejam a base das políticas deliberadas (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006).

Em relação à regulamentação das conferências, podem-se destacar duas situações: a primeira relativa à sua escassez na legislação e nas resoluções e, a outra, relacionada à alusão constante às deliberações formuladas nas próprias conferências “para consubstanciar o que seria o papel a ser desempenhado pelas instâncias de controle social, [...]” (Escorel; Bloch, 2005, p. 84-85). Fato que explica a importância dos relatórios finais de cada conferência.

Apesar da importância de tais relatórios, deve-se visar e considerar que a Conferência de Saúde consiste em conjunto de eventos e não apenas no dia final. Tendo em vista essa realidade, Carvalho (2007, p. 110; 113) apresentou uma proposição de “formatação da Conferência”, segundo a qual haveria: a) a proposta — fase em que ocorreriam palestras e pré-conferências à base de trabalhos de grupo; e b) a Conferência Municipal de Saúde, a ser organizada em quatro blocos. O primeiro com abertura solene e Conferência Magna de abertura; o segundo com discussão de problemas e soluções levantados no âmbito municipal — sempre em conexão com as esferas estadual e federal; o terceiro bloco com a Assembleia Geral (Plenária Final); e o quarto bloco com sessão de encerramento e de homenagens.

A complexidade e o número de eventos envolvidos incrementam-se à medida que se analisam as conferências nos demais níveis de governo: o

estadual e federal. A título exemplificativo e considerando apenas parte da complexidade do processo que envolve as Conferências no âmbito nacional, destaca-se que elas “são precedidas por conferências municipais e estaduais ainda que não esteja estabelecido um fluxo ascendente de deliberações” (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006).

Da última afirmação constata-se a necessidade de rever o funcionamento de tal fluxo para que os eventos anteriores à Conferência Nacional tenham real sentido. Sob essa perspectiva, Carvalho observa que o movimento ascendente criado para fazer as conferências, “a partir de pré-conferências em bairros e regiões, seguidas das conferências municipais, regionais, estaduais e da nacional é um bom caminho”. No entanto, ele destaca que há necessidade de valorização efetiva de tal processo. Isso para evitar que se inicie no âmbito nacional novo processo desconsiderando tudo o que ocorreu anteriormente (Carvalho, 2007, p. 97).

O objetivo das conferências é proporcionar melhorias na saúde da população. O que explica sua ação ser voltada para o conhecimento daquilo que deveria ser realizado para alcançar a garantia da saúde de acordo com o desejo da sociedade, esteja ele explícito ou não no corpo da lei (Carvalho, 2007, p. 106).

Segue nesse sentido, e com mais detalhes, a afirmação constante em publicação do Ministério da Saúde, coordenada por Dallari e redigida por Aith:

As conferências de saúde, realizadas periodicamente, produzem diretrizes e orientações para os gestores de saúde, configurando um momento de reflexão plural e abrangente da situação da saúde pública do Brasil e das possíveis ações que podem ser adotadas para sua melhoria. Reúnem profissionais de todas as áreas para a discussão de indicadores de saúde, de questões administrativas e organizacionais do SUS, de questões de financiamento e gastos em saúde, enfim, as conferências representam o momento maior do exercício da democracia sanitária no Brasil, devendo as autoridades públicas de saúde observar as deliberações o mais fielmente possível. **Embora as deliberações tomadas nas conferências de saúde não tenham força normativa nem vinculem o gestor, elas corporificam a vontade da sociedade e possuem a força que somente a legitimidade social pode oferecer** (Brasil, 2006, p. 66-67, grifo nosso).



Daí a importância de se organizar o fluxo ascendente das **propostas** dos três níveis de governo. Pois é um meio de permitir que as necessidades e vontades **decididas** pela comunidade nas conferências no âmbito municipal e/ou estadual e que não tenham solução nesses níveis de governo possam alcançar a arena federal e, assim, a agenda e formulação das políticas nacionais de saúde<sup>14</sup>.

É uma maneira de garantir que as conferências exerçam um de seus aspectos mais significativos para o Sistema de Saúde: conferirem legitimidade para as políticas do setor por meio do debate democrático (Escorel; Bloch, 2005, p. 112).

O fato de as deliberações das conferências não terem caráter vinculativo, conforme consta na citação acima efetuada, não retira a relevância de tais arenas para o SUS<sup>15</sup>. No entanto, conduz à afirmação de que elas não sejam deliberativas (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006; Correia, 2000, p. 68) e de que funcionem mais como mecanismo de escuta da sociedade, já que seus debates e propostas finais nem sempre são transformados em ações do Poder Executivo (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006).

Embora não vinculem os Poderes Executivo e Legislativo quando da produção de normas jurídicas, tais deliberações/propostas gozam de imensa

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, e discorrendo sobre o tema, Carvalho (2007, p. 97) afirma que: “Em âmbito de município se deveria verificar as decisões anteriores das pré-conferências e da Conferência Municipal e separar o cumprido do não cumprido, atualizar as demandas e propostas e fazer o consolidado municipal. Do município só deveria subir às regiões e ao estado aquilo que for de sua amplitude. Não se pode em âmbito estadual discutir polêmicas de características apenas locais. Nos estados se poderia fazer o mesmo: levantar decisões regionais e estaduais anteriores, cotejar com o realizado e somar a diferença com as novas queixas e propostas. Para a Conferência Nacional subiriam apenas as questões gerais e não mais aquelas que poderiam ter sua solução em âmbito estadual.”

<sup>15</sup> Escorel e Rasga Moreira (2008, p. 1.006) ressaltam que “é inegável a influência desses fóruns em processos como o da intensa municipalização a partir da 9ª CNS, ou o crescimento da importância do controle social a partir dos conselhos de Saúde depois da 10ª CNS (Escorel; Bloch, 2005)”. Maria Valéria Costa Correia (2000, p. 68) afirma que, apesar de não apresentarem poder deliberativo, “as conferências de saúde têm legitimidade, mobilizam as entidades e organizações da sociedade e os trabalhadores da área nos municípios e nos estados, levando-os, por meio de um processo de eleição na Conferência Municipal e na Conferência Estadual de Saúde, à CNS”.

capacidade de influência. E são, por isso, consideradas como importante fonte indireta do direito sanitário (Aith, 2007, p. 158).

### *3.2 Os Conselhos de Saúde a partir da Constituição de 1988*

A criação dos conselhos como foros deliberativos que compõem a “engenharia” política e institucional do SUS representa grande e essencial mudança para a democratização das decisões no setor saúde (Labra, 2005, p. 35).

A Lei 8.142/90 foi clara ao estipular o poder deliberativo dos Conselhos de Saúde. No § 2º, do artigo 1º, está previsto que:

O Conselho de Saúde, em caráter permanente e **deliberativo**, órgão colegiado composto por **representantes do governo, prestadores de serviços profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias** e no controle da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, **cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.** (Brasil, 1990a, grifo nosso)

Dessa previsão legal e das considerações tecidas sobre as conferências, observa-se, de um lado, que o caráter deliberativo é um dos pontos distintivos entre o papel desempenhado pelas conferências e aquele desempenhado pelos conselhos e, de outro, que composição dos conselhos de saúde recebeu tratamento mais detalhado do que a composição das conferências, constante no § 1º. Para estas foi prevista a representação de “vários segmentos sociais”, enquanto para aqueles a lei estipula a representação por meio de “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários” (Brasil, 1990a).

Para Carvalho (2007, p. 59; 63), além dos representantes listados com base no § 2º do artigo 1º da Lei 8.142/90, na composição dos conselhos deve constar, como membros natos, aqueles indicados nas previsões constitucio-

nais do artigo 10<sup>16</sup> e do artigo 194, VII<sup>17</sup>. O que o leva a concluir que “não pode deixar de existir nos conselhos: a) usuários, entre os quais estariam obrigatoriamente os trabalhadores, empregados e aposentados; b) governo; c) prestadores de serviços; d) trabalhadores e profissionais de saúde”. A representação dos usuários para além dessa composição descrita na alínea “a”, com base na constituição e na lei, será definida pelo município ou Estado em virtude de suas peculiaridades locais e circunstâncias temporais.

No § 4º do mesmo artigo determinou-se a representação paritária dos usuários em relação ao conjunto dos demais elementos. Regra aplicável tanto aos Conselhos quanto às Conferências, conforme visto (Brasil, 1990a). Ao vincular o repasse de recursos — para os estados, municípios e Distrito Federal — à criação de Conselhos de Saúde, a lei estabeleceu — no art. 4º, inciso II — que a paridade fosse organizada de acordo com o Decreto 99.438/90, que dispunha sobre a organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde (Brasil, 1990a).

Apesar da menção a esse decreto, que foi revogado pelo Decreto 5.839/06<sup>18</sup>, a paridade rigorosa entre os segmentos “só foi proposta na Resolução 33/1992, do Conselho Nacional de Saúde (mais tarde ratificada pela Resolução 333, de 2003, que revogou a Resolução 33/92), e nas Recomendações da 10ª e da 11ª Conferências Nacionais de Saúde”. A partir de então a paridade passou a estabelecer que “50% dos conselheiros deve ser representantes do segmento dos usuários, 25% dos trabalhadores de saúde e

---

<sup>16</sup> **Art. 10.** É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. (Brasil, 1988)

<sup>17</sup> VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (**Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998**) (Brasil, 1988)

<sup>18</sup> Este decreto revogou também outros que dispunham sobre o Conselho Nacional de Saúde: 4.878, de 18 de novembro de 2003, 5.485, de 4 de julho de 2005, e 5.692, de 7 de fevereiro de 2006 (Brasil, 2006b).

os demais 25% formados por gestores e prestadores de serviços”<sup>19</sup> (Escorel; Moreira, 2008, p. 1002).

Para o Conselho Nacional de Saúde a Lei 8.142/90, no artigo 1º, § 3º, estipulou, ainda, a representação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) (Brasil, 1990a).

No que diz respeito aos conselhos, estaduais e municipais, sua composição e atribuições serão previstas por meio de lei estadual e municipal, respectivamente, sempre em conformidade com os termos da Lei 8.142/90 (Correia, 2000, p. 79).

Os conselhos de todos os níveis de governo devem ter, assim como as conferências, organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio e aprovado pelo conselho respectivo, de acordo com o § 5º do artigo 1º da Lei 8.142/90. Sendo este mais um traço distintivo entre os conselhos e as conferências. Conforme mencionado no item anterior, há escassez de normas e resoluções sobre as conferências. Em relação aos conselhos:

---

<sup>19</sup> É o que consta no Decreto 5.839/06, que dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde: “**Art. 3º.** O CNS é composto por quarenta e oito membros titulares, sendo: I – cinquenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS; e II – cinquenta por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, de representantes do governo, de entidades de prestadores de serviços de saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS e de entidades empresariais com atividade na área de saúde. § 1º O percentual de que trata o inciso II do *caput* deste artigo observará a seguinte composição: I – vinte e cinco por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde; II – vinte e cinco por cento de representantes distribuídos da seguinte forma: a) seis membros representantes do Governo Federal; b) um membro representante do Conass; c) um membro representante do CONASEMS; d) dois membros representantes de entidades de prestadores de serviços de saúde; e e) dois membros representantes de entidades empresariais com atividades na área de saúde. § 2º Os representantes de que tratam as alíneas “b” à “e” do inciso II do § 1º serão indicados respectivamente pelos presidentes das entidades representadas. § 3º Os membros titulares terão primeiros e segundos suplentes, indicados na forma do regimento interno. (Brasil, 2006b)

Além da regulamentação mais ampla, realizada na Lei n. 8.142/90, o Conselho Nacional de Saúde elaborou e aprovou três resoluções sobre ‘Diretrizes para Criação, Reformulação, Estruturação e Funcionamento dos Conselhos de Saúde’: a Resolução 33, de 23 de dezembro de 1992; a Resolução 319, de 7 de novembro de 2002; e a Resolução 333, de 4 de novembro de 2003 (Escorel; Bloch, 2005, p. 85).<sup>20</sup>

É importante recordar que tanto a Lei 8.080/90 quanto a 8.142/90 não foram suficientes para operacionalizar o SUS. E que, diante disso, foram sendo elaboradas as NOBs – normas operacionais básicas, as NOAs – normas operacionais de assistência à saúde, e o Pacto pela Saúde de 2006. A ressalva faz-se necessária porque, apesar das previsões constitucionais e legais para a criação dos Conselhos de Saúde, foram essas normativas, principalmente as NOBs, que estimularam a criação das arenas.

Labra (2006, p. 205; 2005, p. 365) posiciona-se nesse sentido. Para a autora, foram as leis do SUS e as NOBs de 91, 93 e 96, voltadas particularmente para a questão da descentralização, que impulsionaram a criação dos conselhos. Dentre as NOBs, a de 1996 desempenhou um papel fundamental. Ao exigir o funcionamento dos conselhos para que os estados e municípios recebessem repasses de recursos financeiros do Ministério da Saúde, a norma deu estímulo definitivo para a propagação dos conselhos por todo o país. Com isso, não bastava a criação dos conselhos, prevista no artigo 4º, II, da Lei 8.142/90. Deveria ser constatado o seu pleno funcionamento.

Com essas normativas buscou-se realizar a previsão da Lei 8.142/90, de um “processo decisório de natureza descentralizada e participativa para implementação da política de saúde [...]”. O que significa a abertura desse

---

<sup>20</sup> No ano de 2011, o Ministério da Saúde disponibilizou a consulta pública aberta pelo Conselho Nacional de Saúde sobre a “proposta de revisão da Resolução n. 333, de 4 de novembro de 2003”. A proposta esteve disponível no site do CNS para consulta pública inicialmente entre os dias 21 de julho e 21 de setembro e foi prorrogada pelo prazo de 30 (trinta) dias que vai de 29 de novembro a 29 de dezembro de 2011.” Site do Ministério da Saúde. Disponível em: [http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp\\_print\\_completo.php?d=3008](http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp_print_completo.php?d=3008). Acesso em: 21 jan. 2024. Conforme noticiado no *Blog* criado pela autora sob o título: “De olho na participação em saúde: consulta pública sobre: Proposta de Revisão da Resolução n. 333, de 4 de novembro de 2003” (Canut, 2011) .

processo, voltado para a administração da política de saúde, ao ‘debate público’ e não somente estatal. De forma que “ o caráter federativo e plural — inclusive com representação paritária dos usuários — dos conselhos de saúde oferece oportunidade para que a agenda ‘sanitarista’ introduza critérios oriundos do debate ‘público’ para estabelecer parâmetros de implementação da política de saúde” (Castro, 2003, p. 372).

Dentre as atribuições dos conselhos, definidas por lei, verificam-se a definição, em cada nível de governo, das prioridades de saúde, a aprovação do orçamento do setor e a recepção e aprovação das contas relativas aos gastos efetuados na área. Atividades que demonstram que suas funções perpassam praticamente por todas as fases da política pública — a formação da agenda; a formulação; a implementação; a avaliação (Franzese, 2011, p. 30; 19).

Apesar dessa ampla atuação dos conselhos nas diferentes etapas da política do setor, coloca-se a fase de formulação<sup>21</sup> em evidência por ser o momento em que as decisões sobre o conteúdo do direito à saúde são tomadas. Schwartz (2001, p. 122) considera que

Os Conselhos de Saúde, na esfera de governo correspondente, como se verá adiante, tornam-se reais instrumentos da participação popular na saúde, já que dita participação é obrigatória em seus órgãos colegiados, e, também, porque são esses Conselhos que, de acordo com as pormenoridades e particularidades regionais, formularão as políticas de saúde a serem implementadas naquele limite geográfico. Vale dizer: definirão que tipo/mo-dalidade de saúde deve ser garantida aos cidadãos-alvo das decisões de cada Conselho.

Diante dessa realidade cabe destacar que os conselheiros **representam** a comunidade na definição da ação do Estado para a área da saúde e, especificamente, na definição do “interesse público” ou “interesses públicos”

---

<sup>21</sup> Apesar da atenção dispensada à fase de formulação, recorda-se a importância da participação social no momento da implementação, tendo em vista que de nada vale as políticas serem formuladas com a participação social se a sua implementação/execução, pelos administradores, “sempre faz ou altera as políticas de algum modo” (Lindblom, 1981, p. 60).

para a o setor saúde<sup>22</sup> (Bucci, 2006, XLII). É aqui que a criação e o funcionamento dos conselhos inovam ao garantir configuração para o exercício do direito de todos à saúde que não se restrinja à atuação e vontade do Estado.

As considerações ora elaboradas evidenciam a inovação relativa ao exercício do direito de todos à saúde por meio da formulação das políticas de saúde pelos conselhos e não mais pelo poder tecnoburocrata do Estado.

O reconhecimento de tais espaços como avanços nas relações democráticas entre Estado e sociedade não se restringe às fronteiras nacionais. No livro de García e Gil (2011, p. 52-55) sobre “*Participación ciudadana en salud*”<sup>23</sup>, as conferências e conselhos de saúde brasileiros são citados dentre as boas práticas de participação cidadã em saúde que têm destaque na América do Sul.

Destaca-se, portanto, que para compreender os avanços e mudanças possíveis frente aos objetivos e papéis de tais espaços, é importante visar que a participação preconizada para tais arenas não se restringe ao controle social, apesar deste ter sido um termo muito utilizado e difundido na área da saúde. É preciso alterar o enfoque: de **controle social** para **participação da “comunidade”**. Primeiro porque este é o “termo-mãe” que consta tanto na Constituição de 88 quanto na Lei 8.080/90. Depois, porque é mais abrangente e profundo que o primeiro. Ele engloba tanto a função de **controle social** quanto a **ação** e a **proposição**<sup>24</sup> (Carvalho, 2007, p. 44-48).

---

<sup>22</sup> Ressalta-se que a autora mencionada fala da formulação da política pública em aspecto geral, conforme referência feita no tópico anterior. Ela não se atém ao setor saúde — do qual não faz menção nem às suas políticas nem aos seus conselhos.

<sup>23</sup> Observa-se que dentre as fontes citadas pelos autores para descrever esse sistema participativo brasileiro encontram-se citações de ao menos três trabalhos de Labra. Além disso, sob uma perspectiva mais geral, os autores afirmam que as boas práticas de participação cidadã que têm sido desenvolvidas em diversas áreas no Brasil têm servido como referência internacional para países ibero-americanos e europeus impulsionarem projetos que envolvam a cidadania na tomada de decisões de políticas públicas. Interessante ressaltar que no trabalho há menção ao movimento sanitário (García; Gil, 2011, p. 52-55).

<sup>24</sup> Assim, o “controle da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros”, previsto no § 2º do artigo 1º da Lei 8.142/90, é apenas uma das funções da participação. A *ação* está relacionada ao comportamento individual de cada cidadão. E a outra função, a **proposição**, é, segundo Carvalho (2007, p. 46-48), a soma da ação pessoal com o “caráter propositivo de sua intervenção na sociedade e nos

## 4 OS CONSELHOS DE SAÚDE E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS DO SUS: ALGUMAS CRÍTICAS E DESAFIOS AO MODELO ATUAL

### *4.1 (In)dependência e a Representatividade dos Conselheiros*

No tópico anterior evidenciou-se que os conselhos de saúde representam avanços para a política do setor, tendo sido destacada a importância de tais arenas, especialmente, na fase da formulação da política de saúde.

No presente tópico cabe elaborar uma análise crítica acerca de tais espaços, sem desconsiderar a inovação que representam.

Para facilitar a compreensão de tema tão complexo procura-se visualizar a atuação dos Conselhos de saúde sob duas perspectivas que, apesar de divididas por motivos metodológicos, estão sempre conectadas: **uma geral**, na qual os conselhos são atores inseridos em processo decisório mais amplo; e **uma mais restrita**, a qual permite analisar os atores que atuam nos conselhos como **representantes** da comunidade quando da formulação da política de saúde.

O aspecto **geral** permite compreender que as decisões dos conselhos, por estarem inseridas em processo político decisório mais abrangente, estão condicionadas pela atuação de outros atores e, assim, por diversos fatores externos a eles. É o que se percebe, por exemplo, diante da submissão dos conselhos às leis elaboradas pelo poder legislativo, dentre as quais, particularmente, estão as orçamentárias.

Além das leis que dispõem sobre orçamento ou emenda a ele, a Emenda Constitucional 29/2000 e a recente regulamentação do § 3º, do artigo 198 da Constituição — pela Lei Complementar 141/2012<sup>25</sup> — são exemplos típicos da atuação direta do legislativo na formulação das políticas de saúde (Franzese, 2011, p. 29).

---

governos. Participar com idéias e assunção de idéia, bem como buscar saídas individuais e coletivas”.

<sup>25</sup> A autora refere-se apenas à Emenda Constitucional. Não seria possível, no ano de 2011, fazer menção à Lei Complementar, que é de 2012.



Nesse sentido, a EC 29/00 já havia estipulado, conforme o artigo 198, § 2º, I a III da Constituição, que cada nível de governo deveria aplicar percentuais mínimos de recursos para a saúde<sup>26</sup>. A Lei Complementar 141/12 não só dispôs sobre os valores mínimos que devem ser aplicados como também estipulou, dentre outras questões, o que serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde (Brasil, 2012). Como se vê, são temas que afetam diretamente as proposições e deliberações a serem formuladas sobre as políticas do setor no âmbito dos conselhos.

Ao analisar o problema da “judicialização” de medicamentos excepcionais, Agutini (2009, p. 247) chamou atenção para o fato de que

[...] as políticas públicas do Sistema Único de Saúde representam uma ação conjunta dos vários entes da Federação com decisões envolvendo o Congresso Nacional, o Poder Executivo e vários órgãos da sociedade brasileira, e precisam ser reforçadas pelo Poder Judiciário.

Franzese (2011, p. 23; 29) aponta o Executivo, o Legislativo, as agências administrativas e as instâncias do Judiciário como formuladores oficiais de política pública e menciona a influência clara tanto do legislativo quanto do Ministério Público e do Judiciário no momento de formulação. Além da atuação de todos esses atores na produção das políticas, a autora destaca a interferência direta dos cidadãos por meio dos mecanismos de democracia participativa, dentre os quais se encontram os conselhos de saúde<sup>27</sup>.

Por isso, verifica-se que

[...] na sociedade contemporânea o direito à saúde exige tanto a participação do Parlamento, legítimo representante dos interesses envolvidos tanto no processo de produzir e consumir quanto de controlar os riscos sanitários, como a participação dos cidadãos na elaboração e na implementação das normas e ações destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde (Dallari; Nunes Júnior, 2010, p. 16-17).

---

<sup>26</sup> Os recursos mínimos foram previstos até 2004 no artigo 77 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição de 1988.

<sup>27</sup> A autora refere-se, também, às conferências de saúde.

Apesar da importância desse **aspecto geral** do processo de formulação das políticas públicas, traçado resumidamente, ater-se-á à perspectiva **mais restrita** para a análise proposta neste artigo. Isso porque é ela que oferece um quadro propício para análises acerca de questões como: representação de interesses; democracia representativa/participativa; vinculatividade e formalização das deliberações participativas.

Nesse debate, deve-se ter em vista, inicialmente, que os conselheiros **representam** as entidades que os indicaram. Assim, “a vaga no conselho de saúde é da entidade e não do conselheiro, podendo esta o substituir a qualquer tempo”. Por isso a paridade mencionada no item anterior pode ser colocada da seguinte forma: “50% das vagas são destinadas **às entidades** do segmento usuário. Os outros três segmentos terão a seguinte divisão: 25% para **as entidades** de Profissionais de Saúde e 25% para governos e prestadores de serviço”<sup>28</sup> (Balsemão, 2002, p. 183, grifo nosso).

Tendo em vista que a “vaga” nos conselhos é direcionada a **entidades** que indicam os conselheiros, coloca-se a questão de saber se e até qual ponto esses atores que compõem os conselhos de saúde deliberam a favor de todos — da “comunidade/Sociedade” —, ou seja, se decidem em prol do “interesse coletivo” em saúde ou não.

Cabem aqui os questionamentos postos por Coutinho (2006, p. 47). Após considerar que falar em política é, em grande medida, falar em representação de interesses e, assim, da formulação de políticas que viabilizam ou impedem tais interesses, o autor elabora as seguintes perguntas: “1) **Como** os interesses são representados?; “2) **De quem** são os interesses representados?; “3) Qual é a **justificação** para representar interesses?”.

Percebe-se que entre os diferentes atores que atuam nesses espaços não há os mesmos interesses. Eles “organizam-se de estratégias que esses atores constroem, consciente ou inconscientemente, no processo de interação” (Silva, 2001, p. 98).

Cohn (2005, p. 399) alerta que até os anos 90 os movimentos sociais, mesmo diante das peculiaridades acerca das necessidades de saúde, ainda con-

---

<sup>28</sup> Lista das representações que poderão ter assento no conselho de saúde está incluída em diretriz da Resolução 333/2003 (Labra, 2005, p. 374).

seguiam reunir forças em torno de demandas gerais e universais. Ocorre que, atualmente, a tendência é que tais demandas se traduzam em questões particulares que se identificam com grupos seccionados, e que se transformam,

[...] nos espaços públicos, numa somatória de demandas competitivas entre si por recursos sempre e crescentemente escassos diante, de um lado, das restrições macroeconômicas, e de outro, da magnitude e da complexidade das necessidades de saúde que a sociedade brasileira é portadora.

Diante do cenário e das considerações elaboradas sobre a composição dos representantes dos conselhos de saúde, pode-se constatar que a utilização do termo **comunidade** para qualificar a participação que se desenrola nesses colegiados participativos institucionalizados assume um significado bastante restrito.

Assim, se por um lado, e sem dúvida, os conselhos de saúde representam grandes avanços para a relação estabelecida entre Estado e “sociedade” nos procedimentos relativos às políticas de saúde, por outro, percebe-se que tais avanços baseiam-se em sentido **restrito** de comunidade, apoiado, ainda, na representatividade.

Apesar da observação da autora do presente artigo acerca do sentido limitado de comunidade e das críticas à representatividade, há diversos posicionamentos acerca do caráter participativo de tais colegiados. Nesse sentido, os conselhos são considerados mecanismos de democracia participativa “que permitem aos **cidadãos participar diretamente, ou por meio de associações representativas**, no processo de tomada de decisões políticas” (Maués; Simões, 2002, p. 63, grifo nosso). De forma mais particularizada, são tidos como novas fórmulas de participação na administração pública (Leal, 2006, p. 54; 155-158). Ou, ainda, como arenas que combinam características da democracia representativa com aquelas da democracia direta (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.002).

Frente ao panorama traçado não há como desconsiderar a inovação que os conselhos de saúde representam para uma gestão mais democratizada do SUS e de suas políticas.

No entanto, o que se questiona, é se esses espaços deliberativos, da forma como estão institucionalizados e funcionam atualmente, realmente consistem em mecanismos de democracia participativa que permitem a **atuação direta da “comunidade”** nos processos decisórios sobre a formulação das políticas de saúde ou se eles apresentam mais identidade com a democracia representativa, mesmo que sob a perspectiva ampliada da representação.

A saúde, como uma propriedade coletiva, é bem que a Carta Magna garante como fundamental a todos. Não pertencendo a ninguém e do qual apenas pode-se dispor coletivamente (Pilati, 2011, p. 123, grifo nosso), **exige formas específicas de exercício e tutela** condizentes com a república participativa, ou seja, com a participação direta estipulada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição — mencionado no tópico 2 — ao lado da participação indireta.

Desta forma, de toda a exposição apresentada na parte inicial do trabalho e diante da presente abordagem, observa-se que, apesar de a configuração dos conselhos de saúde ser considerada como grande instrumento participativo do sistema, o modelo participativo atual não corresponde às potencialidades e exigências do novo paradigma jurídico-político inaugurado pela Constituição de 88 já que, ao não viabilizar a participação direta da “comunidade” na formulação das políticas do SUS, não cria instrumentos para o exercício de um direito que a própria Carta Constitucional reconheceu como sendo de todos, da sociedade. Sendo este um dos grandes desafios e limite do modelo participativo atual.

Não se questiona, com isso, a existência dos conselhos de saúde nem uma forma de alteração deles. Mas coloca-se a necessidade de se pensarem alternativas conjuntas, paralelas e conectadas aos mesmos que sejam capazes de viabilizar efetiva participação direta da “comunidade” no exercício e tutela do direito coletivo à saúde, condizente com o novo paradigma.

#### ***4.2 Atuação dos Diferentes Conselhos e a Forma de Exteriorização de Suas Decisões***

Apesar de atualmente haver conselhos atuantes nos três níveis de governo, observa-se que a atuação dos diferentes conselhos não se dá da mesma forma. Há grande diversidade em relação ao funcionamento efetivo dos

mesmos. Isso assinala grandes desafios a serem enfrentados em busca da sua concretização como arenas de gestão participativa e de controle social (Noronha; Lima; Machado, 2008, p. 453).

Verifica-se, por exemplo, situações nas quais os conselhos municipais foram criados apenas para cumprir as exigências legais e formais necessárias para que houvesse o repasse de recursos. E, ao mesmo tempo, constatam-se experiências em que a criação dos conselhos aproximou concretamente a comunidade local e a administração pública (Amantino-De-Andrade; Arenhart, 2004, p. 36).

Existem conselhos que agem livremente e de forma autônoma enquanto outros são “tutelados” pelo Poder Executivo (Silva, 2001, p. 129). Nesse aspecto, apesar de terem sido criados por influência das pressões sociais, os conselhos, e também as conferências, tanto podem ser arenas de efetiva participação e controle social, quanto podem se transformar em instrumentos de legitimação “do poder dominante e de cooptação dos movimentos sociais” (Correia, 2000, p. 63).

Além dessas considerações, outro tema de extrema importância, que apresenta reflexo direto na aplicação das normas de direito sanitário, diz respeito à forma de exteriorização ou formalização das decisões deliberativas dos conselhos.

Tendo em vista a relevância de tais decisões, é preciso mencionar que o § 2º, do artigo 1º, da Lei 8.142/90 que lhes concedeu caráter deliberativo também exigiu que tais deliberações fossem homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada nível de governo (Brasil, 1990a).

Tais decisões são exteriorizadas sob a forma de resoluções. Em virtude da previsão legal supramencionada, para que esses instrumentos sejam incorporados ao ordenamento jurídico e passem a ter caráter vinculante — no âmbito de alcance do ato administrativo — eles devem ser devidamente homologados pelo chefe do Poder Executivo<sup>29</sup> (Aith, 2007, p. 159).

---

<sup>29</sup> “No guia de referência para a criação e organização de conselhos de saúde elaborado pelo Ministério da Saúde (1994), lê-se que ‘nem todas as decisões deliberadas pelo Conselho são passíveis de homologação. Devem ser homologadas apenas as deliberações normativas que impliquem a adoção de medidas administrativas da alçada privativa do dirigente

Desta forma, as deliberações dos conselhos de saúde são consideradas, assim como as decisões finais das conferências, como fonte indireta de produção do direito sanitário. Já que, “em última instância, a fonte direta de produção das normas jurídicas nas respectivas esferas de governo continua sendo o chefe do poder executivo ou seu delegado”. A única possibilidade de tais conselhos produzirem, diretamente, normas de direito sanitário está prevista no artigo 1º, § 5º, da lei ora mencionada, que dispõe sobre a elaboração de normas de organização e funcionamento tanto dos conselhos quanto das conferências de saúde (Aith, 2007, p. 160).

Isso evidencia que a lei, de um lado, aumentou o poder do conselho e, de outro — e de forma concomitante —, o restringiu ao exigir que as deliberações fossem homologadas pela autoridade competente, o que se chamou de “permissão” do dirigente do sistema de saúde. (Correia, 2000, p. 67)

A consequência prática dessa constatação pode consistir em que tais deliberações não tenham a devida aplicação nem reconhecimento no âmbito das normas aplicáveis na área da saúde, ou seja, do direito sanitário. Fazendo com que a participação, mesmo que caracterizada por uma forma de representação dos conselheiros não gere os efeitos esperados dentro da sistemática do SUS e da participação em saúde.

Os desafios e limites apresentados no presente tópico evidenciam, de um lado, reflexos do próprio caráter representativo dos conselhos de saúde, que permitem situações de cooptação de interesses, atuação sob tutela do poder executivo e, de forma geral, falta de independência e desconexão entre os interesses representados e os reais interesses da “comunidade” para o setor saúde.

De outro lado, o caráter não vinculante das decisões de tomadas em tais espaços deliberativos institucionalizados, serve de alerta para as abordagens da participação comunitária no SUS sob a perspectiva do novo paradigma jurídico político, pois, deixa evidente a necessidade não só de instrumen-

---

do SUS, tais como: questões ligadas à reorganização administrativa, à aprovação do plano de saúde, à fixação de critérios e diretrizes da política de saúde, modificação de programas, prestação de contas etc. As decisões que tenham caráter de recomendação ou as que promovam diligências não precisam ser homologadas, pois, nesses casos, a falta ou demora de homologação poderia prejudicar a atividade de controle e fiscalização que o Conselho desempenha’ (Brasil, 1994: 31)” (Correia, 2000, p. 67).

tos de participação direta para formulação das políticas do setor, mas também de que haja previsão de que as decisões tomadas por meio desse instrumental tenham força vinculante.

### *4.3 As Reformas da Administração Pública e a Participação em Saúde*

Além das novidades representadas pelos conselhos e conferências de saúde, concebidas com intuito de contribuir para a participação no Sistema Único de Saúde, é preciso lembrar que o cenário tem sido, desde os anos 90, marcado por outras transformações, provenientes das reformas do Estado e da Administração Pública, e que, sob a perspectiva da autora deste artigo, não são tão favoráveis à participação da “comunidade”.

No Brasil, as transformações decorrentes dessas reformas refletiram no sistema de saúde diante da proposta de inclusão do setor privado, sob a denominação “sociedade civil”, na implementação das políticas do setor. Como exemplo dessas transformações tem-se a atuação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e de Organizações Sociais – OS, especialmente, na implementação das políticas de saúde. Manobra que proporcionou uma nova configuração para a relação entre o público e o privado, entre o Estado e o mercado. Se antes se falava em dicotomia entre os dois setores, com o novo quadro fala-se em parceria.

O problema é que, ao atuar em parceria com o setor estatal, as atividades dessa “comunidade” ou “sociedade civil” têm sido incluídas, por vezes sem distinção, dentre as iniciativas para democratização do setor saúde e de suas políticas. O uso indiscriminado do termo **sociedade civil** no Brasil tem permitido que a participação desses novos atores, que formam o chamado terceiro setor, seja confundida com aquela participação prevista no artigo 198, III, da Constituição. Faz-se a ressalva pelo fato de que a atuação da dessa “sociedade civil” na gestão do SUS não condiz com a diretriz constitucional de “participação da comunidade”. Ela, ao contrário, relaciona-se com lógica neoliberal que tem questionado os princípios de tal sistema, dentre os quais a universalidade.

Essa situação deve ser analisada como mais um elemento complexificador da participação da “comunidade” no SUS. Não pode ser vista como

nova forma ou mecanismo da democracia participativa, pela qual o movimento sanitário tanto lutou. Precisa ser examinada de acordo com as reais características, ou seja, como novas atividades privadas desenvolvidas no âmbito das políticas de saúde que, enquanto existirem<sup>30</sup>, devem ser submetidas à “participação da comunidade”, nos termos da diretriz do SUS, tanto no aspecto de **controle** quanto de **ação e proposição**.

Desta constatação verifica-se um desafio tanto ao modelo participativo atual, quanto para uma abordagem da participação “comunitária” no SUS sob perspectiva do novo paradigma jurídico-político já que, em ambos os casos, deve estar claro que as parcerias entre setores público e privado para garantir a prestação de serviços de saúde não se identificam com a diretriz da participação comunitária do SUS. Trata-se de hipóteses que não se identificam.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objeto de análise a participação “**comunitária**” no Sistema Único de Saúde. Procurou-se fazer um exame que permitisse, inicialmente, o (re)conhecimento do atual cenário de participação no SUS. Para estudar o tema destacou-se o momento de formulação das políticas de saúde — tendo em vista ser nessa fase em que se define o conteúdo do interesse coletivo para o setor — e o papel conferido pela Lei 8.142/90 aos conselhos de saúde nesse contexto.

O escopo do estudo não se resumiu à apresentação desse panorama participativo. Preocupou-se em explicá-lo para que, a partir de sua compreensão, fossem observados limites e desafios que o modelo participativo atual

---

<sup>30</sup> Sobre o cenário acima descrito verifica-se que “um grupo de pensadores da América Latina reafirmam a existência de um processo de mercantilização da saúde e a necessidade de desmercantilizá-la. Como estratégias, propõem-se controle social sobre o setor saúde público, o privado contratado e o puramente privado, e o estímulo à mobilização social pela saúde pública. Tais estratégias envolvem novos atores sociais – as organizações populares e as dos trabalhadores da saúde – que têm, hoje, no Brasil, um espaço de participação institucionalizado no SUS: as conferências e os conselhos de saúde. Estes últimos, com poder deliberativo sobre a alocação dos recursos públicos da saúde, podem tornar-se um espaço para a luta pela ampliação da aplicação dos recursos na rede pública, ou seja, nos bens de serviços coletivos de saúde sem a busca do lucro” (Correia, 2000, p. 41-42).



enfrenta, especialmente diante de uma abordagem que tenha em vista o novo paradigma jurídico-político inaugurado pela Carta Constitucional de 1988, que ao tratar a saúde como um direito de todos, exige, também, um instrumento que permita o exercício desse direito pelo seu titular, todos — a sociedade. Donde surge a participação direta da **comunidade** como instrumento para tal exercício.

Essa abordagem só foi possível em virtude do referencial teórico adotado pela autora para pensar esse novo paradigma, tanto na ocasião do presente trabalho quanto nas demais pesquisas que desenvolve sobre o tema. Desta forma, o estudo desenvolveu-se tendo em vista essa racionalidade, que se pauta nas lições de José Isaac Pilati sobre o novo paradigma jurídico político pós-moderno que, apesar de não estarem descritas em sua completude no corpo desse artigo<sup>31</sup>, consistem na base de sua estruturação e do seu desenrolar.

Laborou-se uma breve trajetória da **participação comunitária** em saúde, demonstrando-se a existência de forte movimento participativo, anterior à Constituição de 88, que teve influência direta na elaboração do texto adotado pela Carta Constitucional para o reconhecimento do direito à saúde, tendo garantido, inclusive, a **participação comunitária** como uma das diretrizes do sistema de saúde brasileiro. Nesse contexto, destacou-se a centralidade dada ao tema participação no paradigma inaugurado pela Constituição de 88, um modelo que reconheceu o direito coletivo à saúde, resgatando a sociedade como seu titular e a participação direta como forma de tutela e exercício desse direito.

Na sequência, e seguindo os influxos gerados pela Constituição — assim como pelo movimento sanitário — analisou-se a institucionalização de espaços participativos no SUS: as conferências e os conselhos de saúde. Traçou-se um quadro demonstrando a competência, a composição, o surgimento e demais características desses foros participativos, dando destaque aos conselhos e à função que estes desenvolvem na fase de formulação das políticas de saúde, observando-se, especialmente, o papel representativo da

---

<sup>31</sup> Conforme já mencionando, uma análise mais detida do tema pode ser feita a partir da tese da autora (Canut, 2013a) e pelo artigo **Direito à saúde e participação “comunitária”**: limites do modelo participativo do Sistema Único de Saúde na pós-modernidade jurídico-política (Canut, 2013b).

participação dos conselheiros na definição do conteúdo do interesse coletivo quando da formulação de tais políticas.

A partir dessas análises foi possível levantarem-se algumas críticas e desafios identificados no modelo participativo atual, como: a contextualização dos conselhos no âmbito de um processo decisório mais amplo, por vezes já delimitado por outros fatores como, por exemplo, pelas deliberações do poder legislativo; o papel **representativo** dos conselheiros, que condiz mais com um sistema moderno de participação do que aquele previsto pela Constituição de 1988, de participação direta; atuação diversa de diferentes conselhos, alguns atuantes outros nem tanto, alguns autônomos outros “tutelados” pelo poder executivo; a fragilidade da exteriorização das decisões dos conselhos que, para terem força vinculante, na sistemática atual, devem ser homologadas pelo chefe do poder executivo; a crítica à inclusão de figuras da reforma administrativa, de parcerias do setor público com o privado, como formas participativas identificadas com iniciativas de **participação comunitária** em saúde.

Tratou-se, tão-somente de conhecer o cenário da participação nas políticas de saúde, especialmente na fase de formulação por meio dos conselhos, para cobrar uma análise do tema sob a perspectiva do novo paradigma jurídico-político inaugurado pela Constituição de 1988. Foram apresentadas inquietações a fim de provocar debates e novas racionalidades para se pensar a temática, para que seja possível ser viabilizada, ao lado e conjuntamente com a atuação dos conselhos de saúde, formas de participação direta da “comunidade” na formulação das políticas do setor, para que todos, que são titulares desse direito, possam deliberar sobre o conteúdo do interesse coletivo.

Assim, um modelo condizente com o reconhecimento constitucional do direito coletivo à saúde deve contar tanto com instrumentos representativos, donde se incluem os conselhos — em uma perspectiva alargada da representação —, como com novos instrumentos de participação direta, viabilizadores do exercício coletivo desse direito. É isso que o novo paradigma jurídico-político está a cobrar.

Desta forma, é preciso explorar novos debates e novas alternativas para tentar contornar os obstáculos que dificultam a “participação da comunidade” na formulação das políticas de saúde, empreendimento voltado para a

construção do que vem sendo denominado “**democracia sanitária**”<sup>32</sup> (Aith, 2007, p. 155; 157). Os estudos devem avançar da participação representativa dos conselhos para a ela somar-se uma configuração em que seja possível a efetiva participação comunitária — de todos, da sociedade — na formulação das políticas de saúde.

## REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. **O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos excepcional**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito Sanitário no Brasil. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Orgs.). **O direito achado na rua**. Brasília: CEAD/UnB, 2008. v. 4. Introdução crítica ao direito à saúde. Curso de Extensão Universitária a Distância, p. 65-75.

AITH, Fernando. **Curso de Ddireito Ssanitário**. A proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AMARANTINO-DE-ANDRADE, Jackeline; ARENHART, Ariane Jacques. Participação social no Sistema Único de Saúde: uma utopia por se concretizar em municípios de pequeno porte do Vale do Taquari. *In*: MISOCZKY, Maria Ceci; BORDIN, Ronaldo (Orgs.). **Gestão local em saúde**. Práticas e reflexões. Porto Alegre: Dacasa, 2004. p. 35-53.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro; BARRETO, Iavana Cristina de Holanda Cunha. **SUS passo a passo**. História, regulamentação, financiamento, políticas nacionais. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Hucitec, 2007.

BAHIA, Lígia. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. *In*: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia**: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 407-449.

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e rotinas de funcionamento dos conselhos de saúde no Sistema único de Saúde do Brasil. *In*: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público**

---

<sup>32</sup> Tema central do “IX Seminário Internacional de Direito Sanitário: Direito à Saúde e Democracia Sanitária: Pontes para Cidadania”. Disponível em: <http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2012/05/evento-ix-seminario-internacional-de.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

**e da Magistratura Federal.** Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Programa de Apoio e Fortalecimento do Controle Social no SUS, 2002. p. 177-192.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS.** Conselho Nacional de Saúde. Brasília: CONASS, 2003. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para\\_entender\\_gestao.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf). Acesso em: 27 de fev. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 5.839, de 11 de julho de 2006b.** Dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm). Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. **Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990a.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm). Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. **Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm). Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde** / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. DALLARI, Sueli Gandolfi. (Coord.); AITH, Fernando (redação e pesquisa) – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 132 p. – (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_direito\\_sanitario.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf). Acesso em: jul. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANUT, Letícia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 12, p. 186-214-214, 2012.. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/186/281><http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/186/281>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CANUT, Letícia. Direito à saúde e participação “comunitária”: limites do modelo participativo do Sistema Único de Saúde na pós-modernidade jurídico-política.  **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 97-113, 2013 b.

CANUT, Letícia. **Direito Ssanitário**. Blog. 2011. De olho na participação em saúde: consulta pública sobre: Proposta de Revisão da Resolução n.º 333, de 4 de novembro de 2003”. Disponível em: <http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2011/07/de-olho-na-participacao-em-saude.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CANUT, Letícia. **Exercício do direito coletivo à saúde na pós-modernidade jurídico-política brasileira**: nova estrutura participativa para a formulação das políticas do Sistema Único. Tese defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013a.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. **A participação da comunidade na saúde**. Passo Fundo: Ifibe, Ceap, 2007.

CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário. *In*: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Direito Ssanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão o Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação em Saúde, 2003. v. 1I. Série E, Legislação de Saúde, p. 363-374.

COHN, Amélia. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. *In*: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia**: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 385-404.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro; KARSCH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviços**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CORREIA, Maria Valéria Costa. **Que controle social?** Os conselhos de saúde como instrumento. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

COUTINHO, Carlos Nelson. Representação de interesses, formulação de políticas e hegemonia. *In*: TEIXEIRA, Sonia Fleury (Org.). **Reforma sanitária**. Em busca de

uma teoria. 3. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-graduação em Saúde Coletiva, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito SSanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda. As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS. *In*: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. 1. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 83-115.

ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação social. *In*: GIOVANELLA, Lígia *et al.* (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 979-1.010.

FRANZESE, Cibele. Administração Pública em contexto de mudança: desafios para o gestor de políticas públicas. *In*: IBANÉZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Manganon; SEIXAS, Paulo Henrique D'Ângelo (Orgs.). **Política e gestão pública em saúde**. São Paulo: Hucitec, 2011. p. 19-53.

GARCÍA, José María Bleda; GIL, Marta Aguilar. **Participación ciudadana en salud**. Madrid: Editorial Universitas, 2011.

GERSCHMAN, Silvia; VIANA, Ana Luiza. Descentralização e desigualdades regionais em tempos de hegemonia liberal. *In*: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. 1.ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 307-351.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. *In*: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. 1.ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 353-383.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**. Novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Juliano de Carvalho. História das lutas sociais por saúde no Brasil. **Trabalho Necessário**, a. 4, n. 4, 2006. Disponível em: <http://www.institutoconscienciago.com.br/pdf/lutassocias.pdf>. Acesso em: nov. 2010.

LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Pensamento político. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Direito Público Sanitário Constitucional. *In*: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Curso de extensão em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Fede-**

**ral.** Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Programa de Apoio e fortalecimento do Controle Social no SUS, 2002.

NORONHA, José Carvalho; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, Lígia *et al.* (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil.** Rio e Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 435-471.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. **Por uma construção democrática do direito à saúde:** a Constituição Federal, os instrumentos de participação social e a experiência do Conselho Nacional de Saúde. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

PILATI, José Isaac. **A função social da propriedade a partir da Constituição de 1988:** o resgate da dimensão coletiva. VII CONGRESSO ANUAL DO CURSO DE DIREITO DA ULBRA. Gravataí, 2008.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida; SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania.** Uma visão histórica e comparada do SUS. São Paulo: Atheneu, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Silvio Fernandes da. **Municipalização da saúde e poder local:** sujeitos, atores e políticas. São Paulo: Hucitec, 2001.





# CAPÍTULO III

## O DIREITO ROMANO NO PRINCIPADO: DE CÍCERO E LABEÃO ATÉ AS *INSTITUTIONES* DE GAIO

*Márlío Aguiar<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução: a necessidade de situar uma fonte clássica em seu contexto histórico. 2. O mundo jurídico entre a república tardia e o principado. 3. O tempo de Gaio. 4. Para entender as *Institutas* de Gaio. 5. Conclusão. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DE SITUAR UMA FONTE CLÁSSICA EM SEU CONTEXTO HISTÓRICO

Os romanistas dos mais variados tempos sabiam reconhecer que a história do mundo romano é conhecimento imprescindível ao jurista deseioso de entender o direito dos romanos. Seja no âmbito específico da cátedra de Direi-

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Civil (Direito Romano) pela Universidade de São Paulo. Mestre em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel e licenciado em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisas em Latim e Fontes de Direito Romano: *Ius Dicere* (CNPq/UFSC). Email: marlioaguiar@usp.br. Agradeço ao gentil convite do professor Reginaldo de Souza Vieira para contribuir com esta coletânea em homenagem ao professor José Isaac Pilati. O espaço à objetividade do pesquisador-redator — mesmo no âmbito das ciências humanas e sociais — deve, por vezes, ceder a certa personalidade autoral, e parece ser o caso aqui. Este texto, dedicado ao professor Pilati, parte de muitas das considerações e ensinamentos ao longo de quase uma década de ensinamentos daquele que é meu principal tutor intelectual e, tenho a honra de dizer, também meu mestre. Foi por admiração, e pelo anseio de seguir os seus passos — e quiçá, um dia, poder considerar-me também um romanista — que as linhas que se seguem surgiram, e praticamente todas as demais que escrevi desde então.

to Romano (juntamente ao direito canônico, o primeiro curso universitário na Europa ocidental), seja no decorrer da mais ampla história do direito — que abarca em seus domínios a reflexão sobre o itinerário do mundo romano mesmo após o fim daquele Império —, e sem prejuízo das reflexões próprias da história antiga, a retomada da análise das fontes dos juriconsultos romanos que chegaram até nós costumou receber do mundo acadêmico um lugar sempre reservado, por vezes menos aparente, mas jamais esquecido<sup>2</sup>.

A história do Direito Romano nos obriga a sairmos, mesmo que parcialmente, do centro de nós mesmos e de nossas experiências: precisamos considerar o outro e, no que nos interessa, as diversas atitudes já tomadas pelo homem perante o Direito. Todo trabalho de historiografia jurídica deve carregar consigo, portanto, uma consciência de sua historicidade: de que é na História que o Direito possuiu a matriz e fundamento, sem as quais todas as concepções sobre o direito não existiriam. Como Orestano (1997, p. 489-493), consideramos uma abstração perigosa qualquer redução sobre o direito romano.

Tomamos como baliza o importante artigo a respeito do juriconsulto Gaio escrito pelo autor homenageado destas páginas (Pilati, 2013). O professor José Isaac Pilati, como romanista particularmente preocupado em perceber o caráter contextual e historicamente localizado do direito romano na sociedade de seu tempo — tal característica fica evidente, em sua lavra, na tradução do livro segundo do **Digesto** de Justiniano — chamava-nos a atenção, desde muito cedo, para o tipo de formação jurídica que incumbia aos juriconsultos romanos, e o próprio *locus* técnico, social e político que tais juristas possuíam no mundo romano.

No decorrer deste artigo iremos nos dedicar a um determinado período — a virada da República e os primeiros dois séculos do Principado — da história jurídica romana a fim de contextualizar a obra do autor das *Institutiones* (ou *Institutus*), escritas por um famoso — e ainda sim, paradoxalmente obscuro — juriconsulto chamado Gaio, que atuou no século II da era cristã. Os textos de Gaio estiveram por muito tempo perdidos para todos os romanistas e juristas em geral, sendo reencontrados — praticamente em sua

---

<sup>2</sup> Nota de citação: como o restante da obra, este capítulo seguirá o modo autor-data para a bibliografia consultada. Já as fontes antigas — as propriamente jurídicas, e também as literárias e historiográficas — serão citadas nas discussões pormenorizadas em rodapé, pelo nome do autor antigo, título da obra e fragmento.

integralidade — no século XVIII. A importância — e também o motivo da escolha — dessa obra reside em sua inteireza e clareza, oferecendo ao mundo o desenvolvimento da ciência jurídica romana, em particular do *ius civile*, não em um modelo pré-existente, mas em uma obra original, que situa o direito romano anterior e descreve o funcionamento do direito romano clássico pré-justiniano até o século II. O *ius civile* que esse jurista ajudou a lapidar em sua forma final com o famoso manual — sistemático, sem ser esquemático; explanatório, ainda que não exaustivo; original, ainda que não revolucionário — tem seu “período clássico” geralmente situado entre os séculos II a.C. e III d.C., correspondendo na história de Roma ao apogeu do expansionismo da República e da consolidação do Império, até o fim da *pax romana*.

Para tanto, com o objetivo de contextualizar as *Institutas* em seu próprio período e compreender a riqueza contida nessa fonte, voltar-nos-emos a uma apreciação histórica acerca do pensamento jurídico romano dos séculos I e II d.C., que coincide com parte do afamado período do direito romano clássico e, ao que nos interessa, com os tempos imediatamente subsequentes até Gaio. Seguiremos a seguinte trajetória: (i) sintetizaremos brevemente em que cultura jurídica prévia a Gaio se situara, remontando ao período dos séculos I e começo do II d.C., na transição entre o período republicano e o principado, com destaque para a doutrina de Labeão (seção dois); (ii) o quadro histórico do século II d.C., período de força e expansão imperial, enfocando detidamente o contexto de Gaio (seção três); (iii) por fim, uma apreciação específica das informações biográficas desse jurista e sua produção material (seção quatro).

## 2 O MUNDO JURÍDICO ENTRE A REPÚBLICA TARDIA E O PRINCIPADO

Para compreendermos a obra de Gaio e dar conta da intenção de realizar uma empreitada historiográfica acerca do tema, não poderíamos deixar de perceber em que momento da história do Direito Gaio atua — e o que ele significou no bojo do pensamento jurídico romano. Esse período, chamado na literatura jurídica pela alcunha de “clássico”<sup>3</sup>, vai de meados da República

---

<sup>3</sup> Entre os romanistas, desde a obra de von Ihering — que adapta em termos de história do direito romano o que Edward Gibbon fez para a história romana em **História da decadência e queda do Império Romano**, cap. 49 — a história externa do direito romano é costumeiramente dividida em quatro etapas: (1) do surgimento de Roma até a Lei

até o fim do Principado: é a esse período da cultura jurídica que vamos nos dirigir na seguinte subseção, a partir da transição da *respublica* para o sistema do *princeps*. Poderemos, em seguida, debruçarmo-nos sobre o contexto de Gaio e de seu trabalho como jurisconsulto.

O romanista Aldo Schiavone nomeou o período que vai da atuação do jurisconsulto Antístio Labeão até Gaio — por ora, nosso foco — como um período de “compromisso e aliança” (Schiavone, 2009a, p. 361-366) entre os juristas e o poder político. Seu marco inicial é o jurisconsulto Labeão: não apenas pela importância técnica que o jurista revelaria na tradição das *Digesta*, mas porque seus anos centrais coincidem com o principado de Augusto e a instauração da nova ordem que, após a morte de C. Júlio César, pôs fim à crise da república aristocrática (a qual o jurista aristocrata rememorava com nostalgia política e, quando e no que fosse possível, asseverava críticas ao novo sistema vigente)<sup>4</sup>. Percebe-se um precário equilíbrio nos anos de transição: os mais saudosistas não levaram ao extremo sua oposição; o *princeps* enfrentou o contraste com prudência, de modo a orientar a delicada transição do paradigma da *respublica* aristocrática.

---

das XII Tábuas (750-450 a.C.); (2) da Lei das XII Tábuas até o fim da *respublica* clássica com Cícero (450-100 a.C.); (3) da ascensão do *princeps* Augusto até Alexandre Severo, o Principado (100 a.C.-235 d.C.); (4) de Diocleciano até Justiniano, o Dominato (225-550 d.C.), uma outra classificação de períodos também é conhecida, geralmente associada à história do direito privado, em base tripartite: (1) Período arcaico (séculos VII-III a.C.) ou pré-clássico; (2) período clássico, que coincide com o Principado, que vai de Augusto até a morte de Alexandre Severo (235 d.C.) e engloba quase todos os juristas clássicos; (3) e o período pós-clássico, de Diocleciano até Justiniano, com a organização do direito no *Corpus Iuris Civilis*. Como podemos perceber, este “período clássico” se inicia nos anos turbulentos (mas, extremamente criativos) do fim da república e avança durante o Alto Império, em um período de estabilidade política que traria marcas para a atividade dos jurisconsultos e a aplicação do Direito (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*). Todas estas formas de periodizar o Direito Romano são, elas mesmas, criações históricas: há uma nítida nota evolucionista nesta última clivagem. Mas, seja como for, iremos situar nossos esforços no período chamado de clássico marcado em seus últimos anos pela obra de Gaio, que sintetiza os resultados da jurisprudência romana até o século II da era cristã.

<sup>4</sup> É certo que Labeão manteve durante o resto de sua vida a hostilidade para com Augusto. Em nome da intransigência aristocrática enxergava com nostalgia o passado republicano: confrontou-se publicamente com o *princeps* em 18 a.C. de acordo com as fontes. Ver Suetônio, *Divus Augustus*, 54; Dião Cássio, *Historia Romana*, LIV.15.7.

No particular jurídico, a transição era a de um tempo que identificava os jurisconsultos com aqueles que faziam parte dos negócios da coisa pública (senadores, magistrados) para outro tempo, no qual a colaboração entre jurisprudência e *princeps* torna-se o vértice. O compromisso invisível foi assim firmado: aristocratas-jurisconsultos decidiram não rechaçar de forma explícita o fundamento do novo sistema político, ainda que, por vezes, o discutissem de forma indireta; Augusto aceitou manter a jurisprudência como vetor de criação do *ius*, secundando-a com leis comiciais e passando a atuar na atividade de gestão do *ius respondendi*. É quanto ao espaço restrito de invenção de tradições e revitalização dos *mores* que Labeão consente em não efetuar uma crítica aberta ao principado de Augusto<sup>5</sup>.

Antes de Labeão, nos anos que antecederam o Principado, a última geração de juristas republicanos estivera empenhada na consolidação dos resultados da elaboração jurídica desde Quinto Múcio Cévola até Sêrvio: a racionalidade casuística muciana e serviana, que se opunha ao simples sistema externo do *ius civile* e do edito pretoriano (Wieacker, 1998, p. 16-23)<sup>6</sup>, bem como uma

---

<sup>5</sup> A faceta do “compromisso” deste jurista com o poder foi muito ressaltada por Tácito (Tácito, *Annales*, III.75), que imprimiu em Labeão o retrato de um jurista celebrado por sua “incorrupível liberdade”; em contraste com outro jurista daqueles anos, seu rival, Ateio Capitão. Este mesmo autor percebia Labeão de um modo distinto: o comportamento de Labeão apresentava uma versão mais tendenciosa. Labeão, ao propugnar que somente era válido aquilo que foi sancionado e decidido pelas antiguidades romanas (e também pelos seus modos de interpretação jurídica literal dos textos) de modo eficaz desvalorizava as novidades do presente perante o peso e a autoridade do passado, dos quais os juristas (aristocratas, como ele) eram porta-vozes. Aulo Gêlio, *Noctes Atticae*, XIII.12.1-4.

<sup>6</sup> Wieacker contrapõe aos dois “sistemas externos” — o *ius civile*, surgido desde as XII Tábuas, e também o edito pretoriano — ao “sistema interno” proposto por Cévola e Sêrvio, cuja pretensão era a de ordenar conceptualmente o conhecimento jurídico. Conhecendo e adaptando os moldes gregos de conhecimento, estes dois jurisconsultos romanos desejaram tornar o conhecimento jurídico uma *epistème* suscetível de ser ensinada, moldar o *ius civile* em uma construção dialética. Como sabemos nem Cévola nem Sêrvio conseguiram dominar o caráter casuístico do pensamento jurídico romano: sua obra teria grande influência até Labeão, porém temporária. Somente as *Institutiones* de Gaio — cujas raízes são obscuras e provavelmente devem também aos trabalhos da *secta* dos sabinianos — concluiria este projeto de um tratado sistemático, sociocognitivo, com uma classificação global dos institutos jurídicos por *genera* e *species*.

nova relação com o poder político<sup>7</sup>. A revolução do formalismo havia coincido com sua crise: uma nova *scientia iuris*, separada e especializada surgia diante de um novo poder político e, pela primeira vez, o laço visível entre *ius* e hegemonia aristocrática começava a ficar obscuro. Com os últimos anos republicanos, vemos a formação de um grupo “profissional” de juristas e, com eles, a formação de uma “política do direito”, lugar de compromisso e diálogo cada vez mais necessários entre os poderes e grupos diversos<sup>8</sup>. O arco temporal que vai desde Múcio Cévola até Cícero é decisivo em consolidar o Direito em um lugar apartado da nova geografia dos conhecimentos; ainda que permanecesse uma ciência disciplinante e constitutiva da ordem social, que falasse de um lugar privilegiado, esta se torna apartada da prática direta das magistraturas e da política.

A figura de Labeão no século I passa a representar, por excelência, a separação de poderes e de espaços autônomos para o *ius* e para a atuação pú-

<sup>7</sup> Quinto Múcio Cévola, Sérvio e Cícero são os grandes protagonistas da discussão que já estaria estabilizada no contexto político da geração seguinte, aquela de Labeão. Na obra *De Oratore* Cícero demonstra as diferentes teses de Múcio e Sérvio: que funcionavam, na verdade, como interpretações diversas da mesma exigência, a de dar a cidade e ao império a medida de uma nova condição textual e de uma nova *epistème* para o Direito. A despeito de suas diferenças, tanto em Múcio quanto em Sérvio o passado da jurisprudência romana assumia a forma de um paradigma casuístico estratificado no tempo, cuja racionalidade prescritiva empírica e marcadamente qualitativa não deveria ser abandonada, e sim estudada e consignada enquanto exemplo, enquanto medida. Diferenciavam-se porque em Múcio a tradição era, além disso algo a mais: atuava como um vínculo político efetivo, para além de um mero estilo de análise; Sérvio a traduzia apenas como uma eleição de método.

<sup>8</sup> Não se tratou de um caminho unidirecional já que outros projetos existiram dentro da própria escola serviana. Estes projetos distintos — que perderam a batalha pela memória histórica em seu período — de alguma forma podiam se comprometer com o projeto codificador de C. Júlio César quanto ao Direito (do qual temos notícia por Suetônio, *Divus Iulius*, 44). O jurista Aulo Ofílio, em seus livros *Iuris partiti*, demonstrou a intenção de reformular o *ius civile* de modo acentuadamente sistemático, no que encontramos eco em Pompônio (D.1.2.2.44). A tradição sucessiva, em clara oposição a esta direção, fez esquecer a recordação desta obra, bem como o homólogo perdido de Cícero *De iure civile in artem redigendo* (próximo do esquema de *Rhetorica ad Herennium*, obra que encontrou entre nós destino certo). Mais sorte teve o comentário de Ofílio ao edito (*Ad edictum*): o objetivo era o de consolidar e reordenar o entendimento do texto edital. A mesma intenção deveria permear a obra *De Legibus*, já que nela se encontra expressa. No entanto, estas efêmeras ideias divergentes exemplificadas por Ofílio foram rapidamente eliminadas após o conturbado período dos idos de março. A linha muciana-serviana tomou definitivamente seu lugar e de modo pleno durante a atuação de Labeão.

blica<sup>9</sup>. Nada mais do que o novo estatuto da intelectualidade romana frente ao ocaso da racionalidade aristocrática da república que findara em tristes sois: essas transformações, é claro, tomariam vias distintas na historiografia, na retórica, na filosofia e no direito. O pensamento jurídico assim se transformou, afirma Schiavone, porque logrou êxito em estabelecer e reforçar uma relação não destrutiva com as tradições mais antigas do próprio passado. A jurisprudência do primeiro século acabou por ter muitos pontos de contato com a cultura romana republicana: seu elemento comum era justamente o problema de adequar a complexa trama de tradições — tidas como componentes essenciais daquela *res publica* — com os novos tempos, com a época que Roma figurava cada vez menos como uma comunidade e mais como o centro de um império. Como defender e exaltar o passado cidadão e republicano em um império cada vez mais abrangente e relativista? Como sustentar o novo com as cores do antigo? A “revolução formal” do pensamento jurídico romano operou por meio da renegação sutil das tradições mais antigas e dos estratos mais profundos da cognição arcaica de *ius*: combinando o antigo paradigma ontológico com o modelo casuístico<sup>10</sup>. Não há que se falar nesse período de uma suposta divisão entre juristas “conservadores” e “inovadores”: todos estavam implicados no debate de sua época, a saber, a transformação do saber jurídico frente ao novo contexto (Schiavone, 2009a, p. 388-412).

Se o trabalho de Labeão não alcançou êxito político em sua oposição ao principado de Augusto — como sabemos que não alcançou — ou à defesa das antigas prerrogativas da jurisprudência aristocrática, nem por isso seu trabalho

---

<sup>9</sup> Pompônio afirma que Labeão dividia seu ano passando seis meses em Roma, na atividade do *ius respondendi*; e outros seis meses em sua *villa*, distante da cidade, dedicado a estudar e escrever (D.1.2.2.47). A imagem é um exemplo desse novo ideal de jurista.

<sup>10</sup> Os procedimentos de Labeão estavam em condições de estabelecer uma nova relação entre interpretação jurídica e texto normativo, e de propor novos fundamentos ao tradicional primado da jurisprudência (uma renovação da tradição, neste sentido), enfrentando o poder político do *princeps* na atividade de inovação jurídica e fundando um saber jurídico autônomo, tendente a subordinar toda a atividade normativa à autoridade intelectual dos juristas. Parte do acordo invisível, Labeão ainda sim representou algo como a última resistência da república aristocrática. Como afirma Schiavone: “El pensamiento laboniano deja emerger con claridad los resultados ya alcanzados por la revolución formal: la predisposición de una ontología guiada por un racionalismo jurídico riguroso y consecuente, el primero en manifestarse con tanta perfección”.

foi em vão: tornara-se o modelo de jurista dessa nova forma de compreender o *ius* em Roma. O modelo de Labeão seria o modelo jurídico por todo o século I e alcançaria o começo do século seguinte, pelo menos até a ascensão de Juliano no reinado de Adriano. Contudo, não nos enganemos: a proposta labeoniana não importou para as gerações sucessivas a mesma hostilidade direta para com o principado<sup>11</sup>. Sucedeu assim que o exemplo de Labeão e seu modelo de jurista foram separados de seus contingentes marcos de resistência ideológica depois dos anos de Augusto e em contextos políticos que consolidaram o Principado. A marca labeoniana também seria reelaborada para traçar os confins de um compromisso histórico entre o *princeps* e a jurisprudência aristocrática. Esse acordo silencioso garantiria, pelo lado dos jurisconsultos, substancial parcela da tradição hierárquica jurisprudencial da produção do direito; pelo lado do *princeps*, a lealdade e colaboração dos juristas na nova instituição, sem os perigos de um contragolpe ou resistência intelectual.

No entanto, a história do Direito Romano não é linear quanto a isso no decorrer do século I, sobretudo, entre os anos da morte de Augusto até Nero e Domiciano: vários imperadores costumaram ser *hostis* aos intelectuais em geral, entre eles, os jurisconsultos<sup>12</sup>. Uma visão de conjunto sugere que o mo-

<sup>11</sup> Em grande medida isto se deve a cautela de Augusto que não apenas abandonou o programa de César quanto ao Direito, como também se rodeou de juristas não partidários do antigo primado jurisprudencial (como Trebácio e o rival de Labeão, Ateio Capitão). Como se sabe, foi também Augusto quem instituiu de forma absolutamente sutil o *ius respondendi ex auctoritate principis*, reforçando o valor das respostas de alguns autores eleitos por ele mesmo com sua autoridade, terminando por ter controle e discriminação na tarefa jurisprudencial. Os novos juristas depois de Labeão, *i.e.*, aqueles nascidos após a morte da república, não mais se comprometeriam de modo ativo com a insurgência implícita do famoso jurisconsulto, reforçando a aliança aludida por Schiavone.

<sup>12</sup> As informações que retiramos das fontes nos deixam em círculos: diminuam as figuras e obras de grande importância, bem como somem os dados biográficos destes juristas até pelo menos o reinado dos Severos. Um exemplo vívido é o suicídio do famoso jurisconsulto Coceio Nerva (cônsul em 22 d.C.) durante o reinado de Tibério: um labeoniano convicto e um aristocrata de espírito republicano. Os imperadores Tibério, Calígula, Cláudio e Nero também proporcionaram tempos de tensão para os juristas romanos: Sêneca descreve em uma passagem como os juristas, após a morte de Cláudio, saíam das sombras respirando com dificuldade (Sêneca, *Apocolocyntosis*, 12.2). Todo este período, informa Schiavone, é uma espécie de **topos** suspenso da historiografia, literatura e estudos jurídicos, que ainda conservava a memória da decomposição da república e uma certa força em potência para o enfrentamento e resistência intelectuais perante a espada



delo resistiu à prova e contribuiu para reforçar uma vocação especializada da jurisprudência e sua constituição como grupo detentor de um saber especializado e apartado. A grande tendência dominante pelos juristas foi a cautela: a autêntica hostilidade ao principado e quaisquer oposições republicanas não emergem com mais força depois de Labeão. A relação entre intelectuais (e juristas) com o poder adquiria agora dimensões inéditas no mundo antigo: os juristas intentaram acompanhar as ações do poder político, assim como fez Sêneca, em uma perspectiva de colaboração dentro de uma rede de garantias tecida pelo acordo invisível, e não de resistência<sup>13</sup>.

Nesse mesmo período — do fim da república e durante a dinastia júlio-claudiana, firmados os novos termos da convivência entre juristas e o poder político — observamos o grande fenômeno da época verificado em relação com os resultados da revolução formal do pensamento jurídico: a cristalização do *ius civile* e do *ius honorarium*. O direito jurisprudencial e o direito dos editos, os dois grandes blocos que constituíram a trama da experiência jurídica romana, gradualmente cessam seu impulso e movimento cristalizando-se em formas normativas e conceituais definidas (em alguma medida, pode-se dizer, encerradas em sua ulterior vitalidade) para se transformarem em paradigmas e características

---

do *princeps*. Este mesmo “intervalo” de degeneração da atividade intelectual e jurídica foi captada por Pompônio enquanto delinea a história do *ius respondendi* (D.1.2.2.12-13): nestes anos, admitia, não recebia o reconhecimento do *princeps* quem possuía (apenas) autoridade do saber e talento, e sim, por puro privilégio ou graça do imperador outorgada aos homens (independentemente de seus méritos).

- <sup>13</sup> Estamos diante do período das famosas “escolas” de direito: os sabinianos e os proculianos, quase sempre comentada de modo um tanto vago nos manuais e trabalhos de Direito Romano. É relevante considerar que a solidariedade dos jurisconsultos enquanto grupo existia pela base comum da identificação do saber técnico-jurídico especializado e da política jurisprudencial do Direito; porém a própria jurisprudência constatava em seu interior ao menos duas “escolas” de pensamento jurídico distinto entre a segunda metade do século I e século II. É provável que a distinção entre sabinianos e proculianos tivesse à época menor peso do que as notícias de Gaio e Pompônio nos indicam; e é certo, afirma Schiavone, que não podemos reduzir as duas escolas a comportamentos políticos ou científicos unívocos (como a velha interpretação de que os proculianos eram favoráveis ao principado e os sabinianos à república). O que temos diante de nós são figuras reais de juristas que, de modos distintos, tinham o intento de preservar a independência do *ius* em perigos de largas dificuldades para a atividade intelectual. É por falta de espaço, mas não por desatenção a sua importância na história da cultura jurídica romana, que deixaremos de comentar em pormenor a relevância de figuras como Masúrio Sabino, G. Cassio Longino e Prúculo.

fixos do direito de Roma. Formava-se a base de uma continuidade imóvel destinada a ser capaz de orientar todas as novidades dos séculos seguintes.

Quanto ao *ius civile*, já nos tratados de Quinto Múcio Cévola — um dos quais Gaio informa ter comentado<sup>14</sup>, um dado relevante — a relação entre estilização do caso e formulação do enunciado havia alcançado um patamar inédito no pensamento romano. O seu intento era o de enfatizar uma acabada sequência de regras jurídicas para expor de modo límpido as antigas tradições jurídicas da *respublica*. A partir de então, alcançando os juristas dos tempos de Sabino, parece haver uma comum busca pela redução de máximas do direito, um esforço de recolher um círculo de formulações ilustres da tradição sapiencial que partira do direito pontifical e das XII Tábuas e alcançava o paradigma da “revolução formal”, com suas construções abstratas de prescrição e tratados de casuística. De Cévola até Sabino, vemos um interesse derrocado pela casuística — ainda que sempre presente — em prol de um novo e despontado horizonte dedicado a exposições sintéticas e modelares da tradição do *ius civile* do qual o próprio Gaio ocupa grande papel. Completava-se assim, de Cévola até Sabino a solidificação textual do *ius civile* e de sua transmissão, tanto do ponto de vista estilístico quanto do ponto de vista técnico-jurídico. Para os autores sucessivos, os temas mucianos, labeonianos e principalmente sabinianos tornavam-se o centro do paradigma descritivo: o novo só poderia se expressar a partir de uma ilustração ou diálogo com o antigo, uma vez que o antigo tornava-se medida estilística e cume da criação do pensamento jurídico.

Há que se fazer consideração análoga quanto ao edito pretoriano. É possível afirmar que o período de maior desenvolvimento do edito se dá entre os séculos II-I a.C., anos em que, no entanto, a atividade jurisdicional do pretor ainda não se refletia em um programa concebido de modo orgânico<sup>15</sup>. É improvável supor no edito pretorial antigo um texto unitário dotado de intrínseca

---

<sup>14</sup> G., *Inst.*, I.188.

<sup>15</sup> O “século de ouro” ou o grande momento do edito pretoriano é, para Schiavone, a época que vai da atuação de Públio Rutilio Rufo e Quinto Múcio Cévola (115-110 a.C.) até o comentário de Antistio Labeão (20-15 a.C.), utilizado por Pompônio, Paulo e Ulpiano como pedra fundamental para compreender aquele gênero literário. Não havia ainda, contudo, modelos pré-determinados: este passo de mudança é evidenciado e diagnosticado no *De Legibus* de Cícero, época em que a organização normativa e a jurisdição do magistrado se delineava. Esta sedimentação efetiva do Direito pretoriano e dos editos não teria sido possível sem a intervenção do trabalho interpretativo da jurisprudência nestes séculos.

coerência: os “editos”, no plural, eram prova da atividade normativa implícita do magistrado e que a urgência cotidiana trazia ao disciplinamento de uma sociedade que se moldava em império. Nesse período, dois acontecimentos são relevantes para a história do edito: a *Lex Cornelia de edictis* (67 a.C.)<sup>16</sup> e o trabalho de Aulo Ofílio, discípulo de Sêrvio Sulpício. A lei de Caio Cornélio fixava de modo inédito os termos da relação entre pretores e editos: ao começo de sua magistratura os pretores deveriam, em uma única previsão, esboçar as inovações e mudanças que intentavam trazer ao precedente edital, na forma da primeira estabilização do texto dos editos<sup>17</sup>. Com segurança, podemos ver nesse o primeiro passo para acentuar um caráter programático ao edito, objetivo candente da *Lex Iulia*<sup>18</sup>, certamente discutido por juristas do porte de Labeão. Já o segundo acontecimento foi, conforme Pompônio, a primeira compilação exaustiva do edito do pretor sobre a jurisdição, feita por Aulo Ofílio<sup>19</sup>. Ainda que Ofílio não estivesse em condições de tornar o edito pretoriano um texto independente, reproduzido e interpretado exclusivamente a partir de lemas e esquemas abstrato-conceituais, foi o primeiro a interpretá-lo de modo sistemático, agregando e conectando a série desordenada e caótica dos editos dos magistrados dos séculos III-I a.C. em uma sequência pré-estabelecida.

O quadro normativo assim se estabiliza dos anos finais da república e no começo do Principado júlio-claudiano. Na época de Labeão, do ponto de vista normativo, o quadro era, sem dúvida, estável, baseado no primado de um modelo proprietário expresso na exclusividade privada do gozo dos bens como pressuposto implícito da personalidade jurídica e da cidadania. O

---

<sup>16</sup> Também conhecida como *Lex cornelia de iurisdictione*. Esta lei ordenava que “the praetors administer the law according to their perpetual edicts”. Tocava um ponto delicado: a discricionariedade do magistrado (até então irrestrita e sem limites) em modificar no ano de seu cargo as prescrições do edito pretoriano. (Berger, Adolf, p. 549). Ver ainda a referência contida em Dião Cássio, *Historia Romana*, XXXVI, 40.1-2.

<sup>17</sup> Segundo Schiavone é possível conjecturar que esta lei estivesse vinculada a uma tonalidade anti-senatorial, inspirada em ideias típicas da política de Pompeu e seus partidários. É também verossímil conjecturar que a norma nunca foi aplicada de modo rígido: sem dúvida os aristocratas entenderiam por demagógica e intrusiva a ossificação do direito pretorial, magistratura marcadamente aristocrática.

<sup>18</sup> Promulgadas por Augusto as *leges Iuliae iudicariae* (cerca de 17 a.C.) fixaram a mudança do paradigma processual das *legis actiones* para o procedimento formular.

<sup>19</sup> D.1.2.2.44.

próprio ordenamento jurídico romano era fruto de uma ordem cada vez mais irredutivelmente dual<sup>20</sup>.

Ao final do século I d.C., o direito romano — e com ele, o pensamento jurídico romano — estava totalmente separado das bases republicanas e começava a se constituir dentro do ordenamento jurídico do principado e de suas vocações universalistas. O comentário ao edito de A. Ofílio havia contribuído para o nascimento de um estatuto unitário do edito pretoriano; o trabalho de Labeão apontava para uma separação clara entre jurisprudência e magistratura, e reivindicava a função autônoma da jurisprudência; Sexto Pédio em seu comentário *ad Edictum* configurava um projeto de integração e acordo do saber jurídico e do poder político das magistraturas, aceita a nova constituição material do império.

---

<sup>20</sup> Dual, sem dúvida, mas também como aponta Schiavone, unilateral. A construção jurídica cada vez mais sofisticada filtrava-se em um estrato relativamente sutil e menor da sociedade, aquele dos consumos opulentos, dos grandes empreendimentos comerciais, da intensa vida urbana, da racionalidade produtiva e do pensamento crítico letrado e das estratificações sociais mais articuladas; a imensa maioria da população — não apenas mulheres e escravos, mas também todos os homens fora deste estrato — estavam sujeitos a dura naturalidade sem mudanças ou movimento. Era voltada para uma ordem jurídica de proprietários (de terras e escravos) e de mercadores, não de produtores; centrava-se, pois, na renda, e não no trabalho. Na óptica retrospectiva dos juriconsultos do principado a polaridade de *ius civile* e pretório era o signo providencial do talento jurídico de seus ancestrais e da formação de uma admirável arquitetura conceitual: no entanto, também era prova de uma fragilidade social nunca superada e da adaptação perante a fatos que não se tentavam superar ou modificar. O Direito Romano jamais se voltaria para a defesa de objetivos jurídicos e sociais que não poderia entrever: ele nasceu da concentração de poder da aristocracia, passou pela conquista do império e seus impulsos mercantis, e estacou no limite da revolução do formalismo. Sem bases culturais, filosóficas ou tecnológicas outras, o Direito Romano não daria outros passos significativos nesta seara tipicamente moderna. O Direito Romano era, mais do que uma forma de pensamento, um estilo mental: esta é a característica de fundo que em alguma medida igualava todos os juristas a despeito de suas diferenças. Seus diálogos, discussões e críticas mútuas entre as gerações ligaram um modo de pensamento e investigação em uma única gigantesca trama de problemas, acrescida do trabalho contínuo de criação de novas hipóteses, soluções e institutos. No jogo de citações, referências, polêmicas e doutrinas formou-se o tempo histórico da “ciência jurídica romana” que gradualmente cancelou a distância entre os autores, fez-se perder a distância cronológica e forjou uma continuidade de disciplinas e doutrinas do *ius*.

### 3 O TEMPO DE GAIO

Gaio não foi, todavia, um jurista do século I, do século de Labeão: foi um jurista do século seguinte. Ainda que não seja a formalidade da cronologia que denote continuidades e descontinuidades temporais, alterações significativas ocorreram neste período de tempo. A aliança forjada no começo do Principado, primeiro hesitante, depois traumática, por fim receosa, efetivou-se finalmente de modo pleno no século seguinte com o fim da dinastia júlio-claudiana e trouxe consigo um novo panorama para a atuação do direito. Os juristas em atuação durante as dinastias flaviana e antonina construíram uma aliança renovada e íntima com o poder imperial, possível graças à estabilidade do Império. Esses juristas derivavam, em geral, da recente aristocracia dos municípios itálicos ou das províncias do Ocidente e da Dalmácia, outra novidade dentro da história dos estratos sociais romanos: no século II da era cristã, a irradiação da disciplina havia em efeito transformado os canais institucionais e de composição social da casta dos jurisconsultos. Os juristas saíram de seu isolamento — fruto do pensamento de Labeão, a quem sempre devotariam, entretanto, papel fulcral na história de seu pensamento — e se tornaram protagonistas da vida burocrática e intelectual.

Por um lado, esse novo momento refletia o ulterior fortalecimento dos paradigmas utilizados e que se consolidaram no cânon metódico do *ius civile* e do Edito de Juliano: o Direito centrado em um específico caráter demonstrativo e não contraditório do discurso jurídico unido a uma realização ontológica-normativa. Por outro lado, essa supremacia se explicava pelas novas tarefas que o poder político agora assinalava aos juristas, modificando o marco de referência dentro do qual eles trabalhavam (Wieacker, 1998, p. 28 ss.). O pensamento jurídico teve de acompanhar as mudanças do império: seus líderes intelectuais tinham a tarefa de orientar um poder político virtualmente ilimitado e, para tanto, precisariam de termos em medida universal, aceitos e compatíveis de modo racional<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> A atividade volta-se ao *respondere*, isto é, à decisão de uma *quaestio iuris* contenciosa, com a autorização do imperador para seu exercício. O juízo se direcionava ao exame da *ratio decidendi*, um processo de indução a partir de uma *regula veterum* ou de soluções precedentes, levando ao predomínio, segundo Wieacker, dos recursos da analogia e da comparação de casos.

## Foi a época de juristas como Ariston<sup>22</sup>, Nerácio<sup>23</sup>, Celso<sup>24</sup> e Sálvio

<sup>22</sup> Tanto Ariston quanto Nerácio eram — segundo um comportamento dominante na cultura jurídica deste século — adeptos de um espírito labeoniano, encontrando no antigo autor não apenas a origem de uma doutrina excepcional, mas, também um mestre da vida moral. Labeão propôs assim aquilo que Schiavone definiu como “racionalismo labeoniano”: as definições jurídicas se dão por um uso extensivo, quase ontológico, do verbo (no caso de Labeão, o verbo *contrahere*, quando de sua definição de *pactum*, não por um rol taxativo, como fizera Sêrvio, mas exemplificativo). De modo a “superar” as insuficiências das disposições do Edito do pretor, Labeão propunha partir da existência objetiva de certos fatos (no caso, a reciprocidade de obrigações no *ius gentium*) para conduzir à qualificação jurídica. Os procedimentos de Labeão estavam em condições de estabelecer uma nova relação entre interpretação jurídica e texto normativo, e de propor novos fundamentos ao tradicional primado da jurisprudência (uma renovação da tradição), enfrentando o novo poder político do *princeps* na atividade de inovação jurídica e fundando um saber jurídico autônomo, tendente a subordinar toda a atividade normativa a autoridade intelectual dos juristas. O pensamento de Labeão — mais tarde depurado das forças políticas contrárias ao Principado — era recebido oposição da teoria de outro importante jurista, Javoleno, que trabalhou entre o reinado de Domiciano e Trajano. O contraste é evidente. Javoleno se voltou para textos do século anterior acentuando sempre a casuística daquelas obras, o caráter prescritivo mais “responder” do que o efetivamente ontológico-sistemático. Javoleno ficou marcado também por redescobrir o estilo de análise que evidenciava a opção casuística do direito: é dele a célebre frase que toda definição é perigosa (D. 50.17.202): sua crítica alcançava os trabalhos de Labeão, Sabino e Quinto Múcio, aflorando um empirismo descritivo certamente distante do modelo “racionalista” (ou, poderíamos arriscar, intelectualista, no sentido de que sua autoridade advém da interpretação autorizada) que fora construído de Labeão até Pêdio.

<sup>23</sup> É com Nerácio que a obra de Labeão (representante da revolução formal, nos termos de Schiavone: uma mudança do paradigma meramente formal para a construção de um saber autônomo do direito) ganha novo sentido. Em vez de se prefigurar um universo normativo aberto e controlado pelas *regulae iuris* da jurisprudência (Labeão), defende-se a ideia de um Direito que, mesmo feito pelos juristas, seja fechado e dogmático, “bloqueado” pelo passado cujos confins de seus limites (Nerácio). Segundo Schiavone, socialmente tal projeto se respaldava em defesa de um governo imperial em certa medida restaurador da *praxis* tradicionalista, como fora o do imperador Trajano. Paradoxalmente, Nerácio se utiliza de um ingrediente de Labeão (a determinação lógica do *ius*, entendido como saber especializado) e sua imagem como estrutura ontologicamente perfeita, independente de análise, para chegar a uma conclusão antilabeoniana: dogmática, defensiva e pessimista, menos devedora do “racionalismo criativo” anterior, que buscava, de algum modo, resguardar-se do poder político ao colocar o poder de dizer o Direito na palavra dos juristas aristocratas, independentes do *princeps*.

<sup>24</sup> Celso viveu e trabalhou no mesmo tempo de Juliano, e foi discípulo dos ensinamentos de Ariston e Nerácio. Distanciou-se, contudo, do método dos mestres, sendo mais empirista e menos dogmático.

Juliano<sup>25</sup>. Todos quatro — ainda que com possíveis reticências de Celso — eram jurisperitos que, na tradição labeoniana reinventada, passaram a trabalhar de mãos dadas com o poder do imperador, cuja intervenção em questões de direito tornara-se cada vez mais frequente por meio do instrumento do *rescriptum* (respostas pontuais a uma pergunta de um funcionário, redigida e estabelecida nos limites do caso proposto, tendo valor exemplar fundado na autoridade do *princeps*). Juristas como Celso e Juliano foram os artífices dessa nova etapa frente ao poder imperial. Esses dois juristas, alunos ou descendentes intelectuais de Ariston e Nerácio, viveram, quanto à cultura jurídica, uma tensão entre o descobrimento da possível inadequação da tradição anterior (dogmática, racionalista) e a elaboração de um *ius* que pudesse refletir com liberdade a ordenada Cosmópolis imperial e as novas elites urbanas de todo o império.

O que se impõe a partir de Juliano — e que, portanto, era o paradigma dos grandes juristas de Adriano até Severo — é um modelo menos labeoniano da revolução formal: uma ciência que decide enfatizar novamente o aspecto casuístico da própria obra, voltada para a recompilação e comentário dos grandes blocos ordenadores de sua tradição, o *ius civile* de Sabino e o edito pretoriano de Sálvio Juliano. Aos finais do século II d.C., a jurisprudência tinha diante de si uma nova ordem de produção do direito: o esgotamento do *ius honorarium* por

---

<sup>25</sup> Este jurista possuía uma relação com a tradição mais prudente que Celso, ainda que menos rígida que Nerácio e Ariston. Admitia que a tradição do passado não era de todo explicável e solucionável nos mesmos termos das razões do presente; e que certas prescrições do passado, não reduzidas a um parâmetro nacional, permaneciam como um corpo jurídico inerte, sem poder construir nenhum dispositivo ou solução analógica (D.1.3.20; D.1.3.15). O modelo de Juliano superava a ideia de síntese e representava uma autêntica superação das antigas polaridades: empírico x racionalista-dogmático (Sabino x Labeão; Ariston x Javoleno; Celso x Nerácio). Todos os jurisconsultos do passado eram plenamente utilizados para extrair de seus escritos resultados avançados em termos de fundamentos teóricos ou de política do direito. Instrumentos até então não compatíveis de todo se tornam integrados: análise conceitual, valoração empírica, construção analógica de regras, exame de circunstâncias pelo equitativo. Sálvio Juliano também é o grande responsável, ao encargo de Adriano, de executar a codificação do edito do pretor: mais do que tornar este vínculo fixo e imóvel, encontrava-se uma sistematização definitiva. Isto significava que os juristas também tinham de se adaptar a esta imobilidade do texto pretoriano, passando a comentar e trabalhar em cima de um texto que não mais se modificaria. Assim o trabalho de Juliano e sua personalidade coroa o trabalho dos juristas do século II, substituindo o modelo de Labeão.

um lado, com a solidificação do edito pretorial; e por outro, o enfraquecimento da autonomia do direito com a presença cada vez mais direta dos procedimentos constitucionais imperiais em questões de direito.

Os juristas recebiam cargos e tarefas cruciais na direção e controle do Império, mas irremediavelmente tiveram por desarticuladas suas relações com o *princeps* no que tocava à direção da política e governo. Gaio desponta em alguma medida como a síntese dessa tensão: ainda que não se possa acusá-lo de ignorar as necessidades casuísticas dos novos tempos, reafirma em suas *Institutiones* os pressupostos didáticos e, em alguma medida, racionalizantes que propugnaram Labeão e Sabino. Concluamos, pois, especificamente a partir de Gaio.

#### 4 PARA ENTENDER AS *INSTITUTAS* DE GAIO

Pouco ou quase nada se sabe do jurisconsulto Gaio além de seu prenome e época aproximada de sua vida (Campos, 2010, p. 14; PILATI, 2013, p. 30). Gaio (aproximadamente 110-179) teria vivido no tempo que vai do Imperador Adriano (117-138), passa pelos imperadores Antonino Pio e Marco Aurélio, chegando possivelmente até o início do reino de Cômodo (180)<sup>26</sup>.

O próprio nome do jurista oferece problemas de precisão. Nem mesmo sabemos, com certeza, se seu prenome é *Caius* ou *Gaius*. Esse é o mais vulgar dos *praenomina* latinos, tão vulgar que foi ironizado por Plutarco<sup>27</sup> ao utilizar os prenomes *Gaius* e *Gaiua* como exemplo típico da especificidade dos antigos casamentos religiosos romanos. Não temos qualquer conhecimento do *nomen gentile* do jurista, tampouco de seu *cognomen*, que poderia ajudar a decifrar maiores contornos de sua biografia. Quando outros juristas

<sup>26</sup> Para precisar esta data Segurado e Campos indica um fragmento recolhido em uma outra obra dedicada ao estudo dos fideicomissos (D.34.5.7.pr) faz referência a um acontecimento que se deu no reinado do imperador Adriano [117-138 d.C.] (este acontecimento é mencionado por outros autores em D., 46.3.36 e D., 5.4.3). A partir daí seria possível inferir os prováveis anos de vida e atuação do jurisconsulto.

<sup>27</sup> Precisamente: ὄπου σὺ Γάιος, ἐγὼ Γαῖα (*ubi tu Gaius, ego Gaia*), passível de tradução como “[na ocasião] aonde [e quando] fores Gaio, eu sou [serei] Gaia”. Plutarco, *Quaestiones Romanae*, 30.



citam “Gaius”, não sabemos se estamos a tratar do Gaius das *Institutiones* ou do jurisconsulto Gaius Cassius Longinus<sup>28</sup>.

Tampouco há certeza de onde e em quais condições trabalhou o autor das *Institutiones*. Em 1859, o romanista Theodor Mommsen defendeu em um artigo que Gaius teria vivido e trabalhado como professor de direito na parte oriental do Império — no qual a regra era o domínio da língua e cultura gregas, entre eles, os costumes de referência apenas ao prenome (Pilati, 2013, p. 30-31). Uma série de indícios, pensava o célebre romanista, indicaria essa possibilidade: Gaius foi o único jurista que escreveu um trabalho sobre o *edictum provinciale*; tinha a tendência de multiplicar situações específicas características das províncias em seus escritos; sua escrita era abundante em helenismos linguísticos e na tendência para citar passos de autores gregos e possuía conhecimento aprofundado do *ius peregrini*.

Os estudiosos contemporâneos admitem como mais plausível que Gaius tenha exercido sua atividade em Roma no período que vai dos últimos anos do governo de Adriano até ao final do de Marco Aurélio (ou mesmo o início do de Cômodo). Isso não obsta o conhecimento do direito provincial por sua parte: os jovens romanos abastados se preparavam para a carreira administrativa nas províncias a partir de um período de preparação na capital, sobretudo, na área do Direito. Em contrapartida, aceita-se como plausível a hipótese de que Gaius jamais exerceu altos cargos na administração do império e que tenha sido fundamentalmente um erudito da história do Direito Romano. É quase consensual que Gaius nunca deve ter possuído o *ius respondendi*<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Existe a possibilidade de que Gaius não seja o prenome, mas sim o gentílico do autor: no entanto, não era habitual citar-se o nome de um jurista apenas pelo gentílico dado que à sua época o grande número de cidadãos do império impingia a necessidade de especificar o cognome para melhor identificação.

<sup>29</sup> Também neste ponto não encontramos consenso. Entre nós se levantou a indagação do professor José Isaac Pilati: se Gaius não possuiu o *ius respondendi*, é plausível que tenha sido influente ao ponto de sua inclusão na Lei das Citações (476 d.C.) juntamente ao Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino? (Pilati, 2013, p. 30-32). Os romanistas que tendem a conjectura de que Gaius não possuiu o *ius respondendi* argumentam para a ausência, em sua lista de obras, de títulos de *Responsa* e *Quaestiones*, típicas formas casuísticas dos jurisconsultos autorizados com o direito de responder a questões pelo imperador.

Paradoxalmente temos mais informações da criação do que do criador. As *Institutiones* devem ter sido compostas a partir do fim do principado de Antonino Pio e no início do reinado do imperador estoico Marco Aurélio. O modo como Gaio designa Antonino parece indicar claramente que a obra começou a ser escrita durante a vida desse imperador e que continuou após sua morte<sup>30</sup>. A última referência cronológica precisa de Gaio é ao *Senatus consultum orphitianum* de 178, ao qual o jurista dedicou um trabalho em um único livro<sup>31</sup>; podemos assim inferir que talvez tenha trabalhado até o ano 180 da era cristã. Gaio contribuiu, no entanto, com muitas outras obras<sup>32</sup>. Devemos ter cuidado de lembrar que não era para seus contemporâneos apenas o autor das *Institutiones*: não apenas em face do grande número de obras que possuía, mas também por ter recebido o prestígio de ser elevado a um dos cinco maiores nomes da Lei das Citações séculos mais tarde.

Como jurisconsulto, Gaio não é apenas um divulgador ou pedagogo do pensamento alheio: sua inovação está em, aproveitando as fontes filosóficas gregas e as intenções de certa linha do pensamento jurídico romano desde Quinto Múcio Cévola e Cícero, efetivamente criar uma sistematização orgânica de todo o edifício do direito privado romano, desenvolvida na tricotomia *personae, res e actiones*. Como afirmou Wieacker (1998, p. 32), somente com Gaio o Direito Romano ganharia o tratamento de uma organização do conjunto da matéria, se-

<sup>30</sup> Exemplos podem ser encontrados em G., *Inst.*, I.53, 74, 102; II.120, 126, 151a.

<sup>31</sup> Com um fragmento conservado em D.38.17.9.

<sup>32</sup> Segurado e Campos nos alude à lista de obras de Gaio mencionadas no *Index Florentinus*. São elas: (a) *Ad edictum provinciale* βιβλία λβ, “Comentário ao Edito Provincial em 32 livros”; (b) *Ad leges* βιβλία δεκαπέντε, “Comentário a diversas leis em 15 livros”; (c) *Ad edictum urbicum* τὰ μόνα εὐρεθέντα βιβλία δέκα, “Comentário ao Edito do Pretor Urbano em 10 livros”; (d) *Aureon* ou *rerum cottidianarum siue aurerorum libri* βιβλία ἑπτὰ (1 livro); (e) *Comentários à Lei das Doze Tábuas*, δύο δεκαδέλτου βιβλία ἕξ “Comentário à [Lei] das XII Tábuas em 6 livros”; (f) *Institutiones* βιβλία τέσσαρα, “Instituições em 4 livros”; (g) *De verborum obligationibus* βιβλία γ, “Sobre as obrigações contraídas verbalmente em 3 livros”; (h) *De manumissionibus* βιβλία τρία, “Sobre as manumissões em 3 livros”; (i) *Fideicomissos* βιβλία δύο, “Sobre os fideicomissos” (2 livros); (j) *De casibus* βιβλίον ἓν, “Sobre situações particulares em um livro”; (l) *Regularion* βιβλίον ἓν “Regras jurídicas em um livro”; (m) *Dotalicion* βιβλίον ἓν, “Sobre os dotes em um livro”; (n) *Ad formulam hypothecariam*, ὑποθηκαρίας βιβλίον ἓν, “Sobre a fórmula hipotecária em um livro”. Além destas treze obras o próprio Gaio transmite a notícia da existência de pelo menos um décimo quarto trabalho: uma síntese do tratado de *ius civile* de Quinto Múcio Cévola (G., *Inst.*, I.188)..

guindo um método dialético, completando a intenção ciceroniana de basificar o conhecimento jurídico em uma *ars iuris*<sup>33</sup>. Se isso não viesse a confirmar a notabilidade de Gaio, ao menos, testemunharia a favor de seu alicerce na história do direito romano: vivendo no que seria o coração do funcionamento da máquina romana, sem ignorar a casuística (e talvez mesmo sem exercer o *ius respondendi!*), o jurisconsulto dá um dos passos decisivos em uma trajetória de história secular no pensamento jurídico de Roma.

Prestigiado por seus pares, Gaio foi, contudo, grandemente perdido pela literatura jurídica do Ocidente após seu tempo. A existência das *Institutiones*, além do que atestavam os quinze fragmentos das *Digesta* de Justiniano, eram até então conhecidas em parte por um pequeno texto, a *Epítome de Gaio* (*Liber Gai*) presente no Breviário de Alarico (ou *Lex Romana Wisigothorum*)<sup>34</sup>. O conhecimento quase integral da obra só se tornou possível quanto o alemão B. G. Niebuhr descobriu, na Biblioteca de Verona, o texto de Gaio subscrito em um palimpsesto que continha as Epístolas de São Jerônimo (Pilati, 2013, p. 33)<sup>35</sup>. Vários eruditos aplicaram diversas técnicas de época para ler as letras raspadas do original de Gaio — o que inutilizou a fonte original —, dos quais se destaca a cópia manuscrita até o presente

---

<sup>33</sup> WIEACKER, 1998, p. 21; VILLEY, 1991, p. 76-79. Conforme lembra Villey, os parâmetros desta arte foram estabelecidos sobretudo em CÍCERO, *De Oratore*, XLI.185-192: é uma arte de conhecimentos dispersos reunidos em um único corpo de doutrina. Iniciar-se-ia com a definição do que era o Direito; e, seguidamente, dividir a matéria em um plano harmonioso e cômodo de duas ou três partes (correspondente a alguns poucos gêneros), e diante disto resumir suas espécies (*in genera et species*).

<sup>34</sup> A Epítome nada mais era do que um resumo dos três primeiros livros; até hoje é de suma importância enquanto parâmetro para identificar as mudanças da jurisprudência romana dos séculos IV e V d.C. e interpretar os trechos faltantes.

<sup>35</sup> Reiteramos consideração anterior do professor Pilati nesse ponto: “A descoberta da obra de Gaio permitiu uma façanha histórica extraordinária, conforme dito: resgata o processo clássico (formulário). Porque esse procedimento, baseado na *formula* pretoriana, fora genial estratégia empregada para contornar a rigidez das regras primitivas e, do final da República em diante, abrir caminho à construção de uma nova sociedade, rica, pujante e universal. Foi o instrumento adequado à dimensão dos novos conflitos, solucionados mediante equilíbrio e equidade, sob os auspícios do *imperium* da *iurisdictio* e com raras leis. Daí sua importância para o momento em curso, que chamam pós-moderno, no qual se reconstrói o paradigma da modernidade e caminha-se para uma completa revisão do Direito perante os novos conflitos e a nova realidade da comunicação eletrônica e do mundo digital”.

utilizada como representante oficial do Documento de Verona, feita por W. Studemund; outros manuscritos menores ladeiam o manuscrito de Verona para complementar diminutos fragmentos<sup>36</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Romano será sempre um mundo por desbravar, um outro universo por conhecer e (ao menos, tentar) compreender. Um mundo antigo, desconhecido, até aparentemente incompreensível e, por isso mesmo, fascinante. Roma nos legou uma literatura jurídica imensa. Não à toa, suas fontes permanecerão levantando persistentes indagações que receberão atenções mais ou menos detidas de acordo com as vicissitudes dos agentes históricos que as analisam.

Diante da necessidade de analisar uma dessas fontes em sua riqueza histórica, as *Institutas* de Gaio, perscrutamos brevemente a história do direito romano após o fim da república romana e os primeiros dois séculos do Império. Com o Principado, os jurisconsultos passaram a receber sua legitimação – jurídica, jurisdicional, em menor medida política – exercendo cargos e tarefas na burocracia e administração imperial. A marca principal da história do Direito Romano, o casuísmo, permaneceu forte a despeito do projeto sistematizador tardo-republicano de Cévola e Cícero.

Gaio, no entanto, foi um jurisconsulto bastante particular, situando-se no limiar e na soma das propostas vencidas de Cévola e do modelo paradigmático de Labeão: sem ignorar os aspectos intrinsecamente casuísticos do direito romano e os problemas jurídicos de seu tempo à luz do casuísmo, em suas *Institutas* ele efetivou o programa didático e racionalizador de juristas anteriores. Não à toa, o modelo de sua obra seria séculos mais tarde emulado a comando do imperador Justiniano e se tornaria uma das quatro partes fundamentais do *Corpus Iuris Civilis*. A célebre tripartição do Direito referente às coisas, pessoas e ações permanece sendo um núcleo fundamental de reflexão a respeito da história do direito privado ocidental, mas nos diz ainda

---

<sup>36</sup> Este artigo não pode — por termos de espaço e foco — se dedicar a uma análise pormenorizada da estrutura da obra de Gaio, também ela importantíssima para a própria história do pensamento jurídico romano. No entanto, fizemo-lo mais detidamente noutro lugar, ao que remetemos o leitor o artigo do professor José Isaac Pilati.

mais sobre o tipo de Direito e de pensamento jurídico que os tempos daquele jurisconsulto puderam produzir, substituindo a rigidez do modelo antigo e inaugurando o processo formular que seria uma das chaves para o sucesso histórico do direito clássico.

Segundo nosso juízo, por fim, a redescoberta de Gaio trouxe consigo uma oportunidade ímpar à romanística, com o condão de contribuir e efetivamente estimular a historiografia jurídica a respeito da história do Direito Romano clássico. Basta ao jurista a sensibilidade para escutar as muitas lições que as histórias de Roma têm para nos contar.

## REFERÊNCIAS

BERGER, Adolf. **Encyclopedic dictionary of Roman Law**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.

CABANES, Pierre. **Introdução à história da antiguidade**. Petrópolis: Vozes, 2009.

CICERO, Marcus Tullius. **On the republic, on the laws / De Re Publica, De Legibus**. With an english translation by Clinton Walker Keyes. Massachusetts: Harvard University, 1928. (LOEB Classical Library).

CICERO, Marcus Tullius. **On the orator books 1-2 / De Oratore**. With an english translation by H. Rackham. Massachusetts: Harvard University, 1942. (LOEB Classical Library).

CICERO, Marcus Tullius. **On the orator book 3 – On fate – Divisions of oratory - Stoic paradoxes / De Oratore / Paradoxa Stoicorum / De Fato**. With an english translation by H. Rackham. Massachusetts: Harvard University, 1942. (LOEB Classical Library).

CICERO, Marcus Tullius. **Brutus. orator / Brutus / Orator**. With an english translation by G. L. Hendrickson and H. M. Bell. Massachusetts: Harvard University, 1939. (LOEB Classical Library).

CICERO, Marcus Tullius. **Tratado das leis / De Legibus**. Tradução, introdução e notas de Marino Kury. Caxias do Sul: EDUCS, 2004.

CICERO, Marcus Tullius. **Tratado da república / De Re Publica**. Tradução, introdução e notas Francisco de Oliveira. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.

CORRAL, Ildefonso L. García del. **Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino**. Barcelona: Lex Nova, 2004, 6. v.

CORREIA, Alexandre; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino, v. 2., 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

GAIO. **Instituições**: Direito Privado Romano. Tradução de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

GARRIDO, Manoel Jesús García. **Diccionario de jurisprudência romana**. Madrid: Dykinson, 2000.

GÉLIO, Aulo. **Noites Áticas**. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. Londrina: Uduel, 2010.

GIARDINA, Andrea (org.). **O homem romano**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1992.

GIARDINA, Andrea; SCHIAVONE, Aldo (a cura di). **Storia di Roma**. Torino: Einaudi, 1999.

JOÃO HENRIQUE. **Direito Romano**. Porto Alegre: Edições Globo, 1938.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Digesto de Justiniano “liber primus”**: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. Prólogo Pierangelo Catalano. Ed. bilíngue latim-português, 5. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Digesto de Justiniano**: livro segundo: jurisdição. Ed. bilíngue latim-português. Tradução de José Isaac Pilati. Rev. Hécio Maciel França Madeira. Florianópolis: EdUFSC/FUNJAB, 2013.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MACKELDEY, Ferdinand. **Elemento de Direito Romano**: contendo a theoria das institutas precedida de uma introdução ao estudo do Direito Romano. Tradução de Antonio Bento Faria. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1906.

MOMMSEN, Theodor. **História de Roma**. Tradução de A. García Moreno, Madrid: Turner Publicaciones, 2003, v. 4.

ORESTANO, Riccardo. **Introducción al estudio del Derecho Romano**. Tradução de Manuela Abellán Velasco. Madrid: Boletín Oficial del Estado Madrid, 1997.

PETIT, Eugène Henri Joseph. **Tratado elementar de Direito Romano**. Tradução de Jorge Luís Custódio Porto. Campinas: Russel Editores, 2003.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

PILATI, José Isaac. Panorama das fontes de Direito Romano Clássico e seu resgate na pós-modernidade jurídica: as Institutas de Gaio em particular. *In: Unisul de fato e de Direito*. Unisul. v. 1, n. 1, jul./dez. 2010. Palhoça: Unisul, 2013.

PLUTARCH. **Moralia**: roman questions. Greek questions. Greek and roman parallel stories. On the Fortune of the Romans. On the Fortune or the Virtue of Alexander. Were the Athenians More Famous in War or in Wisdom?. With an english translation by Harold Cherniss, v. 4. Massachusetts: Harvard University, 1976. (LOEB Classical Library).

SCHIAVONE, Aldo (a cura di). **Diritto Privato Romano**: un profilo storico. Torino: Giulio Einaudi editore, 2003.

SCHIAVONE, Aldo. **Ius**: la invención del derecho em Occidente. Tradução de Germán Prósperi. Córdoba: Adriana Hidalgo Editora, 2009a.

SCHIAVONE, Aldo. **Uma história rompida**: Roma Antiga e Ocidente Moderno. Tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: Edusp, 2009b.

SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clasico**. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1960.

SENECA, Lucius Annaeus; PETRONIUS. **Satyricon – Apocolocyntosis**. With an english translation by Michael Heseltine and W. H. D. Rouse. Massachusetts: Harvard University, 1913. (LOEB Classical Library).

SUETONIUS, Gaius. **Lives of the Ceasars**: Julius. Augustus. Tiberius. Gaius. Caligula. With an english translation by J. C. Rolfe, v. 1. Massachusetts: Harvard University, 1914. (LOEB Classical Library).

SUETONIUS, Gaius. **Lives of the Ceasars**: Claudius. Nero. Galba, Otho, and Vitellius. Vespasian. Titus, Domitian. Lives of Illustrious Men: Grammarians and Rhetoricians. Poets (Terence. Virgil. Horace. Tibullus. Persius. Lucan). Lives of Pliny the Elder and Passienus Crispus. With an english translation by J. C. Rolfe, v.2. Massachusetts: Harvard University, 1914. (LOEB Classical Library).

TACITUS, Publius Cornelius. **Histories – books 1-3**. With an english translation by Clifford H. Moore. Massachusetts: Harvard University, 1925. (LOEB Classical Library).

TACITUS, Publius Cornelius. **Histories – books 4-5, Annals – books 4-6, 11-12.** With an english translation by John Jackson and Clifford H. Moore. Massachusetts: Harvard University, 1931. (LOEB Classical Library).

TACITUS, Publius Cornelius. **Annals – books 4-6, 11-12.** With an english translation by John Jackson. Massachusetts: Harvard University, 1937. (LOEB Classical Library).

TACITUS, Publius Cornelius. **Annals – books 13-16.** With an english translation by John Jackson. Massachusetts: Harvard University, 1937. (LOEB Classical Library).

VILLEY, Michel. **Direito Romano.** Tradução de Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, 1991.

VILLEY, Michel. **O Direito e os direitos humanos.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

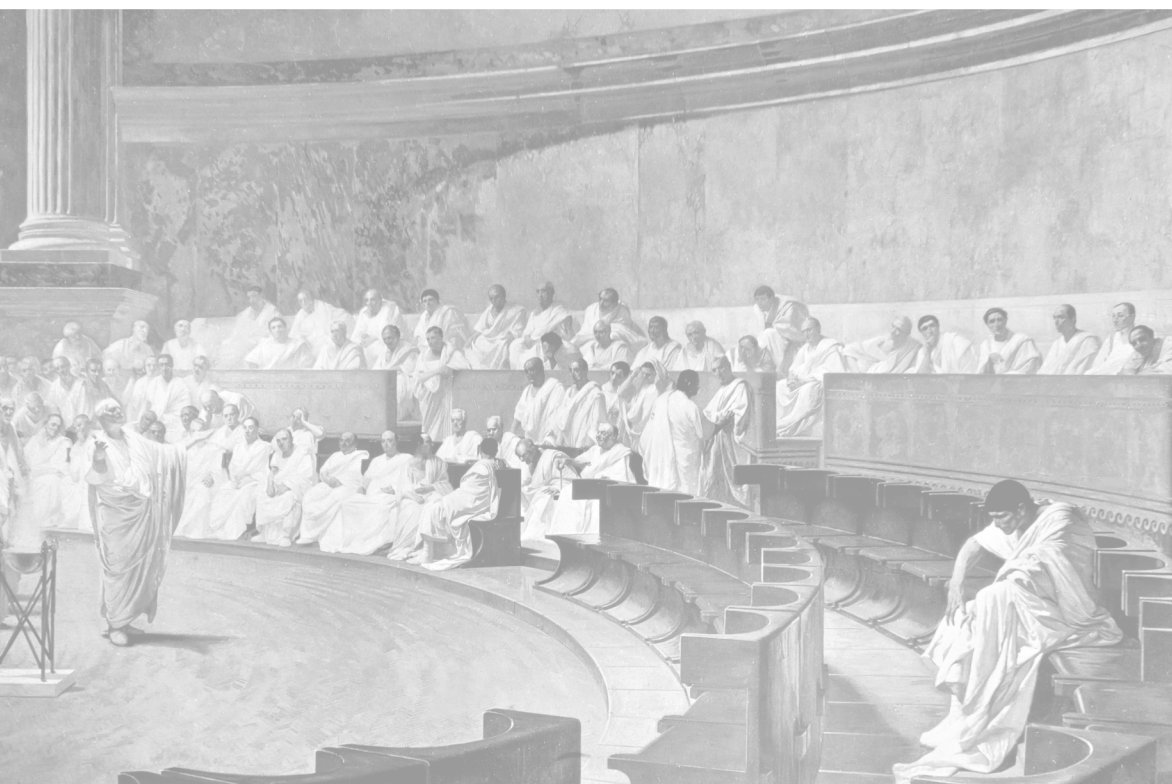
WIEACKER, Franz. **Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudência romana.** Tradução de José Luis Linares. Granada: Editorial Comares, 1998.





## PARTE II

# REPUBLICANISMO, COMPLEXIDADE E PÓS-MODERNIDADE





# CAPÍTULO I

## NOÇÕES DE COMPLEXIDADE E PÓS-MODERNIDADE NA OBRA DE JOSÉ ISAAC PILATI

*Francisco Pizzette Nunes<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O jurídico moderno e seu intento simplificador das relações jurídicas. 3. O resgate da complexidade a partir de uma leitura pós-moderna das instituições jurídicas clássicas. 4. Conclusão. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Termos muito recorrentes na produção científica de José Isaac Pilati, complexidade e Pós-Modernidade, são constantemente utilizadas pelo autor supracitado para fundamentar sua leitura de contraponto das instituições romanas na contemporaneidade. José Isaac Pilati compreende que uma releitura das instituições clássicas do Direito Romano pode servir como um grande contributo para o arcabouço jurídico contemporâneo, sendo um recurso essencial para uma melhor compreensão da complexidade pós-moderna.

Para elaborar sua teoria Pós-Moderna do Direito, José Isaac Pilati parte da noção de “paradigma” cunhada por Thomas Kuhn no clássico “A Estrutura das Revoluções Científicas”. Segundo Kuhn (2011), paradigma seria o conjunto de crenças, valores e técnicas compartilhadas pelos membros de uma comu-

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, Política e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC. Professor e Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito da Escola Superior de Criciúma – Esucri. Email: francisco.pizzette@gmail.com

nidade científica. Tal comunidade é formada por praticantes de uma mesma linha de produção científica, os quais foram submetidos a uma iniciação acadêmica e profissional similares, compartilhando leituras e conceitos afins, os quais também acabam por delinear as fronteiras de cada uma dessas mesmas comunidades (Kuhn, 2011). Não seria diferente com o Direito, o qual é dotado de sua própria comunidade científica, cujo paradigma contemporâneo é formado por uma série de conceitos e pressupostos que hoje estão enraizados no ideário jurídico e fomentam a juridicidade hodierna.

Porém, da mesma forma que existem paradigmas distintos coexistindo em um mesmo contexto histórico, também podem existir incompatibilidades entre esses paradigmas. Na última hipótese, usualmente um paradigma acaba por desqualificar determinados pressupostos do paradigma divergente a fim de privilegiar seus princípios fundamentais e controlar a lógica do discurso científico, fenômeno que Thomas Kuhn (2011) atribui o título de “transição paradigmática”. Nesse sentido, o discurso jurídico moderno solapou vários dos preceitos atinentes ao paradigma pretérito, lançando mão de uma série de novas premissas que hoje sustentam o paradigma jurídico moderno, como os preceitos de racionalidade, legalidade, positividade e universalidade.

Em sua produção acadêmica, José Isaac Pilati se propõe a elaborar uma nova teoria do Direito, de caráter pós-moderno. No entanto, diferente do paradigma moderno, o qual se preocupou em desmerecer todos os pressupostos que fundamentavam o paradigma precedente, medieval, Pilati defende que uma teoria pós-moderna do Direito não deve romper com os padrões de juridicidade que lhe antecederam. Em sua visão, a Pós-Modernidade importa justamente em uma compreensão dos fenômenos jurídicos de acordo com sua complexidade, motivo pelo qual advoga que esta não consiste em uma superação da Modernidade, mas em um novo paradigma mais apto a corresponder aos problemas da contemporaneidade. Ou seja, trata-se de uma nova concepção do Direito por meio de uma ótica não reducionista ou simplificadora, mas que busca contemplar o Direito a partir da interação entre elementos que, por um viés moderno, seriam antagônicos, mas que, em uma perspectiva pós-moderna, também podem ser considerados complementares.

Nesse sentido, o presente estudo consiste em uma pesquisa de caráter qualitativo, dedutivo, exploratório e bibliográfico, que se propõe a analisar

duas das principais categorias conceituais utilizadas por José Isaac Pilati em sua produção acadêmica para fundamentar uma teoria pós-moderna do direito, qual seja: Pós-Modernidade e complexidade. Dessa forma, iniciará a discussão a partir de uma análise do paradigma jurídico moderno, para, em um segundo momento, abordar os conceitos de Pós-Modernidade e complexidade na obra de José Isaac Pilati.

## 2 O JURÍDICO MODERNO E SEU INTENTO SIMPLIFICADOR DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

O termo “moderno” é dotado de muitas significações, sendo usualmente designado para identificar algo como “novo” ou “atual”, tendo passado a fazer parte do léxico apenas no século XIX, quase quatro séculos após o que se admite ser os primórdios da Modernidade, ainda no período medieval tardio, com o paulatino processo de superação da fé religiosa por uma racionalização que buscou explicações lógicas para o desconhecido. Nesse sentido, Jacques Le Goff (2015, p. 123-124) compreende que o advento da Modernidade data de meados do século XVIII, com o início de uma série de processos de racionalização:

Quanto a mim, estimo que a mudança de período, ao final da longa Idade Média, se situa em meados do século XVIII. Ele corresponde aos progressos da economia rural, apontados e teorizados pelos fisiocratas; à invenção da máquina a vapor, imaginada pelo francês Denis Papin em 1687 e realizada pelo inglês James Watt em 1769; ao nascimento da indústria moderna que, da Inglaterra, vai se disseminar por todo o continente. No campo filosófico e religioso, a longa Idade Média se encerra com a obra que introduziu o pensamento racional e laico, a ciência e tecnologia modernas: a *Encyclopédie*, da qual Voltaire e Diderot são os mais brilhantes participantes. Por fim, o término do século XVIII corresponde, no plano político, ao movimento anti-monarquista decisivo da Revolução Francesa [...] Se adicionarmos o renovado fosso entre ricos e pobres, sinal da evolução econômica e financeira, o interesse pela leitura, teatro, jogos, prazeres e o sucesso individual, podemos afirmar que foi em meados do século XVIII que o Ocidente entrou em um novo período.

Esse novo período histórico, que tem o Renascimento como uma etapa de transição (Le Goff, 2015) e se consolida a partir do século XVIII deu margem, portanto, a diversos movimentos de caráter estético, filosófico, literário, jurídico e político. Porém, o sentido dado ao termo “Modernidade” por José Isaac Pilati não se confunde com outras categorias dele derivadas, como “Modernismo”<sup>2</sup> e “modernização”<sup>3</sup>. Pilati aborda a Modernidade enquanto paradigma, o que, nas palavras de Anthony Giddens (1991, p. 11), “Refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. Ou seja, ao abordar a Modernidade por uma perspectiva paradigmática, Pilati faz menção ao conjunto de crenças e valores que emergiram na comunidade jurídica a partir dos séculos XVII-XVIII, os quais ganharam projeção universal e resultaram tanto em grandes conquistas como também em graves retrocessos.

O Estado Moderno foi erigido com base em máximas liberais que promoveram a livre iniciativa e a propriedade privada a um status privilegiado dentro do ordenamento jurídico, ambas gozando de caráter fundamental perante este, tratando de duas das principais máximas atinentes ao constitucionalismo liberal, o qual assegurou toda uma dimensão de liberdades negativas que fundamentaram uma primeira dimensão de direitos fundamentais. Mesmo com as reformas sociais do século XX, que flexibilizaram o primado da liberdade e propriedade de modo a reconhecer a importância de uma parcela de intervenção do Estado na ordem socioeconômica a fim de evitar maiores injustiças, ainda assim o Estado Moderno foi insuficiente no que diz respeito à configuração de suas relações jurídicas e dos interesses por elas tutelados.

O individualismo atinente à Modernidade se preocupou em reconhecer apenas o indivíduo e o Estado enquanto sujeitos de Direito, da mesma

---

<sup>2</sup> Identifica-se com os movimentos de ordem literária, artística e religiosa que demonstraram uma espécie de reação ao materialismo, ao acúmulo de capital, à cultura de massa, aos modelos literários e estéticos da antiguidade clássica, e ao imperialismo emergente do final do século XIX (Le Goff, 1990).

<sup>3</sup> Conceito aliado aos problemas decorrentes dos movimentos de descolonização, assimilação, e ocidentalização posteriores à Segunda Guerra Mundial, os quais correspondem ao embate entre tradições antigas e novas (Le Goff, 1990).

forma que os bens jurídicos tutelados pela jurisdição possuem natureza meramente bilateral: ou são privados e dizem respeito a esfera de interesse individual ou são públicos e pertencem ao âmbito estatal. Nesse sentido, ao realizar sua crítica a respeito da juridicidade moderna, Pilati denuncia a negligência do arcabouço jurídico moderno para com toda uma dimensão coletiva do Direito, a qual possui raízes na Antiguidade Clássica e no Medievo, e que foi deliberadamente relegada pelo Direito Moderno.

O jurídico na Modernidade, pois, não consagra o coletivo como bem autônomo, mas o dilui nos meandros do ordenamento. Em benefício do privado, desclassifica o coletivo na substância. Proclama-o como direito, mas lhe dá a forma jurídica de dever. Negando-lhe autonomia jurídica como bem, despersonaliza-o na esfera do sujeito, suprimindo a participação efetiva da Sociedade; sonega-lhe a tutela específica de processo coletivo – para relegá-lo ao faz-de-conta de uma segurança jurídica praticamente nula por ineficaz e inoperante. É um paradigma, enfim, que se caracteriza por eliminar a dimensão de direito subjetivo dos bens fundamentais coletivos (Pilati, 2012, p. 32).

É interessante observar que, da mesma forma e no mesmo contexto em que o plano coletivo foi diluído entre o público estatal e o privado individual, a fraternidade, valor este que é o alicerce de qualquer prática coletiva, foi renegada em favor dos princípios da liberdade e igualdade, os quais foram impulsionados e moldaram visões antagônicas de mundo. Desta forma, é possível conjecturar que tais rupturas foram o signo de um projeto de Modernidade no qual dinâmicas fraternas de cunho participativo e coletivo não atendiam aos interesses emergentes, por mais que também fizessem parte da trindade de princípios que embasaram as revoluções liberais, resultando em um Direito que não apenas esqueceu um princípio fundamental como também toda uma dimensão de bens, sujeitos e conflitos (Nunes; Pilati, 2014).

Conforme Juan Ramón Capella (2002) afirma, a irrelevância da sociabilidade humana tratou-se de uma exigência do capitalismo moderno para o desenvolvimento de uma nova concepção do ser humano, entendidos não mais como membros de um coletivo, mas como autômatos programados de acordo com princípios egoístas que os levam a agir em busca de seu prazer e segurança individuais. Conseqüentemente, a exaltação de uma concepção

extra social do indivíduo acentuou o processo de simplificação das relações jurídicas, tendo estas se dividido em duas esferas distintas e que não se mostram intercálaveis dentro do desenho moderno. A esfera privada diria respeito somente às relações jurídicas provenientes do âmbito individual, possuindo um teor considerado politicamente irrelevante, sem interferência direta sobre a coletividade. Por outro lado, a esfera pública importaria no interesse de toda a coletividade, possuindo, portanto, um caráter político, não podendo interferir no plano privado (Capella, 2002).

O que a Modernidade operou na verdade foi uma transferência do coletivo da esfera condominial dos cidadãos para um ente personificado na forma de pessoa jurídica de direito público, o Estado moderno, tornando a propriedade um direito real individual excludente e tutelado pela jurisdição individual estatal, e absorvendo toda uma dimensão coletiva que passou por um processo de objetificação e burocratização o qual mutilou sua essência participativa (Pilati, 2012).

De modo geral, as relações jurídicas decorrentes do Estado liberal se firmaram em torno da dinâmica existente entre Estado e indivíduo proprietário, cada um deles com sua própria ordem potestativa — conforme já observado —, porém, em perfeita simbiose. O jurídico na Modernidade estabelece lugares prévios para pessoas, fatos, coisas e ações, com base em uma lógica antropocêntrica de apropriação e sob o abrigo de uma normatividade monista e paleopositivista caracterizado por uma reduzidíssima simplicidade, avessa a uma realidade mutável, e que faz de seu arcabouço conceitual o próprio cânone de sua juridicidade. Sob sua égide, não há complexidade que não seja aquela desenvolvida na forma e no âmbito do direito estatal, reforçando o papel do Estado como sujeito de direito, no entanto, sem romper com um individualismo voltado à acumulação de capital (Pilati, 2012).

Como consequência, o padrão de racionalidade oriundo das relações jurídicas modernas abriu um fosso quase intransponível entre; de um lado; os bens coletivos, e; do outro lado; os bens públicos e privados (Pilati, 2012). A Modernidade não reconheceu a autonomia dos bens jurídicos coletivos, assim como não distinguiu a sociedade enquanto titular destes direitos, relegando os mesmos a um voluntarismo estatal fundado em uma filosofia indi-



vidualista que se faz valer por meio de instâncias representativas, ignorando o âmbito participativo que lhes seria natural (Pilati, 2012).

Por ser desenvolvido para resolver problemas entre indivíduos, o direito da Modernidade prima pela simplicidade, apegando-se a um sistema abstrato de leis estatais que destina uma tutela “de segunda categoria” para as questões coletivas e de interesse geral, de modo que a sociedade fique fora da resolução dos conflitos coletivos (Pilati, 2014). É um paradigma centrado no Estado como ente superior separado da sociedade, legitimado por democracia formal indireta, em sistema representativo, o qual reduz a justiça a uma atividade subalterna à lei, estatizando o coletivo e consagrando o individualismo, não possuindo um aparato processual apto a resolver conflitos de dimensão macro. E, sobre esta dimensão coletiva, reserva-se a lamentar no plano moral pela falta de consciência ética dos tempos hodiernos, pois foi pensado somente para resolver problemas entre indivíduos, primando pela simplicidade e excluindo a complexidade do real (Pilati, 2017).

O paradigma jurídico moderno se consolidou por meio de um processo de simplificação das relações jurídicas que; amparado pelo discurso reducionista e racionalizador das ciências modernas, e por uma nova classe social que se apropriou da ótica iluminista para legitimar seus interesses políticos e econômicos, e, assim, consolidar sua hegemonia; limitou estas ao domínio público (estatal) e privado (individual), deixando de lado toda uma categoria de bens e sujeitos de direito (bens coletivos extrapatrimoniais de titularidade da sociedade). A Modernidade promoveu uma verdadeira operação de redução do conteúdo e dimensão das relações jurídicas, em relação ao observado na Antiguidade Clássica e na Idade Média, paradigmas estes que, por mais que fossem isentos de um método que lhes assegurasse sua racionalidade, ainda assim respeitavam a complexidade de seu momento histórico e a compreendiam em sua disciplina jurídica — não obstante também tenham seus vícios e limitações.

Tal fenômeno de simplificação das categorias e relações corresponde ao que Edgar Morin (2011) identifica como “patologias modernas”, operações de disjunção, redução e abstração, as quais separam o sujeito do objeto, promovem simplificações, unificam aquilo que é diverso, e apresentam diversidade sem conceber unidade. Tais patologias podem ser devidamente identi-

ficadas na constituição do paradigma jurídico moderno. Na medida em que o Direito moderno bipartiu as relações jurídicas no binômio público/privado, este efetuou uma verdadeira operação de redução da realidade normativa, negligenciando toda uma dimensão coletiva já evidenciada por paradigmas pretéritos. Ao operar tal redução, o paradigma jurídico moderno impede que os sujeitos de direito possam refletir apropriadamente sobre a própria normatividade, na medida em que o ordenamento no qual estão inseridos se trata de uma realidade amputada, e que a norma se encontra eminentemente dissociada de seus interlocutores, sobretudo em âmbito coletivo. Da mesma forma, ao ignorar a dimensão sócio coletiva do Direito, o paradigma jurídico moderno se mostra incapaz de apresentar o ordenamento jurídico de modo uniforme, unificando abstratamente dimensões que são diversas (a exemplo do coletivo que é comumente confundido com o público), senão concebendo um mero simulacro manipulado conforme os intentos modernos. Em suma, a modernidade jurídica é um reflexo da esquizofrenia simplificadora, ordenadora e purificadora do próprio paradigma a partir do qual foi concebida.

O projeto de Modernidade jurídica; idealizado pelos teóricos da Ilustração e apropriado pelos burgueses para promover seus interesses econômicos — valendo-se do direito e do Estado para tanto —; já não encontra mais respaldo diante da complexidade da sociedade hodierna. Sob tal prisma, José Isaac Pilati (2017, p. 15) afirma que a crise do paradigma jurídico moderno “decorre de se empregarem formas jurídicas superadas para enfrentar conflitos novos, de outra magnitude e natureza, numa Sociedade muito mais complexa do que aquela das codificações, do individualismo, do sistema representativo puro”. O direito moderno foi construído no Estado e para o Estado, foi separado da sociedade e reduzido a normas, sanções e formas, fechando-se em si mesmo e perpetuando modelos formais irrealis que reduzem e sacrificam a complexidade da paisagem jurídica em prol de uma dimensão simples centrada na autoridade estatal (Grossi, 2007).

No entanto, José Isaac Pilati não defende uma ruptura para com o paradigma moderno. Pilati advoga que para repensar as relações jurídicas não é necessário negar toda uma tradição que tem se desenvolvido desde o século XVII e que serviu de base para as instituições e diplomas normativos hodiernos. Enquanto a Modernidade nega e relativiza o passado, Pilati (2017) de-

fende uma leitura de contraponto das instituições jurídicas de outrora a fim de preencher o vácuo deixado pelas abstrações e generalizações modernas. Para tanto, remonta à república dos romanos, a qual se constituiu com base em um direito público forte e em instituições jurídico-políticas de caráter participativo e voltadas para a absorção do novo.

### **3 O RESGATE DA COMPLEXIDADE A PARTIR DE UMA LEITURA PÓS-MODERNA DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS CLÁSSICAS**

A crise dos pressupostos modernos dá margem à assunção de novas racionalidades que se propõem a superar os vícios da Modernidade podemos. Nesse sentido, é plausível a articulação de uma nova revolução paradigmática que aponte para uma Pós-Modernidade. Porém, em que pese a evidência de um novo paradigma, pós-moderno, sua ascensão não significa necessariamente o fim da Modernidade, uma vez que um de seus traços mais definidores persiste na Pós-Modernidade: o da esperança de tornar as coisas melhores do que são (Bauman, 1998). A Pós-Modernidade herda o bastão da Modernidade neste intento e não nega as conquistas e métodos modernos, tão somente buscando trazer luz a determinadas realidades até então não evidenciadas ou aceitas por seus predecessores — assim como os iluministas outrora o fizeram. E é justamente desta perspectiva não excludente que José Isaac Pilati compartilha ao desenvolver sua compreensão de uma Pós-Modernidade fundada com base em uma leitura de contraponto das instituições clássicas.

A respeito da Pós-Modernidade, esta não surgiu originalmente como um sistema de ideias herdadas da Modernidade. Suas origens foram literárias e sua projeção se deu por meio das artes; em especial por meio da pintura e da arquitetura; ao passo que o seu viés crítico floresceu a partir do questionamento da moralidade e do Estado, promovidos pela ascensão do mercado e crise do proletariado (Anderson, 1999). O prefixo “pós”, por sua vez, deve-se justamente ao fato de que o termo “moderno” comporta um caráter de atualidade que torna difícil definir qualquer período que lhe seja posterior, como bem explana Perry Anderson (1999, p. 20):

Uma vez que o moderno – estético ou histórico – é sempre em princípio o que deve se chamar de um presente absoluto, ele cria uma dificuldade peculiar para a definição de qualquer período posterior,

que o converteria num passado relativo. Nesse sentido, o recurso a um simples prefixo denotando o que vem depois é virtualmente inerente ao próprio conceito, cuja recorrência se poderia esperar de antemão sempre que se fizesse sentir a necessidade ocasional de um marcador de diferença temporal. O uso nesse sentido do termo “pós-moderno” sempre foi de importância circunstancial.

Contudo, foi apenas a partir da década de 1970 que a Pós-Modernidade ganhou maior destaque e profusão, passando a se questionar se ela era apenas uma tendência artística ou também um fenômeno social. No início dos anos 80, Charles Jencks professava a Pós-Modernidade como uma civilização mundial de tolerância pluralística que esvaziava polaridades como “direita e esquerda” ou “capitalismo e socialismo”, de modo que a Pós-Modernidade marcaria um novo período no qual não havia um inimigo a derrotar. No entanto, a primeira obra filosófica voltada diretamente ao paradigma pós-moderno como uma mudança geral na condição humana foi “A Condição Pós-Moderna”, de Jean-François Lyotard (Anderson, 1999).

Lyotard (2013, p. XV) faz uso do termo Pós-Modernidade para designar “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”. O autor ressalta que a Pós-Modernidade mostra-se incrédula em relação aos metarrelatos modernos, ela suscita a diversidade, sendo que o saber em geral não se reduz à ciência ou ao conhecimento. O saber pós-moderno não está sujeito a um critério único de verdade, ele se estende à experiência, passando o vínculo social a ser formado por um triplo saber (saber-dizer, saber-ouvir, saber-fazer) a partir do qual as relações de uma comunidade são constituídas consigo mesma e com tudo aquilo que a cerca (Lyotard, 2013).

A Pós-Modernidade reencontra a função crítica do saber, o qual deve ser legitimado pelos fins visados pelo sujeito prático que é a coletividade, e esta não o faz de forma passiva, mas participando ativamente dos processos criativos que lhe circundam. Pois, é ao recitar em voz alta suas conquistas e valores que a sociedade passa a compreender a contemporaneidade de suas instituições. É o que pode se apreender do seguinte raciocínio de Lyotard (2013, p. 41):

A título de imaginação simplificadora, pode-se supor que uma coletividade que faz do relato a forma-chave da competência, não possui, contrariamente a toda expectativa, necessidade de poder lembrar-se do seu passado. Ela encontra a matéria de seu vínculo social não apenas na significação dos relatos que ela conta, mas no ato de recitá-los. A referência dos relatos pode parecer que pertence ao tempo passado, mas ela é, na realidade, sempre contemporânea deste ato. É o ato presente que desdobra, cada vez, a temporalidade efêmera que se estende entre o *Eu ouvi dizer* e o *Vocês vão ouvir*.

No entanto, o Direito moderno se vale de uma lógica formal, estritamente burocrática, para se autolegitimar em nome de sua eficiência e da otimização de suas performances, e o faz mediante procedimentos nos quais a coletividade tem pouca ou nenhuma interação com as autoridades responsáveis pelas metanarrativas jurídicas. Nas palavras de Jean-François Lyotard: “O Poder legitima a ciência e o direito por sua eficiência, e esta por aqueles. Ele se autolegitima como parece fazê-lo um sistema regulado sobre a otimização de suas *performances*” (Lyotard, 2013, p. 84).

As relações jurídicas pós-modernas exigem um fazer comunicativo na qual o direito não se torne fruto de uma imposição vinda de cima para baixo, mas que seja decorrente do diálogo e interação entre representante e representado. O direito pós-moderno exige o resgate de uma dimensão de ágora, do contrário, lhe faltará a legitimidade necessária a uma verdadeira ciência, tendo em vista que todo processo de legitimação de um saber não se esgota em sua precisão técnica, mas se estende ao crivo da sociedade. Em vez de apenas “ouvir o Direito”, cabe à sociedade pós-moderna “dizer o Direito”, pois é somente ao recitar sua normatividade que esta fugirá das metanarrativas forjadas pelo ideário moderno e compreenderá a complexidade das relações jurídicas hodiernas.

Outros autores icônicos corroboram do entendimento de Jean-François Lyotard acerca de um devir pós-moderno, como David Harvey, Boventura de Sousa Santos, Edgar Morin e Zygmunt Bauman. Porém, Jürgen Habermas (2018) acusa a Pós-Modernidade de moldar-se sob os traços de uma atitude antimoderna, e questiona se a Modernidade é tão obsoleta quanto afirmam os pós-modernos, ou se é a Pós-Modernidade que não passa de uma agitação decorrente das reações que a Modernidade levantou contra si mesma desde

o século XIX. Em resposta a tal indagação, Habermas (2018) afirma que a Modernidade é um projeto inacabado, e que em vez de renunciá-la, devemos aprender com seus erros e descaminhos. Somam-se a Habermas outros intelectuais de grande expressão na contemporaneidade, como Anthony Giddens, Gilles Lipovetsky e Alain Touraine, os quais compreendem que não vivenciamos uma Pós-Modernidade, senão, uma nova etapa reflexiva ou radicalizada da Modernidade, ou, ainda, um período histórico já ultrapassado.

A indagação de Habermas e de outros críticos da Pós-Modernidade é pertinente, e sua resposta é deveras prudente. Contudo, tanto a consciência da incompletude do projeto da Modernidade, quanto o necessário aprendizado e reflexão com seus erros e descaminhos são pressupostos inerentes à perspectiva de Pós-Modernidade defendida por José Isaac Pilati. Reconhecer a existência de um novo paradigma de teor pós-moderno não importa na rejeição de sua contraparte moderna, pelo contrário, exige o diálogo com esta a fim de conciliar suas conquistas e virtudes com princípios e circunstâncias que até então foram ignorados ou rechaçados pela Modernidade.

A Pós-Modernidade importa em estar à frente de si mesmo, mas também em uma reflexão para com o que ficou para trás e na capacidade de retornar quando necessário. Consiste na incapacidade de ficar parado, e ao mesmo tempo no reconhecimento de que não há um estado de perfeição a ser alcançado, de que não existe uma sociedade livre de conflitos. Ser pós-moderno é estar em constante movimento, um movimento aleatório, disperso e destituído de uma direção bem delineada, que altera entre instâncias avançadas e retrógradas conforme as circunstâncias se provarem adequadas (Bauman, 1998).

Traduzindo tais premissas para o âmbito do Direito, a Pós-Modernidade permite a reflexão a respeito dos princípios, regras e instituições jurídicas, possibilitando, assim, uma reclassificação dos interesses tutelados, bem como dos procedimentos e sujeitos envolvidos na resolução do conflito. Não consiste em uma ruptura para com as cartas constitucionais e declarações de direitos, nem para com a dogmática jurídica em si, mas na flexibilização dos aspectos formais que por tanto tempo predominaram na práxis jurídica, a fim de que estes possam se adaptar a velocidade e dinamicidade pós-modernas. Dessa forma, a Pós-Modernidade não se dedica à redução do direito material. Pelo contrário, ela permite a expansão de seu conteúdo e reforça sua legítimi-

dade, pois escapa de uma lógica fundada em uma racionalidade estritamente formal e passa a se nortear por meio de um fazer dialógico fraterno.

José Isaac Pilati (2017, p. 21-22) argumenta que a Pós-Modernidade importa em um “esforço de (re)construção e (re)sistematização; que visa a incluir no ordenamento contemporâneo o exercício e a tutela jurídica de determinados bens, não contemplados devidamente pela Modernidade”. Partindo de uma releitura de contraponto das instituições jurídicas participativas do Direito Romano Clássico, José Isaac Pilati (2017) propõe um resgate da dimensão coletiva do Direito, ampliando a classificação de bens jurídicos e suas formas de tutela. A Modernidade, em seu intento simplificador, optou por ofuscar a complexidade inata às relações jurídicas pré-modernas. Por esta razão, Pilati dedica esforços a fim de em identificar nos exemplos do passado uma complexidade a ser implementada nas relações jurídicas pós-modernas. Mas não se trata de uma implementação obtusa de contribuições do passado, descontextualizada, não se pretende colocar “vinho novo em odres velhos”, pois este fermentaria e expandiria até romper com os odres, como diz o Evangelho. Pelo contrário, propõe-se armazenar “vinho velho em odres novos”, adaptados de acordo com as técnicas e cenários mais atuais, e aptos a servir um conteúdo que, como um bom vinho, evolui suas qualidades com o tempo até chegar ao seu auge.

Mas no que consiste a complexidade e como ela pode ser contemplada no âmbito das relações jurídicas pós-modernas? Segundo Edgar Morin (2011), a complexidade não pode ser resumida a uma palavra-chave, visto que não se trata de uma solução, mas de uma provocação, de uma palavra-problema. Portanto, um primeiro mal-entendido consiste em conceber a complexidade como uma resposta, como uma receita para todos os problemas da humanidade. Pelo contrário, a complexidade que advém das inter-relações entre ordem, desordem e organização deve ser encarada como um desafio, como uma incitação para o pensamento. Um segundo equívoco consiste em confundir a complexidade com um ideal de completude, quando na verdade esta advoga pelo reconhecimento da incompletude do conhecimento, assim concebendo em seu âmago a articulação, a identidade e a interdependência deste em uma perspectiva multidimensional e incerta (Morin, 2014). Assim, toda forma de totalidade é uma inverdade, pois nenhum sistema é capaz de se auto explicar ou de se auto demonstrar, o que leva a complexidade a demandar a admissão de uma consciência de incompletude (Morin, 2011).

No entanto, por mais que a complexidade não conceba um conhecimento completo, esta lança mão de um conhecimento multidimensional, lutando contra um pensamento mutilador e disjuntivo na mesma medida em que busca articular os conhecimentos e categorias outrora despedaçados pelas simplificações modernas (Belchior, 2015).

O desafio da complexidade apresentado por Edgar Morin (2015) consiste em uma reforma do pensamento em relação a nossa aptidão para organizar o conhecimento, implica em religar perspectivas outrora dissociadas, em tratar os problemas de uma realidade concomitantemente solidária e conflituosa em um panorama multidimensional que respeite a diferença e reconheça a unicidade, ou seja, que respeite e una ao mesmo tempo. É um desafio que exige a consciência de que “não somos apenas possuidores de idéias, mas também somos possuídos por elas, capazes de morrer ou matar por uma idéia” (Morin, 2015, p. 53), e de que essas ideias, assim como podem servir como meios de interlocução com o real, também podem ocultar a realidade a pretexto de uma dita racionalização<sup>4</sup>. A complexidade demanda igualmente a compreensão de que uma reforma do pensamento também requer uma reforma das instituições, pois trata-se de conceitos interligados e interdependentes que tendem a gerar um duplo bloqueio caso não demonstrem esforço conjunto na revisão de suas premissas<sup>5</sup>. Enfim, reclama a lucidez de que a humanidade também comporta a animalidade em seu âmago<sup>6</sup>, de que o *Homo sapiens* também é ao mesmo tempo *Homo demens*, é simultaneamente racional e passional, egoísta e altruísta<sup>7</sup>, um sujeito em que tem sua complexidade revelada em um panorama sincro-

---

<sup>4</sup> “[...] os homens não matam apenas à sombra de suas paixões, mas também à luz de suas racionalizações” (Morin, 2015, p. 54).

<sup>5</sup> “[...] não se pode reformar a instituição sem uma prévia reforma das mentes, mas não se podem reformas as mentes sem uma prévia reforma das instituições” (Morin, 2015, p. 99).

<sup>6</sup> “[...] a humanidade não se reduz absolutamente à animalidade, mas, sem animalidade, não há humanidade” (Morin, 2015, p. 40).

<sup>7</sup> O “Eu” é um privilégio inaudito e, ao mesmo tempo, a coisa mais banal, porquanto todo mundo pode dizer “Eu”. Da mesma forma, o sujeito oscila entre o egoísmo e o altruísmo. No egoísmo, eu sou tudo, e os outros são nada; mas, no altruísmo, eu me dou, me devoto, sou inteiramente secundário para aqueles aos quais me dou. O indivíduo sujeito recusa a morte que o devora; e, no entanto, é capaz de oferecer sua vida por suas idéias, pela pátria ou pela humanidade. Aí está a complexidade própria da noção de sujeito (Morin, 2015, p. 127).



nicamente biológico e cultural<sup>8</sup>. É, portanto, um desafio que anuncia um novo paradigma, de natureza complexa (Morin, 2015).

No entanto, a complexidade não importa na negação da simplicidade. A complexidade contempla os modos simplificadores de pensar, mas rejeita suas consequências mutiladoras e redutoras da realidade e da vida. Diferente do paradigma ocidental moderno, a complexidade não se limita a um sistema fechado, reducionista e unilinear, que não possibilita qualquer interação com aquilo que se encontra além de sua racionalidade. O paradigma da complexidade se propõe a operar mediante um sistema aberto cujo mérito não se reduz ao próprio sistema, mas se estende a sua relação com o ambiente, com tudo aquilo que se situa em seu entorno e para além deste, e que passa a constituir parte do próprio sistema (Morin, 2011).

A complexidade busca aliar sujeito e objeto, categorias que foram separadas pela concepção positivista, a qual defende que o objeto, existindo independente do sujeito, poderia ser observado e explicado por si mesmo. No paradigma da complexidade, sujeito e objeto são contrapartes de um mesmo processo, contemplam-se de maneira recíproca, pois, se considerados isoladamente, são insuficientes: “o objeto deve ser concebido em seu ecossistema e mais amplamente num mundo aberto onde sujeito e objeto possam integrar-se um ao outro” (Morin, 2011, p. 47). Ao propor uma aproximação entre sujeito e objeto por meio de um sistema aberto que interage com a complexidade do ambiente que lhe circunda, a complexidade também exige que seus interlocutores não se fechem em um bairrismo contemporâneo. Pelo contrário, a crença em instituições sólidas, imutáveis e imunes à ação do tempo deve dar lugar a instituições abertas e dinâmicas, pois a realidade é mutante e a inovação não tarda a surgir e afetar aquilo que lhe é preexistente (Morin, 2011).

Apesar de não o excluir, a complexidade se contrapõe ao paradigma moderno, o qual contempla o Direito a partir de uma visão monista, eminentemente legalista, que reduz a riqueza das relações sociais a um conjunto de normas de conduta positivadas no ordenamento jurídico, racionalizando

---

<sup>8</sup> “O ser humano nos é revelado em sua complexidade: ser, ao mesmo tempo, totalmente biológico e totalmente cultural” (Morin, 2015, p. 40). “As características biológicas e culturais não são nem justapostas nem superpostas. São os termos d um processo cíclico recomeçado e regenerado incessantemente” (Morin, 2012a, p. 55).

as relações jurídicas mediante um processo de subsunção que parte da razão técnica de um operador jurídico o qual geralmente se situa em uma posição distante em relação ao seu objeto de análise e aos titulares do bem jurídico em questão. Diante de um pensamento simples e estreito, que reduz e abstrai a diversidade do real, faz-se necessário cultivar um pensamento jurídico que seja capaz de distinguir relacionalmente, mas não se proponha separar os elementos que perfazem a realidade jurídica, de modo que a interdisciplinaridade e a dialogicidade sejam incorporadas a cultura jurídica (Rubio, 2011).

E, por ser um tecido formado por diferentes fios que se entrecruzam, a complexidade pode ser considerada um método — em que pese ela não seja passível de uma metodologia — multidimensional e dialógico que não destrói a variedade e a diversidade dos componentes que lhe teceram, mas busca interligar conceitos que lutam entre si (Morin, 2014). Por este viés, podemos compreender que as relações jurídicas também consistem em um grande tecido complexo, composto por uma multiplicidade de componentes diversificados, complementares e antagônicos (a exemplo das noções de indivíduo, Estado e sociedade), que se entrecruzam em uma trama multidimensional.

Em um esforço para constituir uma Teoria Pós-Moderna do Direito, José Isaac Pilati (2014) destaca que a complexidade pós-moderna exige que preservemos tudo aquilo que melhor se obteve da Modernidade até o momento e que reestruiremos tais conquistas a fim de restabelecer o Direito como instrumento de reconstrução a partir do conflito. Esse é o grande desafio da complexidade pós-moderna, “readequar a forma jurídica à nova substância, preservando as conquistas de outrora” (Pilati, 2017, p. 15). Dessa forma, José Isaac Pilati (2014) compreende o processo de transição paradigmática como a passagem de uma Modernidade marcada pela presença de um Estado monista e excludente legitimado por processos burocrático-representativos, para uma Pós-Modernidade complexa, fundada no coletivo não estatal e no conceito de soberania compartilhada.

Nesse sentido, José Isaac Pilati (2014) propõe uma nova classificação de bens, sujeitos e processos: bens coletivos, pertencentes à sociedade, objetos de soberania compartilhada, e tutelados por um devido processo legal participativo que é exercido em uma dimensão de *iure constituendo*; em que a solução coletiva se constrói conforme cada situação. Trata-se de uma visão do

fenômeno jurídico voltada para a obtenção do justo de acordo com o observado no caso concreto, e não apenas para a interpretação da lei, recuperando o conflito em seu sentido positivo: “como um lugar privilegiado de mediação e construção, com a presença de Estado, indivíduo e Sociedade, num foro participativo” (Pilati, 2014, p. 07).

Para o autor supracitado, a sociedade pós-moderna não se trata apenas de um conjunto de indivíduos, mas é sujeito de direito, retorna repersonalizada e reabilitada para o exercício de uma tutela coletiva, redesenhando a República Participativa em três esferas: Estado, indivíduo e sociedade (Pilati, 2012). Pode se vincular à sociedade — enquanto sujeito de Direito de dimensões coletivas — a titularidade e o exercício da fraternidade, a qual suscita o reconhecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, embasados em um princípio de fraternidade que exige uma conduta de caráter participativo fundada na alteridade, a qual denominamos neste estudo como “direitos de natureza jurídica complexa”.

Essa nova dimensão de direitos versaria sobre o que José Isaac Pilati (2014, p. 08) denomina como “bens coletivos constitucionais”<sup>9</sup>, bens autônomos de propriedade coletiva e com titular coletivo — a sociedade — cujo exercício e tutela não dependem do voluntarismo estatal, mas deve realizar-se mediante um processo participativo inclusivo e avesso às dinâmicas modernas de caráter excludente. Do ponto de vista do direito de propriedade, são propriedades especiais que possuem em comum as seguintes características: raiz constitucional, lei própria, órgão próprio de supervisão com poderes executivos e função social. Na propriedade dominial moderna o proprietário atua livremente dentro daquilo que a lei lhe permite, já no paradigma pós-moderno esse mesmo proprietário deve conviver com propriedades coletivas regidas pelo marco participativo e exercidas de acordo com sua função social; a qual não se limita a mera solidariedade social, nem se reduz a um significado vazio, mas é reforçada

---

<sup>9</sup> De acordo com José Isaac Pilati (2017), os bens coletivos constitucionais dizem respeito aos interesses coletivos propriamente ditos, que se diferem dos direitos difusos, denominados pelo autor como interesses coletivos impróprios. Os primeiros diriam respeito a bens que pertencem a toda a sociedade, ao passo que os últimos dizem respeito ao interesse de grupos específicos.

pelo dever de responsabilidade na tutela de tais bens, o qual é oriundo dos elos de fraternidade que compõem a Sociedade (Pilati, 2014).

Boaventura de Souza Santos (2008) afirma que se faz necessário a construção de uma nova ação política democrática que, além de aliar os princípios do Estado e da comunidade, promova uma nova articulação entre democracia representativa e democracia participativa, para que assim seja possível garantir o potencial emancipatório de ambos os princípios do Estado e da comunidade frente aos fascismos sociais que cobiçam o espaço público estatal e não estatal. A Teoria Pós-Moderna do Direito elaborada por José Isaac Pilati (2014) compartilha de tal preocupação na medida em que não dispensa a atuação de autoridades representativas na tutela coletiva de tais bens. Dentro do processo judicial participativo, por exemplo, o juiz deve adotar uma postura condizente com a realidade do bem envolvido, conduzindo a deliberação e homologando a decisão, ao passo que cabe à sociedade — em audiência pública ou outras dinâmicas de teor coletivo-participativo — deliberar sobre o conteúdo de tais demandas. Em suma, no paradigma pós-moderno a autoridade representativa atua dentro da dimensão formal, ao passo que a sociedade responde pela dimensão material, em uma perspectiva de agora e sob um viés fraterno que exige uma postura de corresponsabilidade na tutela dos bens coletivos constitucionais (Pilati, 2014, p. 14).

Em uma tutela jurisdicional pós-moderna os magistrados ganham novas competências, sendo sua autoridade indispensável na convocação, na condução, e no apoio logístico ao processo participativo, de modo que “as funções dos Poderes tradicionais do sistema representativo puro não se perdem, ao contrário, são enriquecidas pela complexidade jurídica” (Pilati, 2017, p. 32). Portanto, nas relações jurídicas complexas as instituições representativas e participativas convivem em mútua dependência, sendo que a participação se restringe ao exercício e tutela dos bens coletivos constitucionais e dos bens coletivos de natureza jurídica complexa (Pilati, 2017).

Do Direito Romano clássico a Modernidade herdou mais os seus princípios do que as suas instituições. As únicas instituições concretas de Roma que foram adotadas pelo paradigma jurídico moderno dizem respeito à esfera individual e representativa, como as disposições atinentes ao direito de propriedade, que contribuíram para o desenvolvimento do capitalismo e da industrializa-

ção moderna. E, em que pese existirem instrumentos de democracia direta nos ordenamentos jurídicos modernos, na prática estes não passam de subterfúgios utilizados para criar uma ilusão de cidadania jurídica, quando quem detém a palavra final continuam sendo os órgãos de representação do Estado. É o que acontece no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, em que as audiências e consultas públicas judiciais ficam sujeitas a um voluntarismo estatal.

O paradigma jurídico moderno não incorporou em suas dinâmicas o casuísmo e a pragmática que marcaram o modelo de jurisdição romana. Ironicamente, a maior parte dos sistemas jurídicos modernos de raiz romano-germânica se limitou a realizar operações de subsunção da regra ao caso concreto, não qualificando o conflito enquanto fonte de um Direito vivo e compatível para com as necessidades sociais. Da mesma forma, também excluíram de suas relações jurídicas qualquer espectro de deliberação por parte do indivíduo e da sociedade. E é dessa separação do direito para com a sociedade que advém uma das maiores discrepâncias entre as relações jurídicas firmadas durante o período de vigência das instituições romanas clássicas e o paradigma jurídico moderno.

Apesar de servir de molde para muitas das instituições jurídicas modernas, as magistraturas e a jurisdição romana não compartilhavam da perspectiva simplificadora adotada pelo paradigma moderno. Eram instituições dotadas de camadas de complexidade alheias ao ideário moderno e que possuíam um caráter participativo que teve seu ápice na república dos romanos. E, diferente do *ius* dos romanos — que partia de uma perspectiva pragmática a qual encontrava fundamento na equidade e na inovação — as relações jurídicas modernas demonstram uma preocupação precípua em preservar e justificar a racionalidade do sistema de normas que lhes dá fundamento e reveste seu discurso de segurança. Ao passo que a jurisdição clássica romana partia do conflito e dele absorvia a inovação, a Modernidade parte da lei e busca reduzir a realidade e a complexidade do mundo da vida às formas previamente estabelecidas por esta, desencorajando a inovação e conservando uma lógica que por vezes se mostra anacrônica. Conseqüentemente, há uma tendência nos sistemas jurídicos modernos em não buscar fundamento na *maiestas*, a qual pertence à sociedade, mas em fundamentar sua legitimidade em si mesmos por meio de uma lógica de autorreprodução que muitas vezes se encontra alheia ao convívio social.

Nesse sentido, José Isaac Pilati reconhece um primado de complexidade nas relações jurídicas firmadas na Roma clássica e que pode servir de norte para as relações jurídicas na Pós-Modernidade. A complexidade destas relações jurídicas advém da articulação entre as esferas representativa e participativa na administração e resolução dos conflitos. Durante a vigência do sistema das ações da lei e do processo formulário, ao magistrado cabia apenas organizar a lide e designar a fórmula aplicável a esta. A resolução do conflito era confiada às partes e ao indivíduo incumbido da função de julgá-lo. Não havia um monopólio da jurisdição por parte do Estado. A esfera representativa não se sobrepunha à participativa, de modo que ambas eram complementares uma à outra. Partia-se de um ideal de soberania compartilhada entre os cidadãos da *civitas*, verdadeiros responsáveis pela resolução dos conflitos em Roma, restando ao magistrado, com base em seu *imperium*, organizar a lide e homologar a sentença proferida pelo juiz nomeado para a causa.

#### 4 CONCLUSÃO

Com base em uma leitura de contraponto das fontes clássicas, José Isaac Pilati tece uma crítica contundente à juridicidade moderna. Sua fala denuncia a lógica esquizofrênica e mutiladora do paradigma moderno, e encontra respaldo em intelectuais de grande expressão na contemporaneidade, como Edgar Morin, Zygmunt Bauman e Paolo Grossi.

Em sua análise, o intento simplificador moderno se estende às relações jurídicas, o que implica na negativa de toda uma dimensão coletiva de tutelas e interesses, bem como no não reconhecimento da sociedade como sujeito de Direito, resultando em uma visão limitada e fragmentada da realidade jurídica, o que não corresponde à complexidade hodierna. Por outro lado, partindo de uma leitura de contraponto, Pilati ressalta o reconhecimento e exercício de propriedades e tutelas coletivas na práxis jurídica romana, a qual possuía natureza pragmática e casuística, sendo exercida em uma dimensão de *iure in constituendo* pelos cidadãos romanos, diferente da jurisdição moderna, a qual é marcada por um nível de abstração e formalismo que afasta o cidadão do exercício da jurisdição e aliena o interprete da norma em relação à realidade no qual está inserido.

Por isso, a perspectiva de Pós-Modernidade defendida por José Isaac Pilati não compartilha do intento redutor do paradigma moderno, mas com-

preende que a Pós-Modernidade deve se valer, também, de experiências jurídicas passadas para que possa ampliar seu nível de compreensão da realidade a fim de se aproximar de sua complexidade. Nesse sentido, a complexidade das relações jurídicas advém da reconciliação de sua dimensão formal e abstrata com seu viés pragmático e casuísta. Decorre da reintegração da sociedade no panorama das relações jurídicas, bem como no reconhecimento de bens e tutelas de natureza coletiva que articulem aspectos representativas e participativos no exercício do Direito.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **As origens da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Fundamentos epistemológicos do Direito Ambiental**. 2015. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

HABERMAS, JURGEN. **A Modernidade: um projecto inacabado?** Tradução de Nuno Ferreira Fonseca. Disponível em: [http://cadeiras.iscte.pt/SDir/Habermas\\_ModernidadeInacabada.pdf](http://cadeiras.iscte.pt/SDir/Habermas_ModernidadeInacabada.pdf) Acesso em: 09 de janeiro de 2018.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução de Bernardo Leitão *et al.* Campinas: Unicamp, 1990.

LE GOFF, Jacques. **A história deve ser dividida em pedaços?** Tradução de Nícia Adan Bonatti. São Paulo: Unesp, 2015.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na Pós-Modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PILATI, José Isaac. **Teoria pós-moderna do Direito: paradigma como método e soberania partilhada como elemento fundamental**. 2014.

PILATI, José Isaac. **Audiência pública na justiça do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 3. ed. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2012.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 16. ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 22. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

NUNES, Francisco Pizzette. PILATI, José Isaac. A Fraternidade como Princípio Ético Necessário para uma Nova Práxis Coletiva e Emancipatória em Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 9, n. 2, 2014, p. 381-401.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos y desencantos de Los Derechos Humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones**. Barcelona: Icaria, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura jurídica**. 2. ed. São Paulo: Cortez 2008.



# CAPÍTULO II

## AS LIMITAÇÕES DO PARADIGMA RACIONALISTA E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE MEDIANTE AÇÕES COLETIVAS NA PÓS-MODERNIDADE<sup>1</sup>

*Karine Grassi*<sup>2</sup>

*Viviane Grassi*<sup>3</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A evolução dos processos coletivos em face da tutela do bem ambiental. 3. A superação do racionalismo e do dogmatismo processual no âmbito dos processos coletivos. 4. Reflexões sobre a necessidade e as possibilidades uma ruptura paradigmática no âmbito dos processos coletivos. 5. Conclusão. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Para além dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) consagrou os chamados direitos de terceira geração ou dimensão,

---

<sup>1</sup> Uma versão anterior do presente texto foi publicada nos Anais do XXIII Encontro Nacional do Conpedi, em 2014. A versão atual contém ampliações bibliográficas e atualizações.

<sup>2</sup> Doutora pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista Capes. Mestra pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDir/UCS). Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (Uniplac). E-mail: grassikg@gmail.com

<sup>3</sup> Doutora pelo Programa de Pós-graduação em Direito (DINTER UVA / UNIFACVEST). Mestra pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPG-Dir/UCS). Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (Uniplac). Professora Universitária do Centro Universitário Unifacvest. E-mail: vi.grassi@gmail.com.

dentre os quais figura, em posição de destaque, o direito “de todos” ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Para Boaventura de Souza Santos, esse novo marco constitucional, símbolo da democratização brasileira, confere “maior credibilidade ao uso judicial como alternativa para alcançar direitos” (2007, p. 42-43).

Ocorre que o direito ao ambiente, de caráter substancial e fundamental, é de baixa eficácia social, na medida em que a simples observação, confirmada por dados científicos, expõe uma degradação ecológica jamais vista. A noção de irresponsabilidade organizada, cunhada por Ulrich Beck (1995), denota de forma plausível que as origens e as consequências das catástrofes atuais e potenciais são frequentemente encobertas por uma rede mecanismos culturais e institucionais complexos, porém ineficazes<sup>4</sup>.

No plano jurídico, esta **irresponsabilidade organizada**<sup>5</sup> é perceptível, talvez mais do que em qualquer outro lugar, no descompasso entre os direitos e garantias materiais e o direito processual — seus institutos, sua teoria e cultura — por meio do qual se pretende efetivá-los. É evidente que vários fatores devem ser considerados para explicar de modo abrangente as razões da ineficácia das instituições jurídico-políticas em promover a efetivação do direito de todos ao ambiente. Reconhece-se no processo, todavia, um dos pontos nodais de tal explicação, tendo em vista o papel do aprimoramento, ou mesmo da reconstrução do direito processual, em face das novas demandas ambientais, ser central.

Um dos juristas que, de forma teórica e prática, expõe a necessidade de mudanças no trato dos processos coletivos é o Professor José Isaac Pilati. Autor de inúmeros trabalhos científicos, Pilati desenvolve desde o início da década de 2000 estudos específicos, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina (PPGD/UFSC), acerca da superação do pa-

---

<sup>4</sup> Atualmente, pode-se citar os casos dos rompimentos de barragens de Mariana (novembro de 2015) e Brumadinho (janeiro de 2019) — amplamente divulgados pela mídia nacional e internacional.

<sup>5</sup> Outros autores, como é o caso de Goldblatt, também trabalham com o conceito. Para esse autor, a irresponsabilidade organizada é “um encadeamento de mecanismos culturais e institucionais pelos quais as elites políticas e econômicas encobrem efetivamente as origens e as consequências dos riscos [...] catastróficos da recente industrialização” (1996, p. 241).

radigma moderno para “readequear a forma jurídica à nova substância”, na Pós-Modernidade, sem laçar mão das conquistas adquiridas (Constituição, democracia, liberdade, Estado, segurança pública, etc.) (Pilati, 2015, p. 14-15).

O presente capítulo tem como objetivo não apenas discutir o surgimento e da consolidação dos processos coletivos sob a ótica da tutela jurisdicional do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também homenagear o Prof. Pilati, cuja contribuição na temática das tutelas coletivas é notável.

De início, a principal pergunta que intriga os juristas, nessa seara, é se os avanços já ocorridos, as propostas de codificação dos processos coletivos e, por fim, o projeto de lei (PL n. 5.139/2009, Brasil, 2019) que tramita no Congresso Nacional e propõe uma nova ação civil pública, constituem ou não um rompimento paradigmático, que conduziria a um novo patamar de efetivação do artigo 225 da CRFB; ou seja, a proteção dos direitos da coletividade contra os abusos e ilícitos que explicam o presente cenário da degradação ambiental.

Deste modo, na primeira seção, será discutido o papel do processo na proteção jurídica do bem ambiental e, conseqüentemente, na superação da crise ecológica. Esta aspiração passa pela superação da influência liberal-individualista do processo civil no plano dos processos coletivos. Será realizado um mapeamento sucinto acerca do surgimento e da evolução dos instrumentos processuais destinados à tutela dos direitos coletivos no Brasil, desde a ação popular, passando pela ação civil pública, pela CRFB, pelas propostas acadêmicas até o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, e que busca harmonizar e consolidar o tratamento da matéria.

A segunda seção aborda a necessidade de superação do racionalismo e do dogmatismo processual no plano dos processos coletivos, e avalia se (e em que medida) a evolução dos processos coletivos no Brasil dá conta de superar o imaginário, a cultura e a conformação institucional individualistas, formalistas e racionalistas, que servem de obstáculo às tutelas coletivas, tais como a do ambiente.

A terceira e última seção promovem uma reflexão sobre a necessidade e as possibilidades de uma ruptura paradigmática no âmbito dos processos coletivos, no sentido de viabilizar a realização do direito de todos ao ambiente em sua plenitude. Reconhecendo a complexidade do tema, que merece muitos e

melhores articulações teóricas, argumenta-se ali que, apesar dos avanços pontuais e importantes, tanto os instrumentos já em vigor quanto os projeto de codificação dos processos coletivos pecam no quesito específico de não contemplar dificuldades mais profundas e enraizadas, de caráter estrutural, com base em dois livros do Prof. Pilati: (i) **Propriedade e função social na pós-modernidade**; e (ii) **Audiência pública na Justiça do Trabalho**, dois legados que os juristas têm disponíveis com grande riqueza conceitual e viés experimentalista acerca do papel do Direito na Pós-Modernidade.

O presente estudo assume um método analítico, porquanto procede à análise da legislação, bem como do mais importante projeto de lei sobre processos coletivos, avaliando estes documentos à luz de bibliografia especializada; e, simultaneamente, procura refletir de modo crítico, acerca da base teórica eleita, a partir do referido histórico legislativo e de dados de realidade.

## 2 A EVOLUÇÃO DOS PROCESSOS COLETIVOS EM FACE DA TUTELA DO BEM AMBIENTAL

A redação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, referente ao direito fundamental ao ambiente, é clara quando define que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para a qualidade de vida de todos, bem como impõe o dever de preservação e de defesa à coletividade e ao Poder Público, para que presentes e futuras gerações possam usufruí-lo (BRASIL, art. 225).

Definido o direito material ao meio ambiente, não obstante, cabe ao direito processual dar possibilidades para efetivá-lo. Em outras palavras, o processo “deve estar adequado ao direito material que busca tutelar” (Marin; Lunelli, 2008, p. 13). Uma vez constitucionalizado o direito ao ambiente, dada a conformação de um amplo aparato legal em torno deste preceito fundamental, é preciso repensar o modelo jurisdicional que dá suporte à sua efetivação, o qual ainda é bastante deficiente, ao menos neste propósito específico.

O problema verificado nas últimas décadas, cuja constatação é quase que consensual, mas cujos modos de solução ou superação são controversos, é que processo civil parece mais apto à tutela dos direitos individuais, já que foi talhado para a solução de controvérsias típicas de um contexto privatista. O bem ambiental, a seu turno, exige tutela diferenciada, pautada em um instrumental específico, condizente: (i) com sua natureza de “direito de todos”;

(ii) com seu caráter semanticamente e axiologicamente aberto; (iii) com a peculiaridade de sua relação com o conhecimento científico, e com as inevitáveis limitações deste conhecimento.

As especificidades do modelo processual ideal para a salvaguarda do bem ambiental continuam sendo objeto de debates acadêmicos e legislativos em diversos contextos e, apesar das inovações percebidas nas últimas décadas, o tema parece longe de se esgotar. Inúmeros instrumentos processuais foram criados com o intuito de dar efetividade à tutela de interesses difusos e responder ao questionamento sobre se o processo civil estaria ou não apto a resolver demandas que transcendem o plano individual. A evolução do Direito Processual Civil no Brasil, nas últimas três décadas, decorre dos fenômenos da sociedade industrial e tecnológica que clamaram por tutelas jurisdicionais coletivas (Mirra, 2006, p. 35-36).

A doutrina dos direitos transindividuais no Brasil pauta-se, inicialmente, na releitura italiana da experiência das *class actions* nos países da *civil law* (GIDI, 2008, p. 32-34). As questões de proteção ambiental e de defesa do consumidor, sobretudo, deram início a um “movimento reformador”, pautado na busca do aperfeiçoamento dos mecanismos processuais tradicionais, com objetivo de torná-los mais adequados à tutela de direitos coletivos ou de direitos individuais ameaçados por lesões de larga escala. A proliferação de novas lides coletivas, do ponto de vista deste movimento, quebrou o paradigma do procedimento individualista e exigiu que se buscassem alternativas para a resolução de conflitos de massa. A proteção dos direitos coletivos no país, portanto, fundou-se na ideia de titularidades subjetivas indeterminadas (Zavascki, 2008, p. 26).

A história das ações coletivas no Brasil passou, em um primeiro momento, pela elaboração de estatutos legais esporádicos, os quais asseguraram a legitimação de associações e de instituições para a defesa em juízo de associados ou de interesses da categoria profissional, e também com a ação popular, já prevista na Constituição de 1934, porém ampliada e regulamentada pela Lei 4.717/65 (Grinover; Mendes; Watanabe, 2007).

A partir da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) consolidou-se a tutela jurisdicional transindividual em torno: (i) dos direitos e interesses **difusos**, espécies de direitos ou interesses supra-individuais, que possuem natureza indivisível, e cuja titularidade, consoante a LACP e o Cód-

digo de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), pertencem a pessoas indeterminadas e indetermináveis ligadas por meio de circunstâncias fáticas, muitas vezes, como diz Mirra, por mero acidente (MIRRA, 2006, p. 36); (ii) dos direitos e interesses **coletivos**, também supra-individuais e indivisíveis, mas que, diversamente dos difusos, têm como titulares grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou indetermináveis vinculadas por força de uma relação jurídica; (iii) dos direitos individuais homogêneos, teoricamente divisíveis, porém que recebem tratamento coletivo por razões de conveniência social (por exemplo, a economia processual e a isonomia de tratamento entre os jurisdicionados sujeitos a lesões de origem comum).

Incorporou-se a tutela jurisdicional coletiva na CRFB por meio do artigo 129, inciso III, pelo qual constituem funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Entretanto, foi a partir do Código de Defesa do Consumidor que a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais obteve grande dimensão no ordenamento jurídico nacional (Mirra, 2006, p. 36).

Se o modelo de processo individualista do Código de Processo Civil (CPC) é voltado aos conflitos interindividuais e não possui força suficiente para a solução de demandas coletivas em diversas áreas importantes (principalmente no que se refere ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado), questiona-se porque o chamado sistema integrado — constituído pela Lei de ação civil pública (LACP) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) —, muito embora tenha constituído importantíssimo avanço, parece ainda insuficiente em assegurar a tutela do bem ambiental. Esta pergunta parece orientar os debates em torno de reformas ou da proposição de novos modelos de tutela coletiva.

Houve, nos últimos anos, variadas propostas de codificação e/ou sistematização dos processos coletivos, com intuito de aprofundar o tratamento da matéria. As principais são as seguintes (Mendes, 2010; Silveira, 2014):

- (i) a pioneira proposta elaborada por Antônio Gidi (1992 a 2003), inspirada, sobretudo, nas *class actions* norte-americanas;
- (ii) o **Código modelo de processos coletivos para Ibero-América**, formulada no âmbito do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IADP);

- (iii) o **Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, proposta desenvolvida por Ana Pellegrini Grinover e vários colaboradores de entidades públicas e privadas;
- (iv) o **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa), sob coordenação de Aloísio Gonçalves de Castro Mendes.

Por fim, o Projeto de Lei n. 5.139/2009<sup>6</sup> (Brasil, 2019) foi formulado com objetivo de disciplinar a ação civil pública para a tutela de coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Tendo sido proposto, inicialmente, como projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, tornou-se, por substitutivo, uma proposta de reforma da ação civil pública e seu trâmite legislativo, que precede o Código de Processo Civil de 2015, não teve evolução.

Sem pretender aprofundar o tema, é possível retirar do texto deste projeto alguns dos principais pontos da proposta de mudança procedimental, quais sejam: (i) flexibilidade processual [art. 3º, III]; (ii) ampla divulgação e publicidade dos atos procedimentais à comunidade interessada [Art. 3º, VI]; (iii) ampliação dos legitimados [art. 6º, incisos] e dos direitos coletivos tuteláveis pela ação coletiva; (iv) coisa julgada com efeito erga omnes, independente da competência territorial [art. 32]; (v) criação do Cadastro Nacional de Processos Coletivos [art. 53]; (vi) Programa Extrajudicial de prevenção ou reparação de danos [art. 57]; (vii) prioridade da ação coletiva sobre as individuais [art. 63]; (viii) possibilidade de criação de juízos específicos, primeira e segunda instância, para as ações coletivas; (ix) rRevogação de vigente lei de Ação Civil Pública, bem como alteração em diversas leis que tratam da temática [art. 71, incisos]; (x) uma disciplina inovadora acerca do ônus probatório, observando as capacidades probatórias das partes.

Não obstante os avanços justamente celebrados e as críticas pontuais decorrentes do referido projeto nos últimos anos, o presente estudo pretende conferir maior atenção ao significado mais amplo destas propostas para o fu-

---

<sup>6</sup> Após análise da Comissão de Constituição e Justiça, em 05/05/2009, segundo a consulta no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, o projeto de lei encontra-se, desde 2010, Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

turo das tutelas coletivas ambientais. Pode-se questionar por que razão fazer a crítica de uma proposta que não logrou sucesso. Ocorre que o projeto diz muito sobre o horizonte conceitual em que o debate é travado, tendo sido a proposta cuja adoção foi a mais plausível, durante muito tempo.

O projeto deve também ser avaliado, entende-se, do ponto de vista da crítica ao resíduo da concepção individualista liberal-burguesa do direito das codificações no plano dos processos coletivos — a qual, entende-se, pode explicar em grande medida o relativo atraso do Direito Processual Coletivo em face do Direito Material Coletivo. Constitui exemplo privilegiado desta afirmação a baixa eficácia social da proteção jurisdicional do bem ambiental. Por sua vez, o tratamento coletivo no Código de Processo Civil de 2015 segue a mesma senda liberal-individualista, mais apropriada aos direitos de ordem privada/individual do que à conformação de uma jurisdição coletiva, participativa, dinâmica e não necessariamente adversarial.

As próximas seções irão explorar algumas das dificuldades encontradas na proposição de instrumentos processuais adequados à tutela do ambiente, as quais possuem, reputa-se, um caráter estrutural, e não pontual. Assim, discute-se o potencial das referidas propostas não tanto em relação ao tratamento específico conferido aos institutos processuais tradicionais, senão como veículo de uma transição paradigmática. Cada qual a seu modo, Baptista da Silva e Pilati construíram teses de grande fecundidade em torno da reflexão sobre o paradigma que pressupõe e sustenta o direito das codificações, motivo pelo qual a contribuição destes autores será de grande valia, nas próximas seções, para o desenvolvimento do tema ora proposto.

### 3 A SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO E DO DOGMATISMO PROCESSUAL NO ÂMBITO DOS PROCESSOS COLETIVOS

A aplicação da norma jurídica exige, além de conhecimento da matéria abordada, o cuidado de se manter o vínculo entre o Direito e a realidade social. Ovídio Baptista da Silva, em **Processo e Ideologia**, demonstra preocupação com o distanciamento do Direito em relação à vida em sociedade; sustenta, ademais, que é somente por meio da história dos conceitos jurídicos que se poderá compreender e aplicar de forma correta o Direito, sobretudo quando se trata do Direito Processual (2004, p. xi-x).



O autor vale-se do conceito de **paradigma**, forjado por Thomas Kuhn (2009) para o âmbito das Ciências Naturais — mais especificamente, para a astronomia. Contudo, mesmo reconhecendo que transferir a noção de paradigma para o Direito é “uma tarefa delicada”, faz uso magistral da obra **A estrutura das revoluções científicas**, de Kuhn, para expor o vínculo entre as premissas aceitas como indiscutíveis pela comunidade científica (no caso, pela comunidade de juristas) e o contexto político e cultural da época em que tais conhecimentos se inserem (Baptista da Silva, 2004, p. 28-30).

Explica Baptista da Silva que, para Kuhn, as revoluções científicas ocorrem quando um determinado paradigma — conjunto de premissas aceitas como verdades em um dado contexto específico, em face da ciência dita **normal** — “deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas, provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência”. (2004, p. 30-31)

Portanto, a comparação entre as revoluções políticas e as revoluções científicas, proposta por Kuhn, também deve ser plenamente endossada: se a função da pesquisa científica não é questionar um paradigma, porém “ajustar os fenômenos observados, procurando explicá-los segundo este paradigma”, então o momento de crise, o qual é pré-requisito para a revolução científica, decorre de um sentimento, progressivamente generalizado, de que as premissas comumente aceitas, não questionadas, funcionam de forma defeituosa (Baptista da Silva, 2004, p. 32-33).

Trazendo esta reflexão para o contexto do debate acerca dos processos coletivos, a patente insuficiência do processo civil clássico em dar conta da tutela do ambiente não deve ser compreendida como uma necessidade de “evolução” deste mesmo processo civil. Salta aos olhos a necessidade e a premência de uma ruptura paradigmática, o que implica o questionamento de determinados pressupostos assumidos de forma dogmática, não apenas no estudo e na prática do processo civil, mas até mesmo no âmbito da Teoria do Processo.

No centro da preocupação de Baptista da Silva está o “racionalismo” jurídico, a ideologia que pretende tornar o Direito uma ciência lógica, exata e demonstrável, abstrata e formal, obra exclusiva de um legislador iluminado, cujos desígnios não devem ser interpretados, senão apenas aplicados ao caso concreto. Este “sonho racionalista” — evidente na tentativa de Leibniz de “tornar o direito uma ciência exata”, e na via “geométrica” de Savigny, que recusa a

experiência judiciária e aponta o Código como a única fonte do direito, a qual conteria uma solução *a priori* para todo e qualquer caso —, possui, para o autor, um “imenso componente autoritário, correspondendo mais às tiranias do que a um regime democrático” (Baptista da Silva, 2004, p. 24-25).

Esclarece o autor que, no decorrer do século XX, a filosofia do direito resgatou a hermenêutica da abstração e do formalismo, enraizados nas filosofias liberais dos últimos séculos; entretanto, o “comportamento dogmático”, tanto nas universidades como no Legislativo, permanece (Baptista da Silva, 2004, p. 01-02). O problema é que, apesar da consciência da necessidade da hermenêutica e da superação do paradigma racionalista, o comportamento dos juristas não corresponde a esta demanda, permanece como que vinculado a outro período histórico. A busca por soluções para problemas decorrentes deste paradigma funda-se, muitas vezes, nos mesmos pressupostos teóricos e nos mesmos fundamentos.

O bem ambiental, constitucionalmente protegido, exige conhecimentos para além do jurídico e procedimentos legais mais adequados às características do direito material tutelado, para que se efetive o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Para pensar uma jurisdição coletiva apropriada à tutela do meio ambiente, faz-se necessário olhar “para fora” da Modernidade:

Modernidade que [...] estatizou o coletivo em termos absolutos, num reducionismo estratégico, engenhosíssimo, de consagração do individualismo, sob a égide da axiologia e do poder econômicos. Um modelo simples, cego de um olho (para o coletivo), que convive tolerante com diferenças sociais que *não consegue ver*, nem solucionar com suas políticas e muito menos com seu sistema de justiça legalista e emperrado; sistema ao qual não interessa o conflito em sua realidade fática integral, casuística [...] [grifos no original] (Pilati, 2015, p. 23-24).

A ideia, no pensamento de Pilati, não é buscar respostas prontas, mas sim o contraponto com realidades históricas diversas, o que evidencia a riqueza potencial dos modelos institucionais e a necessidade de abandonar velhas certezas (2011 e 2015).

#### **4 REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE E AS POSSIBILIDADES UMA RUPTURA PARADIGMÁTICA NO ÂMBITO DOS PROCESSOS COLETIVOS**

O fato de que o patrimônio ambiental possui natureza híbrida, funcionando como ponto de encontro de uma série de outros direitos (Ost, 1995, p. 351-360), torna evidente que os dispositivos legais que protegem o direito de propriedade são desproporcionalmente mais eficazes em face dos dispositivos legais que protegem o direito de todos ao ambiente. Esta assertiva é clara quando se pensa do descompasso entre a norma constitucional e sua eficácia social — ou seja, na dificuldade em se proteger juridicamente os recursos naturais essenciais à vida, como a água, o ar, os solos e o patrimônio genético, bem como nas formas de regulação do acesso a estes recursos e nos modos de distribuição das consequências negativas dos resíduos da produção e do consumo humanos.

Pode-se afirmar que o referido desequilíbrio é mais visível e sociologicamente compreensível no plano processual, em que se busca reformar institutos voltados, desde sua origem, ao direito individual e, sobretudo, à tutela da propriedade privada. Se a concepção de um Direito Coletivo nas últimas décadas, com sua legislação, doutrina e jurisprudência peculiares, constitui grande avanço do ponto de vista técnico, já do ponto de vista empírico o diagnóstico é negativo, uma vez que o direito parece cada vez menos apto a conter a degradação ambiental.

A perplexidade dos juristas em face da crise ecológica possui explicações variadas, por certo; não obstante, ainda que a busca por soluções passe pelo âmbito da economia, da ética, da reformulação das instituições governamentais, e mesmo de procedimentos administrativos específicos, não se pode abrir mão de buscar dar conta destas demandas no plano jurisdicional, dada a garantia da inafastabilidade da jurisdição.

O enfrentamento da crise ecológica pelo Direito continua encontrando um de seus grandes entraves na ineficiência dos instrumentos processuais de proteção ambiental. Concordam Leite e Belchior que a racionalidade jurídica clássica “não é suficiente para lidar com a complexidade que permeia o dano ambiental” e que a questão ecológica precisa ser compreendida de forma transdisciplinar, à luz, por exemplo, da contribuição da Sociologia (2012, p. 13).

Pode-se falar mesmo de uma crise na esfera processual, tendo em conta a inaptidão do processo em responder ensejos sociais, conforme salienta Lunelli, de modo que se fazem necessários “novos modelos de compreensão dos institutos processuais”, sobretudo na tutela de direitos transindividuais (2012, p. 149).

A iniciativa de codificação dos processos coletivos também deve ser inserida na pauta da revisão de sistemáticas do Poder Judiciário. Lembra Herkenhoff (2001, p. 34) — diagnóstico este extremamente atual — que se o Poder Judiciário dá conta das próprias demandas individuais de forma deficiente e parcial, a concretização dos direitos coletivos está ainda mais longe de ser plenamente satisfeita. Não se pode deixar de reconhecer o caráter positivo da busca pelo aprimoramento da legislação voltada às tutelas coletivas. A proposta mais atual de codificação na matéria constitui outro passo positivo no sentido de solucionar a crise enfrentada pelo judiciário. Por outro lado, é irrefragável que, para além da dimensão legislativa, existem outras de importância possivelmente maior.

Uma leitura rápida do Código de Processo Civil de 1973, afirma Rodrigues, permite verificar seu “ideal individualista”. O confronto das técnicas processuais civilistas tradicionais com os problemas da sociedade de massa, composta por interesses de titulares indeterminados, não pode produzir um resultado satisfatório — daí a importância do estudo de “técnicas processuais coletivas” desvinculadas do pensamento individualista (Rodrigues, 2011, p. 66-67). Também Zavascki entende que, pelo advento de mudanças no Código de Processo Civil (CPC) e no sistema processual como um todo, as quais passam pela remoção e atualização de métodos ultrapassados, bem como pela criação de novos instrumentos processuais, surgiu um sistema processual renovado, em sua forma e sua ideologia, com suporte em novos valores (2008, p. 297), que estaria, portanto, apto a solucionar novas demandas. Da mesma forma, o CPC novo, apesar das vantagens, como é o caso, por exemplo, dos artigos 10; 250, III; 357, III, 471; desse paradigma.

Em contraponto, juristas como Pilati (2011, p. 01-03) entendem que os processos coletivos em sua forma atual, desde a consolidação do sistema integrado (LACP e CDC), refletem apenas uma derivação do CPC (conformado este por um ideal individualista) para dar conta da tutela de conflitos de massa. Da mesma forma, as propostas de codificação coletiva no Brasil, muito embora

pertinentes e importantes de várias formas e em vários níveis, constituem simples reformas, e não uma verdadeira ruptura paradigmática, ao menos desde o ponto de vista da necessidade de uma jurisdição e de um processo voltados às necessidades da tutela coletiva para direitos coletivos. O que se têm em toda essa evolução legal, bem como nas importantes propostas lançadas no Brasil, sejam projetos de lei ou propostas acadêmicas, são diferentes visões acerca das ações coletivas, somadas às adaptações pontuais de institutos processuais civis para as ações coletivas. Bem diferente seria conceber uma jurisdição e um processo coletivos, concebidos em face das necessidades e demandas pressupostos no direito material coletivo.

Para o autor, o movimento de codificação processual coletivo, pautado, em todas suas versões, na teoria dos direitos transindividuais, possui uma limitação fundamental quanto à tutela dos bens coletivos constitucionais (como o ambiente, direito de todos), porquanto não projetam ainda um paradigma participativo, plasmado no atual texto constitucional, que contempla uma soberania simultaneamente representativa e participativa (vide artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88). Este movimento prende-se ainda ao “campo do voluntarismo do Estado e do indivíduo, que substituem a dimensão política do coletivo por normas programáticas e por apelos de solidariedade social”, isto é, trata-se, ainda, de um modelo jurídico político que suprime as ordens sociais intermediárias, de modo que “o coletivo esgota-se no público e ao demais tudo é privado” (Pilati, 2011, p. 25-26).

Ao contrário das lides consumeristas, para as quais os processos coletivos, na forma atual, são bastante adequados, o juiz, na tutela do bem ambiental, entende Pilati (2011, p. 01-03), seria chamado a “presidir a construção de um consenso”, e a criatividade seria inevitável. A criatividade judicial é frequentemente criticada do ponto de vista do processo civil, em face da exigência de segurança que acompanha o nascimento das codificações liberais. Contudo, na concepção jurisdicional requerida para a proteção do patrimônio ambiental, a decisão observaria os parâmetros legais e constitucionais, porém refletiria a criatividade não apenas do juiz, e sim de todos os atores sociais participantes. Essa criatividade não poderia se dar contra a lei, e sim na busca de soluções legais e constitucionais. O enigma da aplicação do princípio da precaução no Direito Ambiental talvez pressuponha uma jurisdição

mais coletivista, justamente porque o parâmetro para aferição da incerteza e do risco toleráveis não encontra resposta em uma interpretação formalista da legislação. Nesse sentido, é o pensamento de Silveira:

Entende-se [...] que as tutelas coletivas exercidas diretamente pela coletividade – por um Coletivo personalizado, titular do ambiente em juízo – poderiam constituir mecanismo de efetivação do princípio de precaução, traduzindo-o em um sentido positivo de avaliação e tratamento jurisdicional do risco ecológico abusivo, sem prejuízo das diferentes formas de atuação do princípio e sem que isso constitua ingerência entre poderes. Não basta limitar-se à “participação” dos cidadãos na gestão da coisa pública sem promover um questionamento mais profundo do paradigma econômico, político e jurídico contemporâneo. A proposta implica no resgate do direito efetivo das coletividades sobre os recursos naturais localizados em um determinado território – direito que é tanto de acesso como de gestão, e que possui, no Brasil, abrigo constitucional (2014, p. 292).

Para Pilati (2011), o direito de todos ao ambiente constitui propriedade especial constitucional, cuja tutela entra em atrito com os parâmetros do processo tradicional individualista da modernidade. Considerando a distinção entre propriedades comuns e propriedades especiais constitucionais, uma verdadeira transição paradigmática seria a construção de um processo mais participativo, em que o magistrado coordenaria soluções construídas processualmente, consoante o balizamento normativo legal e constitucional, presidindo o exercício direto dos direitos coletivos materiais, ao contrário do processo tradicional, em que cabe ao julgador dizer quem (dentre os dois polos litigantes) está com (toda) a razão (Pilati, 2011, p. 140-141).

No plano da pessoa, a Sociedade encarna o papel de sujeito de direito coletivo; os bens públicos e privados ganham uma terceira categoria, dos bens coletivos. E a dimensão coletiva dá nascimento às titularidades coletivas extrapatrimoniais, as quais determinam a democratização dos respectivos processos legislativos, administrativos e Judiciais (PILATI, 2011, p. 169-170).

Portanto, o reconhecimento da autonomia dos bens coletivos e dos direitos coletivos exercitáveis pela sociedade, em sua independência dos bens público-estatais, permite conceber soluções jurisdicionais (e também administrativas) para além do plano da reação, em um processo mais apto a antecipar problemas por meio de soluções inclusivas, construtivas, participativas (PILATI, 2011, p. 05). Dada a crise de legitimidade das democracias representativas, cujo reflexo é sentido diretamente no Poder Judiciário, a “democratização do processo” mediante personalização do titular coletivo do bem ambiental é o requisito mais importante para o reconhecimento da autonomia jurídica deste bem (Pilati, 2011, p. 163) e para a eficácia de sua tutela.

Conquanto produzidas em contextos diversos, os diagnósticos e proposições de Pilati aplicáveis à reflexão sobre as tutelas coletivas convergem ao tornar evidentes os obstáculos de natureza paradigmática que impedem a superação de dogmas forjados pela modernidade para tutela do patrimônio ambiental, e outros direitos emergentes do atual momento histórico. Estes obstáculos não são somente procedimentais e, neste sentido, pode-se afirmar que, de modo geral, o debate das últimas décadas perde a visão de contexto, dedicando muita tinta para o debate de questões pontuais e pouco esforço para a reflexão:

- (i) sobre a concepção do modelo processual como um todo, para além dos institutos
- (ii) sobre a Teoria do Processo, que também precisa ser atualizada em face das novas necessidades sociais, na direção de uma sólida Teoria dos Processos Coletivos;
- (iii) sobre o imaginário que sustenta a concepção moderna de processo, suas causas, consequências e manifestações práticas;
- (iv) sobre a cultura jurídica que, mesmo diante de institutos parcialmente renovados, permanece ideologicamente voltada para um período historicamente anterior, não correspondendo às novas demandas.

Entende Baptista da Silva, que a formação cultural brasileira se conserva “solidamente dogmática”, porque os juristas “não conseguem fazer um diagnóstico dos fatores que contribuem para a crise”, recusando a atitude crítica de questionamento do próprio **paradigma** (2004, p. x). Assim,

Tanto às reformas legislativas dos últimos dez anos, quanto ao pensamento de nossos juristas e das esferas governamentais, falta uma compreensão adequada dos fatores culturais que nos aprisionam, fazendo com que andemos em círculos, sem que nenhum progresso efetivo se tenha obtido. Como ninguém procura investigar as raízes históricas e culturais que condicionaram a formação do nosso sistema, frequentemente acontece que determinadas reformas pontuais, antes de oferecer vantagens na busca de maior efetividade na prestação jurisdicional, acabam agravando ainda mais a crise, a ponto de tornar, em determinados setores da atividade judiciária, praticamente inviável o exercício normal da jurisdição (Baptista da Silva, 2004, p. x).

O autor demonstra, desta forma, o quanto é ideológico e conservador não questionar a realidade que nos cerca (Baptista da Silva, 2004, p. 09), e que o paradigma racionista e dogmático, afinado com uma concepção de mundo individualista, constitui obstáculo renitente, cujo enfrentamento é fundamental:

A influência exercida pelo *individualismo* sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através da influência das idéias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil, quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis (Baptista da Silva, 2004, p. 56).

Tomando de empréstimo a definição de ideologia formulada por Karl Mannheim, Baptista da Silva entende como ideológico todo o conhecimento que, diante de situações práticas, deixa de levar em conta novas realidades, ocultando estas novas realidades por meio de categorias impróprias, impedindo a adaptação àquele contexto histórico específico (2004, p. 20). É neste sentido que se faz necessário problematizar dogmas como a inercia da jurisdição, o imaginário do processo como pacificação de conflitos, da relação adversarial entre as partes, do formalismo exacerbado, dentre outros.



As inovações trazidas pela proposta de codificação coletiva em trâmite no Congresso Nacional constituirão um avanço na proteção destes direitos, típicos da contemporaneidade. Não obstante, para além dos importantes e necessários debates pontuais — sobre os institutos processuais reformados ou criados no contexto deste diploma —, é preciso refletir sobre a presença persistente, ali, de um forte imaginário privatista, racionalista e formalista.

Não parece demasiado afirmar que os processos coletivos, de fato, ainda constituem derivação do processo civil, e não um processo e uma disciplina completamente diferentes, construídos a partir de diferentes fundamentos teóricos. Os processos coletivos ainda buscam uma decisão heterônoma, a resposta correta que dará razão a uma das partes em conflito, restaurando a paz social. Do ponto de vista institucional, o desafio (Pilati, 2011, p. 163) seria conceber uma jurisdição participativa, em que a decisão seria mais construída do que revelada, mais “inclusiva” do que exclusiva, em que seriam demarcados os limites do privado em face do coletivo. De forma mais ampla, desafio é a superação da cultura dogmática e racionalista, questão que não é apenas técnica, mas também política, ética e cultural, e que transcende a mera reformulação dos textos legais.

A noção de ambiente comporta grande abertura semântica; além disso, a definição judicial do alcance do patrimônio ecológico em face dos interesses privados demanda a problematização em torno de valores e de concepções técnicas e científicas diversas, até mesmo contraditórias. O atual *modus vivendi* pressupõe a produção sistemática de riscos (Beck, 2010, p. 23-24) aparecem juridicamente como meros efeitos colaterais, como eventos pontuais que quebram um estado de normalidade. Em face da necessidade de proteção do patrimônio ecológico assegurado constitucionalmente, faz-se necessário repensar a atividade jurisdicional, de forma a torná-la compatível com a natureza do direito a ser tutelado (Silveira, 2014, p. 98-102).

## 5 CONCLUSÃO

Pode-se argumentar que mesmo com a consagração do direito de todos ao ambiente com dignidade constitucional não foram superados, na jurisdição ambiental, os limites do paradigma da resolução de conflitos individuais. A mesma reflexão que foi feita quando da adoção dos primeiros

mecanismos destinados a conferir instrumentos de tutela coletivos no Brasil continua sendo pertinente, uma vez que as inovações adotadas, as quais completam já suas primeiras décadas de vida, ainda parecem tímidas em face da grandeza do desafio da tutela jurisdicional do bem ambiental.

Ao elogiar as diversas inovações propostas para a Ação Civil Pública no meio acadêmico e mesmo mediante projetos de lei, convém, não obstante, problematizar o intuito de consolidação de um sistema jurídico coletivo. Tal consolidação justificar-se-ia na criação de uma disciplina processual autônoma, marcada pelo “estabelecimento de princípios e institutos próprios”, bem como no fato de que a nova lei da ação civil pública revogaria dispositivos de várias leis esparsas: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), a Lei de proteção dos investidores do mercado de valores imobiliários (Lei 7.913/89), a Lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ou Lei Antitruste (Lei 8.884/94), e a Lei da pessoa portadora de deficiências (Lei 7.853/89).

As tutelas coletivas, conforme desenvolvidas historicamente no Brasil, surgiram como apêndice do processo civil clássico, ainda que adaptado às peculiaridades dos interesses tutelados, e têm o CPC como lastro. Ademais, como se procurou debater ao longo do presente texto, as importantes inovações propostas não surtirão o efeito desejado sem que sejam repensadas diversas questões de fundo, tais como a própria natureza da atividade jurisdicional, a dignidade e a conformação institucional do ente coletivo em face da redutora dicotomia público/privado, o imaginário individualista que conforma a prática e a teoria do processo no Brasil; e, por fim, a cultura racionalista dos operadores jurídicos, a qual nega a atividade hermenêutica ou, ainda pior, encobre práticas autoritárias com um verniz “hermenêutico”.

Por motivos ideológicos, o racionalismo e o individualismo permanecem presentes na cultura jurídica, e também nos textos legais, sobretudo no plano processual, em descompasso com os novos direitos plasmados no texto constitucional. A efetivação do direito ao ambiente no âmbito dos processos coletivos, entende-se, passa por uma profunda reflexão acerca das implicações do imaginário privatista e da cultura jurídica racionalista forjados pela modernidade, em um contexto histórico completamente diverso, e como resposta a anseios e expectativas diversas.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo de ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p.

BECK, Ürich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. 368 p.

BECK, Ürich. **Ecological politics in an age of risk**. Traduzido para o inglês por Amos Weisz. Polity Press, 1995.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.7ao.htm). Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei n. 5.139/2009 da Câmara dos Deputados**. Disciplina o sistema único de ações coletivas brasileiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485&ord=0#lnkSecaoTramitacao>. Acesso em: 05 mar. 2019.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e meio ambiente**. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Piaget, 1996.

GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 486 p.

GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 464 p.

HERKENHOFF, João Batista. **Para onde vai o direito? Reflexões sobre o papel do direito e do jurista**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. 168 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. 260 p.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição. *In*: MARIN, Jeferson Dytz. (Coord). **Jurisdição e processo: efetividade e realização da pretensão material**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19-48.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O paradigma racionalista: lógica, certeza e o direito processual. *In*: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo: estudos em homenagem ao prof. Ovídio Baptista da Silva**. v. 3. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21-43.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** (Temas atuais de direito processual civil; v. 4). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 381 p.

MIRRA, Álvaro Luiz Válerly. A legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos. *In*: SALLES, C. A.; SILVA, S. T.; NUSDEO, A. M. O. (orgs.) **Processos coletivos e tutela ambiental.** Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006. p. 35-68.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. *In*: LEITE, José Rubens Morato (coord.); FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (orgs.) **Dano ambiental na sociedade de risco.** São Paul: Saraiva, 2012. p. 13-54.

LUNELLI, Carlos. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental: a contribuição do contempt of court. *In*: LUNELLI, Carlos; MARIN, Jeferson. **Estado, meio ambiente e jurisdição.** Caxias do Sul: EDUCS, 2012. 147-164 p.

ODUM, Eugene P.; BARRETT, Gary W. **Fundamentos de ecologia.** Tradução de Pégasus Sistemas e soluções. 5. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. 399 p.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 188 p.

PILATI, José Isaac. **Audiência pública na justiça do trabalho.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 175 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental.** 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 272 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007. 120 p.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. **Risco ecológico abusivo:** a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul: EDUCS, 2014. 398 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

# CAPÍTULO III

## ABUSO DO DIREITO E TUTELA COLETIVA DO AMBIENTE: ÀS VOLTAS COM O DIREITO MODERNO E SEUS LIMITES ESTRUTURAIIS

*Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A estreiteza das ferramentas de tutela do ambiente face à dimensão da crise ecológica. 3. A profusão do risco, a responsabilidade civil ambiental e as demandas reparatórias. 4. O déficit jurisdicional em matéria de meio ambiente e a dogmática do “abuso de direito”. 5. A abertura para o social nas tutelas coletivas. 6. Conclusão. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Este texto foi pensando como um comentário sobre a importância da articulação entre o Direito Ambiental e uma teoria do Direito com perfil crítico. Consiste em ilustrar tal afirmação com um exemplo, que é o da reflexão sobre o instituto “abuso de direito” e sua pertinência para a proteção do meio ambiente em um cenário da produção massificada de poluição, muitas vezes sob o signo do “risco ecológico”. Esse exercício ensaístico de problematização sobre o alcance do instituto “abuso de direito” funda-se na pesquisa desenvolvida entre os anos de 2007 e 2011, que resultou na tese intitulada “Processos Co-

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina UFSC. Mestre em Direito pela UFSC. Estágio pós-doutoral na Pace University/NY, Elisabeth Haub School of Law. Pesquisador e professor-adjunto na Universidade de Caxias do Sul, atuando no Bacharelado, Mestrado e Doutorado em Direito. E-mail: cemsilveira@ucs.br.

letivos para a tutela do risco ecológico abusivo: a construção de um patrimônio comum-coletivo” (Silveira, 2011), defendida no ano de 2011 na Universidade Federal de Santa Catarina sob a orientação do Prof. Dr. José Isaac Pilati.

Enfrentou-se no referido trabalho o problema da tutela jurisdicional daquilo que se convencionou chamar de “risco ecológico abusivo”: ou seja, o risco ecológico que, produzido pelo poluidor (público ou privado), lesa de maneira sistemática os direitos de terceiros (no limite, de toda a coletividade), não sendo alcançado, entretanto, pelo instituto da responsabilidade — seja por obstáculos de natureza processual, seja em razão da dificuldade de caracterização de crime, infração administrativa ou dano suscetível de reparação cível. Por outras palavras, os impactos ambientais e sanitários de certas atividades e gêneros de atividades são amplamente conhecidos, mas é difícil, por diversas razões, atribuir responsabilidades individuais aos poluidores, que se beneficiam da socialização dos malefícios resultantes de empreendimentos públicos e privados flagrantemente antissociais; ou de empreendimentos potencialmente danosos, embora cobertos pelo manto da incerteza e da controvérsia científica; ou ainda da complexidade das tramas causais que explicam a origem de problemas ambientais e socioambientais bastante evidentes.

Estabelece o *caput* do artigo 225 da Constituição de 1988 que o direito ao meio ambiente é um direito de todos; que esse bem jurídico é essencial para a sadia qualidade de vida e que todos, poder público e coletividade, têm o dever de defendê-lo e preservá-lo para o benefício das presentes e futuras gerações. Um olhar mais atento confere logo a impressão de que a prática da proteção jurídica do meio ambiente encontra-se, no Brasil, muito aquém da sofisticação e das potencialidades interpretativas do enunciado constitucional.

Na pesquisa acadêmica, particularmente na esfera cível, registra-se um importante percurso de aprimoramento do instituto da responsabilidade, com intuito de torná-lo mais efetivo, sobretudo com vistas a eliminar os obstáculos à caracterização do dano e/ou ao estabelecimento do nexo de causalidade entre a atividade do demandado e o dano atual ou futuro. Na esfera processual cível, há décadas é discutido o aprimoramento das ações coletivas, sobretudo da ação civil pública ambiental para responsabilidade por danos morais e patrimoniais a interesses e direitos transindividuais, bem como a codificação dos processos coletivos no Brasil. A normatividade processual continua sendo objeto de deba-

tes, antes e depois do Código de Processo Civil de 2015, em aspectos tais como o tratamento legal dos limites da coisa julgada, da execução, da tutela inibitória.

Na referida pesquisa, sem desconhecer os importantes desenvolvimentos da matéria, propôs-se um olhar original acerca da responsabilidade ambiental, em que a pretensão não seria tornar o estudo imediatamente útil para operadores do Direito (sobretudo do ponto de vista jurisdicional). Antes, pretendeu-se contribuir com um debate acadêmico acerca dos limites epistemológicos do Direito dito “moderno” para a solução dos problemas característicos desse início de milênio, dentre os quais a impunidade da degradação ambiental é um caso exemplar. Assim, o rico debate acerca da responsabilidade ambiental (na esfera material) e das ações coletivas (na esfera processual) foi observado à luz dos princípios fundantes do Estado Liberal de Direito, com foco no imaginário institucional que explica o direito processual civil, suas funções e objetivos.

Na oportunidade dessa importante publicação, o tema será retomado de maneira de maneira ensaística a fim de evidenciar a riqueza da contribuição teórica oferecida pela obra de José Isaac Pilati no enfrentamento das dificuldades oferecidas pela arquitetura jurídica da modernidade. O problema é a proteção dos bens ambientais; mais especificamente, a tutela jurisdicional (judicial ou administrativa) do meio ambiente em face da massificação do “risco ecológico”. O argumento é que a construção de uma jurisdição socialmente eficaz em matéria ambiental pressupõe, além do enfrentamento de obstáculos de ordem política, econômica e cultural, algo mais do que reformas pontuais. Requer colocar em questão os cânones do direito processual civil e seu imaginário fundante, adequado para lides privadas, mas impertinente, em última instância, para uma tutela ambiental preventiva e precaucional.

## **2 A ESTREITEZA DAS FERRAMENTAS DE TUTELA DO AMBIENTE FACE À DIMENSÃO DA CRISE ECOLÓGICA**

Após sete décadas de uma profunda reformulação de ideias e de esforços institucionais em torno à noção de “ambiente”, caracterizando o que se pode chamar de “a era do ambiente” (Warde; Robin; Sörlin, 2018, p. 181), é quase um truísmo afirmar que a pressão exercida sobre os ecossistemas é intolerável e demanda mudanças globais e consistentes na relação entre o ser humano e a natureza. No ponto em que o ser humano se tornou ele próprio

uma força da natureza, o que marca o advento de uma nova Era geológica, que vem sendo definida como o “Antropoceno”, a pergunta decisiva é se o *homo dominatus* será capaz de usar dessa mesma força para (dessa vez) se tornar sábio (Lewis; Maslin, p. 367 e ss.).

A mudança do nosso modo de vida depende, porém, de uma profunda revisão da interação dos atores sociais **entre si**, e a dificuldade reside em determinar qual modo de vida seria esse, e estabelecer quais seriam os caminhos para tanto. Algo nada óbvio, pois a recente atribuição de um nome a uma nova era — o Antropoceno —, a partir do ano de 2002, não garante qualquer inflexão na trajetória de dois séculos de assaltos ao planeta Terra: não é apenas dos cientistas, mas também das lutas políticas e das mais diversas iniciativas cidadãs comumente marginalizadas ou tornadas invisíveis que se pode esperar o novo (Bonneuil; Fressoz, 2017, p. 287). Trata-se de um empreendimento humano e, portanto, de fundo ético e político, mas também **jurídico**. Afinal, compete ao Direito “afirmar o sentido da vida em sociedade” (Ost, 1995, p. 16-22), ou seja, de denominar, classificar, arbitrar, incentivar e limitar “condutas” ou ações juridicamente qualificadas. Se a base desse processo é ética e política, seu detalhamento e via de realização depende muito do instrumental jurídico de que dispõe uma sociedade para estabelecer em concreto seus valores.

Parte das dificuldades de concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado resulta da inadequação dos instrumentos de tutela desse bem jurídico de valor incomensurável. No plano do direito substantivo, uma das manifestações evidentes da estreiteza do modelo legal consiste na insuficiência dos critérios de determinação de responsabilidades civis, face às ações humanas que afetam negativamente os ecossistemas e os recursos naturais. É preciso conceber uma jurisdição fundamentalmente preventiva e precaucional; no entanto, as categorias decisivas de direito material e processual datam de um período histórico anterior, onde o móvel da ação humana sequer tangenciava a questão ambiental.

Um dos institutos historicamente mais importantes do Direito é o da responsabilidade. Na esfera ambiental, fala-se na tripla responsabilização do poluidor — na esfera cível, penal e administrativa. Os fundamentos para responsabilização, contudo, datam de outro período histórico. Por esta razão, precisam ser relidos, de tempos em tempos, tendo em conta as dificuldades e as necessidades de cada período histórico. Muito embora a responsabilidade seja um



instituto de direito substantivo ou material, ela deve ser compreendida na sua interação com o sistema processual e, também, com o pano de fundo de uma compreensão teórica (e histórica) do Direito e do processo. Sob essas lentes é possível observar que a teoria e a prática da **responsabilidade civil ambiental** ainda amoldam este instituto aos parâmetros da processualística privada, comprometendo em grande medida, embora não totalmente, sua efetividade.

A incompatibilidade última entre as normas clássicas de processo civil e a dimensão do bem ambiental constitucional (e, bem assim, as características dos riscos ecológicos contemporâneos) assumiu grande visibilidade acadêmica com o florescimento da disciplina Direito Ambiental, produzindo uma série de inovações sob o pressuposto da ineficiência do modelo civilista clássico no trato das questões ecológicas. No Brasil, estas inovações estão assentadas na noção de **direitos transindividuais**, (tomada de empréstimo, como se sabe, do Direito italiano) e na consolidação de um modelo processual que integra a Lei da Ação Civil Pública (LACP), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e outras disposições esparsas (criança e a adolescente, idoso e outros temas). É bem conhecido o percurso que permitiu conferir tratamento coletivo aos conflitos que não encontravam tutela no Direito preexistente. Esta possibilidade, por si só, foi uma grande novidade e uma grande conquista, independentemente das divergências acerca das lacunas e inconsistências específicas desse modelo brasileiro.

Junto aos processos coletivos, o instituto da responsabilidade constituiu a base de uma série de debates e inovações, tendo como horizonte a justa reação jurídica face à profusão de danos ao ambiente. No plano da responsabilidade civil, consolidou-se, na legislação, a responsabilidade objetiva do poluidor. O debate acadêmico e jurisprudencial ganhou corpo com temas como a responsabilidade solidária; a responsabilidade por omissão; a responsabilidade por danos futuros; a inversão do ônus da prova e outras formas e critérios de distribuição da carga probatória; a ampliação da legitimidade ativa nos processos coletivos; a extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão coletiva; o desenvolvimento dos mecanismos inibitórios; e tantas outras problemáticas.

Não obstante, o mundo jurídico parece sempre em defasagem para com a gravidade dos problemas ecológicos. A poluição parece escapar aos critérios de controle administrativo e jurisdicional. A questão merece ao me-

nos duas observações. Em primeiro lugar, é inegável que a responsabilidade civil ambiental ganhou corpo, tanto do ponto de vista legal como doutrinário e jurisprudencial. Não são poucas as novidades nessa matéria. Entretanto, pode-se argumentar que, do ponto de vista estritamente sociológico, essa evolução conceitual não corresponde a um nível de eficácia social propriamente dita: a profusão de danos ambientais, seja por via de grandes desastres, como no caso dos sucessivos rompimentos de barragens de mineração (Cf. as tragédias de Mariana e Brumadinho), seja por via dos impactos resultantes do efeito cumulativo (emissão de carbono), da poluição invisível ou acobertada pelo manto das incertezas ou controvérsias científicas.

Em segundo lugar, é evidente que variados motivos explicam esse *déficit* de eficácia social do modelo de tutela jurisdicional do meio ambiente, muitos dos quais remetem à análise sociológica das relações econômicas, políticas e culturais subjacentes, bem como a responsabilidades pessoais de atores econômicos e de agentes públicos. Não obstante, argumenta-se que parte significativa do problema reside no modo como os ordenamentos jurídicos ocidentais modernos foram arquitetados, em termos institucionais e em termos teórico-conceituais.

Daí a importância da Teoria (Filosofia, Sociologia, História, Antropologia) do Direito em pensar o Direito Ambiental do século XXI em suas limitações e possibilidades. O imaginário império da lei abstrata que aguarda a emergência do problema — concebido como uma perturbação ocasional de um estado de normalidade —, para que o tomador de decisão aplique a regra, sanando o problema e restituindo o curso harmônico das coisas, é claramente incompatível com o tipo de enfrentamento que a crise ambiental global exige. A realidade não vai adaptar-se à lei: é o Direito que precisa ser repensado (no contexto de um projeto político, econômico e cultural) para dar conta de um projeto de relacionamento harmônico entre ser humano e natureza (Ost, 1997, p. 277 e ss.).

Uma crítica do sistema de tutelas coletivas a partir de Teoria do Direito não desconsidera o processo, interno ao Direito Ambiental, de reforma dos institutos de direito processual e material, apenas procura contribuir com uma reflexão pautada no contraponto histórico, sem a ambição imediata do aprimoramento. Não são abordagens antitéticas, porém complementares. Para além das conquistas processuais buscadas mediante o debate em torno às ações co-

letivas, por exemplo, é útil problematizar o paradigma processual enquanto tal. Em última instância, o imaginário e as instituições da modernidade é que precisarão ser revistos caso se queira proteger o bem ambiental. Nem a manutenção indefinida de um modelo solucionador de conflitos, nem o transplante de instituições de outros períodos históricos e realidades nacionais e sim, a partir do contraponto com realidades pré-modernas, entender o que foi naturalizado pelo olhar moderno e com isso liberar a imaginação para o que está por vir.

O método particular de Pilati, nesse sentido, é o do “direito romano de contraponto”, que consiste em “reler e utilizar o Direito Romano da época clássica como contraponto à linearidade histórica da modernidade” (2013, XIV e XV). Esse procedimento metodológico, ao romper com a leitura enviesada das instituições romanas pela modernidade, auxilia no processo de reconhecimento e consolidação da autonomia dos bens coletivos em face do privado-individual e do público-estatal, afirmando-se a “condição de sujeito de direito coletivo da Sociedade” e a “esfera constitucional soberana de competência do coletivo”. Essa afirmação da autonomia da esfera coletiva é crucial para que se possa repensar “os processos de exercício e de proteção dos direitos coletivos” (Pilati, 2013, p. XVI).

### 3 A PROFUSÃO DO RISCO, A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E AS DEMANDAS REPARATÓRIAS

Um dos temas mais caros àqueles que se dedicam ao Direito Ambiental no Brasil é o problema do “risco ecológico” e a dificuldade de integração entre a dimensão científica e a dimensão valorativa que o problema do risco encerra em si (Silveira, 2013a). O enfrentamento da questão do risco pelo método de contraponto acima descrito permite observar que, no direito processual coletivo e no tratamento da responsabilidade civil ambiental, riscos sistêmicos continuam a serem tratados, juridicamente, como riscos excepcionais ou residuais. A questão é que, do ponto de vista sociológico, para além da ficção jurídica expressa em termos de **dever-ser**, a degradação ecológica é o próprio estado normalidade contemporâneo.

Os danos ecológicos contemporâneos possuem características muito peculiares, como resta evidente quando se observa o ordenamento jurídico a partir do instrumental fornecido pelas teorias do risco. Os riscos frequentemente são invisíveis ou difíceis de mensurar; de ocorrência incerta ou cientificamente

controversa; de difícil apreensão causal; sistemáticos, inscritos no *modus vivendi* e difíceis de controlar. Sua característica decisiva, entretanto, talvez resida no fato de que boa parte dos impactos ambientais decorrem de atividades lícitas e, não obstante, lesivas. Inúmeros exemplos ilustram esses caracteres seja no tema da biogenética, das nanotecnologias, dos agrotóxicos, da poluição atmosférica, das mudanças climáticas, do dilema energético.

A responsabilidade civil ambiental, pelo seu regramento legal e pelo seu imaginário constitutivo, só é eficaz quando os danos podem ser quantificados e quando é possível estabelecer o nexo de causalidade entre danos comprovados e poluidores clara e especificamente identificados. No mundo concreto, porém, este é um caso de exceção. A responsabilização civil já é de difícil concretização mesmo quando os critérios tradicionais da responsabilidade estão, em tese, presentes. Como se não bastasse, a poluição que não pode ser estritamente comprovada ou estritamente vinculada a este ou àquele ator individual — a **maior parte** da poluição, pode-se argumentar — fica completamente à margem do sistema de reparações. Tudo isto sob a suposição equivocada de que as políticas públicas ambientais e a atuação dos órgãos do Sistema Nacional do Meio ambiente são, de modo geral, suficientes para assegurar um alto nível de proteção, de maneira que quando se evoca o poder jurisdicional se está a tratar, de fato, de um caso de exceção.

Por outras palavras, as inovações das últimas décadas em matéria de responsabilidade civil ambiental e de direito processual ambiental coletivo (constituído, na verdade, por ações coletivas com foco reparatório, ancoradas em um sistema processual de perfil privatista), muito embora relevantes e historicamente significativas, não asseguram a proteção ambiental que delas se costuma esperar. Isso não resulta apenas de falhas localizadas, mas possui razões estruturais. A poluição constitui uma regra social, um evento sistemático e estrutural do *modus vivendi*, para o qual se torna pouco efetivo e um modelo de solução de litígios (processo civil) definido justamente como a perturbação de um estado de normalidade gerado pelo Direito — como, em apertada síntese, ensinam os manuais. A própria judicialização em massa dos problemas ambientais já reflete as deficiências da defesa do meio ambiente pelo Estado em uma concepção mais voluntarista.

Entretanto, a moderna teoria do processo é, acima de tudo, uma teoria do processo civil. A ideia de restauração de uma harmonia originária é onipresente no sistema processual cível como um todo. A produção difusa de riscos ecológicos torna-se, muitas vezes, juridicamente inapreensível, porque os processos coletivos reproduzem determinados caracteres do processo civil tradicional, como, por exemplo:

- (i) o sentido inercial, ou seja, o dogma da inércia da jurisdição;
- (ii) a ideia de reação a um problema que perturba a normalidade do direito e demanda reparação específica;
- (iii) o caráter exclusivo, ou seja, o processo se dá *inter-partes*, não permite múltiplos atores, mas se define como disputa ente duas narrativas, uma das quais tem amparo na lei e outra não;
- (iv) o caráter adversativo (o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, como na definição de Carnelutti).

Note-se que o processo civil foi pensado, desde o século XIX, como um lastro para o exercício de direitos de caráter liberal individual (sobretudo o direito de propriedade). Contudo, em uma sociedade pautada na produção irresponsável e sistemática de riscos ecológicos, a coletividade, titular do bem ambiental, está estruturalmente em desvantagem, por diversas razões que podem ser explicadas também pelo viés econômico, pelo político e pelo cultural, mas que não deixa de possuir uma manifestação propriamente jurídica.

Trocando em miúdos, do **ponto de vista temporal**, a coletividade atua em tempo de reação (Pilati, 1997, p. 15), sempre em desvantagem estrutural e atrasada em relação à velocidade estonteante da economia globalizada e da exploração dos recursos naturais. Mas também do **ponto de vista espacial**, a coletividade interessada na proteção do ambiente está presa pela necessidade de comprovação de lesividades e nexos de causalidade específicos, sendo que a tentativa de identificar responsáveis pelo dano ao ambiente é muito frequentemente esvaziada, porque se torna impossível desatar as complexas teias causais que conformam o cenário da ação civilizacional agressiva sobre o ambiente.

Resta claro que é necessário partir da caracterização dos direitos subjetivos e dos princípios e objetivos constitucionais associados à proteção ambiental para, apenas em um segundo momento, perguntar como instru-

mentalizá-los adequadamente. O Direito Processual, em sentido lato, deve ser estruturado de modo a assegurar o exercício do direito material e não o contrário. O que acontece de praxe é que o exercício e a tutela do Direito em seu aspecto substantivo costumam ceder às limitações impostas pelo direito instrumental; as vias de concretização do Direito, características do imaginário institucional da modernidade, limitam as possibilidades de concretização do direito processual, muito mais “avançado”, voltado ao futuro (direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à diversidade e integridade do patrimônio genético, à água, ao clima, e assim sucessivamente). Tais demandas, expressas como direito no sentido objetivo e/ou como direito no sentido subjetivo, tanto individual como coletivo, não cabem nos cânones do processo civil, de matriz liberal, privada e individualista — de tal maneira que muitas ameaças e lesões a direitos, muito embora não excluídas tecnicamente da apreciação do judiciário (CF artigo 5º, XXXV), na prática não são apreciadas de maneira socialmente eficiente pelos poderes do Estado.

É claro que, presentes os requisitos necessários à atribuição da responsabilidade civil, cabe ao poluidor reparar os danos atuais ou futuros, segundo a doutrina especializada. Entretanto, como já referido, a maior parte dos problemas ecológicos decorre da produção sistemática de riscos ecológicos. Esta produção resulta em níveis de degradação jamais presenciados e, não obstante, é muito difícil provar ou mesmo identificar e compreender os vínculos causais. A poluição resulta, muitas vezes de riscos produzidos de forma lícita, ou com a concordância tácita ou explícita da administração pública. A onipresença do termo “risco”, que é bastante polissêmico, por vezes expressa a incapacidade do sistema legal em oferecer uma resposta eficaz a todas essas situações, em que a lesividade das atividades humanas é patente, mas não é possível atribuir responsabilidades específicas.

Diante dessa constatação, pode-se postular a necessidade de duas ordens complementares de providências. A primeira é, obviamente, remover os obstáculos políticos, econômicos e culturais, bem como as distorções institucionais que impedem a responsabilidade civil do poluidor quando existem de fato os elementos necessários à caracterização dessa responsabilidade. A segunda é “fazer o risco aparecer juridicamente como danoso em si mesmo” (Silveira, 2014, p. 371-372), para, assim, combater impactos que já são reais hoje e ocorrem a despeito da proteção oferecida pelos mecanismos tradicionais.

Cabe discutir no plano jurisdicional, portanto, a lesividade intrínseca à própria atividade que produz o risco ecológico de maneira sistemática, o que resultará em degradação ambiental, ainda que invisíveis ou complexas as relações causais que os presidem. Os riscos ambientais não deixam de ser socialmente intoleráveis pelo fato de que a visualização ou a compreensão técnica de suas conseqüências é difícil, preceito esse que condiz com o enunciado do princípio de precaução. Ainda, uma jurisdição de perfil mais participativo teria o condão de estabelecer os limites do socialmente tolerável quando a própria gestão ambiental admite, por ação ou omissão, impactos ambientais de grande monta, flagrantemente lesando o direito de todos.

#### **4 O DÉFICIT JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE E A DOGMÁTICA DO “ABUSO DE DIREITO”**

O instituto mais apropriado para pensar a tutela do bem ambiental em face do risco ecológico é o abuso de direito, cujos fundamentos encontram-se já no Direito Romano, e que aparece no artigo 187 do nosso Código Civil (CC/2002). O grande enigma da proteção ambiental reside no princípio de precaução, que é tão inafastável do ponto de vista ético quanto disputado do ponto de vista técnico. Pergunta-se qual a relação da precaução com a responsabilidade ambiental e como tornar o enunciado de precaução operacional.

A responsabilidade civil no Direito brasileiro é fundada no artigo 927 do CC/2002, que determina: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O parágrafo único do mesmo artigo contempla a responsabilidade civil objetiva (sem necessidade de prova da culpa): “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. A responsabilidade civil ambiental, sabidamente, é objetiva no ordenamento brasileiro, tanto pelo fato de que as atividades normalmente desenvolvidas pelo poluidor costumam ser atividades de risco como pelo fato de que há previsão legal específica: o artigo 14, § único da Lei da Política Nacional do Meio ambiente (Lei n. 6.938/81) determina que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

A responsabilidade civil ambiental se funda, portanto, no ato ilícito, que pode ser o ato ilícito propriamente dito (artigo 186) como o abuso do direito (artigo 187), que é um ato ilegítimo, ou uma ilicitude em sentido *lato*. A rigor, o abuso do direito não consiste tecnicamente em uma ilicitude, uma vez que tem como pressuposto o exercício de um direito reconhecido. Ocorre que, embora a ação daquele que age com abuso seja formalmente legal, o exercício desse direito é ilegítimo na medida em que “[...] excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (artigo 187).

Ora, o fato de que a responsabilidade civil possa resultar de abuso do direito não significa que o sentido desse instituto se esgote na responsabilidade civil. O sentido da responsabilidade civil é assegurar a reparação de um dano específico cometido por um ator social identificável, uma vez tendo sido comprovado o nexo de causalidade entre a ação e o dano causado. Quando o direito é exercido de maneira social ou economicamente intolerável, os atos abusivos devem ser também considerados ilícitos, ainda que não se trate de buscar reparação de danos e ainda que não se tenha caracterizado nexo de causalidade entre uma ação e um prejuízo específico. A imposição de obrigações de fazer ou não fazer ou a anulação de atos e negócios é perfeitamente legítima em face do exercício abusivo do direito.

O abuso do direito tem origem na antiguidade romana. O instituto deve ser situado na Teoria Geral do Direito, muito embora, do ponto de vista dogmático, esteja plasmado no Código Civil. É um princípio geral do Direito que todo direito deve ser exercido, do ponto de vista teleológico, sem ferir os direitos de outrem, de forma social, econômica e moralmente legítima. Assim, muito embora o abuso de direito possa resultar em responsabilidade civil, não é necessário que se configure responsabilidade civil para que atos abusivos sejam declarados abusivos e, portanto, ilícitos.

Ora, o direito ao ambiente tem assento na Constituição Federal, e não apenas no artigo 225: a defesa do meio ambiente e a função socioambiental da propriedade constituem princípios fundamentais da ordem econômica, confirme artigo 170, III e IV. Ainda que não constitua ilícito específico e nem resulte em responsabilidade civil, o exercício de um direito que atenta flagrantemente contra a defesa do meio ambiente, constitui abuso de direito.



A produção sistemática de riscos ecológicos e sanitários considerados intoleráveis constitui abuso de direito. A tomada de medidas judiciais para o acautelamento destes riscos não depende da caracterização da responsabilidade civil, aos moldes tradicionais (e, portanto, não depende da comprovação de danos, atuais ou futuros, ou da comprovação de relações de causalidade específicas). Já não se trata da reparação de danos, nestes casos, mas da imposição judicial obrigações de **fazer e não fazer** em razão do exercício abusivo do direito, aquele que excede seus fins econômicos e sociais.

Mas como saber se um ato é abusivo? Não seria possível regulamentar, por uma previsão normativa específica, o grau de tolerabilidade a partir do qual se está diante do abuso do direito, em face de agressões ambientais sistemáticas. Isso é da própria natureza do instituto: caso fosse possível regulamentar, se estaria diante de um ilícito específico. O abuso de direito se verifica justamente quando o ato é tecnicamente lícito, porém antissocial.

Causa apreensão o fato de que a aplicação do instituto de maneira descolada da responsabilidade civil não é nenhuma novidade no sistema jurídico brasileiro, em se tratando de outras matérias: é algo até corriqueiro em matéria processual (os famosos recursos tecnicamente possíveis, porém de caráter flagrantemente protelatórios), direito de vizinhança, e outras matérias. É um argumento que não se costuma utilizar, porém, em se tratando de problemas ambientais de larga escala, como o uso indiscriminado de pesticidas sabidamente lesivos; de barragens que se rompem causando tragédias regulares, praticamente “normalizadas”; de decisões que importam na perda sistemática da biodiversidade.

A linguagem do “risco” é ainda um fator complicador em matéria ambiental. O risco ecológico não pode mais ser concebido como um fenômeno objetivo, e sim um conceito interdisciplinar, de apreensão complexa, que torna insuficiente a abordagem pericial tradicional. Da mesma forma, o abuso do direito, como visto, não pode ser deduzido da norma, porque aponta para um âmbito extrajurídico de tolerabilidade social, econômica, moral. Logo, a definição de quais riscos são abusivos não pode ser objeto de detalhamento normativo, nem ser oferecida prontamente ao judiciário por um perito, de maneira que caberia ao juiz a tarefa de dizer o direito aplicável ao caso concreto. Não há como delimitar normativamente as hipóteses de verificação de um ato abusivo

(Silveira, 2012, p.71), tanto menos se o exercício irregular de direitos se dá em detrimento de uma ampla coletividade, ou mesmo da sociedade inteira.

Tudo isso revela a impossibilidade, no contexto do atual paradigma processual dominante, da construção de soluções jurisdicionais para aqueles problemas cuja resposta não está imediatamente contida nas normas. Isso porque certos problemas demandam critérios extraleais para definição do que é ou não tolerável; o que, do ponto de vista da modernidade, costuma ser entendido como espaço de discricionariedade do julgador.

Se a jurisdição for compreendida, entretanto, para além da definição do vencedor da lide por aplicação da lei ao caso concreto, diversas possibilidades se abrem. Ali onde se lançava mão da discricionariedade do julgador se revela a necessidade de construir soluções a partir da atuação direta da sociedade nos espaços decisórios. Isso não significa recusar o direito legislado, e sim, respeitando as balizas legais e constitucionais, promover uma jurisdição com mais legitimidade social, pautada mais no conteúdo do direito do que na forma. Como sustenta Pilati (2017, p. 41-42), enquanto o direito codificado, que é de matriz individualista, cuida-se mais da forma do que do conteúdo, a propriedade participativa sobre os bens coletivos exige um exercício e uma tutela coletivas em articulação com as instituições e autoridades do Estado. Nesse modelo, a autoridade pública deve zelar mais pela forma, enquanto a sociedade (agora com voz jurídica) responde mais pelo conteúdo, em conformidade com a lei.

## **5 A ABERTURA PARA O SOCIAL NAS TUTELAS COLETIVAS**

As características daqueles problemas ecológicos acima referidos, que pouco se amoldam à sistemática da reparação cível e que se tornam socialmente intoleráveis a despeito da do controle administrativo, apontam para a construção de espaços decisórios de perfil radicalmente diferentes da jurisdição cível tradicional, pensada para resolver conflitos intersubjetivos. A determinação da abusividade do risco ecológico não está contida na norma e foge igualmente à abordagem pericial.

Pela lógica pericial da jurisdição cível tradicional, decide-se pela aplicação da lei ao caso concreto a partir da “verdade” oferecida pelo perito. Uma jurisdição apropriada para o enfrentamento da tolerabilidade social de ações

reputadas ambientalmente abusivas precisa ser capaz não apenas de observar um quadro de legalidade, mas de construir soluções viáveis a partir de elementos valorativos e de abordagens científicas controversas ou lacunosas.

As instâncias decisórias — não apenas administrativas, mas também judiciais — frequentemente desprezam os efeitos pouco conhecidos, não mensuráveis, não rastreáveis da ação humana sobre o ambiente, bem como efeitos colaterais, cumulativos e sinérgicos. Muitas vezes o problema é de falta de sensibilidade ecológica do julgador ou de falta de provas. Frequentemente, contudo, o obstáculo é o próprio desenho da jurisdição cível, cuja vocação é solucionar litígios e, particularmente no caso, reparar danos já ocorridos, comprovados, compreensíveis e rastreáveis. Apesar da recente abertura para as peculiaridades da área ambiental, esse argumento continua procedente em essência. Assim, a demanda ética contida no enunciado do princípio de precaução sugere que, mais do que um meio de suprir lacunas legais ou um artefato retórico, o princípio sirva como um critério de avaliação da qualidade de procedimentos decisórios e, no limite, como pedra fundamental a partir da qual estes espaços decisórios devem ser repensados (Silveira, 2013b, p. 40).

A definição jurisdicional do limite que caracteriza o abuso do direito e de quais medidas preventivas e precaucionais são mais adequadas suscita conhecimentos científicos interdisciplinares e a necessidade de aferir a tolerabilidade social do risco, do ponto de vista axiológico. Daí a necessidade de pensar procedimentos jurisdicionais de caráter participativo, com a possibilidade de manifestação e integração de pontos de vista de leigos e de peritos. A análise da tomada de decisão face a tramas complexas de maneira a conciliar as abordagens científica e político-valorativa é magistralmente enfrentada por Latour (2004), discussão de grande utilidade para uma tutela coletiva renovada, em que se pretende tornar mais democrática a decisão com ganho e não perda de fundamentação científica.

Portanto, é a construção de uma percepção social do risco em âmbito jurisdicional o que forneceria as bases para, no caso concreto, adotar-se medidas preventivas e precaucionais em face daqueles riscos considerados inadmissíveis. São situações sobre os quais a jurisdição deve agir. Porém, muito frequentemente, não podem ser enfrentadas em termos de reparação de danos, ainda que mediante tutelas de urgência.

Um modelo mais apropriado para dar conta da tomada de decisões precaucionais sobre o meio ambiente, bem como para a caracterização dos limites entre o exercício regular e o exercício abusivo de um direito, deveria ter em conta a autonomia dos bens e dos titulares coletivos de direitos e, portanto, organizar-se mais como audiência pública do que como *lide*. Pilati fala em um “devido processo legal participativo pós-moderno” pelo qual “em cada caso se constrói a solução coletiva de direito aplicável à espécie”, ou seja, atua-se “*de iure constituendo*, não *de iure constituído*” (2017, p. 26-27).

Mais uma vez, a perspectiva de uma jurisdição mais participativa para enfrentar a solução de problemas atinentes aos bens ambientais não recusa os conflitos de massa via ação civil pública, de viés reparatório. Trata-se, porém, de outro tipo de procedimento, com outra finalidade para a qual não se encontrou ainda resposta — mas a Constituição Federal dá margem a essa imaginação criadora. Assim como correu com o *amicus curie* nas ações de controle de constitucionalidade ou o tribunal do júri no processo penal, diferentes necessidades imanentes do contexto social de cada época e lugar relacionam-se a diferentes soluções formais. A evolução da mediação e a arbitragem no Brasil, assim como a proposta da justiça restaurativa (Silveira, 2016, p. 349-376), revelam muitos pontos de confluência com as críticas às limitações do modelo processual cível, em se tratando de tutela do meio ambiente. Muito embora correspondam a situações completamente diversas — por tratar-se de meios extraprocessuais, no primeiro caso, e de matéria criminal, no segundo —, constituem exemplos importantes de inovações que valorizam o direito em construção, o dinamismo em lugar das fórmulas cristalizadas, o foco na solução e não no problema, a forma plural em lugar do conflito *inter-partes*, da autonomia em lugar da heteronomia.

Convém observar ainda que prevalece, na tutela jurisdicional tradicional do ambiente, o imaginário de uma natureza íntegra que não deve ser degradada e, caso isso ocorra, deve ser reparada. Esse imaginário se acopla ao pressuposto de que o conflito é um fato isolado que abala a normalidade da vida civil, seja porque as “partes” interpretam diferentemente os fatos ou as normas jurídicas, ou porque uma delas resiste ao cumprimento da obrigação e pode, desta forma, ser responsabilizada como ato ilícito (Lacerda, 2006, p. 63). Contudo, não existe um estado de equilíbrio dinâmico ideal, mas um ambiente em constante

transformação. Resta clara, aqui, a insuficiência do imaginário da atividade jurisdicional como solução de controvérsias, por meio da qual — se e quando o ambiente for degradado — os poluidores devem ser responsabilizados e demandados a “restituir” o bem lesado, restaurando-se uma harmonia original em que o direito se realiza normalmente.

Talvez a questão central não seja manter intacto o bem ambiental — algo impossível por definição —, ou mesmo de defendê-lo de agressões eventuais. A questão é traçar os limites do agir humano em face da proteção da qualidade ambiental, a qual possui um valor intrínseco, o que pode ser traduzido em termos de demarcação dos limites de um patrimônio coletivo. Para tanto, seria necessário compreender o patrimônio ecológico não como bem ambiental intacto, suscetível de ser degradado, mas como um direito subjetivo a ser exercitado processualmente por um titular coletivo extrapatrimonial, em face de direitos de ordem privada e da própria ação estatal. Definir, no caso concreto, o **alcance** do patrimônio ecológico, sobretudo em face da atividade econômica — ou seja, limitar o exercício do direito de propriedade privada dominial por meio de uma titularidade coletiva.

Entende-se que é preciso estruturar os processos e espaços decisórios coletivos de forma a permitir a judicialização o acautelamento dos riscos ecológicos abusivos. Isso é inconcebível no âmbito do direito processual tradicional e dos princípios que o informam. O tão debatido e insondável princípio de precaução teria um sentido bastante concreto caso se pudesse conceber uma jurisdição marcada pelo controle social das atividades poluidoras, seja na esfera administrativa ou judicial. Ou seja, espaços decisórios estruturados no sentido de definir a partir de que ponto a produção de riscos ecológicos de danos graves ou irreversíveis é ou não tolerável socialmente.

Evidentemente, os princípios de prevenção e precaução podem ser úteis em sede de ação civil pública, na esteira do processo civil tradicional, em ações cuja finalidade é discutir a reparação cível por danos causados — por exemplo, para inversão do ônus probatório. Não obstante, a potencialidade dos institutos fica restrita, ali, à vocação reparatória do processo. Ainda que sejam “aplicados” os princípios de prevenção e precaução nas demandas coletivas, a eficácia disso é limitada, pois a configuração do processo civil é intrinsecamente voltada ao aspecto reparatório das lides privadas em matéria

de obrigações. Ainda que se trate da prevenção do dano pela via das tutelas de urgência, trabalha-se à luz de um dano específico, causado por um poluidor específico, tendo como objetivo a reparação de um dano específico já antevisto e que, geralmente, constitui ilícito específico. O processo civil tradicional e o instituto da responsabilidade por ato ilícito combinam com a ideia de reparação de danos. Seria um salto decisivo construir um direito instrumental coerente com uma jurisdição de vocação preventiva e precaucional!

Esta concepção é plenamente defensável, tanto do ponto de vista teórico e sociológico como do ponto de vista dogmático, e aponta para uma jurisdição mais legítima política, moral e cientificamente. Convém observar, contudo, que tanto o princípio de precaução como o instituto do abuso de direito têm algo em comum: a discussão sobre sua hermenêutica provoca temor, uma vez que se trata de enunciados semanticamente abertos. Em ambos os casos, a resposta não se encontra na lei, mas em um limite a ser encontrado na esfera social. Até que ponto é admissível correr o risco de danos graves ou irreversíveis ao ambiente e à saúde humana? Até que ponto o exercício da liberdade econômica excede seus limites sociais e econômicos?

Ora, a concretização do princípio de precaução encontra muita resistência, às vezes disfarçada de acolhimento retórico. Da mesma forma, a ideia de que um empreendimento antiecológico pode ser abusivo mesmo quando não resulta em responsabilidade cível é de difícil aceitação, apesar da coerência da argumentação. Isso é compreensível, uma vez que, para a jurisdição cível tradicional, o que interessa é a previsão legal explícita e há muita dificuldade em se trabalhar com a construção social da decisão. Se tudo o que não é direito público-estatal é direito individual-privado, a imaginação jurídica não tem instrumentos para enfrentar problemas cuja solução passa por um papel mais ativo do coletivo. Assim, o “voluntarismo do Estado e do indivíduo” substituem “a dimensão política do coletivo por normas programáticas e por apelos de solidariedade social” (Pilati, 2013 p. 15).

Para dar a esses institutos um lugar decisório adequado, seria preciso transcender a perspectiva das chamadas “lides de grupos”, que têm grande importância histórica no enfrentamento dos conflitos de massa, como no caso da ação civil pública, cuja finalidade, em última instância, é a reparação de danos a direitos transindividuais. Tratar-se-ia de perseguir um modelo

apropriado para a judicialização da questão coletiva propriamente dita, conforme sugerida por Pilati (2013, p. 152-155), ou seja, aquela “que exige procedimento próprio inclusivo; que delibera para o consenso e não para buscar uma resposta da boca da lei”, como no processo tradicional, em se trata de definir quem ganha e quem perde.

## 6 CONCLUSÃO

Uma Teoria do Direito Ambiental, tal como a concebemos, precisa compreender o sistema jurídico em sua totalidade, abordando questões tais como a natureza e a titularidade do bem jurídico ambiental e os modos pelos quais esse bem é exercido e tutelado. É uma Teoria do Direito pensada sob o ângulo da proteção do ambiente. Não pode ser puramente especulativa, nem se reduzir a mera exegese da produção jurídica estatal. Precisa conhecer o modo como a legislação é aplicada (por exemplo, em matéria de recursos hídricos, biodiversidade, energia, resíduos) usando de procedimentos analíticos, porém tendo a síntese como horizonte, não apenas com intuito descritivo, mas de maneira crítica e reflexiva.

A referida tese encontrou na obra e na orientação do professor Pilati um sólido esteio para uma abordagem diferente da usual. A começar pela visão do autor (2013) sobre as propriedades especiais constitucionais; sobre a função social enquanto exercício e tutela de direitos de ordem coletiva — e não meramente como princípio e sanção; e sobre as consequências dessa compreensão em termos do exercício e da tutela dos direitos coletivos. A forma como os direitos coletivos figuram na Constituição Federal, de maneira qualitativamente diferente em face dos direitos privados e do direito do Estado, sugere um modelo ainda a ser construído.

Duas observações em torno da referida pesquisa se fazem importantes, de um ponto de vista epistemológico. Em primeiro lugar, a reflexão sobre o problema da baixa eficácia social da tutela jurisdicional do ambiente no Brasil apoiou-se na ótica do contraponto com as instituições da modernidade clássica, particularmente a República Romana. Ou seja, procurou-se compreender os obstáculos conferidos pela própria modernidade jurídica sem pretender rever ou aprimorar pontos específicos da legislação material e processual ou mesmo conferir utilidade imediata aos resultados. A proposta foi de entender os limites do modelo no que diz respeito ao objeto do trabalho.

Por outro lado, mesmo valendo-se de leituras fundamentais em teoria social e política, essa operação permaneceu antes de tudo jurídica, sem resvalar para um sociologismo deslocado da teoria do direito, nem para a técnica jurídica sem teoria política e social. Após concluído o trabalho, essa diretriz tornou-se ainda mais forte em pesquisas posteriores, na medida em que se percebe uma lacuna entre duas abordagens predominantes: (i) o trabalho do jurista que opera o direito vigente e sobre ele reflete no nível do detalhe e no viés operacional; (ii) o trabalho do teórico social e do filósofo, que trabalham de maneira crítica e refletem sobre os problemas sociais desde o grande plano (ou dos juristas que se valem do conhecimento filosófico e sociológico para compreender problemas específicos juridicidade ambiental).

Esses dois procedimentos são igualmente importantes, porém incompletos, já que não esgotam o campo das investigações possíveis em matéria de Direito Ambiental. O esforço necessário, portanto, é o de entender as dificuldades epistemológicas que resultam do fato de estarmos historicamente condicionados a categorias tipicamente modernas para o enfrentamento de problemas que caracterizam, literalmente, uma nova era geológica: o Antropoceno. Não se pode esquecer, é claro, o conteúdo emancipatório que há nesse modelo. Entretanto, é preciso refletir sobre aquilo que, no modelo, não é passível de reforma: isso pode contribuir com propostas, tanto mais pragmáticas como mais conceituais, de enfrentamento das ineficácias da jurisdição em matéria ambiental, de maneira que possa responder à altura do desafio histórico que se apresenta.

## REFERÊNCIAS

- BONNEUIL, Christophe; FRESSOZ, Jean-Baptiste. **The shock of the anthropocene: the Earth, History and us**. London: Verso, 2017, 306 p.
- LATOUR, Bruno. **Políticas da natureza**. Tradução Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: EDUSC, 2004.
- LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LEWIS, Simon L.; MASLIN, Mark A. **The human planet: How we created the Anthropocene**. Yale University Press, 2018, 465 p.
- OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.



PILATI, José Isaac. **Audiência pública na Justiça do trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 167.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 229 p.

PILATI, José Isaac. Por uma nova ágora perante o desafio da globalização. **Revista Jurídica**. v. 1, n. 1/2, jan./dez. 1997. p. 09-31.

PILATI, José Isaac. Tutelas Coletivas: crítica às propostas de sua codificação proces-sual no Brasil. **Seqüência**: Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, n. 55, p. 151-173, dezembro de 2007.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A caracterização do risco social e economi-camente intolerável como “abuso de direito” nos processos jurisdicionais coletivos. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, v. 1, n. 2, maio/ago. 2012, p. 63-82.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. Impasses da responsabilidade ambiental no Brasil: reflexões em torno da noção de justiça restaurativa. BELLO, Enzo; SALM, João (org.). **Cidadania, justiça restaurativa e meio ambiente**. Um diálogo entre Brasil, Es-tados Unidos, Canadá, Espanha e Itália. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 349-376.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. O princípio de Precaução como Critério de Avaliação de

Processos Decisórios e Políticas Públicas Ambientais. **Revista Internacional de Di-reito Ambiental**, v.2, n. 5, maio/ago., 2013b. p. 27-42.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. **Risco ecológico abusivo**: a tutela do patri-mônio ambiental nos processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, 398 p.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. Uma Breve Análise sobre a Integração entre as Dimensões Científica e Axiológica na Construção do Risco Ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 8, p. 127-145, 2013a.



CAPÍTULO IV

**OS CONFLITOS FAMILIARES NA  
PÓS-MODERNIDADE:  
PARÁFRASE À POESIA “ELOGIO DO AMOR  
MATERNO”, DE JOSÉ ISAAC PILATI**

*Silvia Ozelame Rigo Moschetta<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os conflitos familiares na teia da pós-modernidade. 3. Os instrumentos utilizados diante do conflito familiar. 4. Paráfrase à poesia “elogio do amor materno” de Pilati. 5. Conclusão. Referências.

**ELOGIO DO AMOR MATERNO**

<i>Depois daquela chuva</i>	<i>Como as águas correntes</i>
<i>E depois daquele dia</i>	<i>O tempo seguiu pra frente</i>
<i>Severina dobrou curva</i>	<i>E ela ficou pra trás.</i>
<i>Percebeu que envelhecia</i>	<i>A ave arisca do tempo</i>
<i>Cabocla xucra de faca na bota,</i>	<i>Maternou-lhe um sentimento</i>
<i>Fora no afeto um capão de timbó:</i>	<i>De ninhada que não há.</i>
<i>Nunca sentira pena</i>	<i>Não era nervo de dente</i>
<i>Nunca tivera dó,</i>	<i>Mas não era sabia.</i>
<i>Mas daquele dia em diante</i>	<i>Era um mato de lembrar-se,</i>
<i>Percebeu que era só.</i>	<i>Limonada de sofrer-se</i>
<i>Depois daquela noite</i>	<i>Adoçada e sucuracá.</i>
<i>De salvar o Castelhana</i>	<i>Um amor de refugiar-se:</i>
<i>Passou a matear de mano</i>	<i>Um amor que lo mata, lo cura, lo</i>
<i>Com as dores de um gilvaz.</i>	<i>arrebienta!</i>

(Pilati, 2012).

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UFSC; mestra em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro. Integrante da Rede de Pesquisa Interinstitucional em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição – Recijur. Advogada familiarista. E-mail: silviaorm@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Por mais que os conflitos sejam inerentes aos seres humanos, investigam-se quais são seus antídotos em tempos globais marcados pela guerra, destruição, decadência e desesperança. Em uma visão do microcosmos do conflito, o “familiar” se restringe ao ambiente doméstico, aquele espaço privado/público, intergeracional, democrático, comunitário, que faz jus à sigla LAR: lugar de afeto e respeito, que em muitos momentos se comporta como um “ninho” de aconchego e desenvolvimento, em outros se maximiza como um “nó” que impede a independência e a felicidade dos seus, advindo, muitas vezes, da ruptura de relacionamentos, disputas de filhos, busca de patrimônio.

Crise, conflito, resolução são temas recorrentes na pauta existencial, porém o desafiador é apontar instrumentos de reflexão em tempos pós-modernos, em que a revolução tecnológica nos consome diuturnamente com compromissos virtuais (mensagens, e-mails, reuniões on-line, etc.); estes requerem dedicação exclusiva e, ainda, quando se chega ao fim do expediente laboral, a sensação é de saldo negativo no quesito tempo, ficou-se devendo, pois não foi cumprida a lista de tarefas do dia. As relações interpessoais desde o diálogo, a responsabilidade, a vinculação se comparam com a efemeridade dos amores adolescentes.

Em homenagem àquele que foi e é inspiração pessoal e acadêmica, que desbravou as matas da Ciência Jurídica, que trouxe a poesia e o latim para os corredores universitários, que foi reconhecido nacional e internacionalmente com seu legado bibliográfico, nada mais propício agradecer com o que há de puro, por isso divino: o amor materno. Parafrasear a poesia “Elogio do Amor Materno” na ambiência da família, do conflito e da pós-modernidade é alvarecer as esperanças diante dos impasses, das improcedências, das lacunas jurídicas; considerar a força “metafísica” do cuidado materno a ponto de refutar a escalada do conflito. Gratidão, Professor Doutor José Isaac Pilati!

Esse recorte científico tem como método o dedutivo, que parte de uma abrangência maior: os conflitos familiares nos embalos da pós-modernidade, suas nuances e empecilhos; depois, restringe-se aos instrumentos — antídotos — que podem impedir ações nocivas em conflitos familiares judicializados ou não; por fim, o amor materno como mito, mas também como uma funcionalidade desempenhada pela(o) ascendente que ocupa o lugar da ma-

ternidade, expressando-se no exercício do cuidado, e que, por vezes, afugenta o surgimento do conflito intrafamiliar.

## 2 OS CONFLITOS FAMILIARES NA TEIA DA PÓS-MODERNIDADE

As bases da Pós-Modernidade foram se construindo de forma peculiar e sistemática, porém, mais do que pontuar os fundamentos que acolhem as contribuições teóricas a respeito, optou-se por listar as críticas que são trazidas ao movimento, à época, era, fase ou ao período delimitado como o devir da Modernidade — a Pós-Modernidade: a) a Modernidade é um projeto inacabado, logo, não se poderia aventar outro (Habermas, 2000); b) a Modernidade está em crise e sua superação requer “algo novo” (Bittar, 2009; Santos, 1996, 2002, 2003; Touraine, 1994); c) o conceito “Pós-Modernidade” é uma moda passageira em que o fim da Modernidade deve ser avaliado a partir do que se entende por Modernidade (Vattimo *et al.*, 2011).

O posicionamento que se adota é de que a Pós-Modernidade mantém-se enlaçada com a Modernidade, mesmo que por meio de uma fase de crise, “sinal mais claro da transição, da mudança, da passagem, da travessia, que não há de ser pouco traumática, entre duas eras tão diferentes”, o que faz deduzir que a crise é a “demonstração clara e evidente das desrazões modernas”, e é o que a “pós-modernidade pode mostrar e oferecer, por ora, ao mundo” (Bittar, 2009, p. 97).

Pontua-se que a Pós-Modernidade traz em seu âmago a necessidade de mudança em várias dimensões: filosófica, artística, econômica, política, religiosa e jurídica; em suma, apresenta-se como um novo formato de condução, um outro olhar para o Direito, que perpassa pelas categorias modernas e se expressa em alternativas jurídicas para questões conflituosas que se apresentam na atualidade e que requerem do jurista soluções técnicas efetivas com a intervenção necessária para garantir segurança jurídica.

Dessa forma, algumas sinalizações de alternativas jurídicas serão colocadas neste recorte; contudo, não são desconsideradas outras que possam ser em igual medida eficazes para a consciência e o encaminhamento das questões conflituosas.

Sendo assim, escolheu-se a categoria da abordagem como primeiro sinalizador de observação, ou seja, identificar qual será a forma de abordagem utilizada diante do conflito que conduzirá o encaminhamento que pode prospectar. Elegeu-se, para tanto, a abordagem sistêmico-narrativa, ou circular-narrativa, de Sara Cobb, que se compara a uma “teia”, por apresentar interações vinculadas com a origem e o desenvolvimento do conflito, e tem como propósito a construção do acordo e a relação social estabelecida entre as partes no conflito. Esse modelo tem sua fundamentação nas técnicas de comunicação circular e causalidade circular, em que não há uma causa única que produza determinado resultado, mas, sim, causalidades permanentes que se retroalimentam. Como método, propõe aumentar as diferenças com o caos total; legitimar as pessoas envolvidas no conflito; modificar os significados da história trazida pelos participantes; e construir uma história alternativa que permita ver o problema por vários ângulos em um cenário sistêmico (Suares, 1996).

O conflito é algo congênito às relações humanas, capaz de representar cada sujeito em sua integralidade; ele também é natural, mas não pode ser naturalizado, sob pena de comprometer a integração social. O conflito possui uma dupla face: pode ser negativo quando não se consegue vencer as diferenças; por outro lado, pode ser positivo, quando permite que se compreenda a dificuldade, a crise, para assim ressignificá-las (Moschetta, 2018, p. 127).

Conflito e crise são pautados por um mesmo contexto: eles se camuflam para, após as decisões necessárias, irromper a uma nova estrutura fundamental de vida. Boff (2002, p. 25) reflete sobre essa possibilidade de que a crise é descontinuidade e perturbação dentro da normalidade da vida, e com a decisão cria-se uma purificação da vida, um novo caminho de crescimento; se não há decisão, permanece a convulsão das forças vitais culminando em desespero.

Nesse panorama, o desafio não é outro senão o de encarar o conflito e avançar na busca de alternativas para seu desenlace, utilizando instrumentos que possam servir para a reflexão do contexto conflituoso e, se for da vontade dos envolvidos, que eles possam remodelá-los para produzir outras experiências, outras vivências, amalgamadas no bem-estar dos envolvidos.

### 3 OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS DIANTE DO CONFLITO FAMILIAR

A maneira como se vive o conflito reproduz uma via de mão dupla, pois as pessoas podem melhorar a relação após uma contenda ou piorá-la, basta que elas assumam determinados papéis e posições. Por tal razão, o conflito não deve ser visto como prejudicial, mas como algo que transformará a relação, sendo que por meio dele será possível reconhecer as diferenças e a verdadeira essência de si e do outro. O conflito é um momento de descoberta, compreensão e decisão, em que o direcionamento e a maturidade individual são pressupostos essenciais para uma resolução equitativa.

Nessa toada, a discussão dos problemas — destacam-se os jurídicos — a partir dos meios amigáveis se pauta na corresponsabilidade das partes, o que traz ao bojo da solução da controvérsia um sentido de cooperação, de diálogo entre as pessoas, possibilitando um acordo que atenda às necessidades e seja adequado à realidade dos envolvidos (Sales, 2004, p. 35).

Os instrumentos sugeridos para observação e encaminhamento do conflito familiar orbitam em torno: a) do diálogo “oficial”, aquele que sai das paredes privativas do lar doméstico e chega até um “terceiro”, o qual apresentará uma metodologia de conversa, de diálogo, de cura — por exemplo, mediação não judicializada; b) da mediação familiar judicializada, em que o conflito já está instaurado e consumado, pois bateu às portas do Poder Judiciário clamando por justiça — aqui, por meio dos mediadores judiciais, é possível encontrar os caminhos do diálogo, da compreensão e de encaminhamento para aquele momento, se os mediados assim desejarem.

A Lei 13.140/15 trata da mediação como uma forma imparcial de dirimir os litígios entre particulares, incluindo os referentes às Ações Familiaristas. Os princípios de imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé são norteadores da mediação à luz do artigo 2º da lei supramencionada.

Destaca-se que o diálogo, fundamentado no princípio da oralidade, é um instrumento que traz em seu bojo a oportunidade de expor sentimentos, emoções, mágoas de forma presencial, que acompanham os conflitantes;

enfim, é o momento em que se garante, além da fala, a escuta, o que muitas vezes vai muito além de saber quais são os direitos/deveres: inclui apresentar as motivações que deram origem ao embate. São filhos maiores apresentando aos pais seus traumas; são esposas conseguindo verbalizar o descaso que suportaram durante a relação; são companheiros requerendo o exercício da paternagem; são pedidos de perdão e promessas que não foram socializados no período do relacionamento, etc.

Outrossim, é cediço que nem todos os conflitos familiares permitem uma tentativa de diálogo ou uma sessão de mediação, por exemplo, casos de violência intrafamiliar em que a aproximação resta proibida, pois não se pode colocar em risco ainda mais as vítimas e potencializá-los; logo, precisa-se avaliar os meandros do conflito para se indicar a mediação como uma forma alternativa de encaminhamento. Não se pode romantizar a mediação; sua metodologia de abordagem traz à baila medos, preocupações, angústias, dependências que nem sempre querem ser revelados, assumidos ou, ainda, aceitos publicamente. A mediação, como metodologia de intervenção de conflitos, cumpre com a missão de não somente proporcionar novos significantes para os mediados, mas também auxiliá-los para novos significados (Fachin, 2015). Adiante, alguns apontamentos sobre o amor materno; as situações de violência intrafamiliar, sobretudo a Lei 14.713/23; e a poesia “Elogio do Amor Materno”, que retrata o envolvimento de uma mãe para salvar seu filho.

#### 4 PARÁFRASE À POESIA “ELOGIO DO AMOR MATERNO<sup>2</sup>” DE PILATI

Importante esclarecer que a categoria “maternidade”, aqui abordada, utiliza a mesma compreensão que se dá para a definição de “família”, ou seja,

---

<sup>2</sup> “Mário era um foragido da polícia argentina, que vivia escondido sobre as balsas brasileiras do rio Uruguai. Martirizava-se com o sofrimento da mãe, viúva e velhinha, que rezava e se consumia por ele, dia e noite, na cidade de La Cruz (Província de Corrientes). Um dia, uma milícia de bandidos conduziu-o preso, e parou na zona de meretrício, melhor lugar para assassiná-lo, sem honra e sem dar na vista. A mãe pressentindo o perigo que o filho corria, rezou com tanto fervor, que a dona do estabelecimento, Severina, encarnou-lhe a figura e salvou o jovem da morte certa. Mas daquele dia em diante, Severina nunca mais se livraria daquele estranho e solitário sentimento, que passou a consumi-la, como a velhinha argentina de La Cruz” (Pilati, 2012, p. 30).



uma estruturação psíquica envolvida na execução de funções, desvinculadas da questão biológica (Pereira, 2003); logo, o que prevalecerá será a função materna, independentemente de ela ser exercida por mulher ou não. A função materna esteve e está ligada aos valores dominantes e aos imperativos sociais de cada época; assim, de acordo com o valor que a sociedade atribui à maternidade, a mulher será considerada, em menor ou maior grau, uma boa mãe (Gabatz *et al.*, 2013).

Badinter (1985) traz que, na segunda metade do século XVIII, as publicações, sobretudo na França, recomendavam que as mães passassem a cuidar pessoalmente de seus filhos, incluindo a amamentação; contextualiza o instinto materno e o amor espontâneo de toda mãe pelo filho, trazendo duas palavras, “amor” e “materno”, que significam não só a promoção do sentimento, mas também a da mulher como mãe, isso acaba deslocando o foco da autoridade para o amor, um foco ideológico ilumina cada vez mais a mãe, em detrimento do pai, que acaba ingressando progressivamente na obscuridade.

Pelo período de quase dois séculos, os ideólogos franceses prometeram “mundos e fundos” às mães, para que assumissem suas tarefas maternas: “Sede boas mães, e sereis felizes e respeitadas. Tornai-vos indispensáveis na família, e obtereis o direito de cidadania” (Badinter, 1985, p. 145). Mesmo de forma inconsciente, as mães perceberam que, fazendo esse trabalho familiar necessário à sociedade, poderiam ser reconhecidas e conquistar o direito ao respeito dos homens, o que seria uma tarefa nobre que o homem não podia, ou não queria, realizar — para elas, esse dever devia ser a fonte da felicidade humana (Badinter, 1985).

Acredita-se, muitas vezes, que a mulher, quando se torna mãe, está preparada para amar seus filhos incondicionalmente: o amor materno foi por tanto tempo concebido em termos de instinto que acredita-se facilmente que tal comportamento seja parte da natureza da mulher (Badinter, 1985). Entretanto, tem-se consciência de que o conceito de “instinto materno” como uma tendência inata a todas as mulheres, pertencente à sua natureza, uma pulsão irresistível sua de se ocupar com o filho, como se as mulheres fossem sempre protetoras — boas mães —, está ultrapassado.

É como cuidadora que a mulher é representada na organização familiar, pois em tese está mais próxima da criança. No entanto, a maior proxi-

midade pode, por outro lado, favorecer as situações de violência. Assim, ao mesmo tempo que a mãe possui uma função protetora, também passa a ser a principal agressora no ambiente doméstico.

A violência cometida contra a criança pela mãe pode demonstrar que o amor materno não é natural ou, ainda, que ele pode sequer existir. A sociedade cobra da mulher um papel de amor incondicional de abnegação da própria vida em função dos filhos (Gabatz *et al.*, 2013). No entanto, o amor materno não é inato; é exato: ele é adquirido ao longo dos dias passados ao lado do filho, e por ocasião dos cuidados que lhe são dispensados. O amor materno é um sentimento que pode existir ou não, ser e desaparecer. O amor materno não é inerente às mulheres. É adicional (Badinter, 1985).

Neste mesmo tom, mas com outro enfoque, vigora desde 31 de outubro de 2023 a Lei n. 14.713/2023, que alterou a redação do artigo 1.584 do Código Civil e acrescentou o artigo 699-A do Código de Processo Civil para estipular a não concessão de guarda compartilhada àquele genitor que agredir, se houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. Processualmente, o juiz deve questionar o Ministério Público e as partes sobre eventuais situações de violência que envolvam o casal ou os filhos. Em caso de risco de violência, será concedida a guarda unilateral ao genitor que não é responsável pela violência ou pela situação de risco.

Alguns questionamentos diante da nova lei merecem atenção: por quem será conduzida a audiência de mediação: magistrado ou mediador? Quais seriam os indicativos plausíveis que evidenciam a probabilidade de risco de violência doméstica e familiar? Seria a ressurreição da guarda unilateral? Mesmo não sendo o foco do escrito, são dúvidas que já acompanham os conflitos familiares judicializados, posto que a lei está em vigor.

Expostas as reflexões sobre amor materno e violência intrafamiliar, chega-se ao cume: a poesia “Elogio do Amor Materno” e, a partir dela, alguns apontamentos que permitam esperanças diante dos impasses, das improcedências, das lacunas jurídicas, dos conflitos, também que considerem a força “metafísica” do cuidado materno a ponto de refutar os embates. Uma tentativa que encontra obstáculos, como visto alhures. Extrai-se da poesia elementos que podem caracterizar um conflito familiar pós-moderno, mesmo sendo baseada em uma história real do século passado, com substantivos inerentes

à vida de Castelhana e sua mãe: ele, um estrangeiro, foragido, sem endereço certo, nômade nas balsas do rio Uruguai, culpava-se pelo sofrimento causado à mãe; ela, viúva, idosa, desprovida de notícias do filho, devota de seu sentimento; ambos enfrentando os desafios complexos de sua época — e que se apresentam no cotidiano atual.

Com esse cenário de instabilidades, não fica difícil prever que desajustes ocorrerão, tragédias serão consumadas; porém, superando a teoria do mito do amor materno, tem-se que a funcionalidade da maternidade desempenhada pela mãe (desnecessário que seja biológica), traduzida pelo exercício diuturno do cuidado, seja ele material ou instintivo — como foi o sentimento da mãe em relação ao perigo que o filho estava exposto —, pode, de certa forma, minimizar o surgimento do conflito. Explica-se: abstraído do Direito Positivo, das teses jurídicas, das lides forenses, na contramão da cientificidade, observa-se o quanto o sentimento instintivo materno pode ser determinante quando se precisa tomar uma decisão diante de questões conflituosas intrafamiliares.

Severina, além de ter incorporado a mãe de Castelhana, incorporou o instituto da mediação, ela serviu de “terceiro imparcial” perante o conflito que bateu às suas portas (literalmente), colocou ordem no recinto, certamente ditou as regras e serviu como porta-voz, dialogando, mesmo que de forma “transcendental”, com os bandidos. O resultado foi exitoso: houve acordo em deixar Castelhana vivo: **“Depois daquela noite – De salvar o Castelhana”**.

Houve a transformação dessa mulher: **“Cabocla xucra de faca na bota”**, controlava tudo e todos, mulher de fibra, gélida; **“Nunca sentira pena – Nunca tivera dó”**; contudo, foi tocada por algo desconhecido que mudou sua vida: **“Maternou-lhe um sentimento”**.

## 5 CONCLUSÃO

Um escrito paradoxal, que traz o passado/presente/futuro; o conflito com suas faces positiva/negativa; o amor como mito e como esperança; a mãe protetora/agressora. Ou seja, um recorte dos desafios enfrentados por quem atua no âmbito do Direito de Família, que necessita a todo tempo acompanhar as concepções históricas e culturalmente construídas. Os conflitos familiares se robustecem cada vez mais, marcados pela complexidade,

etiqueta da Pós-Modernidade; as tentativas de intervenção precisam ser revisitadas, adaptadas, atualizadas, para que o diálogo/a mediação aconteçam de forma frutífera; as violências saem do ambiente privado e se apresentam, são legisladas (exemplo, impedimento de guarda compartilhada havendo probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar – Lei 14.713/23).

De tudo isso, considerar que o instinto materno não é inato a todas as mães, ao contrário, ele deve ser exercitado, apreendido e desenvolvido para que se possa exercer o cuidado, como fez a mãe de Castelhana, pois o sentimento não é outro senão **“Um amor de refugiar-se: Um amor que lo mata, lo cura, lo arrebia!”**

## REFERÊNCIAS

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. Disponível em: <http://groups.beta.google.com/group/digitalsource>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOFF, Leonardo. **Crise**: oportunidade de crescimento. Campinas: Verus, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.713, de 30 de outubro de 2023**. Altera as Leis n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/14713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14713.htm). Acesso em: 9 nov. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GABATZ, Ruth Irmgard Bärtschi *et al.* Violência intrafamiliar contra a criança e o mito do amor materno: contribuições da enfermagem. **Revista de Enfermagem da Universidade Federal de Santa Maria**, Santa Maria, v. 3, n. esp., p. 563-572, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reufsm/article/view/10990>. Acesso em: 5 nov. 2023.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa; Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Teoria Pós-Moderna do Direito de Família**: a mediação como prática interventivo-participativa na dimensão do pluralismo jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PILATI, José Isaac. **Prelúdio**. Florianópolis: Fundação Boiteuz, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SUARES, Marínés. **Mediación**: conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1996.

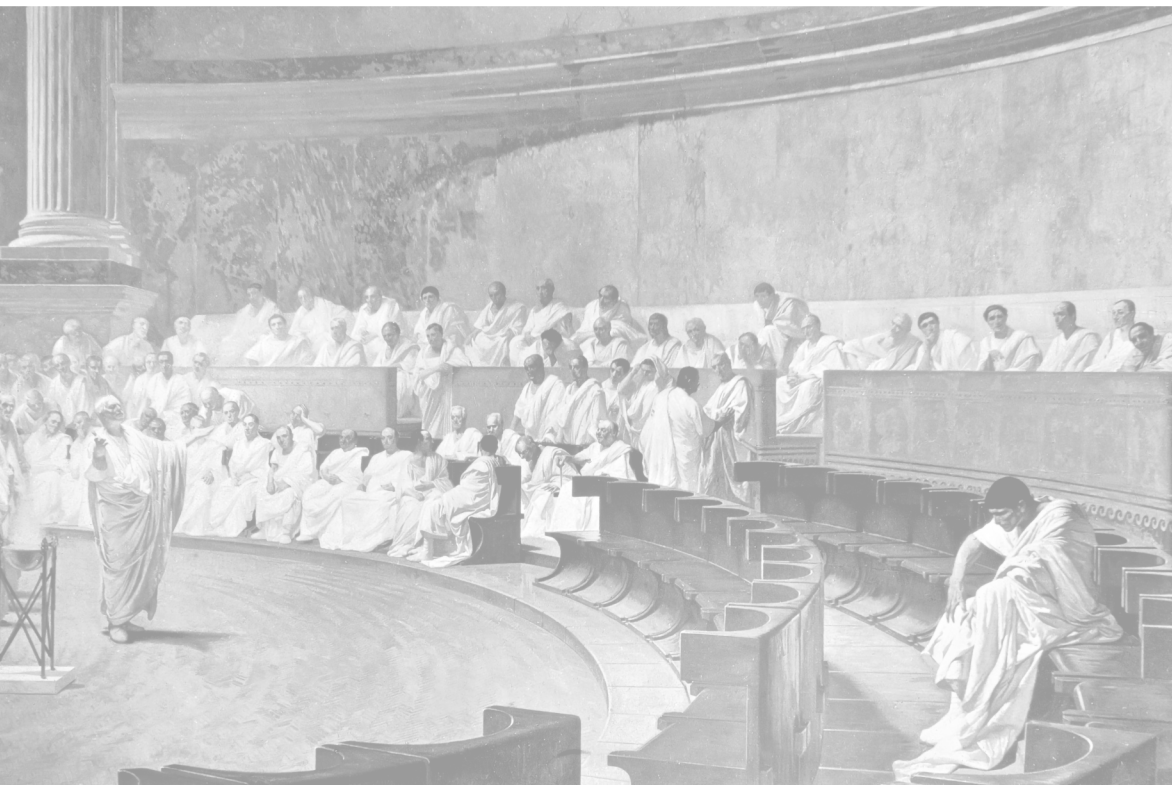
TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

VATTIMO, Gianni *et al.* **En torno a la posmodernidad**. Barcelona: Anthropos, 2011.



# PARTE III

## REPUBLICANISMO E CIDADANIA







# CAPÍTULO I

## NEOLIBERALISMO E A FLEXIBILIZAÇÃO PRECARIZANTE DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

*Rodrigo Goldschmidt<sup>1</sup>*

*Vivian Maria Caxambu Graminho<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Aspectos históricos do direito do trabalho. 3. Neoliberalismo: aspectos históricos e conceituais. 4. A influência do neoliberalismo no direito do trabalho: a flexibilização dos direitos laborais e a reforma trabalhista. 5. Conclusão. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Vive-se atualmente em uma sociedade globalizada, marcada por uma economia neoliberal, que interfere significativamente no modo de viver das pessoas e também no mercado de trabalho. Apesar de a globalização contribuir significativamente para o avanço da sociedade, com o desenvolvimento

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD – Mestrado em Direito – UNESC. Juiz do Trabalho Titular de Vara do TRT12. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Membro da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição, da Rede de Pesquisa Egrupe e da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. E-mail: rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br.

<sup>2</sup> Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Unar. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Advogada (OAB/PR 44.053). E-mail: vgraminho@yahoo.com.br.

e a popularização de novas tecnologias, por exemplo, não há dúvida de que causa prejuízos consideráveis, principalmente na seara trabalhista.

O direito do trabalho foi construído paulatinamente ao longo do tempo, após as mobilizações dos trabalhadores em busca de melhores condições de trabalho, do aumento de salário, da redução da jornada, entre outras reivindicações, o que no Brasil culminou com a regulamentação dos direitos trabalhistas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que priorizou o coletivo, o social e a dignidade humana, e alçou os direitos dos trabalhadores ao *status* de direitos fundamentais.

Porém, com o advento da globalização e do neoliberalismo, passou-se a priorizar o capital sobre o trabalho, causando a redução dos postos de trabalho, o aumento da informalidade, a instabilidade no emprego, o crescimento do desemprego, o enfraquecimento das relações coletivas, a redução dos salários, o aumento das desigualdades sociais e a flexibilização da legislação trabalhista.

O Brasil, principalmente após a década de 1990, vem passando por mudanças significativas, tendo em vista a pressão do mercado mundial (dos Estados Unidos, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional), que exigiu dos países a adoção de diversas medidas como a realização de privatizações, a desregulamentação dos mercados, a redução dos Estados, a abertura das importações, entre outras diretrizes.

Diante nesse cenário e tendo em vista a crise econômica instalada no país, iniciou-se uma grande reforma da legislação, principalmente trabalhista, que culminou em 2017 com a edição da Lei n. 13.467, denominada “Reforma Trabalhista”, a qual alterou mais de 200 dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Reforma Trabalhista teve como fundamento principal a alegada necessidade de modernizar a legislação brasileira, considerada, por alguns, engessada e extremamente protecionista, para o fim de diminuir os elevados custos gerados pelo trabalho, combater o desemprego e favorecer o desenvolvimento de pequenas e médias empresas.

Dessa forma, instituiu-se diversos mecanismos que evidenciaram a regressão dos direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores, em franco desrespeito ao preconizando pelo artigo 7º, caput, da CF<sup>3</sup>, o qual determina

---

<sup>3</sup> O artigo 7º, caput, da CF assim dispõe: “Art. 7º – São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...]”

a gradativa melhoria da condição social do trabalhador, vedando a precarização de seus direitos laborais (Brasil, 1988).

Dentre as principais mudanças instauradas pela Reforma Trabalhista, está a prevalência das normas negociadas coletivamente e da autonomia da vontade sobre a legislação do trabalho; a ampliação da terceirização; a adoção de contratos atípicos (contrato de trabalho intermitente, a tempo parcial e autônomo); a flexibilização da jornada de trabalho; a flexibilização do conceito de salário e a imposição de limites à atuação da Justiça do Trabalho.

Desse modo, o presente estudo revela-se importante, tanto para a comunidade acadêmica, quanto para a sociedade em geral, pois busca analisar de que maneira o neoliberalismo vem influenciando nas relações de trabalho, em especial no que tange à reforma trabalhista e a precarização das relações trabalhistas.

Para tanto, pretende-se primeiramente realizar um breve retrospecto acerca da regulamentação do direito do trabalho; em um segundo momento apresentar alguns aspectos históricos e conceituais acerca do neoliberalismo, na sequência, verificar como o neoliberalismo vem interferindo nas relações trabalhistas, principalmente no tocante a flexibilização de direitos laborais ocorrida nos últimos anos, que culminou na Reforma Trabalhista de 2017 e, por fim, que possíveis diretrizes constitucionais e republicanas poderiam ser adotadas para proteger a dignidade humana da pessoa trabalhadora em face dos efeitos deletérios da aludida flexibilização trabalhista neoliberal. Utiliza-se na presente pesquisa o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO

Embora o trabalho se faça presente na Antiguidade<sup>4</sup> e na Idade Média<sup>5</sup>, somente se pode falar em Direito do Trabalho a partir do século XVIII, com a

---

<sup>4</sup> Segundo Alice Monteiro de Barros (2016, p. 46-48), na antiguidade havia difusão de trabalho escravo, principalmente entre os gregos e romanos. O trabalho estava associado a concepção de mercadoria, o que contribuiu para a inclusão da relação laboral no contexto da propriedade. Nesse sentido, o escravo era um objeto que pertencia ao amo ou senhor, e não tinha direito à vida e ao tratamento digno.

<sup>5</sup> Na Idade Média emergem instituições de grande poder — a Igreja, o feudalismo e as corporações de ofício. Ou seja, os senhores feudais em troca do trabalho, davam aos servos proteção militar e política. Dessa maneira, os senhores feudais tinham a posse das terras

primeira Revolução Industrial<sup>6</sup>. Ou seja, o descobrimento da máquina a vapor, de fiar e tear<sup>7</sup>, permitiu às empresas executar o trabalho de maneira mais rápida e produtiva, tendo em vista a substituição do trabalho humano pela máquina, causando, inicialmente, desemprego (Cassar, 2017, p. 14).

No entanto, a indústria movida pela necessidade de aumentar a produção e, conseqüentemente o lucro, passou a contratar trabalhadores<sup>8</sup> com a finalidade de operar as máquinas, surgindo, dessa forma, a figura do proletário, que na lição de Nascimento (2011, p. 36) é o trabalhador que presta serviços em jornadas extenuantes (14 a 16 horas), que mora próximo ao local da atividade em condições subumanas e ganha salário em troca do trabalho. Nesse sentido:

As máquinas, que podiam ter tornado mais leve o trabalho, na realidade o fizeram pior. Eram tão eficientes que tinham de fazer sua mágica durante o maior tempo possível. Para seus donos, representavam tamanho

---

e todos os seus direitos, ao passo que os servos que trabalhavam na terra do senhor, eram submetidos a cargas pesadas de trabalho. Com o passar do tempo os servos passaram a migrar para as regiões urbanas, formando as corporações de ofício, que possuíam seus próprios estatutos, de modo que a retribuição era paga com a finalidade de evitar a livre concorrência e não em função das necessidades dos trabalhadores. As corporações tiveram seu apogeu no século XIII e começaram a sua derrocada a partir do século XV, sendo que foram extintas em 1791 com a Lei Chapelier (Barros, 2016, p. 48-50).

<sup>6</sup> A primeira Revolução Industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840 (deu início à produção mecânica). Já a segunda revolução industrial iniciou-se no final de século XIX, com o advento da eletricidade e da linha montagem. A terceira revolução industrial teve início da década de 60 e costuma ser chamada de revolução digital ou do computador. Por fim, defende-se a sociedade está na quarta Revolução Industrial, marcada pelos sistemas e máquinas inteligentes e conectadas (Schwab, 2016, p. 18-19).

<sup>7</sup> De acordo com Nascimento (2011, p. 34-35), a máquina a vapor permitiu a instalação de indústrias que utilizavam carvão. Já a invenção da máquina de fiar (patenteada por John Watt e Lewis Paul em 1738) e do tear mecânico (inventado por Edmund Cartwright, em 1784) expandiu a indústria têxtil-algodoeira. Com o advento da eletricidade, houve a expansão do maquinismo, já que essa era utilizada como fonte de energia, junto com o vapor.

<sup>8</sup> Segundo Hobsbawm (2015), uma economia industrial necessitava de mão de obra, que veio da população rural doméstica ou estrangeira. Essa mão de obra era formada pela mistura de pequenos produtos e trabalhadores pobres, que foram atraídos para essas novas ocupações em razão dos salários mais altos e da liberdade que existia nas cidades. Os trabalhadores recrutados eram obrigados a trabalhar em um ritmo regular de trabalho e ininterrupto. Alguns empregadores, por considerar os empregados preguiçosos, pagavam pouco para forçar o operário a trabalhar incessantemente.

capital que não podiam parar – tinham de trabalhar, trabalhar sempre. Além disso, o proprietário inteligente sabia que arrancar tudo da máquina, o mais depressa possível, era essencial porque, com as novas invenções, elas podiam tornar-se logo obsoletas. Por isso os dias de trabalho eram longos, de 16 horas. Quando conquistaram o direito de trabalhar em dois turnos de 12 horas, os trabalhadores consideraram tal modificação uma benção (Huberman, 1980, p. 191).

Vigorava nessa época a lei do mercado<sup>9</sup>, em que as regras eram elaboradas pelo empregador, que impunham aos trabalhadores jornadas excessivas, remuneradas com salários ínfimos, além de submeter os trabalhadores a péssimas condições de trabalho, gerando inúmeros acidentes. Havia, igualmente, a exploração da mão de obra de mulheres e crianças<sup>10</sup>:

O emprego generalizado de mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das “meias-forças dóceis”, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente (Barros, 2016, p. 51).

Assim, em razão das jornadas de trabalho exaustivas, das condições aviltantes de trabalho, dos salários irrisórios, dos acidentes de trabalho frequentes, que colocavam os trabalhadores em uma situação de indignidade, surgiram as primeiras manifestações de insurgência dos trabalhadores, o que levou o Estado liberal a intervir nas relações contratuais de trabalho, editando leis de proteção do trabalhador. Nesse processo histórico de sistematização e consolidação<sup>11</sup> do Direito do Trabalho, destacam-se a edição do Manifesto

---

<sup>9</sup> A sociedade vivia no Estado Liberal que era fundado no modelo de economia capitalista, caracterizado pela defesa da propriedade privada (direito natural do homem), pela exploração do trabalho humano, e pela limitação do Estado, que não podia intervir nas relações privadas (Vieira, 2013, p. 117).

<sup>10</sup> No tocante à mão de obra infantil, as crianças eram utilizadas como moeda de troca, ou seja, eram considerados fonte de riqueza nacional. Além disso, a prestação de serviço era realizada em péssimas condições sanitárias (Nascimento, 2011, p. 39-41).

<sup>11</sup> Maurício Godinho Delgado (2017, p. 100) ao estudar as fases históricas do Direito do Trabalho as classifica em três fases principais: a) manifestações incipientes ou esparsas

Comunista de Marx e Engels (1848)<sup>12</sup>; a Revolução de 1848, na França e a Encíclica *Rerum Novarum*<sup>13</sup>, editada pelo Papa Leão XIII.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, surge o que Sérgio Pinto Martins (2004, p. 41-42) chama de constitucionalismo social, ou seja, a inclusão, nas constituições, de direitos dos trabalhadores:

A primeira Constituição que tratou do tema foi a do México, em 1917. O art. 123 da referida norma estabelecida jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho.

A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a de Weimar, de 1919. Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho.

É, também, em 1919 que é criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Tratado de Versalhes<sup>14</sup>, contribuindo para a universaliza-

---

(1802 a 1848); b) sistematização e consolidação (1848 a 1919); c) institucionalização (a partir de 1919).

<sup>12</sup> O Manifesto Comunista de 1848 sugere “a tomada do poder político pelos trabalhadores para a supressão do capitalismo e das classes sociais, evanescendo-se o Estado e o direito e surgindo a autogestão da sociedade” (Nascimento, 2011, p. 61).

<sup>13</sup> O Papa Leão XIII, tendo em vista a exploração do homem pela máquina, tenta estabelecer regras mínimas relacionadas à proteção dos trabalhadores como: fixação de um salário mínimo, estabelecimento de jornada máxima, etc. (Cassar, 2017, p. 15).

<sup>14</sup> A Parte XIII do Tratado de Versalhes versa sobre a constituição jurídica da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O referido documento foi complementado pela Declaração de Filadélfia de 1944 e pelas reformas da Reunião de Paris de 1945 da OIT (Nascimento, 2011, p. 132). Nos termos da Constituição da Organização Internacional do Trabalho — Declaração de Filadélfia —, são princípios fundamentais da OIT: “a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde fôr, constitui um perigo para a prosperidade

ção do Direito do Trabalho. De acordo com Delgado (2017, p. 103), é por meio desse momento histórico que o Direito do Trabalho ganha cidadania nos países de economia central, passando a ser um “ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado”.

Note-se, portanto, que o Direito do Trabalho surge, na Europa, no século XIX, em uma sociedade que vivenciava uma desigualdade econômica e social, o que levou o Estado a intervir, mediante a edição de leis, nas relações de trabalho, atenuando a autonomia da vontade das partes, para o fim de proteger o trabalhador vulnerável (BARROS, 2016, p. 53).

No Brasil, as primeiras normas significativas sobre Direito do Trabalho surgem em 1923, quais sejam: a) a Lei Elói Chaves (Decreto n. 4.682/1923), que além de criar a caixa de aposentadoria e pensões para ferroviários, prevê a estabilidade aos trabalhadores que completassem 10 anos no emprego (Brasil, 1923); b) o Decreto n. 16.027/1923 que cria o Conselho Nacional do Trabalho (Brasil, 1923).

No entanto, é somente a partir da década de 1930 (com a Revolução de 1930 liderada por Getúlio Vargas) que se observa a expansão do direito do trabalho, com a formação de uma estrutura jurídica de um novo modelo justralhista (Delgado, 2017, p. 118-120). Isto é, o período compreendido entre 1937 a 1945, também conhecido como Estado Novo, associou o autoritarismo com o desenvolvimento econômico e social, com a ampla edição de leis trabalhistas e o apoio à industrialização. (Campana, 2000, p.132)

Nesse sentido, a Constituição de 1934 — influenciada pelo constitucionalismo social — foi a primeira constituição brasileira a prever direitos trabalhistas como a liberdade e autonomia sindicais (art. 120), bem como a isonomia salarial, o salário mínimo, a limitação de jornada em oito horas diárias, proteção do trabalho das mulheres e crianças, repouso semanal e férias remuneradas (art. 121, § 1º) (Martins, 2004, p. 43).

Ainda, segundo Nascimento (2011, p. 102-103), durante a Era Vargas as leis trabalhistas surgiram de maneira desordenada, de forma que cada pro-

---

geral; d) a luta contra a carência, em qualquer nação deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutem, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com êles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.” (OIT, 1948).

fissão possuía uma norma específica, além de existir profissões sem proteção alguma, o que levou o Governo a reunir todos os textos legais em um só diploma — o Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, também conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho — que regulou o direito individual, o direito coletivo e o direito processual do trabalho e ainda hoje é a síntese da legislação trabalhista.

A Constituição Federal de 1946 — considerada democrática — concedeu à Justiça do Trabalho o *status* de órgão do Poder Judiciário, já a Constituição de 1967 apenas manteve os direitos previstos na Carta de 1946 e, por fim, em 1988 é promulgada a Constituição hoje vigente<sup>15</sup> “retomando o homem como figura principal a ser protegida, abandonando o conceito individualista e privatista e priorizando o coletivo, o social e a dignidade da pessoa” (Cassar, 2017, p. 19).

Verifica-se, portanto, por meio do esboço anteriormente traçado, que até o final da década de 80, a história do Brasil foi marcada por um Estado intervencionista, que procurou associar o crescente processo de industrialização, com o desenvolvimento do direito trabalhista, isto é, foi um período de redemocratização política. Porém, conforme será abordado nos tópicos a seguir, devido à crise instaurada a partir de 1970, os países latino-americanos, inclusive o Brasil, sucumbiram às políticas neoliberais, iniciando uma onda de flexibilização dos direitos trabalhistas.

### 3 NEOLIBERALISMO: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

O liberalismo surgiu na Europa, no século XVIII, com as Revoluções Liberais (Gloriosa, Americana e Francesa), ou seja, nasceu com a difusão das indústrias e pregava a liberação dos mercados, o capital fixo e variável, o trabalho assalariado (De Masi, 2001, p. 96). Tem seu início em 1776, com a obra de Adam Smith (*A riqueza das nações*) e apresentava como naturais a

---

<sup>15</sup> A Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais, incluindo no artigo 7º os direitos trabalhistas, como a fixação do salário mínimo, proteção do trabalho da mulher, remuneração do serviço extraordinário, repouso semanal remunerado, férias, licença-paternidade, redução dos riscos inerentes à saúde, proteção em face da automação, etc. (Vaz, 2017).



liberdade, a igualdade, a propriedade privada (Hobsbawm, 2015), bem como pregava a intervenção mínima do Estado, haja vista que o governo é apenas um intermediário entre o povo e a vontade geral, cabendo-lhe assegurar a liberdade civil e política e os direitos naturais (Nascimento, 2011, p. 47).

Porém, a partir de meados do século XIX, o liberalismo começa a demonstrar indícios de deterioração, que irá se acentuar no período entreguerras, sendo que tem sua ruína na década de 1930, com a Grande Depressão:

Curiosamente, o senso de catástrofe e desorientação causado pela Grande Depressão foi talvez maior entre os homens de negócios, economistas e políticos do que entre as massas. O desemprego em massa, o colapso dos preços agrícolas, as atingiram com força, mas elas não tinham dúvida de que havia alguma solução política para essas injustiças inesperadas - na esquerda ou na direita - até o ponto em que os pobres podem esperar que suas modestas necessidades sejam satisfeitas. Foi precisamente a ausência de qualquer solução dentro do esquema da velha economia liberal que tomou tão dramática a situação dos tomadores de decisões econômicas. Para enfrentar a crise imediata, a curto prazo, eles tinham, em sua visão, de solapar a base a longo prazo de uma economia mundial florescente. Numa época em que o comércio mundial caiu 60% em quatro anos (1929-32), os Estados se viram erguendo barreiras cada vez mais altas para proteger seus mercados e moedas nacionais contra os furacões econômicos mundiais, sabendo muito bem que isso significava o desmantelamento do sistema mundial de comércio multilateral sobre o qual, acreditavam, devia repousar a prosperidade do mundo (Hobsbawm, 1995, p. 98-99).

Denota-se, portanto, que a segunda metade do século XIX e o início do século XX, foram marcados por modificações na indústria e no mercado, as quais revelaram que os métodos utilizados pelo liberalismo não eram capazes de restaurar a economia e a sociedade que estavam devastadas, fazendo com que, gradativamente, os dogmas do liberalismo fossem revistos pelos reformistas sociais que começavam a ganhar terreno (Dardot; Laval, 2016, p. 38). É nesse contexto, de crise e de derrocada do Estado Liberal que surge o Estado de Bem-Estar Social (Intervencionista), em razão da necessidade de o Estado intervir nas relações econômicas para o fim de reestruturar o capitalismo.

Aos poucos o capitalismo começa a demonstrar sinais de recuperação e com o avanço da tecnologia (principalmente a tecnologia da informação), observa-se a formação de uma economia transnacional (processo de globalização<sup>16</sup>), caracterizada por três aspectos: “as empresas transnacionais (muitas vezes conhecidas como “multinacionais”), a nova divisão interacional do trabalho e o aumento de financiamento *offshore* (externo)”<sup>17</sup> (Hobsbawm, 1995, p. 272).

Associada à globalização, no final dos anos 1970, começa-se a se difundir, na Grã-Bretanha (1979) e nos Estados Unidos (1980), a doutrina neoliberal, assumindo uma forma extrema de egoísmo comercial (Hobsbawm, 1995, p. 245). O neoliberalismo surge, na Europa Ocidental e na América do Norte, após o término da Segunda Guerra Mundial, como reação ao Estado intervencionista e de bem-estar, tendo como objetivo preparar as bases de um capitalista rígido, baseado na competição e no liberalismo econômico (Martins, 2011, p. 142-143). Segundo Antunes (2000, p. 40):

[...] O Neoliberalismo passou a ditar o ideário e o programa a serem implementados pelos países capitalistas, inicialmente no centro e logo depois nos países subordinados, contemplando reestruturação produtiva, privatização acelerada, enxugamento do estado, políticas fiscais e monetárias, sintonizadas com os organismos mundiais de hegemonia do capital como Fundo Monetário Internacional.

Os defensores do neoliberalismo culpando o capitalismo assistencialista, passaram a defender um Estado mínimo no tocante aos direitos trabalhistas e sociais, assim como passivo no que concerne aos lucros e os interesses do mercado (Campana, 2000, p. 134).

A globalização e o neoliberalismo, portanto, têm como pressupostos a redução dos custos salariais, a liberalização do mercado de trabalho, a re-

---

<sup>16</sup> Compreende-se como globalização o processo revolucionário que envolve o modo de produção capitalista e sua estrutura jurídico-política e ideológica, e que se desenvolve a partir do processo de mundialização da revolução técnico-científica. A globalização foi responsável pelas mudanças ocorridas na economia global, tendo em vista que o trabalho passou a ser desempenhado de maneira integrada no mercado internacional (Martins, 2011, p. 113-118).

<sup>17</sup> Segundo Thomas Friedman o *offshoring* ocorre quando uma empresa pega uma de suas fábricas e a transfere para outro país, com a finalidade de produzir os mesmos produtos, porém, com mão de obra e carga tributária mais baratas (Friedman, 2005, p. 135-136).

dução dos direitos liberais, a eliminação de normas relativas ao salário mínimo (Santos, 2002, p. 34-35). No entanto, essa reformulação da economia, do mercado e também dos direitos trabalhistas e sociais, incitada pelo neoliberalismo, não beneficiou a sociedade da mesma maneira que privilegiou o comércio internacional, tendo em vista que aumentou as desigualdades sociais e o desemprego, além de flexibilizar uma série de direitos trabalhistas:

A conjuntura internacional mostra uma sociedade exposta a sérios problemas que atingiram em escala mundial os sistemas econômicos capitalistas. Os empregos diminuíram, cresceram outras formas de trabalho sem vínculo de emprego, as empresas passaram a produzir mais com pouca mão de obra, a informática e a robótica trouxeram produtividade crescente e trabalho decrescente.

A legislação é flexibilizada e surgem novas formas de contratação. Nos Estados Unidos, em 1992, cerca de 27% das mulheres e 11% dos homens já trabalhavam em tempo parcial e em 2008 diminuiu a oferta de empregos, fato acompanhado pela desaceleração da economia. Foi afetado pela inadimplência o sistema de financiamento de aquisição de imóveis residenciais. As jornadas de trabalho e os salários foram reduzidos como alternativa para as dispensas em massa. Elevaram-se os níveis de terceirização. Os encargos sociais pesaram muito na formulação dos gastos das empresas com os empregados. O treinamento do pessoal ampliou-se. Novas formas de contratação do trabalho apareceram (Nascimento, 2011, p. 69).

Denota-se, dessa forma, que a globalização e a política neoliberal fizeram ressurgir o conceito do Direito do Trabalho como “coisa”, isto é, o direito ao trabalho que antes era considerado como instrumento de dignidade humana, passa a ser tratado como mero objeto inserido no custo da produção (Britto, 2012, p. 60)

O Brasil aderiu ao neoliberalismo após a realização do Consenso de Washington<sup>18</sup>, em 1989, submetendo-se às diretrizes impostas pelo Banco Mundial, pelo FMI e pelo Banco Mundial de Desenvolvimento, quais sejam: priva-

---

<sup>18</sup> De acordo com Noam Chomsky, o Consenso de Washington (2002, p. 9) “é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla e por eles mesmos implementados de formas diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis, como rígidos programas de ajuste estrutural”.

tizações, desregulamentação dos mercados, redução do Estado e abertura das importações (Campanha, 2000, p. 135). No entanto, somente ganhou força a partir de década de 1990, com o então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Assim, durante a década de 90, tendo em vista a crise econômica instalada no país desde a década de 70, começou-se uma reforma no capitalismo brasileiro, com a finalidade de frear as mudanças sociais capazes de efetivar as promessas civilizatórias constantes na Constituição de 1988 e flexibilizar a legislação trabalhista, acusada de ser a responsável pela crise financeira (Alves, 2017, p. 98-99).

O sistema neoliberal adotado no país, seguindo os moldes do modelo internacional, também privilegia os grandes grupos econômicos, em detrimento das pequenas e médias empresas, além de relegar ao segundo plano a saúde, a educação, a segurança e a previdência (Barros, 2016, p. 64).

No ponto, Pilati sintetiza:

A sociedade estatal, costurada com fronteiras – mas de centro e periferia; baseada numa democracia representativa formal – mas de abissais diferenças sociais; voltada à acumulação a qualquer custo – mas às custas do planeta e da sobrevivência da espécie – essa sociedade diabética, que tudo adoça com dinheiro e minimiza com insulinas estatais paliativas – está chegando ao seu próprio limite de esgotamento. É um modelo que está sendo atropelado por aquilo que se conhece por globalização: uma nova *lex mercatoria*, que não conhece limites jurídicos, desconhece fronteiras, promete liberdade e desenvolvimento, mas acelera o processo de concentração de renda, com empobrecimento e desigualdade (Pilati, 2006, p. 10-11).

Ocorre que, o sistema neoliberal causa à sociedade inúmeras consequências negativas, em especial às relações de trabalho, podendo-se citar exemplo, o aumento da informalidade, da instabilidade no emprego, fruto da desregulamentação e da flexibilização do Direito do Trabalho.

#### **4 A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO NO DIREITO DO TRABALHO: A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS LABORAIS E A REFORMA TRABALHISTA**

Consoante mencionado anteriormente, o debate acerca da necessidade de flexibilização das normas trabalhistas não é novo. Com a adesão do Brasil ao sistema neoliberal e sua inserção na economia globalizada, na década de 1990,

observou-se uma campanha muito grande de reformulação dos direitos trabalhistas. Ademais, nessa época, houve um agravamento da situação dos trabalhadores em razão do crescimento do desemprego e da informalidade, redução das ofertas de emprego e, conseqüentemente, o aumento da precarização do trabalho (Martins; Feres; Beluzzi, 2017, p. 159-160).

Considerando a situação de crise pela qual estava passando o país, os adeptos da política neoliberal passaram a atacar a legislação trabalhista, considerando-a “ultrapassada, fascista e engessadora de competitividade das empresas e seus capitais” (Britto, 2012, p. 61), de forma que nesse período ganha força a teoria da flexibilização<sup>19</sup>, que tem como fundamento principal acabar com a ideia de proteção do trabalhador (Souto Maior, 2015, p. 153):

Esta redução apresenta-se, ideologicamente, pelo nome de “flexibilização” e com a função de amoldar o Direito do Trabalho às novas exigências do mercado produtivo e de possibilitar o aumento da contratação de trabalhadores pelas empresas, combatendo o problema do desemprego (Souto Maior, 2001, p. 154).

Verifica-se, portanto, que os defensores da teoria da flexibilização das normas trabalhistas tinham como principal argumento a preservação do emprego e a diminuição do desemprego, ou seja, sustentavam que para haver desenvolvimento das indústrias, é necessário reduzir custos com a mão de obra (Sussekind, 2003, p. 28).

Assim, na década de 1990, os adeptos do neoliberalismo iniciam a busca pelo aniquilamento dos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos, com o propósito de reduzir o desemprego e as desigualdades sociais, bem como permitir o desenvolvimento da nação.

Entre 1990 e 2000 foram protocolados diversos projetos de lei com o escopo de flexibilizar os direitos trabalhistas, podendo-se mencionar como exemplo, o projeto de Reforma do Poder Judiciário (1994), prevendo o fim da Justiça do Trabalho, com o propósito de impedir que se tornasse um empecilho à imposição lógica do mercado, o que acabou não se concretizando.

---

<sup>19</sup> Entende-se por flexibilização “[...] o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do emprego na relação contratual com seu empregador [...]” (Goldschmidt, 2009, p. 129).

Posteriormente, em 2001, foi proposto o Projeto de Lei n. 5.483, para o fim de alterar o artigo 618, da CLT, com o objetivo de institucionalizar o negociado sobre o legislado, no entanto, o projeto foi arquivado (Brasil, 2001).

A onda de flexibilização das leis trabalhistas não se restringiu somente à década de 1990. A primeira década do século XXI embora tenham diminuído as tentativas de esvaziar o arcabouço legislativo de proteção dos trabalhadores, ainda se notam movimentações nesse sentido, como a Lei n. 9.601/1998 que flexibilizou as jornadas de trabalho mediante compensação de horários estipulada em acordo ou convenção coletiva, ou ainda, a tentativa de tornar ineficazes praticamente todas as normas protetivas dos trabalhadores, por meio do Projeto de Lei n. 5.483/01 (Sussekind, 2003, p. 32).

No entanto, é a partir de metade da década de 2010, em razão do agravamento da crise econômica e política brasileira, que se inicia uma fase de flexibilização das leis sociais e trabalhistas, jamais identificada anteriormente, e que culminou com a edição da Lei n. 13.467/2017 (popularmente conhecida como Reforma Trabalhista).

Conforme Souto Maior (2017, p. 1-2) os apoiadores da Reforma Trabalhista desejavam a aprovação imediata do projeto de lei, por entender que os responsáveis pelos problemas do país eram os direitos trabalhistas e a Justiça do Trabalho, de maneira que todas as dificuldades causadas pela crise poderiam ser resolvidas com base em quatro linhas de argumentação: a necessidade de modernização da legislação; a redução dos elevados custos do trabalho; impedir que o trabalhador seja tratado como coitado; e o combate à insegurança jurídica.

Assim, o dismantelamento do arcabouço protetivo dos trabalhadores foi realizado com fundamento em quatro pilares:

a prevalência das normas negociadas coletivamente e da autonomia da vontade sobre a legislação do trabalho; a ampliação sem limites da terceirização; a adoção de contratos atípicos, temporários, intermitentes e jornadas de trabalho flexíveis com redução da porosidade do trabalho, e a imposição de limites e amarras à atuação da Justiça do Trabalho (Martins; Feres; Beluzzi, 2017, p. 151).

Com relação ao primeiro pilar, a prevalência do negociado sobre o legislado possibilita que a negociação coletiva rebaixe regulamentações contidas na

lei, ocasionando uma inversão na hierarquia das normas e, fortalecendo, o poder empregatício (Krein, 2018, p. 92). Já, no tocante à prevalência da autonomia do empregado portador de diploma de nível superior e que percebe salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social, acaba estratificando o universo dos empregados, pois abre a possibilidade de estipular cláusulas menos favoráveis a esses trabalhadores:

Ou seja, no mesmo dispositivo que determina a validade de concessões feitas pelo empregador, desde que mais favoráveis ao empregado (*caput* do art. 444 da CLT), o legislador da reforma trabalhista inseriu preceito em sentido diametralmente oposto. Isto é, a possibilidade de o empregador estipular cláusulas contratuais ou cláusulas de seu regulamento interno gravemente desfavoráveis a um segmento estratificado de seus empregados. É desnecessário lembrar que a regra legal está se reportando ao contrato empregatício, que é um típico contrato de adesão - provavelmente o mais impressionante contrato de adesão que se conhece no sistema econômico e social contemporâneo (Delgado, M. G.; Delgado, G. N., 2017, p. 158).

No que diz respeito ao segundo pilar, as alterações legislativas afastam todos os impedimentos à terceirização da força de trabalho, que pode, inclusive, se referir à atividade principal da empresa (Martins; Feres; Beluzzi, 2017, p. 152). A reforma, ainda, possibilita a utilização, pelo empregador, de contratos atípicos — como o contrato de trabalho intermitente, a tempo parcial, temporário, autônomo, além de flexibilizar a jornada de trabalho, por meio das seguintes medidas:

- 1) ampliação dos mecanismos de compensação das jornadas por meio do banco de horas com uma limitação frágil da jornada diária ou semanal e ainda facultando a realização de acordos individuais (banco de horas individuais);
- 2) a possibilidade das empresas utilizarem a força de trabalho para além das 8 horas diárias (acrescidas de no máximo 2 horas extraordinárias), com a regulamentação da jornada de 12 × 36 horas para todos os setores;
- 3) o fim da necessidade da empresa comunicar as autoridades competentes caso precise estender a jornada diária por alguma “necessidade imperiosa”;
- 4) as pausas para amamentação serão objeto de livre negociação com o empregador;
- 5) o parcelamento de férias em até três períodos, nunca inferior a cinco dias, o que também

abre possibilidade de o empregador organizar o período das férias de acordo com as suas necessidades no ano (Krein, 2018, p. 89).

Ademais, a Reforma Trabalhista burocratizou o processo do trabalho, na medida em que impôs obstáculos ao acesso à justiça, retirou garantias processuais dos trabalhadores na execução do crédito trabalhista, além de romper com o princípio da gratuidade da justiça<sup>20</sup> (Martins; Feres; Beluzzi, 2017, p. 154), que “é remodelado de maneira muito mais desfavorável ao ser humano economicamente hipossuficiente do que ocorre seja no Direito Processual Civil, seja nas relações regidas pelo Código do Consumidor” (Delgado, M. G.; Delgado, G. N., 2017, p. 49).

Nota-se, portanto, que a Reforma Trabalhista, da maneira como foi proposta, busca o retorno do antigo papel do Direito como forma que exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade, pois além de não cumprir com a principiologia humanística e social prevista na Constituição, afasta o Direito do Trabalho de um dos seus principais objetivos que é distribuição de renda, rompendo com sua lógica civilizatória, democrática e inclusiva (Delgado, M. G.; Delgado, G. N., 2017).

Ou seja, “o neoliberalismo é, na verdade, um caminho isolado na contramão da socialização dos direitos e da efetivação dos direitos fundamentais do homem” (Cassar, 2017, p. 27).

Verifica-se, pois, que a Lei n. 13.467/2017, encampando a ideologia neoliberal, instituiu mecanismos que evidenciam o retrocesso dos direitos conquistados pelos trabalhadores, além de não levar em consideração o patamar mínimo

---

<sup>20</sup> De acordo com a nova legislação, o beneficiário da justiça gratuita responde pelo pagamento dos honorários periciais, caso se torne sucumbente no objeto da perícia (art. 790-B, *caput*, da CLT). A União somente arcará com as despesas da perícia judicial se o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo valores suficientes para suportar a despesa. Além disso, no tocante aos honorários advocatícios, o beneficiário da gratuidade da justiça mantém-se como efetivo devedor, ou seja, nos termos do artigo 791-A, § 4º, da CLT, utilizar-se-ão para o pagamento do referido encargo processual os créditos obtidos no respectivo processo, ou ainda, em outro processo, sendo que não havendo créditos o sujeito poderá ser executivo nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, se ficar demonstrado que deixou de existir a insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade da justiça (Delgado, M. G.; Delgado, G. N., 2017, p. 50).



civilizatório estabelecido pelas normas constitucionais (direitos fundamentais dos trabalhadores), precarizando veementemente as relações de trabalho.

## 5 CONCLUSÃO

Observa-se com o presente estudo que a adesão do Brasil ao sistema neoliberal e sua inserção na economia globalizada, vem ocasionando consequências drásticas aos trabalhadores, tendo em vista que as reformulações realizadas na legislação trabalhista vêm suprimindo direitos custosamente conquistados ao longo da história.

A política neoliberal, com o suposto propósito de reduzir o desemprego e as desigualdades sociais, bem como fomentar o desenvolvimento do país, acaba introduzindo uma política de flexibilização da legislação trabalhista, ocasionando a coisificação do trabalhador, ou seja, a sua transformação em mero objeto inserido no custo da produção.

A Reforma Trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/2017, fruto dessa política neoliberal iniciada na década de 1990 e que se intensificou veementemente nos últimos anos, apesar das inúmeras promessas, não diminuiu as desigualdades sociais, tampouco permitiu a melhoria do desenvolvimento econômico.

O que se verificou, na verdade, foi a ampla redução dos direitos dos trabalhadores e a precarização das relações de trabalho, tendo em vista que as modificações realizadas, em sua grande maioria, beneficiam apenas o mercado e o empregador, o que configura um evidente retrocesso social.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. *In: La ciudadanía negada*. Políticas de Exclusión en la Educación y el Trabajo. Buenos Aires: CLACSO, 2000. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101010021549/3antunes.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

ALVES, Giovanni. O minotauro brasileiro: reforma trabalhista e desenvolvimento histórico do capitalismo no Brasil = The brazilian minotaur: labour reform and the historical development of capitalism in Brazil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**

**da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 51, p. 97-108, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/125460>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. **Decreto n. 4.682**, de 24 de janeiro de 1923. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. 13 abr. 1923. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-norma-pl.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 16.027**, de 30 de abril de 1923. Crêa o Conselho Nacional do Trabalho. 10 mai. 1923. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16027-30-abril-1923-566906-publicacaooriginal-90409-pe.html>. Acesso: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro. 1 mai. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 25.696**, de 20 de outubro de 1948. Manda executar os Atos firmados em Montreal, a 09 de outubro de 1946, por ocasião da 29.ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25696-20-outubro-1948-454771-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.483/2001**. Altera dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de primeiro de maio de 1943. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=33868>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRITTO, Cezar. Aspectos históricos e ideológicos na construção do direito ao trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 46-66, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/29618>. Acesso em: 04 fev. 2019.

CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 147, p. 129-144, jul./set. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/614/r147-12.PDF>. Acesso: 10 fev. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** O neoliberalismo e a ordem global. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo:** ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho:** fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

FRIEDMAN, Thomas L. Friedman. **O mundo é plano:** uma breve histórica do Século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas:** ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos:** o breve século XX 1914-1991. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções, 1789-1848.** [livro eletrônico]. 33. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16. ed. São Paulo: Zahar, 1980.

KREIN, J. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social**, v. 30, n. 1, p. 77-104, 26 abr. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/138082>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MARTINS, Carlos Eduardo. **Globalização, dependência e neoliberalismo na América Latina**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARTINS, Ana Paula Alvarenga; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A “reforma trabalhista” e o comprometimento do desenvolvimento econômico: os efeitos transcendentais do retrocesso social = “Labour reform” and the commitment of economic development: the transcendent effects of social retrogression. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**

**da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 52, p. 67-80, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/141970>. Acesso em: 10 fev. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PILATI, José Isaac. Por uma nova agora perante o desafio da globalização. **Revista Jurídica**, n. 19, jan./jun., Blumenau: Edifurb, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **A globalização e as Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, BA, v. 4, n. 6, p. 145-173, jul. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146396>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista?**. Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/prof-jorge-luiz-souto-maior>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A flexibilização no direito do trabalho. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 23, p. 25-34, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98565>. Acesso em: 10 fev. 2021.

VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. **Análise histórica dos direitos trabalhistas nas constituições brasileiras**. [livro eletrônico]. Independently Published, 2017.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na República Participativa**: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde. 2013. 540 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107508/319593.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2021.

## CAPÍTULO II

# FC OU CD? UMA ANÁLISE DE CASO SOBRE O DESMANTELAMENTO DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

*Lessandro Réus Barbosa<sup>1</sup>*

*Maurício da Cunha Savino Filó<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Breves comentários conceituais acerca das funções de confiança e dos cargos comissionados na atual administração pública brasileira. 3. A convocação das Funções Comissionadas (FC's), regulamentadas pela Portaria 474/87 do Ministério da Educação e Cultura, em Cargos de Direção (CD's). 4. A incorporação dos “quintos” das Funções Comissionadas (FC's), à luz do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos. 5. Conclusão. Referências.

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2020). Atualmente é assistente de promotoria de justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Email: lessandrobarbosa@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Possui Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – PPGD – UNIPAC (2010), possui Graduação (2004) e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC, 2004). Lecionou na Universidade Presidente Antônio Carlos de 2009 até 2011/1. Leciona desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Participa da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição – RECIJUR, que congrega: UFSC, UCS e UNESC. LADSSC – Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva. Possui certificado de conhecimento da língua italiana, emitido pela Università per Stranieri Perugia (2006). Participa do Grupo da UFSC Ius Dicere. Advogado. Email: prof.filo@unes.net.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo como inspiração a teoria de José Isaac Pilati, foi realizada uma pesquisa científica pelo programa PIBIC/CNPq/Unesc (2019-2020), com delimitação temática inédita, a fim de pesquisar um estudo de caso, ocorrido na transformação das Funções Comissionadas (FCs) em Cargos de Direção (CDs), determinada pela Lei n. 8.168, de 16 janeiro de 1991, que reestruturou o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos – PUCRCE, instituído pela Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987, e que atingiu diretamente as funções de confiança regulamentadas pela Portaria 474, de 26 de agosto de 1987, do Ministério da Educação e Cultura.

Nesse inédito estudo de caso, o conceito de **paradigma jurídico** foi essencial, a fim de não cair no dogmatismo jurídico, que tudo permite e convalida, após votações de “representantes do povo” e sob a justificativa política e abstrata do que é melhor para o desenvolvimento da pessoa jurídica do Brasil.

Para se adentrar ao conceito de “paradigma”, recorreu-se ao que se encontra explicado em Kuhn (2013). Conforme esse autor demonstra, as ciências costumam se desenvolver por meio de paradigmas, que seriam espécies de **moldes ou matrizes do raciocínio científico** estabelecidos por alguns cientistas, com a finalidade de condicionar outros cientistas a como devem pensar nos problemas científicos, ou seja, seguindo as “regras de um jogo”. Os paradigmas duram até o momento em que se tornam inoperantes e são substituídos por outros, que modificam e afetam todo o estudo científico.

Termo encontrado em Kuhn como “paradigma normal” ou “reinante”, e em Morin, retomando a ideia, como “o grande paradigma do Ocidente” foi acolhido e ampliado pelo Professor José Isaac Pilati (2017), para explicar como o Direito atual baseia-se em um paradigma tradicional que é representativo, monista, abstrato e metafísico. Essa é a forma como se pensa o fenômeno jurídico da forma ocidental.

O Professor José Isaac Pilati (2017, p. 19-21) verificou sintonia entre aqueles autores, sendo que para Morin (2006, p. 114):

[...] é preciso estar consciente do problema do paradigma. Um paradigma impera sobre as mentes porque institui os conceitos soberanos e sua lógica (disjunção, conjunção, implicação), que governam, ocultamente, as concepções e as teorias científicas, realizadas sob seu império.

A criação do conceito de **paradigma jurídico da Modernidade** permite compreender — primeiramente — que sua instituição ocorreu por meio de elementos presentes em épocas muito mais antigas. Com Paricio e Fernández Barreiro (2014), pode-se verificar que suas raízes se encontram no Direito que se praticava no medievo e do que se conseguiu resgatar do Direito Romano Imperial. Em termos ainda mais diretos: o paradigma jurídico moderno possui sua base na mescla do que se conseguiu compreender do Código de Justiniano e das práticas registradas do Direito Canônico.

É inegável o esforço que a humanidade realizou para se transpor o período da Idade Média; não obstante isso, não se conseguiu, na formação da pessoa jurídica estatal, harmonizar o Estado e a sociedade, por meio do Direito.

Nesse sentido, cumpre destacar que é característico na obra de José Isaac Pilati (2017; 2013) sempre buscar a resposta jurídica, recorrendo — no plano filosófico — a conceitos encontrados no modelo jurídico dos antigos romanos (paradigma da Antiguidade).

A **democracia direta** e o **coletivo** propriamente dito são conceitos resgatados que servem para a realização de um contraponto jurídico, fazendo com que “[...] o conceito de paradigma é utilizado como instrumento de comparação entre: Modernidade e Pós-Modernidade” jurídica (Pilati, 2017, p. 10).

Conforme Pilati (2017, p. 17), esse método permite “[...] confrontar dois universos distintos e concorrentes de concepção e de formalização das práticas jurídicas no Brasil pós/1988: o sistema representativo puro e o sistema participativo que se lhe contrapõe, de outro”.

Nesse estudo de caso supracitado, buscou-se diagnosticar falhas no paradigma da democracia representativa que permitiram tremendo desfalque nas carreiras públicas do magistério superior.

Seguindo essa delimitação temática, o objetivo geral deste artigo será pesquisar a transformação das Funções Comissionadas (FC's) de que trata a Portaria 474 do MEC, de 26 de agosto de 1987, em Cargos de Direção (CD's), operada pela Lei n. 8.168, de 16 jan. de 1991, a partir do dogmatismo do paradigma jurídico moderno.

O problema de pesquisa encontra-se na seguinte pergunta: a proposta neoliberal de transformação das FC's em CD's, por meio da lei de Lei n. 8.168, de 16 janeiro de 1991 feriu a Constituição da República de 1988?

A consequência desta convocação, passaram a ser estabelecidas gratificações menores do que as que vinham sendo pagas aos dirigentes das Universidades Públicas e demais Instituições Federais de Ensino Superior – Ifes, o que, além de retirar direitos de cunho social já alcançados por esses docentes — diante do flagrante corte salarial —, também fez surgir dúvidas quanto ao critério de cálculo aplicável às parcelas incorporadas aos seus vencimentos por força da Lei n. 6.732, de 4 de dezembro de 1987.

À vista disto, o estudo do tema é extremamente relevante porque, inexplicavelmente, este episódio — em particular — ficou esquecido da análise acadêmica. Destarte, o objetivo do presente trabalho é analisar juridicamente a redução dessas vantagens e, precipuamente, aquelas que foram acopladas a título de “quintos” aos vencimentos dos servidores das referidas entidades educacionais.

As políticas públicas governamentais estão sendo continuamente objeto de análises críticas, pois podem promover, por exemplo, direitos humanos ou podem retirar garantias (Garcia, 2019; 2020). Em alguns momentos, o neoliberalismo apresenta um discurso oportunista nas escolhas de políticas públicas, como se presenciou durante a crise da Covid-19 (Filó, M. C. S.; Gontijo, 2021).

Ocorre que o início do desmantelamento das Ifes, nesta pesquisa sendo considerado a partir do corte salarial, adquire relevos ainda mais graves, pois foi realizado contra os princípios dogmáticos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Para tanto, na primeira seção, serão explicados os cargos comissionados e as funções de confiança na atual administração pública brasileira, dada a confusão terminológica ocasionada pela legislação pátria. Na segunda seção será verificada a transformação das Funções Comissionadas (FC's) em Cargos de Direção (CD's), operada pela Lei n. 8.168, de 1991. Na terceira seção, será analisada a possibilidade dessas verbas serem albergadas pelas garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos, à luz dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores acerca do tema.

Para a realização dos objetivos acima narrados, e já descritos, o método de abordagem do presente trabalho será o dedutivo, sendo que o método de procedimento será o monográfico, e, por fim, a técnica de pesquisa será a bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.



## 2 BREVES COMENTÁRIOS CONCEITUAIS ACERCA DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA E DOS CARGOS COMISSIONADOS NA ATUAL ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Segundo Maria Cecília Borges (2012, p. 46), “[...] a denominação funções de confiança tem gerado confusão terminológica e falta de uniformidade nos conceitos, em razão de sua utilização ora como gênero ora como espécie, bem como da ausência de uma definição precisa”. O motivo disto exsurge principalmente porque a Constituição e as leis federais não explicam ou distinguem com exatidão os termos funções de confiança e cargos comissionados, cabendo à doutrina, então, o encargo de consertar esta imprecisão.

Com efeito, cargo público, cuja previsão encontra-se no art. 3 da Lei n. 8.112/90, seja ele de provimento efetivo ou em comissão, “[...] é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente” (Mello, 2015, p. 261). Em contrapartida, função pública (gênero), que não foi objeto de conceituação específica na Lei do Regime Jurídico Único, embora o artigo 62 mencione as funções de confiança (espécie) (Graef, 2008, p. 63); nada mais é do que a atividade em si mesma considerada, ou seja, trata-se das tarefas cometidas ao servidor em decorrência do cargo ocupado, as quais devem por ele ser executadas durante o seu vínculo funcional (Carvalho Filho, 2019, p. 888).

Os cargos comissionados, a sua vez, são “[...] ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando” (Mello, 2015, p. 312). Assim, percebe-se que eles constituem verdadeira exceção à regra de ingresso aos quadros funcionais da administração pública, insculpida no inciso II do art. 37 do Texto Maior, porquanto independem de prévia aprovação em concurso público, diferentemente do que acontece com os de provimento efetivo.

Importante de se observar que a Constituição Federal de 1988, malgrado a liberdade dada ao superior hierárquico dos órgãos e das entidades públicas de, pela sua vontade (leia-se: confiança), prover um posto ou manter alguém nele durante o tempo que desejar; também limitou esse poder ao

prever que os cargos comissionados, assim como as funções de confiança, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988).

Veja-se, pois, que apesar de possuírem incumbências semelhantes e estarem previstas no mesmo dispositivo constitucional (art. 37, inciso V), os cargos comissionados e as funções de confiança (funções comissionadas ou funções gratificadas, que são sinônimos) não se confundem, porquanto estas não consistem “[...] numa posição jurídica equivalente a um cargo público, mas na ampliação das atribuições e responsabilidades de um cargo de provimento efetivo, mediante uma gratificação pecuniária” (Justen Filho, 2016, p. 941).

Desta forma, depreende-se que, por todo cargo encerrar um conjunto de atribuições, é inadmissível existir cargo sem função, podendo, no entanto, o inverso ocorrer, a exemplo das funções de confiança, que existem justamente para suprimir a falta de um plexo unitário específico.

### 3 A CONVOLAÇÃO DAS FUNÇÕES COMISSIONADAS (FC's), REGULAMENTADAS PELA PORTARIA 474/87 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA, EM CARGOS DE DIREÇÃO (CD's)

Os dois anos precedentes à Nova República, no âmbito das Universidades Públicas Brasileiras e demais Instituições Federais de Ensino Superior – Ifes, foram marcados por greves gerais em virtude de perdas salariais a que se submeteram os seus servidores (Corbucci, 2002, p. 6). Em face disto, essas entidades educacionais passaram a reivindicar um plano de carreira único com isonomia salarial para suas classes, o qual foi instituído pela Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987:

Art. 3º As universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob a forma de autarquia ou de fundação pública, terão um **Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos para o pessoal docente** e para os servidores técnicos e administrativos, **aprovado, em regulamento, pelo Poder Executivo**, assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão

funcional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor. [...].

§ 2º O Poder Executivo estabelecerá, no regulamento mencionado no caput deste artigo, os critérios de reclassificação das funções de confiança, de transposição dos cargos efetivos e empregos permanentes integrantes dos atuais planos de classificação de cargos e empregos, bem como os de enquadramento dos respectivos ocupantes, pertencentes às instituições federais de ensino superior ali referidas, para efeito de inclusão no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos. [...]. (Grifo nosso).

Apesar das diretrizes traçadas pela legislação em comento, extrai-se da disposição supracitada, que fora imposto ao Poder Executivo Federal o dever de regulamentar a reclassificação das funções de confiança integrantes do, permitindo-se um anacronismo, novo Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos – PUCRCE.<sup>3</sup>

À vista disso, editou-se a Portaria n. 474, de 26 de agosto de 1987, por ato do ministro do Ministério da Educação e Cultura à época, Jorge Bornhausen, que passou a regimentar as funções de confiança pertencentes ao referido plano de carreira, classificando-as em Funções Comissionadas (FC's) e Funções Gratificadas (FG's), nos termos que seguem:

Art. 1º As Funções de Confiança das IFE, compreendendo atividades de direção, chefia, assessoramento, coordenação e assistência, a níveis superior e intermediário, serão classificadas em:

I - Funções Comissionadas (FC);

II - Funções Gratificadas (FG).

§ 1º As Funções Comissionadas correspondem ao desempenho de atividades diretivas e de assessoramento de maior complexidade e abrangência em cada IFE, requerendo pelo menos formação superior, a nível de graduação, para os respectivos provimentos, além de outros requisitos previstos em leis e regulamentos.

---

<sup>3</sup> Art. 3 - [...] § 1º Integrarão o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos previsto neste artigo: [...];

**b) as funções de confiança, compreendendo atividades de direção, chefia e assessoramento.** [...]. (Grifo nosso).

§ 2º As Funções Gratificadas correspondem ao desempenho de funções diretivas, de assessoramento e assistência, de complexidade intermediária e de menor abrangência, podendo ou não requerer formação de nível superior para o seu exercício.

O ato administrativo em epígrafe, como se vê, diferenciou conceitos que a doutrina considerava sinônimos (Borges, 2012, p. 48), o que também se devia ao fato de as funções de confiança sequer terem sido mencionadas na Constituição Federal de 1967, vigente naquele tempo (Richter, 2018, p. 29).

A despeito da confusão terminológica ocasionada pela Portaria do MEC, partindo-se de uma inteligência didática conceitual, pode-se concluir que as Funções Comissionadas (FC's) nela previstas, possuem natureza jurídica de Cargos Comissionados (CC's), ou seja, são de livre nomeação e exoneração, compreendendo atividades de maior complexidade a serem atribuídas a quem tenha formação superior a nível de graduação; enquanto as Funções Gratificadas (FG's), que nada mais são do que funções de confiança *stricto sensu*, distinguem-se daquelas por serem tarefas menos complexas, designadas — e não providas — aos servidores efetivos, e independem de titulação acadêmica para o seu exercício.

Pois bem, explica Paulo Roberto Corbucci (2002, p. 7) que “a implicação principal da instituição do PUCRCE foi o aumento imediato dos gastos com pessoal. Somente no biênio 1986/1987, o acréscimo foi da ordem de 43%”.

Em decorrência disto, no início dos anos 1990 o governo Collor de Mello, de cunho declaradamente neoliberal, voltou suas ações à supressão dos dispêndios com as entidades públicas de ensino superior, sob o pretexto da necessidade de aproximar estas instituições do mercado privado (Corbucci, 2002, p. 27). A sua intenção, ainda nas palavras do autor, “Consistia num mero subterfúgio para responsabilizar as universidades pelo profundo atraso do país, em especial, da sua estrutura industrial” (Corbucci, 2002, p. 9).

Em meio a este cenário político, promulgou-se a Lei n. 8.168, de 16 de janeiro de 1991 (conversão da Medida Provisória n. 268/1990), que redefiniu as funções de confiança de que tratavam a Lei n. 7.596/87 e a Portaria 474/87 do MEC (ficando esta revogada), transformando as Funções Comissionadas (FC's) em Cargos de Direção (CD's), *ipsis litteris*:

Art 1º As funções de confiança integrantes do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos a que se refere o art. 3º da Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, são transformados em Cargos de Direção (CD) e em Funções Gratificadas (FG).

§ 1º Os atuais ocupantes de funções de confiança que continuarem no exercício dos cargos de direção e das funções gratificadas resultantes da transformação prevista neste artigo, bem assim os que vierem a ser nomeados ou designados para esses cargos ou funções, terão sua remuneração fixada nos termos dos Anexos I e II desta lei.

Art 7º Revogam-se o art. 32 do Plano único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, instituído pelo Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987, o Decreto nº 95.689, de 29 de janeiro de 1988, e **demais disposições em contrário.** (Grifo nosso).

Acontece que, como efeito da alteração legislativa retro mencionada, as retribuições devidas aos servidores que se encontravam no exercício dessas funções, sofreram decesso remuneratório. Isto porque a nova legislação fixou tabelas cujas remunerações passaram a ser menores do que as que vinham sendo pagas aos dirigentes das Universidades Públicas Brasileiras e Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, *in verbis*<sup>4</sup>:

CÓDIGO	RETRIBUIÇÃO Cr\$
CD 1	270.000,00
CD 2	250.000,00
CD 3	230.000,00
CD 4	216.000,00

A propósito, o cálculo que se efetuava à égide da Portaria 474/87 do MEC — que não publicou uma tabela com os valores das gratificações das FC's —, era composto pelo vencimento básico do docente do magistério superior, titular com doutorado e dedicação exclusiva, acrescido dos percentuais a seguir expostos:

Art. 2º As Funções Comissionadas são previstas no Anexo I, devendo ser exercidas em regime de tempo integral.

---

<sup>4</sup> Anexo I da Lei n. 8.168, de 16 de janeiro de 1991.

Parágrafo Único. A remuneração das Funções Comissionadas previstas no Anexo I terá valor igual ao da remuneração do Professor Titular da carreira do Magistério Superior, em regime de Dedicção Exclusiva, com Doutorado, acrescida dos percentuais a seguir especificados:

FC-1 - 80%

FC-2 - 65%

FC-3 - 55%

FC-4 - 40%

FC-5 - 30%

FC-6 - 20%

Verifica-se, portanto, que a “solução técnico-jurídica” adotada pelo governo no início dos anos 1990 implicou na fixação de ínfimas gratificações em detrimento dos salários justos dos gestores destas autarquias e fundações públicas federais de ensino, o que acabou desestimulando-os porque, de acordo com Paulo Roberto Corbucci *apud* Movimento Docente – MD (2002, p. 8), o poder público, “[...] além de cortar gastos para o setor, estava eliminando várias conquistas trabalhistas, frutos de anos de diálogo entre o movimento social [docentes] e os representantes do Estado”.

Evidentemente, essa alteração legislativa desrespeitou valores consagrados no texto constitucional, notadamente o direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos, uma vez que tolheu direitos sociais já alcançados pelos docentes-dirigentes no âmbito das Universidades Públicas e demais Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, tal como os “quintos” das Funções Comissionadas (FC’s), incorporados por força da Lei n. 6.732, de 4 de dezembro de 1979, em vigor no respectivo marco temporal.

#### **4 A INCORPORAÇÃO DOS “QUINTOS” DAS FUNÇÕES COMISSIONADAS (FC’s), À LUZ DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS**

Como acima se disse, com a superveniência da Lei n. 8.168, de 16 de janeiro de 1991, o sistema de retribuição por encargos de direção e chefia nas instituições de ensino foi reestruturado, o que implicou decesso remuneratório aos servidores que se encontravam no exercício dessas atribuições.

A grande problemática disso, envolve as gratificações que foram incorporadas a título de “quintos” em virtude da Lei n. 6.732, de 4 de dezembro de 1979, que vigorava quando da edição da Portaria 474/87 do MEC, estipulando o seguinte:

Art 2º O funcionário que contar seis (6) anos completos, consecutivos ou não, de exercício em cargos ou funções enumerados nesta Lei, fará jus a ter adicionada ao vencimento do respectivo cargo efetivo, como vantagem pessoal, a importância equivalente a fração de um quinto (1/5): [...].  
§ 1º O acréscimo a que se refere este artigo ocorrerá a partir do 6º ano, à razão de um quinto (1/5) por ano completo de exercício de cargos ou funções enumerados nesta Lei, até completar o décimo ano.

Esse método de incorporação, repara-se, equivale a uma bonificação concedida ao funcionário público pelo exercício, por mais de 6 (seis) anos, consecutivos ou não, das funções de confiança dentro dos quadros da Administração Pública Federal. Ele possui natureza jurídica de vantagem pessoal e se acopla aos vencimentos do cargo efetivo à fração de 1/5 (um quinto) por ano — extrai-se daí a sua intitulação.

Ocorre que, haja vista os brocardos do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI) e da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV), expressados na ordem Constitucional vigente (1988), dúvidas emergiram quanto ao alcance do decréscimo operado pela Lei n. 8.168, de 16 de janeiro de 1991, isto é, se as vantagens processadas com base na regulamentação do ato ministerial, sofreriam ou não a redução em comento.

Diante disso, a Advocacia Geral da União – AGU, por intermédio de seu causídico à época, Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão, adotando o parecer n. AGU/WM-06/99, de lavra do consultor da União Wilson Teles de Macêdo, posicionou-se no sentido de que essas bonificações não poderiam ser incorporadas aos estipêndios dos professores federais, uma vez que a Portaria 474/87 do MEC seria inconstitucional, pois regula matéria cuja competência é privativa do Presidente da República. E nesse sentido, o Parecer n. GQ – 203, editado em dezembro de 1999<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Este parecer, submetido ao crivo do ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso, foi por ele aprovado em 6 de dezembro de 1999, cuja publicação no Diário Oficial da União – DOU se deu em 8 de dezembro de 1999, p. 17.

[...] ASSUNTO: Remuneração fixada, em ato ministerial, para funções de confiança compreendidas no quadro de pessoal das instituições federais de ensino. Parcelas denominadas de “quintos”.

**EMENTA: A remuneração de cargo ou função de confiança não se fixa mediante ato administrativo que, para tanto, se reputa instrumento inadequado à ordem constitucional.** [...]. (Grifo nosso).

No entanto, contrariando o posicionamento jurídico em tela, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o ato administrativo em questão não configura usurpação de competência legislativa do Chefe do Poder Executivo (AI 754.613, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 20 de out. 2009), uma vez que a Constituição em vigor ao tempo da expedição da portaria — alterada em sua grande parte pela Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969 —, previa em seu artigo 85, inciso IV, que aos Ministros de Estado competem “Praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República”.

Somando-se a isso, também estava em plena eficácia à época, pois recepcionado pela reforma constitucional supracitada, o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que facultava “[...] ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento”.

Tais preceitos normativos, por conseguinte, culminaram na edição do Decreto n. 94.664, de 23 de julho de 1987, o qual autorizou a regulamentação complementar, por ato do ministro da Educação e Cultura, das funções de confiança integrantes do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos – PUCRCE, por ele aprovado, no momento em que dispôs:

Art. 64. O Ministro de Estado da Educação, cumpridas as disposições em vigor e as diretrizes da política de pessoal civil da União, expedirá normas complementares à execução do disposto neste Plano, no prazo de trinta dias, contados da data de sua publicação. [...].

Art. 66. O Ministro de Estado da Educação submeterá ao Presidente da República, no prazo de cento e vinte dias, contados da data de publicação deste Plano, proposta de reestruturação, extinção, criação e reclassificação das funções de confiança adotadas no Plano Único, consideradas as instituições isoladamente.



Nessa senda, clarividente é a legalidade do ato ministerial, porquanto fora expedido em plena observância aos comandos legais vigentes ao tempo de sua edição. Logo, os “quintos” incorporados na forma por ele estipulado, constituem direito adquirido não suscetível à redução dos seus valores.

Isto porque, como se sabe, apesar de que “[...] os servidores públicos não possam opor a alegação de direito adquirido, por exemplo, à forma de cálculo de determinada vantagem funcional, não se mostra possível à Administração, ao promover alteração no respectivo regime funcional, reduzir-lhes os vencimentos nominalmente percebidos” (Baptista, 2000, p. 146).

Tal entendimento, aliás, foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de n. 497.141, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, veja-se:

EMENTA: 1. Servidor público: os chamados “quintos” ou “décimos”, incorporados durante a vigência da L. 7.596/87, em decorrência do exercício das Funções Comissionadas e Gratificadas estabelecidas pela Portaria nº 474/87, do MEC, constituem direito adquirido, não sujeitos à redução perpetrada pela L. 8.168/91. Precedentes. 2. Agravo regimental: inviável, em agravo regimental, inovar a causa com questões que não foram objeto da decisão impugnada. (Brasil, STF, RE 497.141 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 02 de mar. 2007).

No caso em testilha, a Universidade Federal de Uberlândia – UFU contestou a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afastou a redução dos “quintos” incorporados na vigência da Lei 7.596/87, nos valores regulados pela Portaria 474/87 do MEC. A Suprema Corte, por sua vez, negou provimento ao recurso alegando que tais parcelas constituem direito adquirido não suscetível à diminuição.

Instado novamente para se manifestar sobre o tema, em caso semelhante, constando desta vez a Universidade Federal do Ceará – UFC como agravante, o Supremo reconheceu, repetidamente, que a decisão agravada não merece reforma porque converge com os precedentes da Corte, no sentido de que a redução dos “quintos” das Funções Comissionadas (FC’s) incorporadas antes da vigência da Lei 8.168/91, configuraria violação ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. QUINTOS. INCORPORAÇÃO. PORTARIA DO MEC 474/87. DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DO AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – Conforme jurisprudência pacificada nesta Corte, os ‘quintos’ ou ‘décimos’, incorporados durante a vigência da Lei 7.596/87, pelo exercício das Funções Comissionadas e Gratificadas estabelecidas pela Portaria 474/87 do MEC, constituem direito adquirido, não alcançados pela redução perpetrada por meio da Lei 8.168/91. Precedentes. [...]. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 594.979 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 08 de fev. 2011).

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que, em harmonia ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, as Funções Comissionadas (FC's) incorporadas a título de “quintos” antes da vigência da Lei 8.168, de 16 de janeiro de 1991, possuem status de direito adquirido não sujeitos à redução pelo advento da nova legislação, ainda que tal garantia, como regra, não seja aplicável a regime jurídico de servidor público.

Seguindo o posicionamento supradito, o Superior Tribunal de Justiça, provocado para se manifestar no Recurso Especial n. 493.034, interposto pela Fundação Faculdade Federal de Ciências Médicas de Porto Alegre – FFFCM-PA, confirmou o acórdão recorrido, oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando garantiu aos servidores aposentados, por unanimidade, o direito de continuarem recebendo os “quintos” das Funções Comissionadas (FC's) que foram incorporados aos seus proventos, cujo direito de incorporação adquiriram sob a égide da Portaria 474/87 do MEC, afastando, assim, o decesso resultante da Lei 8.168, de 16 de janeiro de 1991:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO EM CARGO EM COMISSÃO. PORTARIA 474 DO MEC. QUINTOS INCORPORADOS. REDUÇÃO DOS PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO DO STF E DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPRO-

VIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o servidor de instituição federal de ensino tem o direito de continuar recebendo integralmente o valor dos “quintos” ou “décimos” incorporados na vigência da Lei 7.596/97, pelo exercício de funções comissionadas e gratificadas estabelecidas pela Portaria 474/87 do MEC, sem a redução prevista na Lei 8.168/91. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 493.034/RS, Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 01 ago. de 2006).

Assim sendo, infere-se que, sob a exegese da jurisprudência federal brasileira e da doutrina administrativista pátria, os docentes-dirigentes que tiveram por incorporados os “quintos” das Funções Comissionadas (FC’s) antes da redução ocasionada pela Lei 8.168, de 16 de janeiro de 1991, terão assegurado a manutenção dos percentuais agregados na forma da Portaria 474/87 do MEC, cuja diferença nominal será paga a esses agentes a título de vantagem pessoal.

Conclui-se então que, por ser a Lei 8.168, de 16 de janeiro de 1991, um ato normativo posterior e mais gravoso, não pode ela retroagir para alcançar e tolher as verbas lícitamente acopladas aos vencimentos, como também proventos, dos servidores públicos que, no exercício das funções de confiança nas Universidades Públicas brasileiras e demais Instituições Federais de Ensino Superior – Ifes, preencheram os requisitos de incorporação dos “quintos” ainda na vigência da Lei 7.596, de 10 de abril de 1987, e nos valores regulados pela Portaria 474/87 do MEC, impeditivo este que advém das garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

## 5 CONCLUSÃO

É certo que a transformação das Funções Comissionadas (FCs) em Cargos de Direção (CDs), operada pela Lei n. 8.168, de 16 de janeiro de 1991, implicou decesso remuneratório aos docentes-dirigentes das Universidades Públicas e demais Instituições Federais de Ensino Superior – Ifes, haja vista a fixação de uma tabela com remunerações aquém dos valores estipulados.

A “solução técnico-jurídica” adotada foi anular o ato do Ministro da Educação e Cultura à época, Jorge Bornhausen, fixando nova tabela de

vencimentos com gratificações menores do que as que vinham sendo pagas aos servidores que desempenhavam funções de confiança nessas entidades educacionais.

No entanto, as parcelas revogadas, no entendimento da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça, possuem natureza jurídica de retribuição pelo exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento, e podem ser incorporadas à remuneração desses docentes na forma de “quintos”.

Todo o ocorrido foi fruto de uma política neoliberal que visou — dentre outras coisas — a redução de gastos com as entidades educacionais, tendo-se em conta o interesse de seus representantes em fomentar o mercado privado naquele tempo<sup>6</sup>.

Essa política que atacou o direito adquirido e o ato jurídico perfeito pode ser considerada como o início do desmantelamento da educação pública brasileira, sobretudo porque as novas e ínfimas gratificações instituídas, que retiraram estímulos desses docentes, ocasionou na debandada de professores e dirigentes de alto valor profissional para o mundo empresarial particular, cujas remunerações e projeção profissional mostravam-se — naquele tempo — de um cunho econômico altamente superior.

Aliás, vale registrar que, à época, surgiram comentários de que tudo fez parte de um plano que permitisse que essas verbas “economizadas” se incorporassem aos novos e régios salários dos Procuradores e membros da Advocacia Geral da União – AGU, na medida em que o assunto em questão restou “engavetado” por aquele Órgão, que sempre se mostrou, diga-se de passagem, contrário à incorporação das aludidas Funções Comissionadas (FC’s) e favorável à revogação dos “quintos”.

Por outro lado, no que tange à legalidade da Portaria n. 474, de 26 de agosto de 1987, do Ministério da Educação e Cultura, verificou-se que ela não caracteriza usurpação de competência, razão pela qual as verbas incorporadas a título de “quintos” sob sua vigência, assim como da Lei n. 6.732, de 4 de dezembro de 1979, e da Lei n. 8.112, de dezembro de 1990, permanecem intocáveis, ou seja, não estão sujeitas à redução oriunda da alteração legislativa em comento.

---

<sup>6</sup> Sobre os bastidores políticos do Brasil, ver **A República dos Camaleões** (Filó, J. M. S., 1994).

Isso porque, em que pese não se possa, como regra, opor direito adquirido à alteração dos regimes jurídicos de servidores públicos, os quais podem, unilateralmente, sofrer alterações pelo Estado, há de ser respeitada pela Administração Pública a garantia da irredutibilidade de vencimentos, que no caso, surge como um desdobramento daquele princípio, corolário da segurança jurídica.

Insta consignar, por oportuno, que foi esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ao outorgarem status de direito adquirido às Funções Comissionadas (FC's) acopladas até 16 de janeiro de 1991, em homenagem ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Apesar de parecer paradoxo, a melhor forma de se realizar essa crítica foi por meio da própria dogmática jurídica, a fim de se colocar a descoberto a ilegalidade e intencionalidade daquela política neoliberal. Isso permitiu, ainda, verificar a incapacidade da democrática representativa de preservar esses institutos jurídicos basilares, que puderam ser habilmente flexibilizados e manipulados.

Este artigo adquire contornos importantes para a defesa da educação brasileira, por se levantar um ataque à **segurança jurídica** que passou pouco menos que *in albis* no mundo jurídico, mas que merece ser resgatada e devidamente criticada, a fim de se evitar possíveis flexibilizações na carreira docente das Instituições de Ensino Superior.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Servidor público: direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 141-158, jul. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47587>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BORGES, Maria Cecília. Das funções de confiança stricto sensu e dos cargos em comissão: abordagem constitucionalmente adequada. **Revista TCE/MG**, v. 82, n. 1, p. 45/54. jan./fev./mar. 2012. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1469.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Advocacia Geral da União – AGU. **Parecer GQ-203, de 20 de outubro de 1999**. Wilson Teles de Macêdo, consultor da União. Publicado no Diário Oficial

da União – DOU em 8 de dezembro de 1999, p. 17. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8381>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm). Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_ anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 94.664, de 23 de julho de 1987**. Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d94664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d94664.htm). Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 6.732, de 4 de dezembro de 1979**. Altera a redação do artigo 180 da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6732.htm). Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987**. Altera dispositivos do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei n. 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei n. 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7596.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm). Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm). Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.168, de 16 de janeiro de 1991**. Dispõe sobre as funções de confiança a que se refere a Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8168.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8168.htm). Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória n. 268, de 23 de novembro de 1990**. Dispõe sobre as funções de confiança a que se refere a Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987, e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1990-1995/268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1990-1995/268.htm). Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura – MEC. **Portaria n. 474, de 26 de agosto de 1987**. Estabelece normas complementares sobre as Funções de Confiança do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, de que trata a Lei n. 7.596, de 10/04/87, aprovado pelo Decreto n. 94.664, de 23/07/87. Brasília – DF. Diário Oficial da União, p. 13863, 28 ago. 1987. Seção 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial n. 493.034/RS**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, jul. 12 jun. 2006. Diário da Justiça, Brasília – DF, 01 ago. 2006, p. 511. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 754.613/AC**. Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, 20 out. 2009. Diário da Justiça, Brasília – DF, 13 nov. 2009, v. 02382, n. 10, p. 02006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28754613%20ENUME%2E+OU+7554613%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6etts4n>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 497.141/MG**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, jul. 23 mar. 2007. Diário da Justiça, Brasília – DF, 23 mar. 2007. v. 02269, n. 15, p. 03100. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+497141%20ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+497141%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydeeu9>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 594.979/CE**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, jul. 08 fev. 2011. Diário da Justiça, Brasília – DF, 10 mar. 2011. v. 02478, n. 01, p. 00056. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28594979%20ENUME%2E+OU+594979%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y45djn6v>. Acesso em: 28 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHICOSKI, D. (2016). A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **Revista Digital De Direito Administrativo**, 3(1), 254-283. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p254-283>

CORBUCCI, Paulo Roberto. **Avanços, limites e desafios das políticas do MEC para a educação superior na década de 1990: ensino de graduação**. Texto para discussão IPEA, n. 869, Brasília, mar. 2002. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4424&Itemid=1](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4424&Itemid=1). Acesso em: 18 jan. 2022.

FILÓ, José Mauro Savino. **A república dos camaleões**. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1994.

FILÓ, Maurício da Cunha Savino; GARCIA, Vinícius. O oportunismo do discurso neoliberal na escolha das políticas públicas federais brasileiras durante a crise da covid-19. **Direito Público**, [S.l.], v. 18, n. 98, jul. 2021. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4718>. Acesso em: 26 jan. 2023.

GARCIA, V. (2019). **A promoção dos direitos humanos e as desonerações tributárias: uma análise da política fiscal desoneratória brasileira sob a égide da Constituição Federal de 1988**. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GARCIA, V. (mai. de 2020). Desonerações tributárias e injustiça social: o problema das políticas públicas veiculadas por benefícios tributários. **Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional**, 14, p. 271-320. Disponível em: <https://www.sinprofaz.org.br/pdfs/coletanea-sinprofaz.pdf>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

GRAEF, Aldino. Cargos em comissão e funções de confiança: diferenças conceituais e práticas. **Respblica – Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental**. v. 7, n. 2. Jul./dez. 2008. Disponível em: <http://anesp.org.br/respblica/2014/2/12/vol-7-no-2>. Acesso em: 20 jan. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.



PARICIO, Javier; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. **História del Derecho Romano e su recepción europea**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.

PILATI, José Isaac. **Audiência pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PILATI, José Isaac. **Propriedade & função social na Pós-Modernidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RICHTER, Lucas. **Cargos comissionados e funções gratificadas na administração pública brasileira: uma análise a partir do levantamento de dados nas esferas federal, estadual e municipal e à luz dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa**. 2018. 592 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/187937>. Acesso em: 31 jan. 2023.

Dileto amigo, professor Pilati. Em sua admirada trajetória, tem percorrido exitosamente os caminhos da **academia** – como docente dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito e como gestor (diretor do CCJ/UFSC – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina e presidente da Funjab – Fundação Jose Arthur Boiteux). Atuou brilhantemente na **administração do serviço público** (como juiz no TRE/SC – Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina e no exercício da advocacia). E, por fim, em **instituições literárias e culturais** (fundador, membro e presidente da Acalej – Academia Catarinense de Letras Jurídicas, além das Academias Catarinenses de Letras, Filosofia e Literatura).

Por sua capacidade, seu saber jurídico e sua cultura clássica romanística, não só tem recebido inúmeros prêmios, honrarias e comendas, mas contribuiu significativamente no propósito de estimular e influenciar uma geração de jovens para a carreira jurídica e para outras atividades profissionais na vida pública do país.

**Antonio Carlos Wolkmer**

*Prof. Emérito e Titular do PPGD/UFSC*

*Docente Permanente dos Programas de Pós-graduação da Unilasalle-RS e da Unesc-SC*

*Pesquisador Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível A-1*

Colaboradores

**Antonio Carlos Wolkmer**

**Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira**

**Francisco Pizzette Nunes**

**Juliano Sartor**

**Karine Grassi**

**Lessandro Réus Barbosa**

**Letícia Canut**

**Márlio Aguiar**

**Maurício da Cunha Savino Filó**

**Reginaldo de Souza Vieira**

**Rodrigo Goldschmidt**

**Silvia Ozelame Rigo Moschetta**

**Vivian Maria Caxambu Graminho**

**Viviane Grassi**

ISBN 978-65-5765-212-1



9 786557 652121



**ithala.com.br**



### **Reginaldo de Souza Vieira**

Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc). Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico – mestrado e doutorado (PPGDS/Unesc). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc). Foi assessor acadêmico de extensão da Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Unesc (2013/2017). Membro do Conselho Editorial da EdiUnesc. Membro titular da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (UFSC, Unesc, UCS e UnoChapecó). Membro titular da rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro da Rede de Pesquisa Egrupe (Unisc, FMP, Unesc). Membro da Rede de Pesquisa Direito e Políticas Públicas (RDPP). Membro titular e da coordenação da Rede Latino-americana de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Membro titular e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (Unesc, Uniritter, Unijuí, UFMS, PUC-Campinas, Unit, Unicap, Cesupa, UFPA). Membro da The International Society of Public Law. Membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Membro associado do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Advogado vinculado a seccional de Santa Catarina. Foi membro da comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6733-5321>. Advogado.

E-mail: [prof.reginaldovieira@gmail.com](mailto:prof.reginaldovieira@gmail.com)



### **Rodrigo Goldschmidt**

Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD – Mestrado em Direito – UNESC. Juiz do Trabalho Titular de Vara do TRT12. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Membro da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição, da Rede de Pesquisa Egrupe e da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos.

E-mail: [rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br](mailto:rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br)