

Planejamento urbano: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo

José Isaac Pilati*

Sumário: Introdução; 1 O Brasil velho; 1.1 O modelo individualista; 1.2 O modelo representativo individualista na CRFB/1988 e no Código Civil; 2 O Brasil novo; 2.1 O Brasil da República Participativa; 2.2 O desafio do povo constitucional; 3 Especificidades do Plano Diretor; 3.1 O Estatuto da Cidade como norma (coletiva e de participação); 3.2 O Plano Diretor com seus instrumentos (o povo constitucional); Discussão e conclusão; Referências.

Resumo: Flagram-se, na CRFB e na legislação infraconstitucional, dois Brasil: um individualista que reluta em desaparecer e outro novo, de democracia participativa, que não consegue se afirmar. Este só será realidade se forem criados os conceitos e categorias de direito material e direito processual indispensáveis ao resgate jurídico do coletivo. Concretamente, é tarefa do povo constitucional, no exercício de prerrogativas fundamentais como a de elaborar o plano diretor da cidade, visto como norma proveniente da democracia direta e não da representativa. À teoria cabe contribuir: pela identificação dos bens coletivos a par dos bens públicos e privados; pelo reconhecimento do sujeito de direito coletivo; pela criação de um processo civil coletivo e pela classificação da propriedade em novas categorias. As propriedades especiais não só asseguram o efetivo cumprimento da função social, como devolvem ao coletivo os bens “estadualizados” pelo velho constitucionalismo liberal.

Palavras-chave: República Participativa; Democracia; Função Social; Propriedade; Plano Diretor; Constitucionalismo; Estatuto da Cidade; Bens Coletivos; Sujeito de Direito Coletivo; Tutela Coletiva; Direito Processual Coletivo.

Abstract: We find, in the CRFB and in the infraconstitutional legislation, two Brazil: one individualist that refuses to go away and a new one, of participative democracy, that can not affirm itself. This will only be a reality with the creation of the new concepts and categories of material and processual rights inalienable to the judicial rescue of the collective. In fact, this is a job of the constitutional people, in the exercise of fundamental prerogatives such as elaborating a city plan, seen as a norm which comes from direct and not representative democracy. It is fitting to add to the theory: for the identification of the collective possessions together with the public and private ones; for the recognition of the subject of collective right; for the creation of a collective civil process and for the classification of property in new categories. The special properties not only assure the effective carrying out of the social function, but also return to the collective the possessions that the old liberal constitutionalism passed on to the state.

Keywords: Participative Republic; Democracy; Social function; Property; City Plan; Constitutionalism; City statute; Collective possessions; Collective Right Subject; Collective Custody; Collective Processual Right.

* Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e Juiz Eleitoral na categoria Jurista do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina – TRESA.

Introdução¹

A explosão caótica das cidades não só compromete a qualidade de vida, como contribui com os fatores que ameaçam a permanência da espécie humana no planeta. O desequilíbrio provocado pelo homem, na cidade e no campo, é resultado de um modelo de desenvolvimento que reinou hegemônico nos últimos 400 anos. Para rever e superar esse legado de exploração irracional da terra é necessário desarmar a arapuca conceitual do velho constitucionalismo e rever o ordenamento jurídico para restabelecer o coletivo, mediante o povo constitucional. É essa a reflexão que se propõe neste artigo. Tenta-se identificar na Constituição da nossa República Federativa a existência de dois Brasil, um velho e sem futuro, mas inteiro e atuante; outro novo e urgente, mas que não consegue romper o casulo. E, em cima disso, procura-se projetar a grande construção hermenêutica de um novo Direito, lançado além dos limites estritos do público e do privado.

A expressão “povo constitucional” é de Paulo Bonavides,² que a empregou num sentido muito peculiar. Utilizou-a para traduzir a importância do povo brasileiro na República Participativa, como protagonista da positivação do direito coletivo mediante o exercício dos instrumentos diretos de participação assegurados pela Lei Maior (de 1988). A elaboração do plano diretor, em cada município, acrescenta-se, é um caso concreto dessa participação do povo constitucional, ou seja, de reconstrução e reinvenção do Direito, de consagração de um novo modelo de desenvolvimento, com função social. Função social da propriedade e da cidade.

O plano da exposição é muito simples. Traça-se o perfil constitucional do Brasil velho e o da República Participativa; propõem-se conceitos e categorias estratégicos dessa nova ordem participativa, e depois se procura focar e descrever a especificidade do Plano Diretor como norma participativa, para concluir com sugestões de alcance político e jurídico à construção de um novo direito coletivo no Brasil.

¹ Este artigo reproduz as idéias discutidas no primeiro trimestre de 2007 no Curso de Doutorado em Direito da UFSC, em Seminário intitulado: Tutelas coletivas. O acento temático no Desenvolvimento Urbano é fruto de exposição realizada no II Congresso de Direito da UFSC, promovido pelo Centro Acadêmico XI de Fevereiro, em abril de 2007.

² BONAVIDES, Paulo. Democracia participativa. XIX Conferência Nacional dos Advogados, Florianópolis, 25 a 29 de set. 2005. Anotações pessoais do autor do presente trabalho. Bonavides destacou que os artigos pertinentes à democracia participativa, na CRFB, estariam no art. 1º, parágrafo único; art. 14 e incisos; art. 49, XV e 61, § 2º. Defendia a idéia de repolitizar a legalidade, na construção da teoria materializada da Constituição.

1 O Brasil velho

Quem tiver interesse em bater uma chapa de raio-x na CRFB, vai identificar na sua inteireza um Brasil do velho constitucionalismo: individualista, representativo, legalista e entregue ao voluntarismo estatal, exatamente como o desenhou o Abade Emmanuel Sieyès³ (1748-1836).

1.1 O modelo individualista

Sieyès, preocupado com a necessidade de dotar os produtores (a nação!) de instrumentos políticos e jurídicos adequados ao funcionamento das relações econômicas burguesas (que em estado de natureza são tão instáveis), construiu a sua doutrina do poder constituinte, baseado num esquema teórico simplesmente notável.

A sua idéia de contrato social, *grosso modo*, pode ser resumida assim: os produtores reunidos formariam a nação; a nação seria a titular da soberania e do poder para formar o Estado; o instrumento de criação do Estado seria a Constituição; a Constituição, como norma superior, positivaria o Estado fixando-lhe como finalidade a proteção dos direitos individuais e das liberdades públicas; como os associados são muito numerosos, o governo deveria ser representativo, funcionando por delegação da vontade comum a representantes eleitos. Assim, o Estado funcionaria mediante o Direito e o Governo atuaria através de representantes. Vale dizer, a nação (voltada para os produtores e não para o resto da população) é tão abstrata quanto o contrato social; concretas são as relações econômicas e a presença do Estado, como dono do coletivo.

A propósito disso conclui Lois,⁴ com muita propriedade:

³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o terceiro estado. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986. Diz a propósito Magalhães: “Podemos dizer que a elaboração geral da teoria do Poder Constituinte nasceu, na cultura européia, com Sieyès, pensador e revolucionário francês do século XVIII. E em seguida: À conclusão da escola clássica francesa colocando a Constituição como um certificado da vontade política do povo nacional sendo que para que isto ocorra deve ser produto de uma assembléia Constituinte representativa da vontade deste povo, se opõe Hans Kelsen, que firma que a Constituição provém de uma norma fundamental.” MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A teoria do poder constituinte. Opinião Jurídica**. Ano VIII, nº 74, maio 2004. Disponível em: <www.datavenia.net/opiniao/teoriadopoderconstituente.htm>. Acesso em: 22 abr. 2007. v. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. Fabris, 1986.

⁴ LOIS, Cecilia Caballero. **Uma teoria da constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Pós-graduação em Direito, 2001. Tese de Doutorado. p. 82.

Movido exclusivamente pela preocupação com as formas que permitiriam que o poder político deixasse de pertencer ao clero e à aristocracia, para passar a pertencer unicamente ao Terceiro Estado, Sieyès acaba por conceber a Constituição como um instrumento de consecução política e proteção jurídica dos interesses da burguesia, então dominante.

O que há de extraordinário nesse modelo do Abade de Sieyès e por que seria uma arapuca conceitual? É que o sistema proposto, na sua aparente simplicidade, subtrai o coletivo, incorporando-o no Estado. O coletivo transforma-se em público, no sentido de estatal, sob a proteção do poder de polícia e sob a égide dos representantes do Governo. É o esquema perfeito para funcionar, prioritariamente, em favor da apropriação privada do coletivo, na forma da lei.

Num passe de mágica, os bens naturais transformam-se em recursos naturais exploráveis. O ambiente não é um bem coletivo e sim uma atividade de polícia exercida na forma da lei. Ele, o ambiente, não tem autonomia de bem jurídico, não possui titularidade coletiva e sua proteção, de Direito público, fica na dependência do voluntarismo estatal. Assim, trazendo um exemplo dos tempos atuais, o Aquífero Guarani não existe para o Direito na sua função natural, de manter a perenidade dos rios. É recurso explorável, sujeito à outorga para a iniciativa privada, nos termos da Lei nº 9433/97.

Ora, com esse modelo, em menos de 400 anos, destruiu-se a Terra, produzindo seu aquecimento e trazendo outras conseqüências cuja extensão de ameaça é cada vez mais alarmante. E esse modelo, que produziu essa tragédia anunciada, está perfeitamente delineado e continua em pleno vigor na CRFB/88.

1.2 O modelo representativo individualista na CRFB/1988 e no Código Civil

O Brasil velho, de democracia representativa, legalista, individualista; de coletivo relegado ao poder de polícia do Estado (modernamente, das agências reguladoras), está comodamente instalado no ordenamento jurídico brasileiro, legitimado por séculos de prática social hegemônica.

Começa pelo art. 1º *caput* da CRFB, que diz que a República Federativa do Brasil é formada, não pelo povo brasileiro, mas “pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. O art. 5º XXII garante a propriedade como direito fundamental e no inciso II diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O art. 170 assegura a livre iniciativa e no parágrafo único o “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente

de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. O art. 98 do Código Civil, por seu turno, reduz os bens a duas categorias: públicos (os do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito interno) e privados (“todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”).

Nesse diapasão segue uma série de dispositivos, temperados por outros de cunho social é verdade, que examinados no seu contexto sistemático, legitimam perfeitamente aquele individualismo dos tempos do Abade Sieyès, em que pese o retórico discurso contemporâneo de função social. E assim será enquanto não se der vida e eficácia àqueles dispositivos, de tempero social, que oferecem o contraponto; melhor dizendo: o velho modelo está no ordenamento por inteiro e vai continuar hegemônico enquanto não se realizar a tarefa de resgate do coletivo.

2 O Brasil novo

De fato, a CRFB estabelece de corpo inteiro, ao lado das prerrogativas liberais individualistas, um outro Brasil, democrático participativo, instrumentado à construção de uma Sociedade com justiça social e novo modelo de desenvolvimento.

2.1 O Brasil da República Participativa

Se o art. 1º *caput* da Lei Maior assegura soberania e cidadania, valores historicamente liberais, também coloca como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, os valores sociais (do trabalho e da livre iniciativa) e o pluralismo (político e jurídico), para acrescentar, no parágrafo, os alicerces de um novo Brasil constitucional: o poder, que emana do povo, é exercido por meio de representantes eleitos “ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Que instrumentos de participação direta são esses?

Em primeiro lugar, os do art. 14 da CRFB. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Na seqüência, o art. 5º legitima qualquer cidadão a propor ação popular (inciso LXXIII), com direito de acesso à informação de interesse coletivo ou geral (inciso XXXIII).

Os artigos 5º, XXIII e 170, II, complementados pelos art. 182 e 186, estabelecem um novo modelo de propriedade – seja urbana, seja rural – com função social.

A função social recebe a sua substância e sentido da dimensão coletiva, a partir dos direitos sociais do art. 193 *et seq* do texto constitucional: saúde, cultura, ambiente, previdência social e todos os outros. O proprietário é dono do seu imóvel,

exerce direito subjetivo *erga omnes*, porém, na forma da Constituição e da lei, perante os direitos coletivos exerce *função* e não direito absoluto.

Esse perfil constitucional do Brasil Participativo reflete no plano infraconstitucional, seja com a ação civil pública, com o Código de Defesa do Consumidor e outros, mas principalmente com o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, em que se define e estabelece, concretamente, a função social da propriedade e da cidade mediante participação direta do povo constitucional.

Se os instrumentos estão aí positivados, qual é a dificuldade?

2.2 O desafio do povo constitucional

O que está faltando é criar os conceitos, classificar as categorias jurídicas dessa nova ordem jurídica participativa. Não será, com certeza, com esse Código Civil e esse Código de Processo Civil, com esse poder de polícia, ou seja, com as velhas ferramentas do modelo individualista de voluntarismo estatal, que se vai realizar a tarefa ingente de construir o novo modelo da Sociedade participativa. Um modelo que não exclui o Estado e a propriedade privada, muito ao contrário, mas que lhes define outro papel, perante o povo constitucional e a função social.

Algumas providências de ordem teórica são urgentes. A primeira delas no campo dos elementos da relação jurídica, redefinindo o que seja: sujeito de direito e bem jurídico.

Nunca terá eficácia o povo constitucional sem a noção de sujeito de direito coletivo. Em qualquer conflito que envolva a coletividade, a presença dos titulares ou atores coletivos é automática, é congênita, seja no plano local, regional, nacional ou global. Os atores sociais têm a sua Ágora jurídica e política sempre que a demanda envolver questões que extrapolam o público e o privado, como acontece, por exemplo, nas questões que ameaçam a segurança global e a permanência da espécie humana no planeta, a preservação de mares e rios e do meio ambiente.

Não existe sujeito de direito coletivo sem o reconhecimento da existência dos bens jurídicos coletivos. Os bens particulares são garantidos pela Constituição e pelo Código Civil. Os bens públicos pelo direito administrativo. Mas os bens coletivos são insuscetíveis de apropriação privada, só admitem disposição coletiva, são imprescritíveis, indisponíveis e inalienáveis. Qualquer vantagem obtida, ainda que legalmente, contra o patrimônio coletivo, é insuscetível de incorporação patrimonial e o fato é imprescritível. Assim, um produto transgênico que se revela nocivo aos bens coletivos obriga toda a cadeia de beneficiados à devolução do lucro obtido com a atividade e todo o patrimônio privado dos agentes fica vinculado ao dano. Mesmo que a lei do parlamento e o termo de ajustamento de conduta digam outra coisa, pois a esfera coletiva é do povo constitucional e não dos seus representantes.

Assim, o fato jurídico que envolve sujeito e bem coletivo caracteriza um conflito diferenciado, que não se resolve pelos princípios e procedimentos de direito privado, ou mesmo administrativo. Isso significa dizer que o direito coletivo desafia a construção de um novo direito material e, com ele, um novo processo para as tutelas coletivas.

No plano do direito material, além das noções de sujeito coletivo e de bem coletivo, impõe-se nova classificação da propriedade. De um lado tem-se a propriedade comum do código civil e de outro as propriedades especiais, cujo regime jurídico flutua entre o público, o privado e o coletivo, como acontece no caso da propriedade étnica, de indígenas e quilombolas.

Assim, a propriedade comum pode ser móvel e imóvel, corpórea ou incorpórea, plena e restrita, perpétua ou resolúvel, como sempre foi e continuará sendo. É um direito exclusivo do seu titular, que lhe assegura uma série de poderes elementares ou faculdades jurídicas, inclusive o direito de seqüela, com as limitações e/ou restrições da lei. Ela situa-se, basicamente, na esfera principiológica da dicotomia do público e do privado.

As propriedades especiais, todavia, apresentam outras dimensões, de ordem social e coletiva, que o direito comum não cobre e das quais não cogita. Situa-se no plano constitucional e além do público e do privado inclui a dimensão coletiva e de função social.

Existem três categorias de propriedades especiais: particulares, de bens nacionais e propriedades coletivas extra-patrimoniais.

A propriedade especial particular é a que tem dimensão especial de função social, como a urbana, a rural e a intelectual, ou mais que isso, a dimensão comunal e cultural, no caso da propriedade étnica.

A propriedade urbana, destinada à moradia e ao comércio, regra geral situada na zona urbana, cumpre a função social “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (CRFB, art. 182, § 2º). As diretrizes gerais estão no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, além das leis de parcelamento do solo urbano (nº 6766/1979) e das incorporações (nº 4.591/1964), delas se materializando o plano diretor. O plano diretor é norma da alçada participativa, do povo constitucional. A discussão, as modificações, as emendas devem ser debatidas com a comunidade municipal; a Câmara de Vereadores, no final, aprova o que foi decidido na discussão coletiva.

Vale dizer, o resgate do coletivo não demanda, apenas, sujeito, bem e fato coletivo; a norma participativa é também uma categoria autônoma, insuscetível de modificação pelas esferas parlamentares de democracia representativa. A Câmara de Vereadores não altera o plano diretor; somente chancela a sua aprovação e as modificações estabelecidas pelo povo constitucional participativo. Esses procedimentos de participação popular devem ser claramente definidos, dando vida ao que estabelece a Constituição da República.

A propriedade rural também cumpre a função social nos termos do art. 186 da CRFB, quando tem aproveitamento racional e adequado, respeita o meio ambiente e as disposições que regulam as relações de trabalho e favorece o bem-estar de proprietários e trabalhadores. As diretrizes constam em lei, especialmente no Estatuto da Terra (nº 4.504/1964) e na Lei nº 8.629/93. Como o plano diretor abrange todo o território do município, a propriedade rural também apresenta uma dimensão participativa. Assim, a solução local das questões agrárias passa a ser discutida nesse fórum coletivo, que define a função social e os níveis de utilização e otimização do território municipal.

Significa dizer que a União Federal e seu parlamento estabelecem as diretrizes da propriedade rural e da reforma agrária; mas a população local é quem define, mediante os instrumentos constitucionais e no plano diretor, o conteúdo material de função social dos imóveis rurais. Com esse entendimento, a questão agrária muda de rumo e atrela-se a uma nova idéia de desenvolvimento.

A propriedade intelectual é garantida pelo art. 5º, XXVII a XXIX da CRFB, “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” e também tem função social, seja como direito autoral (Lei nº 9.610/1998), seja como propriedade industrial (Lei nº 9279/96). Nela se debatem as garantias da propriedade intelectual de índios e quilombolas sobre seus conhecimentos tradicionais, associados ao patrimônio genético e cultural, assim como se garante o direito de estudantes a tirar cópia de obras das bibliotecas para sua formação e educação.

Com outras palavras, a propriedade intelectual insere-se em conceito mais amplo de propriedade, submetendo-se aos deveres de função social, perante a dimensão coletiva da CRFB.

A segunda categoria, da propriedade de bens nacionais, tem sua raiz nos art. 20, V, VIII, IX, 176 e parágrafos e 177, incisos e parágrafos da CRFB. Seu objeto são as jazidas de petróleo, gás natural, hidrocarbonetos fluidos e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, que constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração e aproveitamento, os quais pertencem à União Federal em regime de monopólio. A pesquisa e a lavra desses recursos e o aproveitamento dos potenciais

somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País, na forma da lei. (art. 176, § 1º da CRFB).

No plano infraconstitucional, a exploração desse potencial de propriedade se dá na forma de legislação específica de cada setor, como, por exemplo: DL 227/67 (Código de Minas), Lei nº 7.781/89 (minerais nucleares e derivados), Lei nº 9.478/

97 (política energética nacional e atividades relativas ao monopólio do petróleo), Lei nº 8901/94 (participação do proprietário do solo nos resultados da lavra).

Nessa categoria também se inserem as águas subterrâneas, na forma do art. 21, XIX da CRFB e da Lei nº 9.433/97 (institui a política nacional de recursos hídricos). Embora o disposto no art. 1º (dizendo que a água é um bem de domínio público e que em situações de escassez o uso prioritário seja o consumo humano e a dessedentação de animais), essa lei trata a água como bem a ser explorado economicamente, mediante outorga (art. 11), no mesmo figurino jurídico das jazidas.

O Código Civil contempla expressamente a propriedade privada das riquezas nacionais do subsolo, por intermediação da União, conforme art. 1.473, V, combinado com o art. 1.230, permitindo, inclusive, que sirva de objeto de hipoteca, *independentemente do solo*. É evidente que isso não a retira da esfera e dos desígnios constitucionais da ordem econômica e social, especialmente a sua dimensão coletiva nacional e os deveres perante o ambiente. Trata-se de uma propriedade especial, que tem dimensão público/privada e também coletiva, em face do caráter de exploração com riscos ambientais. O interesse nacional, expresso na CRFB não pode ficar restrito ao voluntarismo estatal, assim como a distribuição da riqueza que ela produz não pode ficar fora do controle e do benefício do povo constitucional.

Por que não se plebiscitam as questões energéticas? A construção de hidrelétricas? Por que as grandes licitações de empresas públicas como a Petrobrás não podem ser realizadas com participação da população brasileira interessada, se existe tecnologia para tanto? Onde está escrito que esses interesses restringem-se aos grupos interessados e ao Governo? Ao contrário, o art. 173, § 1º e inciso I da CRFB estabelece expressamente a função social da empresa pública, sob fiscalização do Estado e da Sociedade.

A terceira categoria de propriedade especial é mais importante. Trata-se da propriedade coletiva extrapatrimonial, que tem por objeto, entre outros, o ambiente (CRFB, art. 225), a saúde (CRFB, art. 196) e a cultura (CRFB, art. 215, Dec. 3151/2001 e 4890/2003). Se não for ampliado o conceito de propriedade para incluir a titularidade desses bens pela coletividade, como imprescritíveis, indisponíveis e insuscetíveis de apropriação particular, não há como se estabelecer o desestímulo econômico à violação das normas respectivas, nem fomentar a participação popular na defesa desses bens, dotados, finalmente, de autonomia jurídica.

A extração seletiva de madeira em florestas públicas (Lei nº 11.284/2006),⁵ ainda que formalmente autorizada, não isenta os beneficiários dos problemas

⁵ BRASIL, Lei nº 11.284 de 2 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável... e dá outras providências. O simples fato de tocar na floresta já é fatal para certas espécies, sem falar daquelas que dependem, essencialmente, das árvores mais velhas para se reproduzir.

ambientais que causam; mas esse questionamento só será efetivo quando se garantir autonomia jurídica ao ambiente, como bem coletivo, fora do alcance da democracia representativa e de seus instrumentos de apropriação privada. O Estado deve tutelar o ambiente, mas não legitimar (por ação ou omissão) a sua devastação.

O resgate dessas categorias leva à recuperação do conceito de conflito, cuja arena já não é a individual, formalista das leis representativas, perante o Estado e com sua solução especificamente jurídica. Cumpre dar vida autônoma ao processo coletivo, portanto, sob pena de não haver impacto na criação das categorias e conceitos até aqui referidos.

As tutelas coletivas exigem um novo processo,⁶ a elaboração de novos procedimentos, que permitam a participação popular efetiva nas decisões de ordem coletiva: audiência pública, estudos de impacto de atividades frente ao plano diretor, vale dizer, uma nova postura do Judiciário perante os problemas coletivos e a personificação jurídica dos seus bens.

Assim, a demanda em torno da construção de um restaurante ou de um hotel em área de interesse ambiental, não se restringe ao interessado e aos órgãos governamentais; o magistrado deve viabilizar a presença de todos os segmentos envolvidos (antigos moradores, pescadores, pesquisadores, historiadores), o que vai exigir procedimentos que o CPC não prevê.

Se não houver noção de bem coletivo, de propriedade coletiva, de sujeito coletivo de direito, jamais se estabelecerão os procedimentos adequados a assegurar a fala coletiva. Buscar em cada caso concreto o que é melhor para a Sociedade, para o Estado e para os interesses particulares. A utilização dos instrumentos de solução desse nível, tais como a negociação, o compromisso com a decisão construída por todos os atores sociais envolvidos, abrirá novos caminhos ao desenvolvimento social, para além do horizonte meramente econômico e privado.

A elaboração de um plano diretor,⁷ por outro lado, promove discussões que devem e podem equacionar os problemas locais; problemas de preservação dos recursos hídricos, de prevenção da criminalidade, de prevenção de conflitos agrários, conforme dito, pois que ali se utilizam os instrumentos constitucionais próprios e específicos para tanto, envolvendo a comunidade e os órgãos governamentais.

⁶ Já há preocupação nesse sentido, inclusive projetos de iniciativa popular que propõem um direito processual coletivo. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁷ Dispõe o art. 43 do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001: “Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:” (órgãos colegiados das três esferas da Federação, debates, audiências e consultas públicas, conferências e iniciativa popular de projeto de lei, de planos e programas de desenvolvimento urbano).

3 Especificidades do Plano Diretor

O surpreendente é que a Constituição e a legislação infraconstitucional já prevêem os instrumentos necessários a essa mudança de rumo, e o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, é o mais claro dos exemplos. O que falta é, exatamente, a criação do arcabouço conceitual indispensável à assimilação cultural desse novo Direito participativo.

3.1 O Estatuto da Cidade como norma (coletiva e de participação)

As normas do Estatuto da Cidade são diferenciadas, por serem participativas quanto à confecção e de ordem pública e interesse social (art. 1º, parágrafo único) quanto à hierarquia. Prevaecem sobre todas as outras de cunho individual, com o reforço, inclusive, do Código Civil, que no art. 2.035, parágrafo único, diz que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos [...] [omissis] [...] para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Pelo Estatuto, o uso da propriedade urbana é colocado em prol do bem coletivo (e não individual), da segurança, do bem-estar e do equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Cidade), e não do interesse econômico imediato e especulativo.

A função social da cidade e da propriedade tem alicerce na sustentabilidade, que significa padrões de produção e consumo compatíveis com o território, o meio ambiente e a qualidade de vida; tem alicerce na gestão democrática, que não dispensa a efetiva participação popular; na correção das distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos; na integração das atividades urbanas e rurais, que faz do plano diretor o principal instrumento de solução dos problemas agrários no plano local; na justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização, o que retira qualquer empreendimento da esfera exclusiva do público e do privado, submetendo-o ao crivo coletivo e seus instrumentos (art. 2º do Estatuto da Cidade).

3.2 O Plano Diretor com seus instrumentos (o povo constitucional)

A política urbana tem como instrumento principal o plano diretor, com seus institutos, especialmente o plebiscito e o referendo. Nos termos do art. 40 do Estatuto da Cidade, o plano diretor é parte integrante e instrumento básico do planejamento, das diretrizes e das prioridades urbanas. Na sua consecução, aprovação e execução, a participação (gestão democrática) é condição obrigatória (art. 44 do Estatuto da Cidade).

A Câmara de Vereadores somente aprova o plano diretor, não o modifica, porque a discussão, inclusive para os parlamentares, realiza-se na esfera coletiva de democracia direta, e não na esfera representativa. E uma vez sacramentado o plano diretor, a sua modificação posterior não é da alçada da Câmara, em face do paralelismo das formas: o plano diretor não é uma lei representativa, portanto, só se modifica com participação popular direta.

Assim, perante a vida democrática das cidades, da presença do povo constitucional, nenhum empreendimento potencialmente negativo pode ser realizado sem passar pelo crivo da comunidade, seja pelo que está no plano diretor, seja pelo que tenha sido decidido no caso concreto, mediante os instrumentos assegurados pela democracia participativa. A tarefa de fiscalização das autoridades públicas não é dispensada, porém elas já não se constituem na última palavra.

Discussão e conclusão

O velho constitucionalismo do século XVIII consagrou um modelo de desenvolvimento que provocou grande desequilíbrio ambiental e social, ao ponto de colocar em risco a sobrevivência da humanidade e da civilização. O velho Direito de matriz individualista ainda está presente no ordenamento jurídico brasileiro, mas já não dá conta dos problemas que ele mesmo, no seu viés de apropriação e desrespeito com a natureza, acabou provocando.

A única alternativa é mudar de rumo e isso, no plano do Direito, impõe a urgente necessidade de resgatar o coletivo.

Neste artigo, procurou-se demonstrar que o modelo liberal, de um velho Brasil, está perfeitamente delineado na CRFB e na legislação infraconstitucional e que o seu grande segredo reside na estadualização do coletivo, democracia indireta, governo representativo, voluntarismo estatal, enfim, uma estrutura jurídica voltada à apropriação privada dos recursos naturais e do patrimônio coletivo.

Ao lado desse velho Direito está delineado na Constituição o de um Brasil novo, que embora munido dos instrumentos e garantias constitucionais, reluta em se desenvolver, sob o império do velho modelo, ainda enraizado na cultura dos brasileiros. Esse novo Direito é o da República Participativa, em que o povo constitucional tem um grande papel a desempenhar, no resgate do coletivo e do efetivo controle social.

Com efeito, a CRFB assegura, no Estado Democrático de Direito, a participação direta da população no exercício da soberania, sob a égide de valores sociais, dignidade da pessoa humana e pluralismo, oferecendo, no art. 14 e outros dispositivos, os instrumentos adequados, tais como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e a elaboração do plano diretor da cidade pela população.

A propriedade e a cidade perfilhar-se-ão, diz a Lei Maior, pela função social e não pelo individualismo proprietário, vale dizer, pelos interesses coletivos de qualidade de vida, ambiente equilibrado, sustentabilidade e eliminação das diferenças sociais e regionais.

Ora, isso só será possível, no plano do Direito, mediante a criação de conceitos e categorias indispensáveis à atuação do povo constitucional, tais como a de sujeito coletivo de direito, como titular dos bens coletivos. Ambiente, saúde e patrimônio cultural não são bens privados nem públicos e sim coletivos. Os bens coletivos são insuscetíveis de apropriação privada, são imprescritíveis, indisponíveis e inalienáveis. Só podem ser objeto de disposição por decisão coletiva, que extrapola a lei parlamentar e o governo representativo.

O reconhecimento dos bens coletivos como autonomia jurídica exige, em complemento, tutela diferenciada, mediante outra área a ser criada e desenvolvida, que é a do direito processual coletivo. Não o será nos moldes do Código de Processo Civil, de cunho individualista, que se apreciarão as demandas coletivas, e sim com instrumentos processuais que possam garantir a presença participativa das comunidades locais, regionais e nacionais nas decisões de seu interesse, como povo constitucional. Aí atuarão princípios próprios, procedimentos específicos e buscar-se-ão soluções que não se limitam ao campo estreito das soluções jurídicas dos processos individuais. Vale dizer, serão soluções construídas em audiências públicas, sob a batuta de um magistrado que tenha ao seu dispor um direito material coletivo desenvolvido e aplicável.

Um conceito nuclear do direito coletivo será, com certeza, o conceito de função social, que por sua vez exige um conceito amplo de propriedade. A função social propõe, ao lado da propriedade comum do Código Civil, as propriedades especiais.

As propriedades especiais serão de três espécies: privadas (urbana, rural, intelectual e étnica, ou seja, quilombola e indígena), as quais se defrontam com a participação coletiva, especialmente a propriedade urbana, em face do Estatuto da Cidade; de bens nacionais (riquezas do subsolo, águas subterrâneas e potenciais hidráulicos), que são objeto de concessão privada por União ou Estados, quando não explorados por empresa pública; e coletivas extra-patrimoniais (ambiente, saúde e cultura), que envolvem bens que não pertencem à União, nem ao Estado e muito menos aos particulares, mas a toda a coletividade e a todos os seres humanos da Terra.

Nesse contexto, a norma participativa é diferenciada, por emanar da soberania popular, do povo constitucional, nos termos da Constituição. As decisões coletivas, tomadas de acordo com os instrumentos constitucionais e dentro da esfera própria de competência, estão fora do alcance representativo, dos vetos do Executivo e das modificações por leis parlamentares. A título de exemplo, a Câmara de Vereadores deve se manifestar sobre o plano diretor da cidade durante a discussão popular; depois disso, apenas dá a sua chancela, sem poder de modificar a lei participativa.

Essa construção hermenêutica de resgate do coletivo irá, com certeza, dar uma nova face ao Estado e seus órgãos e agentes, pois passam a partilhar a soberania com o povo constitucional, nos termos da Constituição. O desenvolvimento econômico será mais justo ou pelo menos tem a perspectiva de ser menos predatório e mais respeitoso com a natureza e os direitos que lhe não pertencem. O direito privado também ganha nova potencialidade, pois institutos como o do enriquecimento sem causa, da responsabilidade civil e do direito de vizinhança vão fornecer parâmetros para desestimular as atividades econômicas nocivas ao interesse geral.

Encerra-se com um exemplo para coroar todo o exposto. Se o plano diretor preserva uma área de floresta pública e um testa-de-ferro abate a madeira, que é consumida por siderúrgicas e pela construção civil, e se o agro-negócio ocupa as mesmas terras desmatadas com plantações de soja, toda a cadeia produtiva envolvida no ilícito responde pela reposição da situação anterior, em ação coletiva, devolvendo, além disso, todo o lucro e todas as vantagens obtidas com a apropriação de bens pertencentes – não ao Estado – mas à coletividade. Qualquer órgão público ou qualquer entidade privada pode tomar a iniciativa de mover a ação e os réus vão responder perante a coletividade, e não apenas perante os órgãos de fiscalização do Estado.

No mínimo, será o fim da impunidade e o início de um novo modelo de desenvolvimento social.

Referências

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

BONAVIDES, Paulo. Democracia participativa. XIX Conferência Nacional dos Advogados, Florianópolis, 25 a 29 de set. 2005. Anotações pessoais do autor deste artigo.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *In: Código Civil; Código Comercial; Código de Processo Civil; Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1419-1429.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10.1.2002 acompanhada de legislação complementar, súmulas e índices. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Lei nº 11.284 de 2 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 abr. 2005.

BRASIL. Lei nº 7.781 de 27 de jun. de 1989. Dá nova redação aos artigos 2º, 10 e 19 da Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 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 jan. 2005.

BRASIL. Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 6766 de 19 de dez. de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Texto compilado. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2007.

BRASIL. Decreto-lei 227 de 28 de fev. de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (*Código de Minas*). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2007.

GROSSI, Paolo. **La propiedad e las propiedades**: un análisis histórico. Trad. Angel M. López y López. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas** (Allgemeine Theorie der Normen). Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: S. Fabris, 1986.

LOIS, Cecília Caballero. **Uma teoria da constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls. Florianópolis, Universidade federal de Santa Catarina, 2001. Tese de Doutorado em Direito.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria do poder constituinte. **Opinião Jurídica**. Ano VIII, nº 74, maio 2004. Disponível em: <www.datavenia.net/opinio/teoriadopoderconstituente>. Acesso em: 22 abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o Terceiro Estado (Qui est-ce que le tiers Etat). Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986.