

## **Exercício e tutela dos direitos: proposta à construção do processo coletivo pós-moderno**

José Isaac Pilati\*

**Resumo** Procura-se dar novo enfoque ao exercício e à tutela dos direitos, revendo as categorias da Modernidade (representativa) e projetando o resgate do coletivo num paradigma pós-moderno (participativo). Utiliza-se como ponto de partida, em termos metodológicos, o modelo romano clássico de processo e democracia direta. E, nessa linha, procurando contribuir ao desenvolvimento da república participativa pós-moderna prevista da CRFB/1988, identificam-se os processos: legislativo, administrativo e judicial participativos, e faz-se distinção, no prisma de exercício e tutela, entre interesses difusos (coletivo impróprio) e interesse coletivo propriamente dito.

**Palavras-chave** exercício dos direitos. tutela coletiva. processo participativo. república participativa.

### **Exercise and tutelage of rights: proposal for the constitution of a post-modern collective process**

**Abstract** This article attempts to project a new focus on the exercise and tutelage of rights, reviews the categories of (representative) Modernity and projects the recuperation of collectivity in a post-modern (participative) paradigm. The starting point, in methodological terms, is the classic Roman model of process and direct democracy. And, along those lines, to contribute to the development of the post-modern participative republic foreseen in CRFB/1988, the authors identify the participative legislative, administrative and judicial processes and establish a distinction, between diffuse interests (inappropriate collectivity) and collective interest.

**Keywords** Exercise of rights; collective tutelage; participative process; participative republic.

## **Introdução**

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Endereço postal: UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito, Campus Universitário, Trindade, Trindade, Florianópolis, CEP. 88015-390 e telefone: (48) 331-2929.

A tutela como elemento basilar do sistema jurídico vem de Gaio<sup>1</sup>, ao dizer que o Direito é pertinente a: *persona, res et actio*. Na pós-modernidade e em face do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estes elementos devem ser retornados, para incluir a dimensão do coletivo e da participação. No campo da pessoa, a modernidade restringiu-se a indivíduo e Estado, mas a pós-modernidade<sup>2</sup> deverá trabalhar com três sujeitos: privado, público (estatal) e coletivo (da sociedade). Na modernidade os bens são públicos e privados, na pós-modernidade são privados, públicos estatais e coletivos. Com isso, o exercício dos direitos é de: subjetivo privado; função pública (estatal); e participação (os direitos coletivos, da Sociedade, que são procedimentais).

Gomes (1993, p. 134) diz que *a ação judicial é um dos modos de exercer o direito*, não o único. Cada direito tem a sua maneira de ser exercido e preservado, e bem assim, defendido contra pretensão – que o agrave no todo ou parcialmente. Os bens coletivos, assim, coletivamente se exercerão; e em processo participativo se defenderão. Isso exigirá amplo resgate e completa reconstrução do terceiro elemento da trilogia de Gaio; sob pena de não se viabilizar o adequado funcionamento do paradigma pós-moderno, da república participativa. É este o desafio que se propõe enfrentar nos cinco tópicos deste artigo: tratar e propor o espectro do exercício e da tutela dos direitos na pós-modernidade.

A soberania da Sociedade como sujeito de direito coletivo está no parágrafo único do art. 1º da CRFB: o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos *ou diretamente, nos termos desta Constituição*. Assim como se passou do papel para o computador, do analógico para o digital interativo, também se superará a via única individualista do direito privado e público estatal – em nova ágora social, sob a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Tendo o Estado como parceiro solidário da esfera coletiva, e não como um senhor autocrático, invasor de competências e obstrutor da participação.

O exercício de cada direito corresponde a sua natureza, seu objeto, seu titular, seu fim social e econômico. O conteúdo do direito, na ordem liberal da modernidade, não está escrito ou predeterminado – é assunto exclusivo do titular; escrita e regulada é apenas a forma de exercê-lo – pelo que o Estado e as leis estão no campo da forma e não da substância. A república participativa, a propósito de certos bens (mais que públicos, coletivos), desloca a soberania, da esfera autocrática e formal do Estado para a sociedade<sup>3</sup>, conferindo-lhe status de sujeito de direito; aos bens coletivos, a condição da autonomia jurídica; e ao exercício dos direitos instrumentos de deliberação e decisão próprios.

---

<sup>1</sup> GAIO, 1,8: *Todo direito de que usamos ou respeita às pessoas ou às coisas ou às ações. Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*. O CCB, na linha alemã, substitui, na Parte Geral, ações, no sentido amplo de tutela jurídica, por fato jurídico, ou seja, pela teoria dos atos e do negócio jurídico.

<sup>2</sup> Convida-se o leitor a caracterizar a diferença entre Modernidade e Pós-Modernidade com fulcro na participação. Na Modernidade prevalece o sistema representativo, e na Pós-Modernidade inaugura-se a República participativa, nos termos do parágrafo do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Do sistema participativo decorrem a Sociedade como sujeito de direito, os Bens constitucionalmente Coletivos (ambiente, saúde, cultura), o exercício coletivo de direitos (procedimentais) e a tutela correspondente, ou seja, os processos coletivos: legislativo, administrativo e judicial participativos.

<sup>3</sup> LEFEBVRE (2001) demonstra que o direito à cidade manifesta-se como forma superior dos direitos, incluindo a individualização na socialização. Por outro lado, o Estatuto da Cidade, cunhando a expressão *ordem urbanística*, em que se inclui direito subjetivo público à cidade sustentável, protegido por ação civil pública, determina nova realidade ao exercício dos direitos. Descortina-se, em face da Constituição dirigente e participativa de 1988, oposição entre o crescimento puro e simples da cidade e o equilíbrio das instituições, perante os limites da sustentabilidade.

Mas, enfim, o que é o bem coletivo? É de natureza constitucional. São todos aqueles que a Constituição vigente garante a todas as pessoas como fundamentais; que não pertencem a ninguém individualmente e dos quais só se pode dispor coletivamente, tais como patrimônio arqueológico e histórico, ambiente, saúde, cultura. São bens que se guiam por fim próprio; daqueles que fazem o direito figurar – qual disse Tobias Barreto (2001, p.34) – como *uma das peças de ‘torcer e ajeitar’ em proveito da Sociedade, o homem da natureza*. Não se confunde com praças e prédios públicos. O art. 225 da CRFB, por exemplo, estabelece a respeito do ambiente a condição coletiva.

Diz: *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*. A sua defesa e preservação, assim, é dever tanto do poder público quanto da coletividade, como direito que se assegura em termos de *efetividade*, vale dizer, em termos efetivos, com resultados verdadeiros (FERREIRA, 1999, p. 720), acima da simples eficiência, ou mesmo, eficácia. Bem que se preserva e se restaura sempre, pois ninguém pode apropriar-se dele, nem mesmo por letra de lei representativa. Outro caso é o art. 216, que constitui patrimônio de todos os brasileiros, em particular e em conjunto, as diversas facetas da identidade cultural.

Diz: *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*, incluindo aí formas de expressão, de criação, obras, objetos de valor histórico, arqueológico, paleontológico, paisagístico, artístico, científico, impondo-se (e não facultando) ao Estado (art. 215) garantir a todos o pleno exercício, acesso e apoio das manifestações culturais<sup>4</sup>. Isso significa que somente ela, a coletividade, e por procedimento próprio, poderá *dispor* dos mesmos.

O reconhecimento da autonomia confere a eles, *mutatis mutandis*, a condição de absolutos, de que gozam os direitos reais do direito comum. Seu regime jurídico, pois, se não os exclui da lógica de apropriação dos direitos patrimoniais, prioriza os valores da vida, que são extrapatrimoniais, tal e qual o são os direitos da personalidade na esfera de cada indivíduo. São absolutos, porque oponíveis *erga omnes*, inclusive ao Estado; imprescritíveis, porque insuscetíveis de apropriação particular a qualquer título; perpétuos e necessários, no sentido de que são pressupostos fundamentais da vida, não podendo faltar a ninguém.

Desfrutam da condição de direito subjetivo fundamental sob a titularidade de uma universalidade de condôminos, que é a sociedade. Desencadeiam pretensões perante qualquer pessoa, poder, autoridade ou legislador que os possa violar. E no campo do exercício e tutela exigem regime democrático de participação direta, mediante diretrizes de efetividade processual<sup>5</sup> e de construção participativa das soluções. Atuam em campo próprio de competência, na esfera da soberania participativa, com leis participativas, exercício participativo e processo participativo. Significa elevar o coletivo ao mesmo *status* do privado individualista, redefinindo o paradigma.

---

<sup>4</sup> Nessa esteira está o art. 3º da lei 6.938/81. Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

<sup>5</sup> A expressão *efetividade processual* é empregada por MANTOVANELI JÚNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica: à luz da experiência de Porto Alegre. Blumenau: Edifurb, p. 22. Expressa a capacidade que um processo de gestão possui, de incorporar as demandas oriundas da sociedade. No caso dos bens coletivos, a efetividade processual traduz a otimização da participação, com legitimidade, em todo o processo que envolva bem coletivo.

Não que se substitua pessoa por *povo*, esse conceito tão ambíguo *do qual se serviram também todas as ditaduras modernas*, como diz Bobbio. É a participação em espaço público equilibrado, com novas funções do Estado e do indivíduo, em face do coletivo e suas circunstâncias: a autonomia do bem coletivo não exclui, inclui, guindando a pessoa ao ápice da organização social, sem prejuízo das prerrogativas estatais, da segurança e da liberdade. Hoje, *todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente, os Estados soberanos*, afirma Bobbio (1992, p. 103):

Tobias Barreto (2001, p.34) já dizia com clareza, no século XIX, que o Direito é uma disciplina que a Sociedade impõe a si mesma, como meio de *atingir o fim supremo que é a convivência harmônica de todos os associados*; e que nenhum intuito jurídico existe sem *caráter finalístico, de utilidade*. Ora, a questão coletiva é um problema concreto, de sobrevivência, da sociedade pós-moderna; e não existe outro meio de contemplar e compor o seu interesse, perante tal necessidade, senão definindo novas formas de exercício e de tutela de direitos, os quais não excluem o Estado e os Poderes, mas lhes modificam determinadas formas de atuação.

Trata-se de exercício de direitos fundamentais – e o Estado tem importante papel no seu desempenho; mas em regime de co-titularidade, sob a égide de república participativa e não só de direito privado ou administrativo. Os papéis (Comunidade, Prefeito, Câmara de Vereadores) definem-se pelas regras e instrumentos do procedimento participativo, que busca o consenso e não a exclusão. No caso do plano diretor do Município, por exemplo, é a comunidade municipal, juntamente com as autoridades, em assembléia convocada na forma do Estatuto da Cidade e legislação complementar, que vai definir o procedimento e, dentro dele, tomar as decisões a serem homologadas pela Câmara.

Branca (1978, p. 2-3) destaca que a norma põe o indivíduo em relação com o ordenamento e com os demais, impondo comportamento; seus elementos são obrigatoriedade, intersubjetividade, generalidade e abstração; porém a força coativa da norma advém do Estado. No paradigma participativo, a norma não é representativa, decorre de processo de participação, mas depende de homologação de autoridade competente (do Executivo, ou do Legislativo ou do Judiciário, conforme o caso). O conteúdo é definido pela coletividade; mas a coletividade sozinha não faz lei participativa, nem a coloca a vigorar. E sempre necessitará do *cumpra-se* de uma autoridade<sup>6</sup>.

A formação da vontade coletiva não se dá sem o devido processo; porém, não no seio do Estado autocrático e sim no seio e com os instrumentos da coletividade, no público da sociedade. Não é que o Estado seja alijado do processo, pois o processo participativo é inclusivo e seu resultado envolve os três sujeitos. O papel do Estado, no *in fieri* da participação, é de auxiliar técnico, de parceiro, de financiador, de fornecedor de informações e infra-estrutura. No processo coletivo – seja administrativo, legislativo, seja judicial – o que se procura é uma decisão de consenso entre *condôminos*, perante as instituições políticas da soberania popular direta, participativa e não representativa.

O exercício do direito em matéria coletiva é sempre procedimental e democrático, em dimensão de ágora. Assim se exercem as propriedades especiais (como a de uma reserva extrativista, por

---

<sup>6</sup> Art. 40 do EC: O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. E no § 4º: No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

exemplo), nas suas diversas realidades. E a tutela dos direitos coletivos desdobra-se em três espécies de processos: o processo participativo legislativo, com que se elaboram e aprovam as decisões coletivas; o processo participativo administrativo e o processo participativo judicial. Este último distingue-se do processo dos interesses difusos, como adiante se dirá.

## O processo coletivo legislativo

Não passa despercebida a dificuldade que enfrenta o processo participativo de aprovação do Plano Diretor dos municípios, no Brasil. Ainda não se percebeu, por exemplo, que não se trata de lei representativa e sim de lei participativa, nóstrica<sup>7</sup>. É processo em que a Câmara de Vereadores assume papel diferente do tradicional, semelhante ao do Senado Romano com sua *auctoritas*: aprova ou rejeita o projeto da instância popular, mas não toca no conteúdo, que é da alçada do processo participativo. Rejeitado, rediscute-se e, na pior das hipóteses, submete-se a referendo popular o projeto, na forma do Estatuto da Cidade<sup>8</sup>. Este é o primeiro ponto.

Outro problema é o risco da interferência indevida do Executivo Municipal, a emperrar e impedir o processo de participação. A condução do processo participativo não é do Prefeito ou de órgão da administração municipal<sup>9</sup> e sim de autoridade eleita em Assembléia popular. Como se sabe, em Roma não era o Senado que presidia os *comitia*, mas alguém eleito pela própria assembléia. O primeiro passo, na inauguração dos trabalhos de elaboração do plano diretor do Município, pois, deve ser a eleição do(s) representante(s) da população para condução do processo, com poderes que o(s) coloca(m) acima das partes: Estado, Indivíduos e Sociedade<sup>10</sup>.

A preocupação com este aspecto está na Resolução n. 25/2005 do Conselho das Cidades, art. 3º. Ao prescrever que a elaboração, implementação e execução do Plano Diretor devem ser participativas (art. 40, § 4º e 43 do ECi), reza que a coordenação será compartilhada por meio de efetiva participação do poder público e da Sociedade Civil, em todas as etapas, *desde a elaboração até a definição dos mecanismos de tomada de decisão* (§ 1º). E arremata no § 2º: *Nas cidades onde houver Conselho das Cidades ou similar que atenda os requisitos da Resolução n. 13 do CONCIDADES, a coordenação de que trata o § 1º poderá ser assumida por este colegiado.*

Definida a questão da coordenação *honorária*, de origem e legitimidade popular, comprometida com os interesses de toda a coletividade municipal, deve a mesma tratar de pautar a discussão do

---

<sup>7</sup> CIFUENTES (2008), usou desta expressão *direito nóstrico* no sentido de um direito que não é individualista, é o Direito do *nós*, sob o ponto de vista do Direito indígena, que reclama autonomia e respeito, e que tem por objetivo a harmonia universal, a paz e o perdão.

<sup>8</sup> 15 Lei 10.257/2001. O art. 4º, inc. V, letra s, do Estatuto da cidade, relaciona o referendo popular e o plebiscito como instrumento da política urbana.

<sup>9</sup> No processo de elaboração do Plano Diretor de Florianópolis, por exemplo, a condução era do e ]

<sup>10</sup> A versão do projeto original do Estatuto da Cidade responsabilizava por improbidade o Prefeito que levantasse obstáculo à participação popular. O art. 52,I, tinha essa redação: *Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, quando: I – impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, movimento e entidades da sociedade civil, conforme disposto no § 3º do art. 4º desta Lei.* Porém, não foram vetados o inciso VI do art.: *impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei.* Valei dizer, criar obstáculo à participação, à publicidade e ao acesso às informações produzidas.

regimento dos trabalhos; o qual deverá ser submetido à Câmara e à sanção do Prefeito, para ter força coativa e poder vincular todo o esforço coletivo de elaboração das diretrizes gerais da política urbana. Publicado o regimento, a presidência iniciará os trabalhos do plano diretor, que vai regular *o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental* (Lei 10.257/01, art. 1º, parágrafo único).

Qual será a bússola dos trabalhos? As diretrizes do art. 2º do EC, buscando e garantindo: uma cidade sustentável (com acesso a moradia, saneamento, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer *para presentes e futuras gerações*); gestão democrática na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; *planejamento do desenvolvimento da cidade, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas*, evitando e corrigindo distorções do crescimento e seus efeitos negativos sobre o ambiente, enfim, adequando a vida urbana aos padrões de sustentabilidade e justiça social.

Sempre na linha do Estatuto da Cidade, o esforço de positividade deve ser no sentido de bem distribuir os benefícios e os ônus da urbanização; adequar os instrumentos de política econômica, tributária e financeira dos gastos públicos de modo a privilegiar *os investimentos geradores de bem-estar geral*; proteger, preservar e recuperar o meio ambiente natural e construído, especialmente os bens coletivos do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; submeter ao crivo democrático a implantação de qualquer empreendimento ou atividade de efeitos potencialmente negativos sobre o ambiente e a população.

Entre os instrumentos de exercício do direito coletivo, frente ao Plano Diretor<sup>11</sup>, estão os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social do município; o planejamento regional e municipal, o zoneamento ambiental, o estudo de impacto ambiental e o estudo de impacto de vizinhança; o referendo popular, o plebiscito e a audiência pública; os debates, consultas públicas, conferências e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano e órgãos colegiados de política urbana em todas as esferas da Federação<sup>12</sup>. São procedimentos a regulamentar.

Sim, porque esses instrumentos, observadas as normas e a hierarquia do ordenamento, devem ser adaptados à realidade concreta da comunidade, sob a batuta da coordenação participativa. Devem ser como uma roupa sob medida. Como será o procedimento de estudo de impacto ambiental ou de vizinhança na elaboração do plano diretor e qual é o lugar das autoridades federais e estaduais do ambiente no procedimento? A autoridade pode vetar a decisão, mas é seu dever participar da deliberação e nela apresentar o seu veto, caso não esteja convencida. Qual será o procedimento da audiência pública e como se dará eficácia às deliberações? Os pontos mais importantes serão submetidos a referendo?<sup>13</sup> Que tipo de consulta – por via eletrônica ou presencial em assembleia? Convém requisitar a TV aberta e o rádio, como se fazem com os horários eleitorais em geral?

O Poder Executivo municipal, nesse contexto, deve deixar em segundo plano a postura autocrática, e tratar de viabilizar o processo participativo. A autoridade municipal (como também a estadual e a federal no que lhes disser respeito) é responsável pelos dados, informações e providências de ordem técnica, pela logística e tudo o que for necessário ao processo da decisão coletiva. E os cidadãos do Município atuam *mutatis mutandis*, em torno dos bens coletivos e na

<sup>11</sup> Está-se a resumir o que está no art. 4º do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

<sup>12</sup> Art. 43 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

<sup>13</sup> O plebiscito e o referendo da Lei 10.257/2001 não se confundem, evidentemente, com o regulamento federal da Lei n. 9.709/98, pois têm dimensão local, municipal.

esfera de competência desse processo de elaboração do plano diretor, como condôminos e em moldes semelhantes ao povo romano; porém, não como maioria eleitoral, mas como *universitas*, construtivamente.

Em brilhante exposição no XVI Congresso Latino-americano de Direito Romano, realizado na Costa Rica, Lobrano (2008) resgatou a dimensão republicana do município, que hoje ressurgiu, a exigir nova concepção de *público*, no bojo da democracia representativa e sua crise. Os romanos – destacou o Professor de Sassari – não viam lei e Direito certos, sob reino; preferiam a república, porque nela o povo decreta e o magistrado concretiza (*compositio*) o Direito. Porém, foram mais longe, caracterizando a integração de urbe e *municipium* numa pluralidade de ordenamentos. Esta teria sido a diferença crucial entre Grécia e Roma<sup>14</sup>.

Na Grécia antiga a cidade-estado era politicamente isolada, ao passo que os *Municipia* romanos estavam integrados num sistema republicano, consagrando a convivência de ordenamentos autônomos – de Urbe e de município. Havia uma cidadania municipal, na qual Roma não intervinha, na paz. Essa é a dimensão que renasce, hodiernamente, com a República Participativa e o Plano Diretor do Município, na crise. A lição da experiência romana ao constitucionalismo brasileiro, portanto, é de que não há participação sem autonomia local. Mas, a comunidade local e suas autoridades não podem extrapolar o âmbito de sua esfera federativa; e as autoridades federativas devem integrar a deliberação coletiva municipal.

Na formação da vontade popular local, o sistema romano partia do fato de que os bens coletivos e as decisões como *iussum* estavam na soberania dos municípes: como assembleia, como *comitia* – na dimensão de ágora. Hoje o Município é uma pessoa jurídica, mas se repete, quanto ao coletivo, a *universitas* participativa. E o espaço natural das deliberações da *universitas* é o *cum ire*<sup>15</sup>; do mesmo modo que as deliberações do condomínio edilício brasileiro são as assembleias condominiais, convocadas e presididas pelo síndico – que não é dono do prédio, nem das partes comuns do edifício, nem pode desrespeitar o pano de fundo das leis federais, estaduais e locais.

Enfatizando: o Município romano como *res populi* estava integrado numa rede, formada com a *urbe* e os demais, porém a relação não tinha a complexidade que o Município de hoje tem com uma Federação como a brasileira. Era um Município que precisava e tinha compromissos com a realidade externa, da qual dependia o seu crescimento em segurança; mas era apenas uma aliança (*foedus*)<sup>16</sup>, que em nada afetava a autonomia local. Habilitava-o a fazer frente a todos os desafios da vida cotidiana, de crescimento constante e harmônico, graças a essa estrutura e a esse processo federativo descentralizado, que lhe respeitava a soberania.

Esse modelo histórico nada tem a ver com a realidade atual dos municípios brasileiros. Na modernidade, a praça perdeu a condição de elemento central da experiência societária e o povo deixou de existir na dimensão de ágora, sendo substituído pela maioria eleitoral do sistema representativo. Os bens públicos (no sentido de coletivos) são centralizados no Estado, a fonte do

<sup>14</sup> Sobre a Confederação grega POLÍBIOS. História. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985 (traduzido do grego), p. 109 *et seq.*, L. II, 38. Especialmente na p. 113, final do n. 42, referindo-se ao fato de que os aqueus, intervindo em auxílio e para o restabelecimento da liberdade em cidades confederadas, *nada pediam em troca da ajuda diligente prestada aos aliados além da liberdade para cada um e da concórdia entre todos os peloponésios.*

<sup>15</sup> *Cum ire* significa ir com, de onde surgiu *comitium* e *comitia*: comício, assembleia popular.

<sup>16</sup> FARIA, 1967(?), p. 405. *Foedus, foederis*, tratado (de aliança), aliança, pacto, convenção. Na realidade federativa do Brasil de hoje, a autonomia está garantida na CRFB, e detalhada em leis nacionais como o Estatuto da Cidade (10.257/2001) e a Lei Orgânica do SUS (8080/1990), que estabelecem as competências de cada ente federativo, de forma estanque/compartilhada.

direito são as leis representativas do Parlamento e a república – antes *res populi* – agora é simplesmente forma de governo. Este modelo entrou em crise com a magnitude dos conflitos coletivos, para os quais ele não tem solução, fazendo ressurgir, então, a velha feição do município romano.

A experiência do México, com sua *república dos índios*, organização pluricultural, é um caso que lembra o modelo romano: a *república natural* dos Municípios autônomos, que são criados fora da lista oficial, como enclave no oficial, e que se pautam como experiência democrática por *mandar obedecendo* (LOPEZ, 2008). Não é a realidade brasileira, o que não significa dizer que a previsão constitucional da república participativa de 1988 não possa colocar em pauta os princípios que os romanistas vêm defendendo como constituição modelo para a América Latina: a volta da soberania ao povo local, com as investidas e a última palavra nos assuntos coletivos (CORREA, 2008).

Sem querer ser repetitivo e redundante, mas por pura preocupação, cumpre insistir que o horizonte brasileiro depara-se com dois problemas. Um de ordem cultural; há um desestímulo à participação e as pessoas sabem disso. O Brasil é um país que tem donos, e estes ainda não se sensibilizaram com os problemas pós-modernos e com a necessidade de modificar o processo de desenvolvimento econômico e sua estrutura político-jurídica. A participação tem que se impor como força sobre essa força, para ser Direito, como disse Tobias Barreto: *Serpens nisi serpentem comederit non fit draco*. A serpe que não devora a serpe, não se faz dragão.

O segundo, de que o processo participativo é processo que se constrói participando. Está mais próximo do contrato, da convenção, do que da lei coativa e abstrata. É processo decisório, que por sua própria natureza, não exclui e não pode excluir ninguém; desde as autoridades e dos poderosos até os mais simples. Então, como admitir que um órgão proveniente da população coordene a definição do processo, deliberando sobre metas, etapas, alocação de recursos, coleta de informações técnicas decisivas à vida econômica de quem é poderoso? De outro lado, como impedir que se transforme em simulacro, disfarce da falta de credibilidade do Legislativo representativo?

Daí a questão brasileira, de o sistema constitucional participativo ser oficialmente reconhecido, mas não praticado. Porém, o jurista deve entender que é no plano local que se definem o modelo de desenvolvimento compatível com a sustentabilidade e a justiça social; que isso só se consegue tornando efetiva a participação; e que o processo de participação exige uma construção teórica definidora: dos bens coletivos, da cidadania coletiva, dos procedimentos coletivos de exercício e tutela dos direitos no Município republicano. A participação com força coativa e resultados, seja no processo político, seja no processo administrativo, seja no judicial.

## **O processo administrativo coletivo**

O paradigma participativo manifesta-se também nos procedimentos administrativos; entre tantos casos, elegem-se para ilustrar a exposição aqueles que visam ao licenciamento de atividades econômicas de risco à saúde e ao ambiente (como mineração e extração de petróleo), que são os

organismos geneticamente modificados - OGM. Ayala (2009)<sup>17</sup> critica a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio por não oferecer *oportunidade de intervenção coletiva* nos processos que licenciam essas atividades. Refere-se à violação da Lei n. 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição brasileira<sup>18</sup>.

De fato, o caso dos OGM serve para demonstrar, por todos os demais, como as autoridades representativas, de modo geral, parece não se darem conta de que a participação popular é elemento indispensável, não só à validade dos processos, como condição para a tutela dos bens e da segurança coletiva. O texto constitucional, já citado anteriormente, é muito claro no art. 225: o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e condição essencial à sadia qualidade de vida; impondo-se ao poder público e à *Coletividade* o dever de defendê-lo e preservá-lo, como a diversidade e o patrimônio genético, perante tecnologias de degradação<sup>19</sup>.

A lei 11.105/2005 criou um conselho representativo (art. 10) para os licenciamentos e pôs no alvedrio da autoridade técnica administrativa (art. 14) a realização ou não de audiência pública, nos termos do art. 15: *A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil, na forma do regulamento*<sup>20</sup>. E o parágrafo do mesmo artigo, perante a pretensão privada de liberação comercial de produtos transgênicos, exige das entidades da Sociedade Civil *comprovação de interesse relacionado à matéria* – para poder requerer a realização de audiência pública. Como se o interesse coletivo não fosse coletivo.

Porém, o mais interessante é o seguinte: o licenciamento de organismos geneticamente modificados – OGM é competência da CTNBio, mas o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, composto por onze Ministros (art. 9º)<sup>21</sup>, órgão de assessoria da Presidência à formulação e implementação da política nacional de biossegurança – PNB, pode avocar quaisquer autos e decidir em última instância (art. 8º caput e § 1º). Pode esse Conselho dispensar a participação? A decisão (da CTNBio ou do CNBS), enfim, é comunicada aos órgãos de registro e fiscalização do sistema, que aplicam penalidades na respectiva esfera de competência<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> O trecho destacado é do Resumo da Tese, que se pode analisar por ocasião da banca de qualificação, na presidência dos trabalhos.

<sup>18</sup> A ementa da Lei 11.105/2005 é exatamente esta: *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio., dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.*

<sup>19</sup> Os incisos em questão, do art. 225 da CRFB, tem a seguinte redação: II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

<sup>20</sup> O parágrafo único do art. 15 da lei 11.105/2005 acrescenta: *Em casos de liberação comercial, audiência pública poderá ser requerida por partes interessadas, incluindo-se entre estas organizações da sociedade civil que comprovem interesse relacionado à matéria, na forma do regulamento.*

<sup>21</sup> O CNBS, convocado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, pode convidar para as reuniões representantes do setor público e de entidades da Sociedade Civil (§ 3º do art. 9º).

<sup>22</sup> Art. 16 da lei 11.105/2005. São eles os setores ministeriais de: Saúde; Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Meio Ambiente; Aquicultura e Pesca. No caso de divergência com a decisão técnica da CTNBio, o órgão ou entidade pode recorrer ao CNBS, *no prazo de 30 dias da publicação da decisão técnica* (§ 7º).

Os responsáveis por danos decorrentes de OGM e derivados respondem *independentemente de existência de culpa* (art. 19) no plano civil; criminalmente nos termos do art. 24<sup>23</sup>, e administrativamente na forma do art. 20, segundo as penalidades do art. 21. As multas administrativas revertem ao órgão autuante (23, § 1º), previsto no art. 16, incluindo Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante convênio (§ 2º), de tudo ciente, em cada caso de autuação, a CTNBio (§ 3º). O sistema de vigilância complementa-se com o Sistema de Informações em Biossegurança – SIB, criado no seio do MCT para gestão de informações de OGM (art. 19).

A esfera administrativa de controle do OGM e seus derivados, portanto, contém dois procedimentos distintos: um de licenciamento, junto à CTNBio, e outro de fiscalização, fragmentada ou distribuída entre vários órgãos e entidades da administração federal, estadual e municipal. A participação é prerrogativa constitucional que deve ser posta em prática em ambos os momentos; pois num e noutro decide-se a propósito de bem coletivo, e, nos termos da CRFB e da Lei 11.105/2005 (art. 7º, inciso III), é obrigatória, sempre, a adoção de meios *para plenamente informar* comunidade, autoridades e operadores sobre riscos e acidentes com OGM.

De modo que, tanto na elaboração das normas para pesquisa, atividades, projetos, estabelecimentos pertinentes a OGM e derivados (art. 14, incisos da Lei 11.105/2005), como nos processos de licenciamento, caso a caso, deve estar assegurada a participação da Sociedade, não só por representantes nos colegiados, mas no espaço de agora: audiências públicas, consultas públicas, debates públicos. Sem audiência pública, qualquer norma de licenciamento é inconstitucional e qualquer procedimento será ilegal. É na audiência pública que se levantam os riscos, estabelecem as restrições e se prevêem as garantias, no caso concreto.

A participação da Sociedade, efetiva, não é para impedir o progresso da ciência e da economia, ao contrário; é lugar de legitimação e de inclusão, de transparência e de garantia de segurança jurídica. É uma espécie de reunião de condôminos, pelo lado coletivo, e de definição de conteúdo de função social da propriedade intelectual, por outro lado. No aspecto procedimental, a decisão é da autoridade colegiada, com o aval da Sociedade consultada; e o papel da CTNBio, *mutatis mutandis*, é igual ao da Câmara de Vereadores no processo de lei participativa: sua autoridade confere força de eficácia à deliberação processada com participação.

Duas coisas a acrescentar, encerrando o tópico. A primeira, de que o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, mesmo quando avoca o processo, não está dispensado de promover a participação popular, garantida constitucionalmente; e a segunda, de que a qualquer momento o Judiciário pode ser chamado para garantir a participação popular no processo administrativo, se tiver sido negada ou fraudada. Mas o juiz não terá, em princípio, atuação autocrática, para liberar ou proibir a produção ou comercialização do OGM; essa decisão é das partes, e o magistrado velará pelo cumprimento e pela validade processual do rito de participação popular.

## O processo coletivo judicial

---

<sup>23</sup> Por exemplo, o art. 27 da lei 11.105/2005 tipifica o seguinte delito: *Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

O exercício e a tutela dos direitos coletivos – como direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito sob regime participativo – transformam todo o ordenamento jurídico da feição tradicional. O sujeito de direito, agora, não é mais o indivíduo encastelado no direito real *erga omnes*, mas também a coletividade; os bens coletivos não são de propriedade do Estado com seu direito administrativo, mas de todos os cidadãos. No campo do processo judicial, o juiz, por isso mesmo, já não é um juiz que só *responde a perguntas* de indivíduos (públicos ou privados); mas um magistrado que uma vez chamado, preside um processo de exercício de direitos coletivos fundamentais.

O reconhecimento das propriedades especiais, como instituições do paradigma participativo constitucional, democratiza o processo judicial respectivo. Transforma o processo tradicional da Modernidade individualista, que passa a conviver e dividir espaço com novo ramo do Direito: próprio dos direitos que se exercem coletivamente. Nele, e em seu processo, o *autor* é tão dono do bem em disputa quanto os demais, inclusive o próprio magistrado. Nesse processo democratizado, *juízes* serão as partes, porque o detentor da jurisdição atuará como Magistrado, no sentido romano do termo (*praetor*): presidindo, ouvindo e sacramentando um *acordo*.

O arcabouço constitucional aponta para a concretização de princípios e valores, para a criação jurisdicional de normas – a partir dos direitos fundamentais – como diz Marinoni (2008). Desafio este que não tem condições de ser enfrentado com a norma parlamentar, ou dentro do estrito limite do processo tradicional individualista. É demanda de outra juridicidade, que extrapola a dimensão particular privada; demanda que o Judiciário não tem como solucionar na esfera autocrática da condenação. São direitos de conteúdo material procedimental, que obrigam o magistrado a uma atuação de coordenação, ante a construção democrática de solução, pelos titulares.

O exemplo prático de processo judicial coletivo – nessa transição de paradigma – será, aqui, o das ações que pleiteiam medicamentos excepcionais, em face da realidade político-institucional participativa do Sistema Único de Saúde – SUS (CRFB, art. 196-200 e Lei 8080/90). Pela expressão – *medicamentos excepcionais* – designa-se uma categoria de medicamentos, de aquisição governamental, excepcional por não prevista na relação oficial de medicamentos do Sistema Único de Saúde, destinada a tratamento de paciente interessado, que o pleiteia com base em critério de dispensação especial, com amparo constitucional no direito à saúde<sup>24</sup>.

Agustini (2009) chama atenção para a dificuldade do Judiciário brasileiro em decidir demandas que envolvem os medicamentos excepcionais, dentro da realidade político-institucional do Sistema Único de Saúde – SUS. Algumas ações são movidas contra o Município, outras contra o Estado, ou então contra a União, como se fossem competências estanques; não raro se defere tutela antecipada com tratamentos caros e inócuos, ao sabor de interesses oportunistas; enfim, problemas que decorrem de se ignorar o SUS como instituição do paradigma participativo; de tratá-lo como órgão administrativo do velho Federalismo, da ordem anterior a 1988.

---

<sup>24</sup> O conceito de medicamentos excepcionais vem da Portaria MPAS/MS/MEC N. 3, de 15 de dezembro de 1982: *os medicamentos cuja aquisição, governamental, é feita em caso excepcional, individual e com recursos financeiros independentes daqueles destinados ao medicamentos da RENAME, utilizando critério especial de dispensação*. Disponível em [www.saude.gov.br](http://www.saude.gov.br), acesso em 18 de fevereiro de 2009. A RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais é atualizada constantemente pela COMARE, desde 1975; mas a primeira lista foi do Dec. 53.612/1964. Sobre medicamentos excepcionais AGUSTINI (2009) Manuseou-se a versão da qualificação, p. 65 *et seq.*

Ante a alegação de risco de vida e necessidade de financiamento público de droga que não consta da lista oficial do Ministério da Saúde (PT/GM/MS n. 3916/1998)<sup>25</sup>, é de se reconhecer que o juiz se depara com situação de complexidade incomum – de ordem técnica, administrativa e financeira; a cada caso variam (RONSEIN, 2010): origem do prescriptor (do medicamento), postulante, patologia, tratamentos requeridos, tecnologias médicas; há também problemas técnicos e omissões das petições iniciais, tudo concorrendo, na urgência, para decisão arriscada e *sem que haja uma correta avaliação da adequação do pleito*, da má indicação e do mau uso (MESSEDER, 2005, p. 525-534)<sup>26</sup>.

Essas dificuldades de ordem formal e técnica são provenientes de uma causa maior, que é a questão do paradigma. A Constituição em vigor organizou o atendimento à saúde em um único sistema, de competências e atribuições compartilhadas, descentralizadas, com atendimento integral e prioridade às atividades preventivas, que reúne todas as esferas federativas, mais a Sociedade, com *participação popular* (art. 196 da CRFB). O art. 4º da Lei 8080/90 define o SUS como: *conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações públicas*.

O SUS, portanto, não é uma pessoa jurídica, nem se confunde com seus entes e órgãos públicos isolados. É um Sistema. Inclui público estatal, serviços privados, e coletivo social, em função do atendimento integral à saúde de todos. O atendimento implica não regras de Direito Administrativo tradicional, e sim procedimentos de exercício de direito coletivo: SUS atua como SUS, que é mais do que Estado. Por isso, fica em dificuldades o juiz que ignorar este aspecto e procurar enfrentar o SUS pela via do processo tradicional, tentando garantir direitos sociais fundamentais a um indivíduo, contra um órgão qualquer dos entes estatais participantes.

O SUS, pois, é caso típico de democratização do processo: o papel do juiz, nas demandas que o envolvem, é de fazer com que o SUS atue como SUS. Deve o juiz garantir a realização do procedimento coletivo, em que as autoridades de saúde (federais, estaduais municipais) e a comunidade deliberem, com o interessado e/ou seus representantes, sobre a solução do caso concreto. O juiz atua mais como magistrado, no sentido romano, do que como juiz: fazendo com que o direito da parte seja exercido na forma constitucionalmente e legalmente prevista para ser exercido. Sem retomar ao âmbito das *três palavras* da jurisdição, o juiz não terá como encaminhar, no processo e no caso concreto, a solução estrutural, de SUS.

A democratização do processo perante a dimensão constitucional participativa pós-moderna exigirá do Judiciário – não um ativismo voluntarista autoritário, mas – intensa atividade no plano do *ius edicendi*. No caso do SUS, isso significa dizer que ele (SUS) pertence ao Poder Judiciário tanto quanto aos usuários e às autoridades de Saúde; e que atuar preventivamente na composição dos conflitos do setor fará parte da rotina da jurisdição pós-moderna, tanto quanto o seria para o pretor romano e seu *edictum*, nas situações assemelhadas. Porém, não será uma atividade normativa unilateral, mas em parceria com todos os elementos do Sistema.

Vale dizer, é necessário – e possível – realizar a desjudicialização dos conflitos pertinentes aos medicamentos excepcionais; porém, isso não se consegue realizar sem a *compositio*, sem a prévia construção da ordem jurídica participativa do SUS, que congregue, convenie e defina as funções de cada órgão da República: integrando e conformando cada um deles ao e no Sistema,

---

<sup>25</sup> UGÁ (2009)

<sup>26</sup> Enfim, perante o elevado custo e tudo o que envolve, não é demanda que se decida sem protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e procedimentos de participação que são inerentes ao processo do SUS. (PICON, BELTRAME, s/d)

de acordo com os princípios, diretrizes e fins do SUS. Trata-se de produzir Direito novo e Direito novo não mora na casa velha, do momento histórico anterior representativo, em que o Judiciário era colocado do lado de fora da vida, para intervenção heterônoma.

Quando a *iuris dictio* pós-moderna brasileira funcionar como tal, perante o SUS como SUS, estarão definidos os papéis das atividades meio e fim e haverá a esfera técnica competente para o atendimento dos casos; estarão traçados os caminhos procedimentais para juízes e advogados; e o usuário cidadão encontrará interlocutor no Sistema, sem necessidade de recorrer a um juiz. Os processos judiciais contra o SUS serão exceção e não rotina. E o juiz, em cada caso, atuará no plano dos outros dois verbos da jurisdição: dá-se um juiz ao caso e este juiz vai conduzir um processo participativo de balizas claras; e usar de seu Poder de ordenar (*addicere*), se for necessário.

Da mesma forma que na arbitragem delibera-se com as partes sobre os atos procedimentais, no exercício e tutela de direitos coletivos também, todos são condôminos e constroem a decisão. Decisão que, por isso, não será autocrática, nem será uma medida burocrática impessoal. Decisão de juiz integrado ao sistema, sentindo-se responsável por ele como um todo. Porque o exercício dos direitos coletivos tem – como arena – a ágora de República Participativa, cuja perspectiva é nacional e universal, sempre que o objeto em jogo seja coletivo. Não se persegue uma resposta jurídica por subsunção, mas uma deliberação coletiva, que buscando consenso constrói a solução.

Da mesma maneira que se passa a classificar a propriedade sob o constitucionalismo contemporâneo em comum e especial (PILATI, 2009, p. 89-119), o campo do processo civil também passa a distinguir entre processo individual tradicional e processo coletivo. No primeiro, o exercício do direito questionado é da alçada do indivíduo, com as limitações da lei e a observância da função social, e o juiz deve dizer quem está com a razão; no segundo, o processo confunde-se com o próprio exercício do direito, e o Judiciário deve garanti-los a ambos, o exercício do direito material e o devido processo legal (coletivo, e voltado à construção do consenso).

## **O processo coletivo propriamente dito**

O advento dos interesses e direitos difusos realizou uma apropriação de termos estratégicos como: *ação coletiva*. Desde as leis 7.347/85 (ação civil pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), fala-se de ação coletiva como conceito restrito às categorias dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos<sup>27</sup>. Não se cogita, ainda, no Brasil, da existência do outro processo, o participativo pós-moderno. São espécies de mesmo gênero, complementares, mas distintas quanto à natureza, partes, objeto, fim e procedimento. Cumpre distingui-los em processo coletivo impróprio (difuso) e próprio ou propriamente dito.

---

<sup>27</sup> Alvim (1994, p. 273) define ações coletivas como *aquelas por meio das quais se defendem direitos coletivos 'lato sensu', ou seja, direitos difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos*. Observem-se os art. 81, 91 e 103 do CDC, por exemplo, todos fazendo referência à dimensão coletiva da defesa do consumidor.

Quanto à natureza porque o processo difuso impróprio persegue responsabilizar infratores por danos cometidos contra consumidores ou bens coletivos<sup>28</sup>; é adversarial. Já o coletivo próprio volta-se ao exercício de direito coletivo, procurando solução de consenso; é inclusivo e construtivo. No processo impróprio existem partes, no processo próprio existe sujeito coletivo, que é a Sociedade – cidadãos e autoridades. No impróprio o objeto é composto por interesses de pessoa(s) ou de grupos de indivíduos, ao passo que no coletivo propriamente dito o objeto é sempre um bem coletivo no sentido aqui referido, como ambiente, patrimônio histórico ou artístico.

Perseguem fins diferentes, e assim, não podem ter o mesmo procedimento. O processo coletivo próprio tem especificidade que brota da autonomia dos bens coletivos, da titularidade coletiva e da estrutura constitucional de participação em favor de um titular diferenciado – que é o cidadão coletivo personalizado: a Sociedade. Já a ação civil pública do Código de Defesa do Consumidor, ainda que transindividual, não ultrapassa os limites do processo individual tradicional (art. 21 da LACP); não está livre de discussões sobre competência (art. 93 do CDC), eficácia subjetiva da sentença, extensão da coisa julgada material<sup>29</sup>, enfim, formalidades que não afetam o congêneres.

São situações e processos distintos, que se complementam e que não se excluem. Mas cada um deve ser processado ao seu tempo e modo, e pelo procedimento próprio. Assim, se aflorar em autos de ação civil pública de interesse difuso (coletivo impróprio) um caso de processo coletivo propriamente dito, será dever do juiz, por imposição constitucional, por iniciativa própria ou a requerimento, promover imediatamente o rito de processo participativo próprio. Determinará a realização de audiência pública, tomará as providências de publicidade e bem assim, a reunião de todas as informações necessárias à formação da ágora de deliberação coletiva.

### **Em suma: o novo perfil do exercício e da tutela dos bens coletivos**

A ruptura com o paradigma moderno: propriedade/indivíduo/direitos patrimoniais – para incluir a dimensão coletiva, redimensiona o exercício e a tutela dos direitos. Em primeiro lugar porque as propriedades coletivas são, essencialmente, *propriedades especiais procedimentais*; em contraposição à propriedade privada individual, exercida ao alvedrio de um indivíduo, *erga omnes* e nos vazios da lei, elas são exercidas pela via de procedimentos democráticos de inclusão. Em segundo lugar, porque elas rompem com a estratégia da Modernidade de cooptar o novo com o público estatal do paradigma individualista, autocrático e excludente.

Com a República Participativa, os direitos fundamentais desabrocham em normas de procedimento; ao lado do arbítrio individual da propriedade comum, os procedimentos das propriedades especiais e da função social; ao lado do processo administrativo autocrático, o participativo; ao lado do processo judicial tradicional, também os procedimentos de democratização da jurisdição. Com isso, estudos de impacto de vizinhança passam a ser atividades corriqueiras da vida urbana e rural; audiências públicas passam a ser a fonte

---

<sup>28</sup> Ementa da Lei n. 7.347/85 é clara: *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

<sup>29</sup> Para *notitia rerum*, TUCCI, 2006.

legitimadora de investimentos, em novos papéis das autoridades, interessados e especialistas, perante a comunidade personalizada.

Os plebiscitos, referendos, consultas populares ganham no plano local a natureza de instrumento de exercício de direito, bem diferente dos congêneres de expressão política nacional. No plano municipal e no âmbito das discussões do plano diretor – que define o modelo de desenvolvimento do Município – o plebiscito e o referendo não são a voz de uma maioria, mas o complemento de um processo participativo democrático em questões locais concretas. Nessa dimensão, não sofrem das restrições da lei n. 9.709/1998<sup>30</sup>, pois que se trata da soberania popular dos munícipes, em competência estrita, e não de questões do âmbito representativo nacional.

Veja-se o caso da propriedade étnica extrativista. Seu objeto é sempre patrimônio nacional para uso sustentável. É direito cujo exercício importa procedimentos partilhados não só com os beneficiários da (co)titularidade (e deles entre si), mas também com a Sociedade, haja vista a titularidade coletiva do objeto; e com as autoridades estatais competentes das três esferas da Federação. Porém, é espaço em que o Estado não exerce seu poder autocrático nos moldes tradicionais; as autoridades participam e integram o procedimento como um elemento indissociável da estrutura jurídica formal, indispensável à eficácia e à coerção da decisão coletiva.

No plano do processo judicial não é diferente. Os direitos coletivos impõem novo perfil da ação e do processo. Como apreciar demanda em que o objeto em discussão em juízo seja, por exemplo, repartir os custos sociais ou reduzir as diferenças regionais (nos termos do inciso IX do art. 2º da Lei n. 10.257/2001)? Um juiz que atuasse no plano do direito tradicional, simplesmente, perseguiria uma verdade formal e proferiria decisão nesse campo (lavando as mãos quanto ao mérito do problema); no paradigma da república participativa o juiz não terá outra preocupação que não garantir a solução pelas próprias partes, nos termos da ordem jurídica participativa.

A tutela ambiental é o caso mais ilustrativo. Como diz Bodnar<sup>31</sup>, *ambiente é um conceito aberto, rodeado de incertezas, que as fórmulas generalistas do legislador não alcançam*; em que o juiz não vai *buscar a verdade material... utópica, inatingível* como solução. O juiz vai considerar que a participação é *um dos princípios ambientais mais importantes*, com o qual todos estão comprometidos: *um modo de vida ambientalmente correto*. A solução não brota da lei, mas do caso concreto. A lei está na dimensão de forma, de como fazer; o quê fazer está na alçada das partes, que vão deliberar perante o magistrado, em espaço público, em dimensão de agora.

Vale dizer o objeto da lide, por sua natureza, por seu perfil político e jurídico constitucional, imprime ao processo aquela feição casuística do processo romano; tendo a lei como pano de fundo e o *ius* como contexto substancial. Com essa característica, o processo constitucionalizado pós-moderno reúne as condições para enfrentar os conflitos coletivos da Pós-Modernidade, não com exclusão, mas com inclusão – o que nunca poderia ser alcançado com direito público

---

<sup>30</sup> A lei n. 9.709/1998 regulamenta a execução do art. 14, incisos I a III da CRFB. É tão restritiva que desde 1988 só se teve um caso de referendo no Brasil: a respeito da proibição ou não do comércio de armas de fogo e munição, referendo autorizado pelo Decreto Legislativo 780/2005. A Ordem dos Advogados do Brasil, a propósito das dificuldades de utilização de tais instrumentos – plebiscito, referendo, iniciativa popular, *recall* – procurou flexibilizar a rigidez legal, mediante projetos de lei oferecidos, na Câmara (n. 4.718/2004) e no Senado (n. 001/2006). Não prosperaram.

<sup>31</sup> Destaca-se que os trechos citados – *passim* – são esparsos e foram reunidos na citação (BODNAR, s/d)

tradicional, legalista, estreito e estrito, de caráter individualista; nem com os procedimentos formalistas do CPC; ou mesmo com o paradigma dos interesses difusos ou coletivos impróprios.

À testa desse processo coletivo não deve estar o *juiz* da postura tradicional, mas de um novo perfil de jurisdição, bem mais complexo, inclusive, do que o do modelo romano. Presidindo o processo coletivo (próprio), ele será ao mesmo tempo Magistrado (*praetor*) e Juiz (*iudex*), encarregado de viabilizar o exercício de um direito coletivo; conduzirá um procedimento de assembléia de condôminos, em que a decisão final é construída pelas partes, com auxílio de autoridades e técnicos e especialistas, decisão que ele, detentor da jurisdição, respalda com o seu *addico* à semelhança da magistratura romana – pois que se trata da esfera participativa de soberania.

Atuará como *iudex* por exceção, somente em último caso, quando necessário; pois está a presidir e conduzir deliberação em torno de bem coletivo, em que uns titulares não podem excluir os outros do uso e gozo e disposição. Seu compromisso é com o devido processo legal coletivo, na dimensão de ágora; com a garantia da publicidade própria a esse tipo de demanda, tendo em vista o amplo acesso dos atores sociais, e das informações indispensáveis; com a exata delimitação do objeto, o balizamento da lide e os passos do procedimento, de acordo com a conveniência do caso e das partes, do bem e dos valores de que se tratem.

Quais serão daí em diante os passos e os atos do processo e a deliberação final sobre a decisão a tomar, é matéria de cada caso e suas peculiaridades. As partes (incluindo o magistrado) podem deliberar, por exemplo, utilizar um canal de televisão público, instrumentos da comunicação digital ou outros para a realização do debate. Esse amplo acesso dos interessados ao processo não só vai legitimar o que for decidido, como vai otimizar os recursos e conferir amplo respaldo à efetividade da decisão. Ninguém em sã consciência vai dizer que isso não é possível em face da tecnologia hoje disponível; ou que essa democratização do processo prejudique alguém.

Um caso concreto pode ilustrar melhor<sup>32</sup>. Numa cidade de interior remanescem trilhos de uma ferrovia desativada. A concessionária da Rede Ferroviária Federal SA - RFFSA<sup>33</sup> entende de removê-los e a população local não concorda por dois motivos: trata-se de patrimônio histórico do Município; a intenção dos munícipes é de reativar o trem para exploração turística. O Ministério Público Federal propõe ação civil pública e pede a manutenção dos trilhos, ao passo que a Concessionária, em resposta, alega as suas prerrogativas e seu poder discricionário de utilizar o material fixo da ferrovia a seu talante e de acordo com os seus interesses. É a lide.

Pela via do processo tradicional, de interesse difuso perseguido mediante representação pelo Ministério Público, sem participação da população seriam grandes as dificuldades para o interesse comunitário. Porém, a CRFB protege *os conjuntos de valor histórico* e obriga o poder público e a comunidade a defenderem o patrimônio cultural (art. 216, V e § 1º); isso é mais que um simples interesse difuso; trata-se de bem coletivo concreto, que por força constitucional extrapola a esfera de interesse do Ministério do Transporte e da Concessionária Federal, e os

---

<sup>32</sup> O exemplo foi trazido à discussão em Seminário realizado no Programa de Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina pelo Doutorando e Juiz Federal Marcos Eduarte Reolon. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, Curso de Pós-Graduação em Direito. Tutelas coletivas: resgate a partir do direito romano. Florianópolis, ago. 2008. Ministrante José Isaac Pilati (Seminário de pesquisa).

<sup>33</sup> A RFFSA foi extinta, conforme lei 11.483/2007, e seu patrimônio transferido à União Federal; encontra-se sob inventariança, incluído no Pacto de Aceleração do Crescimento - PAC, sob coordenação e supervisão do Ministério dos Transportes. [www.rffsa.gov.br](http://www.rffsa.gov.br) – acesso 07 set. 2008.

limites da representação do Ministério Público, exigindo rito de processo coletivo propriamente dito.

Dando esse encaminhamento e abrindo o espaço processual coletivo, o Magistrado com certeza encaminhará a discussão a um desenlace *satisfativo*, após ouvir órgãos federais, historiadores, autoridades municipais e os moradores. Estará dando ao conflito a sua verdadeira dimensão, sem correr o risco de albergar apenas parte do problema e dos interesses. No fato relatado, por exemplo, a concessionária pretendia retirar os trilhos da comunidade “A” para utilizá-los em outra comunidade “B”, com vistas a empreendimento semelhante. Ora, melhor seria, evidentemente, adquirir novos trilhos para o caso “B” e não para o “A”.

O reconhecimento da autonomia jurídica de um bem coletivo, portanto, não descaracteriza a ação civil pública e sua pertinência, mas determina uma transformação completa do processo. A democratização do processo passa a ser o requisito formal mais importante do caso. A dimensão econômica do conflito sai da sua esfera estrita – do processo tradicional – e desloca-se ao âmbito da esfera coletiva, democrática; em que se busca não uma imposição heterônoma de juiz, mas uma decisão construída pelos condôminos do bem constitucional – uma decisão construída pelos atores do coletivo. Aliás, o próprio magistrado é condômino do bem *sub judice*.

Assim, transforma-se o papel do juiz, ampliam-se a legitimidade e a coisa julgada, que opera *erga omnes*; muda de figura a adstrição ou congruência da sentença com os pedidos; não se tem a mesma noção de inércia, de verdade e outros *dogmas do processo tradicional arquitetado para a solução dos conflitos individuais*, cuja interpretação muda de contexto (BODNAR, 2006). Outra será a noção de conflito e de lide, de autor e réu (atores sociais), de composição dos interesses. Enfim, o processo passa a ser um campo de inclusão e não de exclusão – sempre que se tratar de objeto como ambiente, saúde pública, cultura, ou seja, daqueles bens que pertencem a todos, e de que ninguém pode se apropriar individualmente.

## **Considerações finais**

Reconhece-se, não é fácil ao pensamento tradicional aceitar a realidade de um novo processo em que o magistrado não decide, propriamente, o mérito da causa; que à semelhança do processo romano da época formulária, apenas orienta a marcha processual, de acordo com o interesse das partes. Um magistrado que ordena, não condena, na linha de um processo democratizado, que atua não em cumprimento de formalidades legais, mas em decorrência do direito material em jogo: um direito fundamental coletivo. E não menos importante: a dificuldade de admitir a Sociedade no papel de sujeito de direito, e a existência autônoma do bem coletivo – como elementos de democratização do processo. A dificuldade reside em desenhar todo o paradigma, desde o plano filosófico até o político e o jurídico, transformando o público e o privado.

Sim, admite-se, mas uma certeza consola e anima a soberania direta: quem manda melhor faz.

Artigo recebido em 05/06/11 e aprovado em 15/07/11.

## Referências

AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. *Os medicamentos excepcionais e as decisões judiciais sobre o seu fornecimento pelo Estado*. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Pós-graduação em Direito, 2009. Tese de Doutorado em Direito.

ALVIM, Theresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 75, p. 273, 1994.

AYALA, Patrick de Araújo. *Deveres de proteção e o direito fundamental a ser protegido em face de riscos dos alimentos transgênicos*. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Tese de Doutorado em Direito.

BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODNAR, Zenildo. *O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental*. Disponível em [www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito\\_ambiental\\_zenildo\\_bodnar.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf) - Acesso em 2 de jun. 2006.

BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de derecho privado*. Traducción de Pablo Macedo. México: Porrúa, 1978.

CIFUENTES, Rolando Emilio Ordoñez. Restitución de la armonía cósmica: propuesta jurídica de los pueblos indígenas. *Congreso Latino-Americano de Derecho Romano*, XVI, San José, 21-23 jul. 2008.

CORREA, Marcial Rubio. *Los puntos de partida para la elaboración de un proyecto de Constitución romanista latinoamericana*. XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, San José, 21 a 23 de jul. 2008.

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 4 ed. Ministério da Educação e Cultura, [1967?].

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GAIO. Institutas de Gaio. In: CORREIA, Alexandre et al. *Manual de direito romano*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955, v. 2-2, p. 7-289.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10 ed. Rio de Janeiro: 1994.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LEFEBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

LOBRANO, Giovanni. *Continuidad entre las 'dos repúblicas' del derecho indiano y el 'sistema republicano municipal' de derecho romano*. Notas para una hipótesis de trabajo. XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, San José, 21 a 23 de jul. 2008.

LOPEZ, Militza Montes. *El modelo democratizador del municipio romano y una experiencia democrática 'mandar obedeciendo' en los nuevos municipios chiapanecos*. XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, San José, 21 a 23 de jul. 2008.

MANTOVANELI JÚNIOR, Oklinger. *Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica: à luz da experiência de Porto Alegre*. Blumenau: Edifurb.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2008, v.1.

MESSEDER, Ana Márcia et al. Mandados judiciais como forma para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 21, mar-abr, p. 525-534, 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf>, Acesso em 7 de janeiro de 2009.

PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas*. <http://busms.saude.gov.br/pdf>. Acesso em 7 de janeiro de 2009.

PILATI, José Isaac. Conceito e classificação da propriedade na pós-modernidade: a era das propriedades especiais. *Revista Seqüência*, n. 59, p. 89-119, dez. 2009.

POLÍBIOS. *História*. Tradução do grego por Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

RONSEIN, Juanna Gabriela. *Análise do perfil das solicitações de medicamentos por demanda judicial no Estado de Santa Catarina no período de 2005 a 2008*. Universidade Federal de Santa Catarina, 2010, Dissertação de Mestrado.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

UGÁ, Maria Alicia et al. *Descentralização e alocação de recursos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)*. <http://www.scielo.br/pdf>. Acesso em 7 de janeiro de 2009.