

Tutela coletiva: crítica às propostas de sua codificação processual no Brasil

José Isaac Pilati*

Sumário: Introdução; 1. O sistema político romano à época da nascente república; 2. A base política e de direito material do processo civil romano; 3. O processo civil romano clássico; 4. Movimento e anteprojeto de codificação do direito processual coletivo no Brasil; 5. Considerações críticas ao modelo de codificação proposto. Conclusão. Referências das fontes consultadas.

Resumo: Partindo do direito romano clássico como contraponto, criticam-se as propostas de codificação do direito processual coletivo, em debate no Brasil, posto limitarem-se à categoria dos interesses transindividuais, sem romper, verdadeiramente, com a dicotomia público/privado e sem transpor o âmbito do processo civil tradicional. Propõe-se o desenho do direito coletivo da pós-modernidade, mediante o resgate da lide real (em oposição à lide formal e fragmentada do processo da modernidade), o que implica a dimensão: de direito material, com o reconhecimento da autonomia dos direitos coletivos (tais como ambiente, saúde e cultura em determinados contextos); da subjetividade coletiva (em contrapartida às limitações da categoria de interesses transindividuais); do processo coletivo, em termos de agora (no lugar do processo legalista e formalista e competitivo tradicional).

Palavras-chave: Direito processual coletivo; interesses difusos; processo civil romano; tutelas coletivas; ação civil pública.

Abstract: Starting from the classic Roman right as counterpoint, coding proposals of the procedural collective right, which are under debate in Brazil, are criticized, since they are limited within the transindividual interests category, without breaking, in fact, with the dichotomy public/private, and without transposing the scope of the traditional civil process. It is proposed the drawing of the collective right from the post-modernity, through the recovery of the real deal (in opposition to the formal and fragmented deal from the modernity process), which means the dimension: of material right with the recognition of the autonomy of collective rights (such as environment, health and culture in certain contexts); of the collective subjectivity (in return to the limitations of the transindividual interests category); of the collective process, in terms of Agora (in legalistic and formalistic process's and traditional competitive process's place).

Keywords: Procedural collective right; Diffuse interests; Roman civil process; Collective guardianships; Public civil action.

* Professor (Dr.) do CPGD/UFSC. Texto proposto à discussão em Seminário sobre Tutelas Coletivas no Programa de Doutorado, no 2º Tri de 2008.

Introdução

A aprovação de um *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*,¹ em 2004, estimulou processualistas brasileiros, idealizadores do movimento, a elaborarem dois anteprojetos² para o Brasil – um sob coordenação de Ada Peregrini Grinover³ e outro de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.⁴ Ambos visam à codificação do direito processual coletivo brasileiro, abrangendo dois microssistemas: o da tutela jurisdicional coletiva comum (Lei da ação civil pública nº 7347/85 e Código de Defesa do Consumidor Lei nº 8.078/90) e o da tutela jurisdicional coletiva especial, pertinente ao controle da constitucionalidade (Lei nº 9868/99 e 9882/99).

Essas propostas representam inegável avanço no Direito brasileiro, especialmente nessa época em que começa o declínio do petróleo, toma-se consciência do colapso ambiental iminente e necessita-se retomar o equilíbrio do coletivo frente ao individual privado, pela efetividade do Direito.

Mas, no momento em que se inaugura a TV digital interativa no Brasil,⁵ é necessário avançar mais. Ir um pouco além do microssistema dos interesses transindividuais, pois o desafio é muito maior, exigindo o resgate de todo um paradigma, que remonta ao direito romano clássico.

Observa-se na sala de aula, nos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito, um crescente interesse pelo direito romano clássico, pelo estudo do latim, pelo direito eleitoral, pela história do direito, pelas tutelas coletivas e isso é muito

¹ Disponível em <www.mundojuridico.adv.br/sis>, como anexo do artigo: MENDES, ALUISIO Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Acesso em 10 de dezembro de 2007. Segundo a Exposição de Motivos, segue o modelo do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, incluindo pequenas alterações: estende a legitimação a qualquer interessado, torna expresso o controle sobre representatividade e consagra a coisa julgada *erga omnes*, salvo insuficiência de prova. BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Peregrini; SOSA, Angel Landoni. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: exposição de motivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaoмотivos_2_28_2_2005.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2007.

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 2-3.

³ GRINOVER, Ada Peregrini. Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: janeiro de 2007: Ministério da Justiça: última versão. Disponível em: <www.mpcon.org.br/site/portal>. Acesso em: 10 dez. 2007.

⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. Disponível em: <www.direitouerj.org.br/2005/download>. Acesso em: 10 dez. 2007.

⁵ Em 2 de dezembro de 2007, as transmissões começaram por São Paulo. Com a TV digital, a interatividade permitirá o restabelecimento da dimensão de agora, da Grécia Antiga, milênios depois. Com isso, a transformação das instituições jurídicas e políticas será inevitável.

sintomático, pois o jovem é o primeiro a intuir a mudança. Enquanto os meios de comunicação parecem centrar o debate em velhas e esgotadas contradições, o jovem percebe que o Direito pós-moderno chega a um beco sem saída: cumpre retornar na história e identificar onde foi que se desviou e a partir de onde se deve iniciar o desenho das instituições de defesa do planeta e de um mundo ecologicamente justo.

No centro do problema, sem nenhuma dúvida, está a questão da tutela coletiva, que há muito reclama, em novo contexto, novo processo. Como superar o modelo tradicional e identificar o perfil desse processo coletivo, que sem deixar de ser judicial tenha característica de *ágora*? Responde-se: resgatando a experiência do Direito Romano clássico, assim entendido o período que vai do fim da república até Diocleciano. Por que Roma e não a Grécia? Porque o sistema romano manteve a estabilidade das instituições na incorporação e assimilação de transformações sociais radicais.

Surpreende ao jovem dar-se conta de que o velho sistema da *ordo iudiciorum privatorum*, como o próprio nome está dizendo, não foi obra de um ente estatal separado dos cidadãos, como hoje se faz, porém, uma grande construção arbitral, entre particulares, em contexto de participação direta da população. De modo geral, os manuais não dão destaque a esse fato histórico – na sua real dimensão política e processual. E a omissão ajuda a incutir e fortalecer uma cultura jurídica resistente a qualquer tentativa de ruptura com o publicismo e o voluntarismo estatal,⁶ que formam tripé com certo individualismo predatório, hoje contestado.

Essa é a primeira questão, portanto, para quem busca projetar a perspectiva do processo coletivo como instrumento diferenciado à tutela dos interesses da coletividade. Não se diga que o retorno às fontes romanas seja um ato romântico, pois é o contrário. O modelo clássico romano é o contraponto – o único possível – ao beco sem saída da linearidade histórica publicista.

Recuperar o perfil político e jurídico da *ordo iudiciorum privatorum* para contrapor às modernas teses pandectistas e juspublicistas possibilita, em segundo passo, abrir caminho à elaboração de uma nova proposta para inserir a tutela coletiva, rebatizada e com outra cara, no sistema jurídico vigente. É uma tentativa de suprir a lacuna que a modernidade cavou para o processo coletivo, ao criar categorias e con-

⁶ Com essas expressões, *publicismo* e *voluntarismo estatal* pretende-se caracterizar o modelo individualista que coloca nas mãos do Estado (pelo Direito Público) os interesses coletivos, sob a forma de poder de polícia, cuja atuação ou omissão fica ao alvedrio das autoridades e agentes públicos. Nesse paradigma, o ambiente, por exemplo, não é um bem coletivo autônomo e sim um rol de proibições e de multas e uma aspiração a políticas públicas de iniciativa estatal, desenvolvidas em *espaços institucionais de acentuado déficit democrático* – conforme LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais (morais) e a jurisprudência brasileira**. Florianópolis, 2007. Digitado. Trabalho defendido no Seminário Derecho y Riesgos: instrumentos jurídicos para el gobierno de los riesgos, miradas desde dispositivos del derecho público y privado. Universidad Nacional del Litoral, Rosario, Argentina, out. 2007.

ceitos, como: direito subjetivo; direito objetivo; ação em sentido abstrato; pretensão – todos próprios do sistema publicista, e que os clássicos romanos não conheceram.

O que se procura – fique bem claro – nada mais é do que elevar o coletivo ao mesmo *status* do privado individualista e com isso redefinir – em novo equilíbrio – o processo e os sujeitos da lide e o próprio direito material, para além do público e do privado oitocentista. Não para ser anti-individualista, ressalte-se também. Muito ao contrário. O que se busca é a consagração definitiva da concepção individualista da Sociedade, na linha apontada por Bobbio,⁷ mas incluindo nessa esfera e condição, com igual força *estatus* – o interesse coletivo desses condôminos (em dimensão de *ágora*, tal e qual na Antigüidade).

De fato, não é que se vá substituir o indivíduo pessoa por *povo*, esse conceito tão ambíguo *do qual se serviram também todas as ditaduras modernas*, como diz o mesmo Bobbio. Ao contrário, é o mais liberal dos pontos de vista, pois além e sem prejuízo da esfera privada, a proposta é restabelecer para o indivíduo a dimensão de *ágora*, no ápice da organização social, colocando-o em situação de igualdade universal perante os direitos e interesses de todos os homens e de toda a vida do planeta. Hoje, [diz ainda Bobbio] *todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente os Estados soberanos*.

O movimento pela codificação do direito processual coletivo no Brasil com o reconhecimento da autonomia metodológica do direito coletivo,⁸ bem demonstra que essa preocupação é imposição natural dos tempos e da magnitude dos problemas que se está a vivenciar na pós-modernidade. Como disse Savigny,⁹ nessas horas os autores digladiam-se, concordam apenas quanto à importância do tema, porém, todos *mostram uma tendência à aproximação e à conciliação*.

Procurando colocar novos elementos na discussão, começa-se traçando o perfil político da república romana, desde as reformas de Sêrvio Túlio e a expulsão de Tarquínio Soberbo,¹⁰ para em seguida tratar da questão processual propriamente

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 103.

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijui, 2004. p. 24. Vol. 8. O célebre jurista alemão referia-se à construção do Direito Internacional Privado, especialmente no estabelecimento de limites locais do domínio das regras do Direito sobre as relações jurídicas.

¹⁰ MAYNS, Charles. **Cours de droit romain**. 5. ed. Bruxelles: Bruylant, 1891. p. 69. As reformas de Sêrvio Túlio, por terem cunho mais popular, indispueram-no com a aristocracia, do que se aproveitou Tarquínio; este, como rei, opera o retrocesso dos direitos da plebe, mas logo também tiraniza o senado e os patrícios. Eclode uma revolução, o rei é expulso e a abolição da realeza é decretada pelas cúrias e ratificada pelas centúrias. Era a república: o poder supremo antes pertencente ao rei agora é atribuído a dois cônsules.

dita, no período clássico. Depois é que se vai discutir a referida proposta de codificação do processo coletivo, nos tempos atuais.

1 O sistema político romano à época da nascente república

A singeleza da constituição política dos romanos, à época da realeza e da república nascente, é mais uma prova do gênio daquele povo, e explica por que construíram um império universal e por que deixaram tão suntuoso legado nas instituições jurídicas. A excelência das instituições políticas é que garantiu a efetividade do Direito na assimilação das conquistas e da pujança social, sem perder a identidade como *populus* e como *civitas*.

A forma de governo é, inicialmente, a monarquia¹¹ e o sistema funciona à base de três instituições: povo, magistratura e senado.

O povo (*gentes*) organizado em trinta cúrias detém a soberania através *docomitium* (de *cum ire*, ou seja, reunir-se em assembléias com poderes legislativos, eleitorais, judiciários e outros). Mas só há *comitium* quando a reunião se dá por convocação de um magistrado. O aglomerado de pessoas é *turba multa*, não é ato político oficial.

O magistrado supremo, no início, é o rei, eleito vitaliciamente pelo *comitium* e munido de *imperium* (conjunto de poderes delegados pelo povo e que abrange o mando militar, o direito de exigir tributos e obrigações cívicas, a prerrogativa de convocar o povo e o senado para exercer as respectivas atribuições, o direito de ditar ordens obrigatórias aos cidadãos, de coagir e castigar os desobedientes, de ministrar a justiça civil e criminal e, bem assim, administrar os bens públicos e praticar os demais atos de administração em geral);¹² além do *imperium*, a magistratura confere a *potestas* (direito de agir em nome do povo nos assuntos públicos,¹³ conferindo ao magistrado a *maiestas*). A magistratura depois passaria aos cônsules e seria repartida entre diversos cargos,¹⁴ com destaque ao pretor, que seria o detentor da *iuris dictio*.

¹¹ COSTA, Emilio. **História del derecho romano publico**. Bologna: [...?] 1920(?), p. IX e 32 alerta para o fato de que não existe nenhum documento ou testemunho da época, ou próxima, que nos dê notícia das instituições políticas dos tempos primevos de Roma. Mas tem sido comum torcer as coisas, por influência de conceitos que foram de todo estranhos ao mundo romano, constituído de qualquer modo força viva e influente no direito de investigadores estrangeiros. PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Traducción por José Ferrández González. Madrid: S. Calleja, 1926. p. 27 et seq.

¹² COSTA, Emilio. **História del derecho romano publico**. p. 78. Juntamente com o *imperium*, o rei, nos primeiros tempos, dirigia o culto público e os poderes religiosos.

¹³ MENDIZABAL, C. **Curso de derecho romano**. Buenos Aires: Lacort, 1947. p. 52, dela decorre o *ius contionem habendi, de convocar o povo e dirigir a palavra, permitindo a manifestação dos cidadãos, assim como de convocar o senado – ius agendi cum populo et cum patribus*. Esses honores atribuíam-lhe verdadeira *maiestas*, por representar a *maiestas populi romani*.

¹⁴ TITO LÍVIO. **História romana**. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: El Ateneo. IV-8. p. 244. Os patricios vendo-se obrigados a fazer concessões aos plebeus, foram criando novas magistraturas à medida que aqueles as conquistavam. Assim foi com o tribunato militar, com a censura e outros cargos.

O senado, por seu turno, é um conselho de anciões, escolhido pelo rei entre os chefes de famílias das *gentes*, que exerce a *auctoritas* (poder de rever e de vetar as decisões dos comícios)¹⁵, e controla o tesouro, podendo ser convocado pelo rei, sempre que entender necessário.¹⁶ Seu poder cresceria muito nos períodos seguintes.

Era um sistema perfeitamente equilibrado: o *populus* não abusava da soberania porque só se reunia por convocação do rei e mediante pauta certa; o rei e o Senado exerciam plenamente o seu poder, porém não legislavam; e o *comitium* não podia modificar os costumes sem a concordância do senado, composto pelos velhos pais de família, escolhidos não pelo povo e sim pelo rei.¹⁷

Nesse quadro institucional foram eleitos e reinaram Numa Pompílio, Tulo Hostílio, Anco Márcio, Tarquínio Prisco.¹⁸ Porém, com as conquistas e o aumento do número de plebeus – economicamente importantes, mas excluídos da vida política, do exército e do pagamento de impostos – instala-se a antítese e o modelo carece de reformas, tentadas sem sucesso por Tarquínio Prisco. A idéia era incluir os plebeus no sistema político das cúrias, mas os patrícios vetaram-na.

O rei Sêrvio Túlio vai por outro caminho; cria uma nova assembléia popular, por centúrias, incluindo todos os livres, patrícios e plebeus, organizados em cinco classes, de acordo com a riqueza apurada por recenseamento.

Esses comícios por centúrias tomariam espaço das assembléias por cúrias e passariam a ser o centro democrático de manifestação da soberania popular. Eram convocados pela magistratura para votar as leis, eleger o rei e julgar certos casos.¹⁹ Porém, a eficácia da *lex centuriata* ficava dependendo da manifestação patrícia, mediante a *auctoritas patrum* do senado. Com isso se absorviam política e militarmente os plebeus, sem retirar o controle das mãos dos patrícios e dos ricos cavaleiros plebeus, cujas centúrias, além de serem em maior número, votavam em primeiro lugar.

A luta entre patrícios e plebeus – dois estados distintos que a igualdade política não unificava como povo e em direitos – acabou influenciando e transformando o papel mediador do rei, que passou a atuar com medidas que desagradaram os dois lados.

¹⁵ MENDIZABAL, C. *Curso de derecho romano*. Buenos Aires: Lacort, 1947. p. 67.

¹⁶ POLÍBIO. *História*. 6.13. O senado teria controle sobre todo o tesouro, com exceção dos pagamentos feitos para os cônsules. Os *qüestores* nada podiam gastar sem decreto do senado.

¹⁷ Tanto que ao votar uma lei, o pronunciamento da cúria era feito em face da permanência ou não dos costumes perante o pedido de mudança do magistrado: UR (*uti rogas*, como pedes) ou A (*antiquo*, permanece o antigo, ou seja, sem mudança).

¹⁸ TITO LÍVIO, *História romana*. p. 38 et seq (1-18 et seq). Sêrvio Túlio e Tarquínio Soberbo não passariam pelo crivo popular (1-39 e 1-48 e 49).

¹⁹ *Ibidem*, p. 47 (1-26). O julgamento de um dos Horácio, que assassinara a irmã, após a vitória sobre os Curiácios, ao tempo de Tulo Hostílio revela essa prática já anterior.

Por isso a aristocracia articulou a população contra o rei, e em 245 de Roma, a monarquia foi derrubada, instalando-se a república, praticamente sem modificar as instituições. O rei é substituído por dois magistrados patrícios chamados cônsules; o senado passa a funcionar como centro executivo de governo; e a assembléia popular é por centúrias (reunindo patrícios e plebeus).

Apesar das promessas dos patrícios, a situação dos plebeus não melhorou com a nova forma de governo. Estropiados nas guerras que os afastavam dos negócios e empobrecidos pelos agiotas (patrícios aliados a plebeus ricos das classes superiores), tomaram a medida extrema de sair da cidade, no episódio conhecido como *secessio plebis*.²⁰ Da negociação resulta nova conquista política dos plebeus, aprovada por comício centuriado e confirmado por comício das cúrias (*lex curiata*): criação dos tribunos da plebe (*tribuni plebis*), como magistrados invioláveis, com poder de veto a qualquer decisão do senado, dos cônsules ou das autoridades religiosas.

Esses tribunos passam a tomar medidas muito importantes na defesa dos interesses da plebe. A primeira: começam a reunir assembléias de plebeus para decidir assuntos de seu interesse (*plebiscita*) e a convocar os plebeus por tribo (*concilia*), costume que seria imitado pelos magistrados patrícios, que criariam os seus próprios *comitia tributa* para deliberar sobre assuntos de interesse comum das populações. Isso fortalecia os plebeus, sempre em maior número. A segunda: exigiram segurança jurídica para os devedores plebeus, mediante a consagração por escrito do direito costumeiro pertinente. Seria a lei das doze tábuas, que apesar do rigor para os olhos de hoje, ainda era preferível à situação anterior.

Esse era, portanto, o quadro político-institucional da novel república. O povo com seus *comitia* como titular da soberania; os cônsules no gozo de *imperium* e *potestas*; e o senado com o poder de sanção ou *auctoritas*. Já o quadro social e político, era de intenso conflito, e esse fato determinaria a evolução de cada uma dessas instituições, a começar pelas magistraturas.

²⁰ Tito Lívio. **História romana**, II, 23, descreve a situação. Um velho militar plebeu precipitou-se no Fórum, mostrando as cicatrizes da guerra no peito e dos credores nas costas, dizendo ao burburinho que enquanto lutava por Roma os inimigos tinham saqueado seu campo e levado seu gado; pobre não tivera como pagar o imposto, obrigando-se a pedir dinheiro emprestado. O agiota tê-lo-ia escravizado e agora ali jazia desonrado, maltrapilho e doente, com marcas vergonhosas de chibata. Foi o estopim da revolta dos plebeus, que então, passaram a perturbar os processos de execução, comparecendo em grande número para vaiar e gritar, de modo que o juiz não conseguia fazer-se ouvir pelas partes. Os senadores foram cercados pelo povo e passaram por grande constrangimento. Os cônsules não se entendiam, um defendia medidas duras e o outro o diálogo. Nesse instante o inimigo chegou às portas da cidade e salvou os patrícios, que em troca da ajuda militar ofereceram uma trégua aos devedores, prometendo solução definitiva tão logo fosse conjurado o perigo. Não cumprida tal promessa, os plebeus retiraram-se para o Monte Sagrado (II, 32).

O consulado aos poucos foi sendo desdobrado em outras figuras, menores, o que afetaria diretamente a administração da justiça. A *iurisdictio* seria transferida a outra magistratura, no caso, um *cônsul minus*, chamado pretor. A concepção do direito, a organização judiciária e o desempenho desse magistrado, ao longo do direito clássico, seria decisivamente importante.

2 A base política e de direito material do processo civil romano

Com esse arcabouço institucional, os romanos dão início à época clássica do seu Direito, período que transcorre pelo Principado e vai até Diocleciano, conforme dito. É o esplendor máximo da jurisprudência romana, embora sejam tão precárias as fontes que chegaram à modernidade. O que se tem, além de fontes não técnicas, é a codificação de Justiniano, bastante descaracterizada pelas interpolações de Triboniano e seus compiladores, sem falar na obra dos glosadores dos séculos XII e XIII e dos pandectistas do século XIX, muito mais preocupados com a criação de um direito prático para sua época do que com a investigação da jurisprudência romana no plano histórico.

Fritz Schulz²¹ chega a lamentar a cegueira de Savigny com sua escola, que mesmo tomando contato com novas fontes prejustinianéias, então descobertas, como as institutas de Gaio (em 1816),²² os *Fragmenta Vaticana*²³ e o *Epitome Ulpiani*, *impediu de um modo lamentável o progresso da atividade investigadora, preferindo uma solução sofisticada à admissão de uma interpolação.*

Os humanistas, especialmente Cujácio (Jacques Cujas, 1522-1590) e Antoine Faber (1557-1624), *ambos verdadeiramente geniais e o último, particularmente dotado de um raro e seguro instinto para descobrir o Direito clássico*,²⁴ haviam oferecido importante contribuição ao resgate histórico daquele período, mas sua obra foi desprezada e proscrita pelo pensamento jurídico da época, inclusive de Portugal e das Ordenações Filipinas, em que se preferiu, no ensino e na legislação, retornar a Bártolo.²⁵

²¹ SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960. p. 5.

²² Até o início do século XIX só se conheciam fragmentos mutilados e interpolados das institutas de Gaio, conservadas na coleção de Alarico II. Em 1816 Niebuhr descobriu, num palimpsesto, em Verona, texto com a maior parte da obra. RIBAS, Conselheiro Joaquim. **Direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 223.

²³ *Vaticana Fragmenta* é uma miscelânea de escritos de jurisconsultos e trechos de Constituições imperiais que foi descoberta na Biblioteca do vaticano em 1823. RIBAS, Conselheiro Joaquim. **Direito civil brasileiro**. p. 224.

²⁴ SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. p. 4.

²⁵ RIBAS, Conselheiro Joaquim. **Direito civil brasileiro**. p. 243.

O segredo da jurisprudência romana do período clássico – ensina Teigeiro²⁶ – estriba-se na utilização de escassos, mas claros, princípios jurídicos, mantidos por cuidadosa tradição, que permitem a apreensão completa dos matizes fáticos do caso concreto e, bem assim, a dedução rigorosa e exata da solução jurídica a ser aplicada.

O direito privado romano clássico, à diferença do modelo das codificações, é direito de ações e de remédios para casos concretos e não um sistema de direitos e deveres que se possam enquadrar nas categorias modernas de direito objetivo, direito subjetivo, pretensão, direito de ação. Daí a repugnância de Savigny por tal modelo, que em pouco ou nada socorria as teses publicistas e de voluntarismo estatal das referidas codificações.

A *ordo iudiciorum privatorum* é diferenciada, desde a natureza dos bens em disputa, que não detinham, nem de longe, a autonomia jurídica que passaram a ter após a Revolução Francesa. A *actio in rem* da Roma clássica não perseguia a *coisa* e sim o valor de uma espécie de aposta entre os litigantes. Isso conferia à lide uma característica própria, de feição meramente arbitral. Na sentença, o juiz ou árbitro expressava o seu *sentire*, donde a palavra *sentença*, e não tinha a natureza de *decretum*, o que só despontaria com a *extraordinaria cognitio*.

A sentença heterônoma, como *decretum*, imposta por autoridade politicamente separada das partes é obra posterior. Mendizabal²⁷ faz referência a esse aspecto da autoridade judiciária eleita, autoridade que se amparava no respeito – pelo acatamento e submissão as suas ordens e decisões – e não numa razão abstrata prévia, tal como o valor econômico dos bens ou o interesse de quem se tenha apropriado de um governo estatal, separado das partes. Prevalece a vontade arbitrária dessa autoridade (rei, cônsul depois pretor), baseada na razão resultante dos sentimentos e idéias da época, tal como plasmados na relação com os meios de satisfação das necessidades sociais.

Pelo prisma quiritário, o Direito que se pratica (não se aplica) é um Direito entre iguais, rigorosamente iguais, *pater familias* integrantes do *populus*, os quais são tão senhores e soberanos no privado como no público. A lide, assim como qualquer testamento ou operação patrimonial, é ao mesmo tempo coletiva, por afetar a segurança da urbe e de todas as famílias e não apenas o núcleo familiar envolvido.²⁸

²⁶ TEIGEIRO, José Santa Cruz. Prólogo del traductor. In: SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**, p. V-VI. No original: *El secreto de la jurisprudencia romana en el período clásico, estriba en la utilización de escasos y muy claros principios jurídicos conservados por una cuidadosa tradición, en la aprehensión completa de los matices fáticos del caso concreto y en la deducción rigurosa y ceñida de la solución jurídica a éste aplicable.*

²⁷ MENDIZABAL, C. **Curso de derecho romano**. p. 11.

²⁸ A unidade jurídica subjetiva não é o indivíduo, mas a família, o grupo patrimonial que ele representa.

Assim, com o aparecimento do estado plebeu e do estado dos peregrinos (regidos pelo direito das gentes), o pretor depara-se com novas razões motivadoras para novas regras, porém, não perde de vista que o conflito se instala não só em dimensão privada como pública, pois é nesse meio que exerce a *iuris dictio*.

Sendo esse o contexto, a categoria mais significativa e que melhor representa o âmbito e o campo de aplicação do Direito clássico, como instrumento ágil à incorporação das mudanças sociais, é a figura da *aequitas*.²⁹

Equidade hoje, em nosso idioma, é um termo que não alcança o sentido romano. Simplesmente porque já não temos o contexto histórico da época clássica, a qual já havia desaparecido no espaço que vai de Diocleciano a Justiniano. O conceito de equidade, hoje, aproxima-se do sentido de: justiça para além da legalidade estrita, como equilíbrio *sem pender para nenhum lado*, ou como igualdade.³⁰ Não vai nem pode ir além desses limites porque falta a dimensão do coletivo, que em Roma é intrínseca ao processo e à lide. Justiniano já emprega *aequitas* como benignidade e indulgência em geral, por parte do juiz, perante as circunstâncias do caso concreto.³¹

Para o direito romano clássico o conceito de *aequitas* atua num contexto político, civil, processual e social historicamente específico, que hoje só pode ser visualizado mediante resgate histórico; um contexto que permitia ao Direito apresentar-se – em objeto, essência e finalidade intrínseca – com potencialidade de extrapolar o campo privado restrito, para colocar o conflito sempre em dimensão coletiva. É por isso que no plano etimológico a *aequitas* deriva de raiz (*aequor*) que evoca unidade e igualdade em planura, como superfície de mar, ou seja, para além do contexto isolado das partes do litígio.

Vale dizer, a *aequitas*, como princípio informador, estabelecia condições e limites à ação de cada parte nos casos que envolviam interesses maiores, da urbe, ao mesmo tempo em que rebaixava as fronteiras entre *ius civile*, *ius gentium* e *ius natarale*. Era o instrumento jurídico adequado, então, a *aequitas*, para opor e criar uma dimensão processual especial, abrindo espaço para atuar a consciência e o senso de igualdade do povo, sopesando as razões de cada um na relação com os demais.

²⁹ BONFANTE, Pedro. **Instituciones de derecho romano**. Traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1959. p. 7-8.

³⁰ FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. 4. ed. Brasília: MEC, 1967, p. 44. *Aequitas*, *tatis*: igualdade, equilíbrio (sem pender para nenhum lado). Justiça, equidade, imparcialidade. Em sentido figurado: moderação, tranquilidade de espírito. *Aequor*, *oris* tem o sentido de superfície plana, planície, donde superfície do mar ou das águas em repouso.

³¹ BONFANTE, Pedro. **Instituciones de derecho romano**. p. 8. O autor destaca que a *aequitas* não é só indulgente como também severa. E arremata assim: *Dada a normal antítese do conceito antigo e moderno, a tradução por equo, equidade, é em geral um puro equívoco, que vicia o raciocínio*.

Sendo um sistema de magistraturas – em que o poder público não é personalizado como pessoa jurídica separada dos cidadãos, dona do público – eles, os cidadãos romanos, são condôminos do coletivo e nisso consiste a *res publica*. É essa a dimensão que está presente em toda a lide e integra a própria natureza da *iurisdictio*. Essa dimensão faz com que os atos de disposição dos chefes de família (testamentos, transferências patrimoniais) sejam consagrados *in comitia calata*, na presença dos demais *paterfamilias* reunidos, preservando, assim, o interesse superior de continuidade da urbe.

Os bens de tal universo jurídico, especialmente os que hoje são objeto de direito real, não possuíam identidade jurídica abstrata como hoje, nos códigos civis. Quando um interesse era contrariado, avultava mais a afronta do que o valor do bem em si, cuja destinação econômica também era casuística; por isso a ação reivindicatória não perseguia, exatamente, a devolução da coisa e sim uma quantia em dinheiro, fruto de uma aposta processual.³² Esse aspecto determina e explica em grande parte o casuismo inato do próprio processo romano clássico.

Essa é a base material em que o pretor romano maneja a *aequitas*, auxiliando, suprimindo ou corrigindo o direito civil *por causa de uma utilidade pública*³³ e com status de: *viva voz do direito civil*,³⁴ porém, o instrumento de que se vale é a *iurisdictio* da *ordo iudiciorum privatorum*, cujo modelo não sobreviveu à época clássica.

3 O processo civil romano clássico

No período clássico a organização judiciária romana estava baseada nesse magistrado civil, o pretor, que detinha *imperium mixtum*,³⁵ ou seja, além do poder de impor sanções aos particulares, acumulava o poder de *iurisdictio*: *ius dicere*, dizer

³² Daí a fórmula dizer: a menos que restitua, *nisi restituat*. Gaio, Institutas, 4,47. In: CORREIA, Alexandre *et al.* **Manual de direito romano**: institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 240. Vol. 2-2.

³³ D.1.17.1. MADEIRA. Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano: liber primus**: introdução ao direito romano. 3. ed. Bilingüe latim-português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20. *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. O direito pretoriano é o que os pretores introduziram a fim de auxiliar, suprir ou corrigir o ius civile, por causa de uma utilidade pública.*

³⁴ D.1.1.8. MADEIRA. Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. p. 21. *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis. Pois também o próprio direito honorário é a viva voz do direito civil.*

³⁵ PETIT, Eugène. **Tratado elemental de derecho romano**. Traducido por José Ferrández González. Madrid: Saturnino Calleja, 1926. p. 639. Em sentido amplo o *imperium mixtum* é o poder do magistrado que une ao *imperium merum* a administração de justiça, vale dizer, a *iurisdictio*. Em sentido mais limitado, é a autoridade necessária ao exercício da *iurisdictio*.

o direito. Não era dado aos particulares, reforça Cícero,³⁶ constituir-se em juiz ou árbitro sem a chancela de um magistrado eleito pelo povo.³⁷

A jurisdição – *ius dicere* – importava em propor regras novas e aplicar regras já existentes. Tais atributos eram resumidos em três palavras: *dico, do, addico*.

Dicere significava que o pretor, uma vez eleito para gestão de um ano, podia publicar uma regra geral em forma de edito ou regular uma contenda mediante um *interdictum*. Foi com tal atributo que tais magistrados puderam criar exceções processuais e novas ações ditas pretorianas e assim introduzir as mudanças necessárias no direito civil.³⁸

Addicere era o poder de reconhecer um direito em benefício de uma parte, como, por exemplo, no caso de revelia do réu ou de execução de sentença condenatória.

Dare era *dar um juiz*, ou árbitro(s), para julgar a lide instalada. Vale dizer, o pretor era o detentor da jurisdição, mas não julgava, sendo obrigado a delegar o seu poder tão logo tivesse formado ou composto a lide em sua presença. Com isso, controlava-se o magistrado e evitavam-se abusos, retirando-lhe o poder de julgar o caso concreto.

Assim, o procedimento corria em duas fases: uma *in jure*, perante o pretor, que recebia as partes, ouvia as alegações, delimitava a lide e nomeava o juiz ou árbitro encarregado da decisão; e a outra *apud iudicem* ou *in iudicio*, em que a(s) autoridade(s) nomeada(s), pessoa(s) do povo, produzia(m) as provas e dava(m) a sentença – de *sentire*. Sentenciado o feito, a execução corria sob a presidência do pretor.

Foi nesse contexto que atuou o direito clássico, aplicando a *aequitas*. Após a Lei Eúcia (por volta de 130 a.C.), implanta-se o processo *per formulas* ou formular, e o magistrado, eleito pelo povo, tem no edito de maneira geral e na elaboração da fórmula *in iure*, em particular, o espaço jurisdicional adequado à realização e

³⁶ CÍCERO, Marco Túlio. **Da republica**. Tradução de Amador Cisneros. Rio de Janeiro: Ediouro, sd., p. 113 (V-2). Exalta a aplicação da equidade no direito privado, como herança dos reis da Grécia, de forma que: *Nenhum particular podia constituir-se em juiz ou árbitro de um litígio; porque tudo isso era reservado ao poder real* Assim como o *populus* – embora detentor da soberania – não podia se reunir em comício sem convocação de magistrado, também a justiça não se pronunciava sem a presidência do magistrado detentor da jurisdição. Com isso se garantia a estabilidade das instituições.

³⁷ Sem prejuízo de outros magistrados menores, como os edis, e fora de Roma, como os *duumviri* ou *quatuorviri iudicando* nos municípios da Itália, e nas províncias o respectivo presidente e outros, que no âmbito desse livro não têm relevância.

³⁸ SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. p. 27. As ações civis eram baseadas no direito civil, mas ações honorárias foram criadas por magistrados, pretores ou edis. A título de exemplo, a lei das doze tábuas sancionava com dureza o *furtum manifestum*, porém o pretor substituiu a pena capital por multa em quádruplo do valor do dano.

incorporação das mudanças impostas pelas transformações de ordem econômica, familiar e política.

Com esse arcabouço jurídico o Direito Romano clássico preenchia as três condições fundamentais da civilística, de que falaria Wieacker:³⁹ havia consciência geral do Direito (sob instituições políticas estáveis); elaboração do conjunto da realidade social (desde o edito até a fórmula e a sentença) e metodologia de passo acertado com o pensamento e os desafios da época histórica. Em outras palavras, havia eficácia e efetividade do sistema jurídico, apto e habilitado que estava para assimilar o crescimento da população e o aumento da complexidade social, em foros de equidade.

O fato de ser um direito casuístico (e não lógico-dedutivo,⁴⁰ como o sistema das codificações), permite colocar, na longa mesa da jurisdição, o episódio jurídico na sua inteireza e não de forma fragmentada ou abstrata, vale dizer, é um modelo que estende a planura da *aequitas*, desde o *dico* (ou do *ius edicendi*). Permite sopesar tanto a dimensão das partes envolvidas, como a da coletividade e a da *civitas* e a do próprio judiciário⁴¹ com a contínua projeção do porvir.

O modelo, por ser casuístico, permite colocar sobre essa mesa da jurisdição não só os aspectos jurídicos, mas também e principalmente os desígnios morais das condutas: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. A separação entre Moral e Direito é façanha posterior, quando o coletivo toma a feição de público do sentido moderno, de legislação estatal separada da soberania popular exercida diretamente. Quando se fraciona o litígio entre os contendores, abduzindo dos autos a dimensão coletiva, a dimensão moral e a própria equidade no sentido clássico do termo.

A influência da filosofia grega, sobretudo do pensamento de Aristóteles na formação jurídica dos juriconsultos clássicos, lembra Rolim,⁴² permitia-lhes, na aplicação ao caso concreto, análise, tanto das circunstâncias presentes como das tendências naturais próprias da natureza humana: *empregavam, pois, o método*

³⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Golbenkian. 1993, p. 721-722.

⁴⁰ WIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UNB, 1979. p. 33-36, também critica a dogmática jurídica moderna, de natureza lógico-dedutiva e defende a concepção do Direito como problema, ou seja, à base de um conjunto de juízos normativos (topói) elaborados em cima dos problemas concretos. O juriconsulto romano não tinha esse tipo de preocupação, em face da natureza do sistema casuístico em que operava, ainda que se servisse de brocardos jurídicos.

⁴¹ A autonomia da posse em relação à propriedade é um exemplo. Ao invés de depositar a coisa em juízo, até o pronunciamento judicial, o pretor preferiu, agindo *extra ordinem*, deixar a coisa com um dos contendores, solução tecnicamente perfeita para desonerar o próprio judiciário.

⁴² ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: RT, 2000. p. 78.

dialético, próprio do direito natural, e, assim o fazendo, os romanos buscavam aquilo que era justo, e não a aplicação pura e simples de qualquer regra já estatuída, que muitas vezes não se adequava à realidade dos fatos examinados.

Nesse contexto, a disputa entre patrícios e plebeus dá-se mediante reivindicações concretas, perante instituições estáveis e aceitas. No plano político, o que os plebeus pretendem é a igualdade de direitos na mesma república, sob as mesmas instituições, e não a substituição do modelo político-institucional. E no plano jurídico, o que os magistrados fizeram foi incorporar ao Direito a nova complexidade social trazida pelas conquistas e pela sofisticação das relações patrimoniais e familiares.

Todavia, dando um salto até a Revolução Francesa e a modernidade das codificações, observa-se que o modelo é radicalmente outro. Na Modernidade o coletivo já não é a esfera condominial dos cidadãos, absorvido que foi por um ente separado, personificado sob a forma de pessoa jurídica de direito público, *qual seja*, para usar a expressão de Grossi, *o sujeito forte 'Estado'*.⁴³ A jurisdição é estatal e o Bem Comum é tarefa a ser perseguida pela Administração, mediante leis aprovadas por representantes eleitos. Não aquela lei popular romana ou mesmo *na acepção vaga da lex de Santo Tomás, inclinada a esfumar-se no ius, mas em sentido estritíssimo de 'la ley', lei em sentido moderno, vontade autoritária do detentor da nova soberania e caracterizada pelos atributos da generalidade e da rigidez*.⁴⁴

Esse é o pecado original, para usar da expressão bíblica e em sentido positivo, da Modernidade, que desterra o cidadão do coletivo para ganhar o pão com o suor do rosto da livre iniciativa ou o sob o regime de padraço do Estado. No novo arranjo estrutural – político-jurídico – os bens da coletividade que em Roma estavam na esfera do *ius naturale* ou do direito divino, ou da ação popular de condômino, agora, na Modernidade, ganham a natureza jurídica que lhes confere o poder de polícia, sob o crivo do voluntarismo estatal, seja na alçada discricionária, seja na esfera legalista estrita do ato vinculado.

Os romanistas modernos romperam habilmente com o Direito clássico e criaram as categorias jurídicas próprias do novo modelo. Sob a nova égide a civilização ganhou grande impulso e inegáveis progressos, até a crise do individualismo, que fomentou o surgimento da função social e do constitucionalismo pós-moderno. Todavia,

⁴³ GROSSI, Paolo. **Para além do subjetivismo jurídico moderno**. Curitiba, 2007. Texto digitado. Trata-se de trabalho apresentado por Grossi no III Congresso Brasileiro de História do Direito, promovido pela Universidade Federal do Paraná.

⁴⁴ GROSSI, Paolo. **En las orígenes de la modernidad jurídica**. Florianópolis, 2007. Texto digitado. Trata-se de trabalho, conferência de abertura, apresentado no Seminário Direito e Poder: nascimento e transformação do Direito moderno, promovido pela Universidade federal de Santa Catarina.

a grande dificuldade, na crise e recorrentemente, tem sido o resgate do coletivo no interior do modelo e das suas categorias, sem abrir mão, por exemplo, da segurança jurídica e da própria liberdade. É nesse contexto e perante esse dilema que surge o movimento de codificação do direito processual coletivo, que se passa a abordar.

4 Movimento e anteprojetos de codificação do direito processual coletivo no Brasil

Processualistas brasileiros,⁴⁵ preocupados com a questão da tutela coletiva, desencadearam movimento que culminaria com a aprovação de um *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, em 2004. Em consequência, dois anteprojetos apareceram e merecem especial atenção. O primeiro sob coordenação de Ada Peregrini Grinover, elaborado junto ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP), que até tramita no Ministério da Justiça. O segundo, coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, teve a sua elaboração nos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Almeida⁴⁶ descreve e critica os três trabalhos e realiza uma síntese das idéias que, no seu modo de ver, amparam e dão sustentação teórica a tal esforço. Suas idéias são uma amostra interessante do pensamento jurídico atual, e merecem reflexão à vista do contraponto do processo romano que se acaba de descrever.

O movimento codificador é colocado num paradigma que opõe modernidade e pós-modernidade. O primeiro representando o pensamento sistemático, do individualismo e da subjetividade jurídica, personificado no monismo jurídico e sua dogmática lógico-dedutiva, que teriam reduzido o Direito à norma e à lei, tendo na segurança jurídica o valor fundamental.⁴⁷

A pós-modernidade representaria a superação desse modelo, substituindo o Código Civil pela Constituição Federal como centro da estatuição jurídica, no rumo da humanização do indivíduo, que passa a titular de novos direitos e deveres. Corolário disso seria o pluralismo das fontes e das soluções no interior do sistema, este que no lugar da certeza e da segurança jurídica passaria a ter como eixo fundamental – a justiça.

⁴⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 86.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 32-39.

⁴⁷ PALMEIRA, Marcos Rogério. **Dimensões do discurso jurídico na modernidade**: a liberdade e a segurança jurídica no direito tributário. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007. Tese de Doutorado defendida perante o CPGD, p. 173 *et seq.*, é um dos melhores trabalhos a respeito de segurança jurídica como princípio estruturante do direito tributário, no seu conflito com a acumulação desigual de riquezas.

Assim, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva (dos Códigos), afirmar-se-ia o pensamento problemático,⁴⁸ o Direito como experiência que se impõe pela realidade social, resgatada pelo próprio Direito. Ao invés de um sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura dos códigos, passa-se a trabalhar com microssistemas jurídicos (como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente), microssistemas que implicam a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do Direito.⁴⁹

O Direito não é visto como composto somente de normas, mas também de valores e princípios jurídicos, em sistema aberto, incompleto e móvel, em que as fontes dialogam em torno de valores fundamentais, permitindo a permeabilidade com o meio social. Assim, a codificação do processo coletivo vai ser realizada nesse contexto de diretrizes pós-positivistas, sob a luz do neoconstitucionalismo.

Pós-positivismo – destaca Almeida – é o novo paradigma para estudo do Direito, *fundado no plano constitucional e de base principiológica, valorativa e transformadora*. A expressão, reconhece, é equívoca, porém a doutrina, nesse diapasão de viés constitucional, identifica nela as concepções que procuram valorizar e otimizar os princípios de uma *ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores*.

O neoconstitucionalismo ou *constitucionalismo social e democrático* insere nova hermenêutica, incompatível com o positivismo legalista, por afirmar – sob a égide do Estado Constitucional – a hierarquia formal e material da Constituição; é um paradigma novo, incompatível com a metodologia do positivismo, que separa direito de moral *expulsando esta do horizonte jurídico*.⁵⁰

Uma citação de Bonavides⁵¹ acrescenta outros aspectos dessa nova hermenêutica (pós-positivista, do neoconstitucionalismo): *interpretação-*

⁴⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UnB, 1979. p. 33-36. Esta obra é ponto forte de sustentação dessas idéias.

⁴⁹ Essas idéias são relacionadas por AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. nº 121. Brasília. 1994. p. 233-243.

⁵⁰ STRECK, Lênio. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (org). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 155. A idéia é na direção de ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Cedisa, 1997. p. 159-161: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal da norma jurídica; ponderação no lugar da mera subsunção; fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais no lugar da autonomia inquebrantável do legislador ordinário.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 592 e 583-584. São corretas as proposições, mas onde está *concepção em torno do direito público* deve-se entender: direito coletivo. Por outro lado, coletivo não sentido das propostas de codificação em discussão, pois se limitam ao campo estrito da ação civil pública da versão em vigor no direito brasileiro.

concretização; superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do *direito público*; inserção do princípio da proporcionalidade; conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa; elaboração de uma concepção de pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, antes concebidos no plano da subjetividade.

Almeida⁵² arremata dizendo que a superação do paradigma *meramente reprodutor da realidade* dá-se por um direito *capaz de transformar a Sociedade [omissis] a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados.*

Sem dúvida, trata-se de um avanço, mas a proposta deve ser entendida no seu lugar e real dimensão, sob pena de embaraçar o verdadeiro processo coletivo – que ela não alcança.

5 Considerações críticas ao modelo de codificação proposto

Não se pretende entrar na discussão miúda do aspecto processual das propostas, pois não é o caso. Questiona-se é o paradigma; melhor dizendo, discute-se o que a proposta não alcança, parecendo alcançar. A preocupação dos projetos é com as ações (civis públicas), efetividade e execução dos provimentos jurisdicionais proferidos em torno das categorias de interesses e direitos transindividuais; não vai além. É um passo a frente, mas dentro do modelo tradicional de tutela jurisdicional, fragmentada, própria do individualismo jurídico. Lide e processo coletivo é outra coisa.

A primeira pergunta é esta: qual seria a base de direito material desse processo coletivo proposto? Quais são os bens em jogo?

Conforme se observa, são os interesses transindividuais: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – que ganham um microssistema processual próprio, com ações e princípios de orientação constitucional e social.

O parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) define essas categorias. Interesses difusos são aqueles *de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.* Interesses ou direitos coletivos seriam aqueles *de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.* E interesses individuais homogêneos *os decorrentes de origem comum.*

Ora, tais categorias são perfeitas quando se trata de defesa do consumidor e sua tutela tradicional por ação civil pública. A situação muda de figura ao reconhe-

⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro.** p. 38.

cer autonomia jurídica de **bens coletivos em espécie**, tais como ambiente, saúde e cultura, em determinados contextos. Porque aí se modifica a natureza da tutela e a natureza do processo coletivo, acrescentando-se uma dimensão que as proposta em tela não cogitam, apesar de se referirem a processo coletivo.

Reconhecendo a autonomia do ambiente como bem jurídico sob titularidade – não do Estado – mas de todas as pessoas em sua dignidade humana e direito à vida, o processo deixa de ser restrito a grupos indefinidos. O titular é a coletividade e a coletividade em juízo é diferente de o consumidor em juízo ou o Ministério Público em juízo ou uma ONG em juízo.

A diferença é radical. Colocar os bens coletivos, como o ambiente, sob a esfera de proteção da subjetividade coletiva significa dar a eles o mesmo *status* de proteção constitucional – com garantia de liberdade e segurança jurídica⁵³ – que se outorga ao contribuinte e à propriedade, mas mediante processo e fontes normativas próprias. Reconhecer a autonomia e a titularidade coletiva, por um lado, é tornar o ambiente insuscetível de apropriação privada, seja em face do fato consumado da lesão, seja em decorrência da tutela jurídica deficitária, como ocorre sob o voluntarismo estatal e o poder de polícia tradicional. Significa, enfim, dizer que qualquer lesão ou conflito em torno de bem coletivo desencadeia processo coletivo.

Assim, o ambiente – à semelhança dos direitos da personalidade – é bem imprescritível, indisponível, insuscetível de apropriação privada ou disposição estatal, que uma vez envolvido em conflito desencadeia processo próprio, que é o processo coletivo; invoca princípios próprios, que se pautam pela construção comunitária da decisão sob o comando judicial e não pelo paradigma individualista da competição; impõe fontes próprias de direito, que se baseiam no pluralismo e não no legalismo estrito de causa e efeito (da Modernidade); pauta-se por processo em dimensão de ágora, desafiando todos os interesses, a integralidade do conflito e não *pequenas ilhas*⁵⁴ de discussão como hoje se faz (mesmo na ação civil pública), em processos que não superam a dinâmica individual das relações.

Quem é o titular do direito coletivo? Eventuais grupos, eventuais vítimas de um ato lesivo? O Estado com seu poder de polícia? Não no caso do ambiente, pois

⁵³ PALMEIRA, Marcos Rogério. **Dimensões do discurso jurídico na modernidade: a liberdade e a segurança jurídica no direito tributário**. p. 27. A liberdade ressalta a precedência do indivíduo sobre a comunidade, culminando com a intangibilidade do direito de propriedade, ao passo que a segurança jurídica – eficaz mecanismo de redução da aleatoriedade do intérprete – deixa a norma jurídica mais previsível e constante, notabilizado no princípio da estrita legalidade.

⁵⁴ PALMEIRA, Marcos Rogério. **Dimensões do discurso jurídico na modernidade: a liberdade e a segurança jurídica no direito tributário**. p. 13 e 14. Procura demonstrar a estrutura da ordem legal tributária centralizada, desigual, que mantém uma estabilidade intrínseca a partir da interpretação cumulativa dos princípios constitucionais. Uma ordem que atua mediante a norma estatal marcada pela atemporalidade, esvaída de conteúdos morais e de historicidade. A atitude científica que a embasa é de edificar um sistema jurídico asséptico, orientado metodologicamente pela subsunção do fato social à lei, caracterizando *pequenas ilhas cognitivas artificialmente reunidas no direito... no intuito de ressaltar somente a dinâmica individual*.

a segurança jurídica e a liberdade de todos, em termos coletivos, estão acima do próprio direito do consumidor. O lesado, freqüentemente, não é só um grupo, é a coletividade em seu direito fundamental. E tudo o que envolve a coletividade é, por natureza, democrático e plural, e deve ser resolvido em processo coletivo, em dimensão de ágora. E não entre o Estado e o poluidor, simplesmente, pois se estaria negando a dimensão coletiva. O procedimento, então, sempre será um procedimento que busca construir – coletivamente aberto – a melhor solução para todos os interesses em xeque: dos particulares, da Sociedade, do Estado, do próprio Judiciário, na perspectiva do porvir – enfim, da equidade no sentido romano clássico.

O bem coletivo, focado dessa forma, desencadeia a lide real e não uma relação fragmentada, como se disse, entre o poluidor, por exemplo, e o Estado e o Ministério Público ou alguma ONG. Não pode ser decidido a portas fechadas, como no processo tradicional.

As propostas de codificação, como se observa, restringem-se ao perfil e ao plano meramente processual, na esfera da defesa do consumidor, e apesar do discurso social e dos avanços inegáveis que representa o campo dos interesses difusos, não transbordam os limites do modelo tradicional – da lide formal – inadequada ao processo coletivo da lide real.

Magistrados brasileiros, felizmente, já começam a dar tratamento diferenciado aos conflitos coletivos propriamente ditos. Um exemplo é o da implantação do Parque Nacional do Campo dos Padres, na Serra Catarinense, em que o Juiz Federal Zenildo Bodnar,⁵⁵ em três dias consecutivos reuniu e ordenou a oitiva de todos os envolvidos: autoridades de União, Estado e Municípios, Ministério Público Federal, representantes dos interesses econômicos, técnicos especializados em todas as áreas pertinentes – e à vista de laudos especializados que levantam as verdadeiras dimensões do problema – agricultores, comerciantes, pecuaristas, especialistas, autoridades locais, firmando ao final, um termo de acordo que encaminha diversos projetos e providências na implantação do parque.

Assim, todos os interessados e os que têm poder de decisão política estão presentes na lide e **juntos** podem **construir** a melhor **solução** para o problema que

⁵⁵ MPF/SC DEFENDE remanescentes de mata atlântica no Estado: procuradores da República participam de vistoria, reunião e audiências conciliatórias. Disponível em: <http://www.prsc.mpf.gov.br/noticias/Releases/2007_baesa_flop>. Acesso em: 11 dez. 2007. Em face do grande impacto ambiental da Usina Hidrelétrica de Barra Grande, a Energética Barra Grande S/A foi obrigada (lei 9985/2000) a financiar a criação, pelo Ibama, do Parque Campo dos Padres (Municípios de Alfredo Wagner, Anitápolis, Bom Retiro, Grão Pará, Rio Fortuna, Rio Rufino, Santa Rosa de Lima e Urubici, na Serra Catarinense). O Termo então firmado alcançou três ações civis públicas: ACP n. 2000.72.00.009825-0; n. 2007.72.00.001075-4; n. 2004.72.00.013781-9, que questionam a preservação de espécies em extinção no contexto do empreendimento. As ações podem ser acompanhadas em: <www.jfsc.gov.br> (inserindo o número no campo Consulta Processual Unificada).

os afeta coletiva e individualmente, **como coletividade** ou como autoridade: no campo aberto em **plano de equidade**. O magistrado, a exemplo do pretor em Roma, preside o processo em dimensão de ágora democrática, em que o indivíduo não é espoliado pelo coletivo nem se apropria, individualmente, do porvir regional que não lhe pertence senão coletivamente.

Conclusão

Do exposto, verifica-se que as propostas de codificação do processo coletivo restringem-se à esfera dos interesses difusos, especialmente do consumidor, mas não superam a dimensão do processo tradicional. É uma grave omissão. Representam um avanço, mas não serão o instrumento adequado às lides coletivas da pós-modernidade, como essa, por exemplo, da implantação de um parque regional que envolve interesses de toda a nação.

Para poder realizar essa crítica sob embasamento científico, procurou-se resgatar, como contraponto às propostas em debate, a sabedoria política e jurídica da *res publica* romana clássica. É ali, naquele momento crucial de absorção de transformações sociais radicais, que o romano ofereceu a grande lição de efetividade do processo, efetividade que ainda não se está vendo hoje, perante a ameaça do aquecimento global. O modelo romano, em sua simplicidade, permitia captar a dimensão do porvir, transcendente às partes e à lei: fosse pelo *ius edicendi* do pretor, fosse pela feição casuística do processo, fosse pela dimensão superior da *aequitas*.

Como resgatar hoje essa dimensão coletiva, no sistema processual constitucionalizado da pós-modernidade? Ora, reconhecendo na Coletividade dos cidadãos um sujeito de direito, emanado da soberania popular constitucional – democrática e pluralista; reconhecendo autonomia aos bens jurídicos coletivos, tais como o ambiente, a cultura e a saúde no contexto de grandes empreendimentos regionais ou nacionais. Isso é possível, desde que se queira cumprir a Constituição (que no parágrafo único do art. 1º torna o brasileiro tão participante quanto o cidadão romano da república) e preservar os direitos fundamentais; desde que dê nova feição à organização judiciária, caracterizando ao lado do processo civil tradicional do CPC, o processo coletivo, sob a batuta de um magistrado (correspondente ao pretor romano), com poder de instalar e presidir o processo em dimensão de ágora, quando for o caso.

Um magistrado que viabilize a lide real e não a lide formal, nos assuntos coletivos; perseguindo a construção coletiva das decisões e não uma disputa estrita e fragmentada, no viés econômico autoritário da velha dicotomia público/privado, esta que tem sido o reino do abuso do poder econômico e do poder político – na modernidade.

O processo coletivo, nesse perfil, não buscará impor decisões entre vitoriosos e derrotados, mas aglutinar as forças sociais e políticas em torno da construção da solução que a todos satisfaça e a todos contemple e preserve. Soluções que habilitem os seres humanos a enfrentar com dignidade as grandes provações que estão pela frente, após o comprometimento das condições de vida – no planeta.

Referências

- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Cedisa, 1997.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. nº: 121. Brasília, 1994, p. 233-243.
- BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Peregrini; SOSA, Angel Landoni. **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**: exposição de motivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigo_modelo_exposicaomotivos_2_28_2_2005.pdf> . Acesso em: 11 de dezembro de 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONFANTE, Pedro. **Instituciones de derecho romano**. Traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1959.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Lei 7347 de 24 de julho de 1985**. 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 (vetado) e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 de jan. 2005.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Tradução de Amador Cisneros. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.
- COSTA, Emilio. **História del derecho romano publico**. Bologna: [...?] 1920(?).

- FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. 4. ed. Brasília: MEC, 1967.
- GRINOVER, Ada Peregrini. **Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**: janeiro de 2007: Ministério da Justiça: última versão. Disponível em: <www.mpcon.org.br/site/portal>. Acesso em: 10 dez. 2007.
- GROSSI, Paolo. **Para além do subjetivismo jurídico moderno**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba, 2007, digitado.
- GROSSI, Paolo. **Em los orígenes de la modernidad jurídica**. Florianópolis, 2007. Digitado.
- LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais (morais) e a jurisprudência brasileira**. Florianópolis, 2007. Digitado.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França. **Digesto de Justiniano: liber primus**: introdução ao direito romano. 3. ed. bilíngüe latim-português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAYNS, Charles. **Cours de droit romain**. 5. ed. Bruxelles: Bruylant, 1891. Vol. 1-3.
- MENDES, ALUISIO Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis>. Acesso em: 10 dez. 2007.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. Disponível em: <www.direitouerj.org.br/2005/download>. Acesso em: 10 dez. 2007.
- MENDIZABAL, C. **Curso de derecho romano**. Buenos Aires: Lacort, 1947.
- PALMEIRA, Marcos Rogério. **Dimensões do discurso jurídico na modernidade: a liberdade e a segurança jurídica no direito tributário**. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007. Tese de Doutorado defendida perante o CPGD.
- MPF/SC DEFENDE remanescentes de mata atlântica no Estado: procuradores da República participam de vistoria, reunião e audiências conciliatórias. Disponível em: <http://www.prsc.mpf.gov.br/noticias/Releases/2007_baesa_flop>. Acesso em: 11 dez. 2007.
- PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Traducción por José Ferrández González. Madrid: S. Calleja, 1926.
- RIBAS, Conselheiro Joaquim. **Direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: RT, 2000.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 24, Vol. 8.
- SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.
- STRECK, Lênio. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TEIGEIRO, José Santa Cruz. Prólogo del traductor. *In*: SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.
- TITO LÍVIO. **História romana**. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: El Ateneo. Vol.1-2.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Golbenkian, 1993.
- WIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UNB, 1979.