

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL  
FLUMINENSE

MÁRCIO DE PAULA FILGUEIRAS

ASPECTOS PROCESSUAIS DOS DIREITOS AMBIENTAIS BRASILEIRO E  
NORTE-AMERICANO: PRODUÇÃO DA VERDADE, ACESSO A DIREITOS E  
INTERESSE PÚBLICO EM PERSPECTICA COMPARADA

Niterói  
2012

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL  
FLUMINENSE

MÁRCIO DE PAULA FILGUEIRAS

ASPECTOS PROCESSUAIS DOS DIREITOS AMBIENTAIS BRASILEIRO E  
NORTE-AMERICANO: PRODUÇÃO DA VERDADE, ACESSO A DIREITOS E  
INTERESSE PÚBLICO EM PERSPECTIVA COMPARADA

Esta tese é pre-requisito para obtenção do  
grau de doutor no Programa de Pós  
Graduação em Antropologia da  
Universidade Federal Fluminense

Linha de Pesquisa do orientador: Cultura Jurídica, Segurança Pública e Conflitos Sociais

ORIENTADOR: Dr. ROBERTO KANT DE LIMA  
CO-ORIENTADOR: Dr. RONALDO JOAQUIM DA SILVEIRA LOBÃO

Niterói, 2012

## **Banca Examinadora**

---

Orientador: Dr. Roberto Kant de Lima (PPGA/UFF)

---

Co-orientador: Dr. Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão (PPGSD/UFF)

---

Dr. Luis Roberto Cardoso de Oliveira (DAN/UnB)

---

Dra. Gláucia Maria Pontes Mouzinho (UFF)

---

Dr. Fábio Reis Mota (PPGA/UFF)

---

Dra. Maria Stella Amorim (PPGD/UGF)

## **Suplentes**

---

Dra. Bárbara Lupetti Batista (Doutora/UGF)

---

Dr. Antônio Rafael Barbosa (PPGA/UFF)

## RESUMO

Brasil e Estados Unidos vêm lidando, principalmente a partir da segunda metade do século XX, com a relativa novidade do meio ambiente como questão pública e com as complexidades dos processos judiciais ambientais, que geralmente envolvem causas coletivas e cujos fatos estão envoltos por controvérsias técnicas. Em cada uma dessas sociedades, no entanto, os diferentes dilemas processuais identificados estão relacionados não só às complexidades atribuídas às causas ambientais, mas são oriundos sobretudo das maneiras como estas complexidades se relacionam com as sensibilidades jurídicas e políticas mais amplas destas sociedades, suas noções de interesse público, suas formas consagradas de produção da verdade e modelos de acesso a direitos. De uma maneira geral, o dilema americano parece ser a reprodução da ideologia processual adversarial em um contexto em que práticas e instrumentos não adversariais – muitos das quais oriundas das Cortes inquisitoriais de *equity* - desempenham um papel cada vez mais claro sobretudo nos processos envolvendo causas ambientais e coletivas. No Brasil, por outro lado, o dilema parece ser conciliar a tradição processual inquisitorial que atravessa as áreas cível e coletiva – na qual a proteção do interesse público está relacionado a um papel ativo do juiz e do procurador do Ministério Público na produção da verdade - com a demanda Constitucional por devido processo legal. O material empírico sobre o qual me debruço inclui observação etnográfica de conflitos ambientais no Brasil e nos Estados Unidos, assim como reflexões a respeito de leis, casos e questões referentes às problemáticas obrigatórias do campo jurídico e político de cada país, acessadas através de revisão crítica de bibliografia sobre o tema.

Palavras chave: Meio Ambiente- Direito- Formas processuais-Produção da verdade-Interesse Público

## ABSTRACT

This thesis is about some of the dilemmas expressed by the institutional administration of environmental conflicts in Brazil and in the USA. Both societies have been facing, specially for the last forty years, the upraise of the environment as a public issue and the inherent complexity of environmental litigation, usually taking the form of collective lawsuits and having a high degree of factual complexity. However, the different dilemmas faced by each of these societies have to do not only with the inherent complexity of environmental litigation but also with how these complexities interact with the broader juridical culture of these societies and the different institutionalized forms of truth seeking, access to Justice and public interest of both Brazil and the USA. In the USA some of the dilemmas identified have to do with the reproduction of an adversarial ideology – i.e. one in which due process of law is related to party control of the process - while non-adversarial practices play a increasing role in environmental litigation. In Brazil on the other hand, some of the dilemmas identified have to do with conciliating the inquisitorial ideology widely spread in environmental law – one in which the protection of the public interest is related to an active role of the Judge and/or the Attorney General in truth-seeking - with Constitutional demand for due process of law.

Key-words: Environment- Law- Processes- Truth seeking-Public interest

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que buscam lançar sobre os sistemas jurídicos um olhar crítico

## AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos vão para as pessoas que participaram direta ou indiretamente da minha trajetória de formação como antropólogo.

Agradeço ao professor Roberto Kant de Lima, meu orientador, pela atenção e apoio ao meu trabalho. Agradeço a Ronaldo Lobão pela co-orientação séria. Agradeço também a James Ferguson que supervisionou meu trabalho durante o período que estive nos Estados Unidos como estudante visitante no departamento de Antropologia da Universidade de Stanford.

Agradeço também aos professores Amalia Kessler e Michael Wara da faculdade de direito de Stanford que permitiram que assistisse a seus cursos como ouvinte. Agradeço igualmente ao professor Marcelo Abelha, da faculdade de direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

Agradeço a todos os interlocutores desta pesquisa, no Brasil e nos Estados Unidos.

Agradeço aos alunos dos diferentes cursos que ministrei durante um ano e meio na Universidade Federal do Espírito Santo. Apreendi muita antropologia tentando os ensinar alguma.

Agradeço aos colegas da pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, sobretudo àqueles ligados ao Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas e aos colegas do departamento de Antropologia de Stanford. Aproveito também para agradecer a Frederico Policarpo e Ricardo Gueiros, com os quais pude discutir em diversas ocasiões aspectos da minha pesquisa.

Agradeço a Howard Becker pelo interesse que mostrou pelo tema de minha pesquisa.

Meus agradecimentos vão também aos meus amigos não antropólogos, no Brasil e nos EUA.

Não poderia deixar de agradecer à minha família que me apoiou tanto nesta longa trajetória que é a formação de um antropólogo.

Agradeço à Camilla, pelo apoio incondicional.

Por fim agradeço à Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior e à Comissão Fulbright pelo financiamento da presente pesquisa.

## LISTA DE SIGLAS

ADIN- Ação Direta de Inconstitucionalidade

BAAQMD- Bay Area Air Quality Management District

CCA- Clean Air Act

CEQA- California Environmental Quality Act

EPA- Environmental Protection Agency

FAMOPES- Federação das Associações e Movimentos Populares do Espírito Santo

GRPU- Gerência Regional do Patrimônio da União

HSRP- High Speed Rail Project

HSRA- High Speed Rail Authority

InEAC- Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos

MPE- Ministério Público Estadual

MPF- Ministério Público Federal

MOVIVE- Movimento Vida Nova Vila Velha

NEPA- National Environment Protection Agency

NYMB- Not in My Back Yard

NUFEP- Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas

OAB- Ordem dos Advogados do Brasil

PCC - Peninsula Cities Consortium

SEMMA- Secretaria Municipal de Meio Ambiente

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

|                |     |
|----------------|-----|
| Figura 1.....  | 26  |
| Figura 2.....  | 38  |
| Figura 3.....  | 39  |
| Figura 4.....  | 40  |
| Figura 5.....  | 42  |
| Figura 6.....  | 85  |
| Figura 7.....  | 86  |
| Figura 8.....  | 90  |
| Figura 9.....  | 93  |
| Figura 10..... | 116 |

## Índice

### Parte I- Considerações gerais

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| 1.Introdução à temática da pesquisa.....               | 7  |
| 2. Estratégia de pesquisa e a definição do objeto..... | 13 |

### Parte II- A administração dos conflitos ambientais nos EUA

|                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. O caso do High Speed Rail Project ou <i>a train to nowhere</i> .....                                               | 23 |
| 2. <i>Equity courts</i> : uma tradição inquisitorial esquecida?.....                                                  | 41 |
| 3. A <i>common law</i> e a proteção do meio ambiente.....                                                             | 49 |
| 4. Aspectos do processo de produção da verdade jurídica suscitados pelos estatutos ambientais.....                    | 55 |
| 5. A influência da <i>common law</i> sobre os estatutos ambientais e a definição do alcance do interesse público..... | 60 |
| 6. Considerações sobre modelos de acesso a direitos suscitadas pelas <i>citizen suits</i> norte americanas.....       | 70 |

### Parte III- A administração dos conflitos ambientais no Brasil

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.O Plano Diretor Municipal de Vila Velha e a Ação Direta de Inconstitucionalidade.....                                  | 76  |
| 2. Entre barracões e módulos de pesca: 12 barracões, um grupo de pescadores, uma Inquérito Civil e uma Recomendação..... | 84  |
| 3.Algumas considerações sobre o caso do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte.....                                   | 95  |
| 4 Algumas considerações preliminares sobre o sistema legal brasileiro.....                                               | 102 |
| 5.A inquisitorialidade no processo civil brasileiro.....                                                                 | 105 |
| 6. Aspectos gerais do meio ambiente no processo civil brasileiro.....                                                    | 110 |
| 7.Um olhar crítico sobre a solidariedade entre algumas categorias jurídicas no processo coletivo brasileiro.....         | 120 |
| 8. As formas de produção da verdade nos processos coletivos ambientais: O papel inquisitorial do Ministério Público..... | 123 |
| 9.O modelo de acesso aos direitos ambientais no Brasil.....                                                              | 131 |
| 10. A apropriação particularizada do interesse público pelos procuradores do Ministério Público.....                     | 136 |

### Parte IV

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 1.Considerações finais..... | 139 |
| Bibliografia.....           | 158 |

## **PARTE I. Considerações Gerais**

### **1.Introdução à temática da pesquisa**

O direito é um dos temas mais tradicionais da Antropologia. Esta foi a resposta que me acostumei a dar à pessoas com quem interagi durante a trajetória do doutorado e que surpreendiam-se com a idéia de um antropólogo que estudava o direito. Afinal, antropólogo ou advogado? Nas oportunidades em que o diálogo se estendia, explicava que minha formação era em Antropologia e que estudava o direito ambiental do Brasil e dos Estados Unidos com uma curiosidade intelectual treinada, mas que os não antropólogos ainda esperam ver realizada somente a respeito de um outro exótico e distante, de preferência “não Ocidental”.

Isto ficou claro sobretudo quando de minha chegada aos Estados Unidos em que a explicitação destas questões aos meus primeiros interlocutores nativos, não acadêmicos, eventualmente alcançava um momento de perplexidade, ainda que sob um clima descontraído e jocoso, com a fatídica pergunta: “Então você veio aqui nos estudar?” ou “Então somos os índios da sua pesquisa?”.

Dadas as relações de poder nas quais as relações entre Estados Unidos e Brasil estão historicamente inseridas, percebi que algumas pessoas, principalmente as que não tinham treinamento em Ciências Sociais, ficavam um pouco desconcertadas pela idéia de que sua sociedade - ou seja, eles próprios - pudessem ser objeto de pesquisa antropológica, ainda que isso fosse amenizado pela polidez descontraída da interação.

Mas, de fato, um olhar sobre a trajetória da disciplina permite perceber que o direito está presente desde as primeiras questões formuladas pelos antropólogos<sup>1</sup>. Assim, tendo sido formado na tradição acadêmica da Antropologia, sempre me surpreendi com a reação de estranhamento que alguns de meus interlocutores tinham com a idéia do direito ser objeto de reflexão antropológica.

A presente pesquisa filia-se a reflexões que remontam mais especificamente aos estudos de

---

<sup>1</sup>Isto se expressa nos temas de pesquisa que povoaram a imaginação de antropólogos pioneiros no século XIX como Morgan (apud Castro, 2005) e Maine (1861), e que atravessaram as problemáticas das terminologias de parentesco, da descendência matrilinear ou patrilinear e do caráter das obrigações mútuas, sejam elas de “status” ou de “contrato”. Assim, o problema da matrilinearidade e da patrilinearidade é, em grande medida, o problema de como vínculos legais são transmitidos. O problema do “status” e do “contrato” diz respeito à natureza dos vínculos legais, se centrados em unidades sociais corporativas ou se baseados na associação entre indivíduos. É de considerar-se, no entanto, que estes antropólogos, aos quais recorrentemente atribui-se o termo “evolucionistas”, estavam preocupados em compreender a diferença cultural a partir dos efeitos da variável tempo sobre as sociedades e buscavam nas sociedades ditas primitivas a “origem” das instituições que estariam, deste ponto de vista, mais desenvolvidas nas sociedades Ocidentais.

Roberto Damatta (1997) sobre as características estruturantes do espaço público brasileiro. Estas estão analisadas de maneira exemplar no dualismo dinâmico de “A casa e a rua”, obra que realizou a tarefa de superar duas visões aparentemente antagônicas sobre o Brasil, mas que se mostram complementares em sua obra: a primeira perspectiva identifica o caráter nacional a partir do microcosmo das relações pessoais, avessas à explicitação do conflito, o que daria os contornos da cordialidade que caracterizaria a sociedade brasileira<sup>2</sup> já na segunda perspectiva os atores são entidades impessoais como classes sociais, sendo a sociedade brasileira marcada por conflitos estruturais e inconciliáveis.

No modelo apresentado em “A casa e a rua” Roberto Damatta ao invés de rechaçar uma ou outra destas linhas de compreensão de nossa sociedade, busca fundí-las de modo que os universos simbólicos da vida social brasileira, organizados ora por princípios pessoais, hierárquicos e particularistas, ora por princípios impessoais, igualitários e universalistas componham um modelo que incorpore estes princípios conflitantes enquanto parte da totalidade de nossa vida social. Como não poderia deixar de ser, dada sua residência por vários anos no país, DaMatta usa os EUA como um ponto contrastivo fecundo para a compreensão do Brasil.

Tendo sido aluno de Roberto DaMatta, Roberto Kant de Lima (1995) desenvolveu as implicações jurídicas do dilema apresentado por DaMatta em sua tese de doutorado, realizada em Harvard, quando identificou a partir de uma etnografia da polícia da cidade do Rio de Janeiro como no campo jurídico brasileiro a dimensão hierárquica de nossa sociedade toma forma nas práticas inquisitorias de produção da verdade que atuam como formas ritualizadas de confirmação da presunção da culpa de determinados segmentos da sociedade, eventualmente designados através de categorias como “malandro” ou “ladrão manjado”. Como mostra o autor, os procedimentos judiciais brasileiros se assemelham neste sentido às práticas eclesiásticas de produção da verdade e contrastam com a reivindicada filiação da nossa Carta Constitucional a princípios liberais como os da presunção da inocência e da igualdade perante a lei.

Coordenado por Roberto Kant de Lima<sup>3</sup> e sediado no Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, o Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas (NUFEP)<sup>4</sup> tornou-se a partir da década de 1990 um espaço onde as questões desenvolvidas por seu

---

<sup>2</sup> Mas como mostra DaMatta, trata-se de uma cordialidade que convive paradoxalmente com práticas hierárquicas como a que encontra expressão na máxima “Você sabe com quem está falando?”, forma ritualizada de reproduzir relações hierárquicas nas interações cotidianas no espaço público brasileiro.

<sup>3</sup>Atualmente coordenado pelo professor Dr. Fábio Reis Mota

<sup>4</sup>“A partir de 2009 o Nufep tornou-se sede do INCT-InEAC . O INCT-InEAC foi aprovado em fevereiro de 2009, pelo Ministério de Ciência e Tecnologia, através da iniciativa do Programa “Institutos de Ciência e Tecnologia” - Edital 15/08-, proposta pelo CNPq em pareceria com a FAPERJ. Como podemos ler no respectivo site, o Programa Institutos Nacionais de

coordenador tornaram-se também objeto de reflexão de alunos em formação tanto de graduação quanto de pós-graduação.

O NUFEP foi fundado por Luis de Castro Faria, antropólogo que foi um dos fundadores da Associação Brasileira de Antropologia e ligado institucionalmente também ao Museu Nacional do Rio de Janeiro. A influência de Castro Faria deu-se, entre outras, sobre a compreensão das relações entre o saber naturalístico e o fenômeno jurídico nativo em temáticas envolvendo pescadores de beira de praia, o que constitui um dos aspectos caros ao Núcleo nas reflexões sobre o espaço público brasileiro.

Ao longo do final da década de 1990 e dos anos 2000 uma série de pesquisa foram realizadas tendo como eixo as relações entre saber naturalístico, o fenômeno jurídico nativo e políticas públicas<sup>5</sup>. Minha vinculação ao NUFEP se deu a partir do interesse nesta problemática das pescarias de beira de praia e, a partir da identificação de um conflito entre pescadores da Barra do Jucu, em Vila Velha no Espírito Santo e o Ministério Público Federal sobre as formas de apropriação dos espaços da Praia da Concha, comecei a me interessar não somente pelo direito local, como elaborado pelos pescadores, mas também pelo direito brasileiro “oficial” ou aquele cujas regras emanam do Estado.

A partir daí comecei a me familiarizar com um outro grupo de trabalhos orientados pelo professor Roberto Kant de Lima, que debruçavam-se sobre aspectos do processo judicial brasileiro que eu ignorava até então<sup>6</sup>. Estes trabalhos debruçam-se, por um lado, sobre a descrição e compreensão das formas de produção da verdade familiares ao nosso processo judicial, e, por outro, sobre a compreensão do lugar que a Justiça ocupa no Brasil em relação à realização da cidadania e acesso a direitos, ou seja, se ela tem contribuído para sua universalização ou, ao contrário, para sua distribuição particularizada.

Assim, o presente trabalho filia-se ao conjunto de pesquisas que tem sido realizadas por pesquisadores ligados ao Nufep e que tomam como objeto de reflexão antropológica e investigação empírica o campo jurídico brasileiro, buscando também referências contrastivas nos sistemas legais de outros países.

É de fundamental importância para a análise que se segue a consideração de que as mudanças e

---

Ciência e Tecnologia tem como metas, entre outras, mobilizar e agregar, de forma articulada, os melhores grupos de pesquisa em áreas de fronteira da ciência e em áreas estratégicas para o desenvolvimento sustentável do país; impulsionar a pesquisa científica básica e fundamental competitiva internacionalmente; apoiar a instalação e o funcionamento de laboratórios em instituições de ensino e pesquisa e empresas e contribuir para a melhoria do ensino de ciências e a difusão da ciência para o cidadão comum”. Texto disponível no site : <http://www.uff.br/ineac/?q=apresentacao> . Acesso em 09/07/2012.

<sup>5</sup> Entre elas posso citar Colaço (2006); Mibielli (2000); Cunha (2000); Britto (1999); Prado (2002); Lobão (2002); Filgueiras (2008).

<sup>6</sup>E também pela professora Maria Stella de Amorim. Entre eles, Lupetti Batista (2008) ; Duarte (2003); Teixeira Mendes (2008) ; Figueira (2007). Acrescentaria ainda a tese de Mouzinho (2007), sob orientação do professor Marcos Otávio no PPGA/UFF.

dilemas processuais que as sociedades americana e brasileira experimentam na administração de conflitos ambientais devem ser compreendidas tendo como pano de fundo as diferentes tradições políticas e jurídicas nas quais cada uma dessas sociedades está inserida.

As diferentes tradições de produção da verdade, por exemplo, ganham dimensão política quando as pensamos em termos de algumas questões colocadas por Michel Foucault (2001) em “A verdade e as formas jurídicas”. Como mostra o autor, as formas de produção da verdade jurídica constituíram-se historicamente a partir do estabelecimento de determinadas relações entre saber e poder que não foram somente reflexo de transformações econômicas mais amplas atravessadas pelo Ocidente mas constituíram elas próprias as condições legais destas transformações.

Neste sentido, busco identificar como em duas sociedades pós-coloniais, capitalistas e situadas no Novo Mundo estas formas de produção da verdade têm encontrado expressão e que visões de interesse público e modelos de acesso a direitos subjazem a elas. Brasil e Estados Unidos vêm lidando, principalmente a partir da segunda metade do século XX, com a relativa novidade do meio ambiente como questão pública e com as complexidades relativas aos processos judiciais ambientais, que geralmente envolvem causas coletivas e cujos fatos estão envoltos por controvérsias técnicas.

Em cada uma dessas sociedades, no entanto, os diferentes dilemas identificados nos processos coletivos estão relacionados não só às complexidades atribuídas às causas ambientais, mas são oriundos sobretudo das maneiras como estas complexidades se relacionam com as sensibilidades jurídicas e políticas mais amplas destas sociedades, suas noções de interesse público, suas formas consagradas de produção da verdade e modelos de acesso a direitos.

Gostaria de frizar que quando digo tradição jurídica ou sensibilidade jurídica, estou pensando nestas tradições como resultado de lutas internas ao campo do direito de cada uma destas sociedades e não como expressão de uma identidade essencial. Apesar de Bourdieu (1989) não ter desenvolvido senão de maneira breve as implicações das diferentes tradições jurídicas que habitam o Ocidente em sua análise do campo jurídico, acredito que seu modelo de análise baseado na idéia de lutas internas por legitimidade nos ajuda a entender como estas diferentes tradições tem construído hegemonia em diferentes sociedades.

Assim se olharmos para os EUA, podemos ver uma luta que atravessou séculos, desde a Inglaterra, entre parlamentaristas, ligados à Cortes adversariais de *common law* e monarquistas, ligados às Cortes inquisitoriais de *equity*. A partir de 1938, com a aprovação legislativa das *Federal Rules of Civil Procedure*, que produziram uma fusão entre procedimentos de ambas as Cortes, temos

por um lado a “vitória” da *common law* nos EUA, que se expressa no domínio de procedimentos orais, públicos e adversariais. No entanto, aspectos das Cortes de *equity* continuam se reproduzindo no direito americano, especialmente em ações coletivas como as voltadas à proteção do meio ambiente como veremos nesta tese.

Assim, nos EUA, a adversarialidade está relacionada às “Cortes de *common law*”, ligadas historicamente com garantias constitucionais que são reivindicadas tradicionalmente nestas Cortes (Crapanzano, 2000; Garrapon & Papadopoulos, 2005). Esta tradição se expressa, por exemplo, no papel das Cortes como instituições que dão a última palavra na constitucionalidade dos atos executivos e legislativos (Noga Morag-Levine, 2003, p.81). No entanto, como veremos, o direito norte americano talvez seja melhor descrito como uma mistura, nem sempre fácil de compreender, entre princípios adversariais – atribuídos à *common law*- e princípios não adversariais-atribuídos à *equity*.

No Brasil, por outro lado, parece que a ideologia inquisitorial têm vencido as disputas internas ao campo jurídico nacional, com a prevalência dos procedimentos sigilosos, escritos e com o processo sendo controlado pelo Juiz, que possui também iniciativa para produzir provas. Como mostrou Kant de Lima (2008), no Brasil, as tentativas de incorporar procedimentos importados das Cortes de *common law* anglo saxãs acabaram englobados por uma lógica diferente da de seus países de origem. Este é o caso do tribunal do Juri, por exemplo. Como mostra o autor, no Brasil a existência do tribunal do juri expressa tratamento processual desigual para homicídios que envolvam também atentado à propriedade (tratados por juiz singular) e homicídios motivados por razões pessoais ou passionais (tribunal do juri).

Além disso, no Brasil o Tribunal do Juri é uma imposição do sistema nestes tipos de crime enquanto nos EUA é um direito do qual o acusado pode dispôr em negociações da culpa. A forma de decidir dos jurados também é diferente, enquanto nos EUA eles conversam entre si, para produzir um consenso enquanto membros de uma mesma comunidade, no Brasil eles devem refletir introspectivamente e não comunicar-se entre si, prevalecendo a teoria da psicologia das multidões que concebe que as pessoas de pior juízo podem contaminar o juízo dos melhores.

Esta visão sobre a capacidade das pessoas de produzirem entre si consensos que sirvam como regras sociais, tão familiar à cultura jurídica americana, é substituída, portanto, por outra, dominante no direito brasileiro, sobre um espaço público formado por pessoas com capacidades desiguais. De fato, como aponta Kant de Lima, os procedimentos inquisitoriais, que estão expressos no processo legal brasileiro – inclusive, como veremos, nos inquéritos civis do Ministério Público para a proteção de direitos coletivos como o meio ambiente – estão relacionados às sociedades de desiguais, em que

buscava-se através do sigilo proteger a honra dos investigados poderosos e proteger também os fracos contra represálias.

Como o leitor verá, o papel da Justiça como instrumento de controle dos atos do executivo e do legislativo, ou como instrumento para fazer cumprir leis, atravessa grande parte desta tese. Há uma narrativa corrente sobre o que tem sido chamado por alguns autores de judicialização da política (Werneck Vianna, 1999; Alec Stone Sweet, 2003; Garrapon & Papadopoulos, 2005) que estaria em curso no mundo Ocidental.

Não está entre meus propósitos definir o termo judicialização. A conceituação do termo ocorre de maneira diferente em cada autor mas tem como pano de fundo, entre outros, a questão do papel da Justiça como instância de controle constitucional dos atos do executivo e do legislativo, assim como via de acesso a direitos coletivos como o meio ambiente. Aqui também, veremos diferenças relevantes entre os modelos brasileiro e norte-americano.

Nos EUA este papel das Cortes é visto como constitutivo da própria cultura de *common law*, e está relacionado, por um lado, às proteções individuais contra intromissões inconstitucionais do executivo nos negócios e na vida privada e, por outro, à proteção das minorias contra a supremacia da maioria, impondo limites à soberania legislativa. Por outro lado, como mostra Alec Stone Sweet (2003), na Europa, até a Segunda Guerra mundial prevaleceu uma teoria política com ênfase na soberania do legislativo, expressa, na França, por exemplo, na noção de vontade geral.

A partir da Segunda Guerra, no entanto, no velho continente a experiência de regimes totalitários motivou um interesse pelo controle constitucional do executivo e do legislativo mas, diferente dos EUA, não através das Cortes de justiça, mas através de órgãos especializados independentes mas que, no entanto, desempenham tarefas de cunho legal.

No Brasil, também temos um modelo diferente do americano, mas que não se assemelha tampouco ao francês. Por um lado, como no EUA, é a Justiça – e não um órgão independente do judiciário como na França – a instância responsável por decidir questões ligadas a direito público e constitucional. Mas diferente dos EUA há uma lista prévia, determinada pelo legislativo, de legitimados<sup>7</sup> a agir e eles agem “em abstrato”, enquanto a revisão judicial nos EUA está restrita aos “casos e controvérsias”, ou seja, ela se aplica a casos concretos em que pessoas específicas estejam tendo seus direitos afetados.

Por outro lado, nos EUA qualquer pessoa pode levar um caso deste tipo à justiça, não há uma

---

<sup>7</sup> Esta lista será explicitada mais adiante.

lista prévia de legitimados definida pelo legislativo. Mas, como veremos, precisam cumprir exigências legais baseadas em princípios de *common law*, como *standing*<sup>8</sup>, a serem reconhecidas caso a caso pela Corte.

No entanto, meu objetivo aqui não é discutir diretamente uma teoria do equilíbrio dos poderes, tampouco definições do conceito de judicialização. Estou mais interessado em um aspecto específico deste papel cada vez mais disseminado da Justiça, mas também de medidas extra judiciais, que é o de servir de espaço para que conflitos ambientais sejam administrados. No Brasil, veremos isso no papel que o Ministério Público desempenha na fiscalização dos atos de executivo e do legislativo através de instrumentos como Recomendações, Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Cíveis Públicas.

Nesta tese não vou traçar uma explicação do porquê o Ministério Público assumiu este papel no Brasil. Perguntar por quê me levaria a buscar o estabelecimento de relações causais que são mais adequadas às ciências da natureza e não ao estudo dos fenômenos sociais. Ao invés disso, vou buscar compreender como se dá o desempenho deste papel pelo Ministério Público e os efeitos disso sobre os processos observados.

Como veremos, se nossa Constituição expressa princípios individualistas e igualitários, expressos na presunção da inocência e na isonomia jurídica, as leis que regulam o “processo coletivo” estão estruturadas segundo procedimentos hierárquicos e inquisitoriais. Isso tem repercussão sobre o modelo de interesse público predominante em nosso sistema jurídico que recorrentemente expressa características particularistas, orientadas pela moralidade e viés dos operadores do Ministério Público, apesar de que segundo a doutrina este interesse se refira a entidades difusas e abrangentes, como o “povo brasileiro”.

## **2. Estratégia de pesquisa e a definição do objeto**

Está claro para mim que tanto no campo jurídico brasileiro quanto no norte-americano há diferentes posições teóricas sobre institutos e direitos e não é meu objetivo oferecer uma visão monocromática do direito ambiental de cada país. No entanto, acredito também que estas diferentes posições se encontram dentro de cada um destes campos, expressando representações comuns sobre os princípios fundamentais que regulam, como por exemplo, as formas de produção da verdade.

---

<sup>8</sup>Trata-se de de uma categoria que regula o acesso à justiça a partir de exigências processuais características da tradição de *common law* e que será esclarecida mais adiante.

Foi sob sugestão do meu orientador Roberto Kant de Lima durante a qualificação de minha tese que fui chamado à atenção de que estas representações comuns com às quais me preocupava analiticamente remetem ao tema das “problemáticas obrigatórias” como analisado por Pierre Bourdieu (2007) no texto “Sistema de Ensino e Sistema de Pensamento” que compõe o livro “A Economia das trocas Simbólicas”.

O autor lança um olhar de estranhamento sobre os sistemas escolares, destacando sua capacidade de formar nos indivíduos um corpo comum de categorias de pensamento que tornam possível a comunicação. Assim, além do papel moral que as instituições de ensino possuem, existe ainda o papel de fornecer as condições do consenso cultural nos termos de uma participação de um senso comum entendido como condição da comunicação. Neste sentido é que seria possível um levantamento dos conjuntos de questões obrigatórias que definem o campo cultural de uma época.

O autor continua:

De qualquer modo, não se conseguiria ir além das aparências caso se concluísse em todos os casos a partir das divergências patentes que opõem os intelectuais de uma época acerca do que muitas vezes se designa os “grande problemas do tempo” como se houvesse uma falta de integração lógica. O desacordo supõe um acordo nos terrenos do desacordo, e os conflitos manifestados entre as tendências e as doutrinas dissimulam, aos olhos dos que deles participam, a cumplicidade em que implicam e que choca o observador estranho ao sistema (p.207).

Ora, dessa maneira pude perceber que as diferentes posições de autores do direito norte americano ou brasileiro sobre determinados institutos ou aspectos processuais me permitiam acessar, ao mesmo tempo, alguns acordos subjacentes que constituem o horizonte mais amplo da cultura jurídica de cada uma destas sociedades e a partir do qual as diferentes posições dentro do campo são construídas e tornam-se antropológicamente inteligíveis.

Destaco aqui que esta questão das problemáticas obrigatórias pode ainda ser desdobrada em dois níveis. Em primeiro lugar podem ser pensadas no sentido das questões que constituem objeto de reflexão e debate pelos próprios antropólogos e constituem o conjunto de problemáticas da disciplina sobre determinada área de interesse, como o direito. Por exemplo, a questão das formas de produção da verdade jurídica constituem uma das problemáticas obrigatórias da antropologia do direito, que podem ser estudadas entre os azande do Sudão ou entre os norte-americanos, já que designam preocupações analíticas dos antropólogos e que eles podem estudar em diferentes sociedades.

A questão das problemáticas obrigatórias, no entanto, pode ser pensada ainda em outro nível ou

dimensão, relacionada mais especificamente às particularidades dos contextos estudados pelo antropólogo. Neste sentido, falar em oráculo de veneno entre os azande é falar em relações hierárquicas entre tipos de oráculos, acusações de bruxaria ou adultério, manipulação adequada do veneno *benge*, dar sentido aos infortúnios, tabus de poluição na manipulação do oráculo, ordenamento adequado das perguntas e etc (Evans-Pritchard, 2005).

Questões diferentes daquelas suscitadas, por exemplo, pela etnografia de Kant de Lima (1995) sobre as práticas judiciais e policiais brasileiras, em que falar em processo legal é falar em inquisitorialidade, hierarquia, domínio da lógica do contraditório, obrigatoriedade de procedimentos, culpabilização e etc.

Assim, nesta tese parto de determinadas preocupações que são parte do arsenal de conhecimentos da Antropologia do Direito, a saber, as formas de produção da verdade (Evans-Pritchard, 2005; Kant de Lima, 1995;2008), os modelos de acesso a direitos (Nader, 2003; Mouzinho, 2007) e os entendimentos variados da categoria público em diferentes contextos (Kant de Lima 1995; 2008; Thévenot & Lamont, 2000; Mota, 2009). Esta estratégia analítica me permitiu acessar algumas das problemáticas obrigatórias suscitadas pelas ações coletivas nas sociedades estudadas.

Neste sentido, no contexto norte-americano, falar em *citizen suit*, por exemplo, é falar em *underrepresented groups*, em *private public interest law firms*, estatutos ambientais, *deference*, *discretion*, agências, regulação, risco da tirania da maioria, *lobbies* legislativos, *equity courts* e etc, categorias cujo significado esclarecerei ao longo deste texto e estão reunidas neste momento somente por motivos argumentativos.

Ao passo que no Brasil, falar em Ação Civil Pública, por exemplo, é falar em Ministério Público, procuradores, hipossuficiência, direitos difusos, meio ambiente, interesse público, tutela, inquisitorialidade, inquérito civil e assim por diante. Meu objetivo é compreender como estes dois conjuntos amplos de categorias se relacionam em cada uma das sociedades estudadas e o que eles permitem dizer sobre as preocupações mais amplas que cercam o horizonte da administração judicial e extrajudicial de conflitos ambientais. Em outras palavras, que categorias e problemáticas são suscitadas por textos, legislações, práticas judiciais que tomem o meio ambiente e a administração de conflitos ambientais como centralidade no Brasil e nos Estados Unidos.

É neste sentido que está claro para mim que parto de questões colocadas pela disciplina na qual fui treinado para então identificar as questões que são relevantes para os atores que formam os dois campos empíricos que estudei. Parto assim da problemática analítica para encontrar as problemáticas

nativas e deste encontro produzir uma síntese que é esta própria tese.

As questões que desenvolvo nesta tese surgiram sobretudo no final de minha pesquisa para o mestrado, em 2008, realizado neste mesmo Programa na Universidade Federal Fluminense, quando acompanhava um conflito envolvendo os pescadores da Praia da Concha, na Barra do Jucu, em Vila Velha, no Espírito Santo, e o Ministério Público Federal, que realizou a remoção de seus barracões de beira de praia, após considerar as ocupações ambientalmente irregulares.

Este episódio me fez refletir sobre como nosso sistema jurídico concebe o meio ambiente e qual papel atribui a atores como o Ministério Público em sua proteção. Já em 2010, após um ano e meio cumprindo os créditos do doutorado, a oportunidade surgida com a bolsa Capes/Fulbright me indicou que eu poderia reunir a minha experiência de pesquisa no Brasil, e contrastá-la com minhas impressões sobre os EUA. Passei então a definir a pesquisa ao redor dos dilemas expressos por processos de administração de conflitos ambientais nos dois países, buscando identificar os seus atores, suas posições relativas no campo jurídico de cada país, o papel e as características do processo judicial, as visões concorrentes sobre interesse público em cada país, etc.

Logo começaram a me surgir algumas questões metodológicas. Isso porque durante a realização da monografia de graduação e da dissertação de mestrado as pescarias da Praia da Concha reuniam de maneira mais clara o tipo de situação de pesquisa antropológica considerada clássica: estudar aspectos da organização social de uma atividade realizada por um grupo específico em espaços físicos e sociais relativamente bem delimitados. Agora eu estava em outro país para estudar aspectos do direito americano através de *loci* muito mais diversos, como reuniões em *City Halls*, faculdades de direito, manifestações públicas, visitas a *court rooms*, documentos legais e literatura sobre direito e meio ambiente.

Foram também de fundamental importância para minha pesquisa, relações que estabeleci com pessoas não diretamente ligadas ao tema da pesquisa mas que faziam parte da comunidade mais ampla da região em que vivi no Vale do Silício na Califórnia, mais precisamente em *Mountain View*, próximo à Universidade de Stanford. Assim o *Bechtel Center* da Universidade de *Stanford*, por exemplo, que recebe e dá suporte a estudantes estrangeiros na Universidade, foi um lugar em que conheci moradores antigos da região e que prestam trabalho voluntário no centro e que possuíam suas próprias impressões sobre o tema que eu estava estudando.

Neste sentido utilizei uma estratégia *multi-sited*, em função da própria temática que me propus a estudar, ou seja, as relações entre direito e meio ambiente. Isso significa que enquanto as pescarias da

Barra do Jucu eu só podia estudar naquela localidade, o tema abrangente da administração institucional dos conflitos ambientais me levava a uma gama de lugares, instituições e atores menos localizados espacialmente.

Mas fazendo eco às considerações de Clifford Geertz (1989) de que os antropólogos não estudam as aldeias mas nas aldeias, fui encontrando um sentido maior de estabilidade na medida em que a temática da pesquisa foi sendo refinada de modo que a questão foi deixando de ser onde eu estava estudando, mas o que eu estava tomando como objeto de reflexão naqueles diferentes *loci* de pesquisa.

Gostaria de destacar, no entanto, duas dimensões das dificuldades de fazer pesquisa antropológica sobre o direito nas duas sociedades que estudei. A primeira dimensão diz respeito às dificuldades e os cuidados necessários para não naturalizar as categorias jurídicas familiares ao campo jurídico. Como fazem parte do conhecimento e da linguagem comum dos participantes do campo tive que me esforçar em explicitar para mim e para o leitor desta tese as noções que subjazem aos termos e categorias que os membros do campo tomam como dadas. Foi através deste esforço que pude acessar os acordos subjacentes ao campo jurídico de cada sociedade e como expressam bases culturais mais amplas e estabelecidas.

Uma outra dimensão das dificuldades em fazer pesquisa sobre o direito das sociedades brasileira e norte-americana diz respeito ao acesso aos atores do campo. Assim, nos Estados Unidos, por exemplo, apesar de eu ter entrevistado o advogado que atuava no caso do trem de alta velocidade que veremos a seguir e de ter frequentado reuniões na prefeitura de Palo Alto que discutiam o tema, além de ter frequentado cursos na Faculdade de direito de Stanford como parte da pesquisa, fracassei em minha tentativa de acompanhar a rotina da *Environmental Law Clinics*, o centro sediado na Faculdade de direito de Stanford e que atua em ações ambientais. A coordenadora explicou-me que acompanhar a rotina do centro implicaria em eu ter acesso a informações estratégicas dos casos que ela não achava conveniente tornar públicas. De maneira similar, no Brasil, é muito difícil acessar as rotinas dos procuradores do Ministério Público e, algumas vezes, mesmo ter uma entrevista com eles.

Isto contrasta fortemente com minha pesquisa com os pescadores da Barra do Jucu, com os membros do Fórum em Defesa de Vila Velha ou nas reuniões na Prefeitura de Palo Alto, na Califórnia que veremos nesta tese. Nestes ambientes meu acesso foi muito mais fácil. Isto mostra que nas sociedades estudadas existem regiões mais ou menos acessíveis aos pesquisadores e mesmo aos cidadãos, o que coloca limitações e impõem estratégias ao pesquisador de campo.

Esta problemática foi levantada de maneira exemplar por Laura Nader (1972) em seu artigo *Up the anthropologist: perspectives gained from studying up*. Como mostram as considerações de estudantes de Antropologia reunidos pela autora, há uma série de problemas sobre o acesso às instituições como empresas, agências oficiais ou escritórios de advocacia que nos fazem pensar sobre a viabilidade da pesquisa antropológica quando estratégias de pesquisa como a observação participante não estão disponíveis, seja porque não é viável em termos práticos ou simplesmente porque os membros destas instituições são receosos de tornar públicas suas práticas internas.

Como discute Nader, isto dá a impressão ao pesquisador de que, se ele não pode fazer um trabalho de campo do tipo tradicional, ou seja, através de longas interações informais face a face, então ele não poderia estudar determinada instituição enquanto antropólogo. No entanto, este seria um dos falsos problemas no estudo deste tipo de instituições, que estaria relacionado em certa medida com a relação que foi estabelecida entre o “viver entre os nativos” e a prática antropológica. Como aponta a autora, há uma série de outras formas de acessar dados que precisam ser melhor exploradas pelos pesquisadores.

No meu caso, uma parte significativa da pesquisa consistiu em colocar sob descrição certas categoriais e problemáticas que dizem respeito às tradições processuais dos dois países às quais tive acesso através de textos especializados da área. Quando estuda o direito de duas sociedades letradas que possuem especialistas, vindos da academia e da prática jurídica, que escrevem textos dedicados a discutir questões que lhes parecem problemáticas sobre seus sistemas legais nativos o antropólogo não pode ignorar estes textos enquanto objeto de análise.

Assim apesar de que tenha interagido algumas vezes mais outras menos intensamente com diferentes atores ao longo desta pesquisa, em uma série de interações face a face como conversas informais, pescarias, reuniões, entrevistas, aulas de direito, etc, uma parte importante da pesquisa foi feita através da leitura e análise de legislações, documentos legais e textos de especialistas da área do direito através de um viés antropológico que, no entanto, não estava baseado em interações cara-a-cara.

Logo nas primeiras semanas em que estava nos EUA, em setembro de 2010, uma moradora da região, que conheci no *Bechtel Center*, sugeriu que eu acompanhasse o caso do *High Speed Rail Project*. Trata-se do projeto de construção de um trem de alta velocidade que estava sendo alvo de ações judiciais por grupos e cidades em função da forma como sua realização estava sendo conduzida pela *High Speed Rail Authority*, agência estadual que não teria realizado estudos adequados sobre impactos de diversas ordens, inclusive ambientais. A partir de então passei a acompanhar as reuniões

do *Peninsula Cities Consortium (PCC)* na cidade de Palo Alto, que reunia cidades afetadas pelo projeto e pude observar as discussões a respeito dos últimos acontecimentos a respeito da ação judicial, da realização do *Environmental Impact Report* (Relatório de Impacto Ambiental), além das demandas de moradores, etc.

Além de observar as reuniões, acompanhei o caso nos jornais locais e nacionais e conversei sobre o caso com pessoas como um funcionário da prefeitura de Palo Alto que me explicou os aspectos gerais do caso e inclusive desenhou para mim um organograma da administração do projeto, a *Mayor* de Burlingame, durante um *press release* (conferência jornalística) na cidade, além também do advogado das cidades no caso, em sua casa em *Oakland*. Como não possuo um *background* em direito<sup>9</sup> tinha bastante dificuldade em compreender os aspectos mais propriamente jurídicos do processo e decidi frequentar cursos na Faculdade de Direito de Stanford para me familiarizar melhor com o caráter das ações judiciais iniciadas para proteger o meio ambiente nos EUA, estratégia que mostrou-se bastante frutífera<sup>10</sup>.

O primeiro curso que fiz foi o de *Civil Procedure*, durante o *Fall Quarter*<sup>11</sup>. Neste curso, pude me familiarizar com os aspectos mais elementares do processo civil americano. Me familiarizando com o trabalho da *instructor* Amalia Kessler, descobri o interessante artigo dela sobre as relações entre as Cortes de *common law* e Cortes de *equity* que considero fundamental para a compreensão de alguns dos dilemas da administração institucional de conflitos ambientais naquele país.

No *Winter Quarter* acompanhei com a mesma professora o curso de *Comparative Law*. Nele pudemos discutir, aspectos amplos dos sistemas legais americano e europeus continentais, especialmente Francês e Alemão, como processo civil, processo penal, direito administrativo, produção de provas, assédio sexual, discriminação racial, etc. Neste curso tive a oportunidade de compreender melhor a auto imagem legal dos americanos, diante da reação deles a respeito de declarações como a de uma advogada feminista francesa que, criticando o espírito litigante dos americanos, sugeria que a

---

<sup>9</sup>Problema similar descreve Sofia Tiscórnica quando se refere a necessidade de familiariza-se com as categorias jurídicas argentinas em sua pesquisa em que acompanhou a trajetória de processos envolvendo discussões sobre Direitos Humanos na Argentina, para o qual contou com a colaboração de colegas da área jurídica. Ver Sofia Tiscórnica (2008).

<sup>10</sup>Foi quando visitei a Environmental Law Clinics desta faculdade. Conversei com a Coordenadora e um Clinical Teaching Fellow sobre meu interesse em compreender o papel dos processos judiciais em conflitos ambientais nos EUA mas eles foram claros comigo sobre como eu não poderia acompanhá-los de perto nos casos em que estão trabalhando porque isto poderia atrapalhar suas estratégias judiciais. Expliquei para eles que meu trabalho não tinha o objetivo de revelar informações específicas sobre processos específicos mas compreender o lugar e as formas que a sociedade americana prevê para a administração institucional de conflitos ambientais. Para este objetivo eles me sugeriram assistir a um curso de Environmental Law na faculdade de direito de Stanford.

<sup>11</sup>Diferente do Brasil em que o ano acadêmico é geralmente dividido em semestres ou bimestres, nos EUA ele geralmente é dividido em quatro partes que levam o nome das estações do ano que lhes correspondem.

melhor solução para um companheiro de trabalho que flerta excessivamente talvez não seja a Corte mas um tapa (Saguy, 2004).

O terceiro curso que fiz, no Spring Quarter, foi o de Environmental Law com o professor Michael Wara. Este curso foi fundamental para eu entender aspectos gerais do direito ambiental americano. Assim, a frequência nestes cursos, a literatura sobre o tema à qual fui tendo acesso, o acompanhamento do caso do *HSRP*, pesquisas em jornais e documentos legais, além da experiência mais ampla de viver 10 meses no Vale do Silício/CA nos EUA permitiram que eu identificasse progressivamente alguns dos dilemas principais que são expressos pelos processos de administração institucional de conflitos ambientais naquele país.

No Brasil, minha estratégia de pesquisa percorreu um caminho similar. Também partí de um caso específico, o dos pescadores da Barra do Jucu. No entanto, minha pesquisa no Brasil foi realizada durante um período muito mais amplo, intermitentemente durante a graduação, o mestrado e o doutorado, e, portanto, me permitiu interagir mais proximamente com determinados atores do campo, sobretudo com os pescadores da Barra do Jucu. Quando retornei dos EUA, no segundo semestre de 2011, passei a me dedicar a acompanhar um outro caso de conflito ambiental, envolvendo alteração no Plano Diretor Municipal da cidade de Vila Velha-ES. Ao mesmo tempo assisti a um curso de direito ambiental na faculdade de direito da Universidade Federal do Espírito Santo<sup>12</sup>. Somei a estes dois casos ainda algumas considerações sobre o projeto do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte, no sul do Pará. Neste caso trabalhei somente com dados bibliográficos, documentos e jornais, diferente dos outros em que realizei também observação direta e participante.

Acredito que esta estratégia de ler a literatura jurídica sobre direito ambiental ao mesmo tempo em que acompanhava os conflitos não só nos jornais e em documentos legais, mas também através de observação direta e, algumas vezes, participante, se por um lado foi sendo construída de maneira que não antecipei, por outro, acabou mostrando-se bastante frutífera, tanto em relação ao EUA quanto ao Brasil.

Como veremos, enquanto em ambas as sociedades o meio ambiente é considerado um tema relativamente recente e que demanda discussões novas sobre a estrutura do processo legal – em função principalmente da natureza coletiva dos conflitos e da complexidade dos fatos – são diferentes os dilemas que cada uma das sociedades atravessa, em função das características mais amplas do campo jurídico que constitui cada uma delas.

---

<sup>12</sup> Eu já havia começado a assistir este mesmo curso um ano antes quando tive de interrompê-lo para viajar para os EUA.

Assim, a estratégia comparativa mostrou-se muito produtiva nesta pesquisa ao permitir que eu explorasse como ações judiciais coletivas tomam forma em um campo jurídico dominado por uma ideologia “adversarial” e em um outro em que a ideologia dominante é “inquisitorial”, categorias que esclarecerei ao longo desta tese. Não se trata, obviamente, de hierarquizar modelos jurídicos mas de buscar compreendê-los em seus próprios termos para então submetê-los a comparações cujo objetivo é revelar, pelo contraste, aspectos algumas vezes naturalizados ou implícitos de ambas as tradições jurídicas como suas formas de produção da verdade, seus modelos de acesso a direitos e noções de interesse público.

Esta tese discute de maneira articulada três eixos de questões, estreitamente relacionadas, que dizem respeito aos processos judiciais e extra-judiciais de administração de conflitos ambientais no Brasil e nos Estados Unidos. O primeiro eixo diz respeito às relações entre diferentes formas de produção da verdade que os conflitos ambientais colocam em evidência nos dois países. Nos EUA, os estatutos ambientais trouxeram à cena práticas processuais e remédios judiciais<sup>13</sup> originários das Cortes inquisitoriais de *equity*, tradicionalmente associadas à inquisitorialidade e tirania naquele país, o que coloca alguns dilemas para a reprodução da ideologia adversarial dominante. No Brasil, a doutrina jurídica trata os processos coletivos como uma ruptura em relação a uma pretensa tradição individualista do processo civil. No entanto, a análise de conflitos e de uma bibliografia crítica sobre o processo civil permite identificar que o processo coletivo na verdade reproduz práticas inquisitoriais de produção da verdade amplamente estabelecidas em nossa tradição jurídica, que nunca foi liberal.

O segundo eixo se refere aos modelos de acesso a direitos que estes processos permitem observar no Brasil e nos Estados Unidos. Nos EUA estes modelos estão baseados em uma crença longamente estabelecida no papel das Cortes como última instância de legitimação dos atos do executivo e do legislativo, que se expressa no instituto das *citizen actions* que buscam promover os interesses dos *underrepresented groups*, grupos cujos interesses não estariam sendo levados em conta nas políticas públicas e se vêem ameaçados pelo absolutismo da maioria legislativa. No Brasil, por outro lado, os processos ambientais estão baseados um modelo de cidadania regulada (Santos, 1979) ao

---

<sup>13</sup> A categoria *legal remedy*, que traduzi aqui por “remédio legal”, designa uma ordem judicial que pode ser, por exemplo, uma compensação financeira ou uma obrigação de fazer ou não fazer. Nos EUA a disponibilidade de remédios judiciais constrange a reivindicação legal de direitos. Isso significa que não podem ser buscados nas Cortes a proteção de direitos para os quais não exista remédio legal disponível. Esta exigência chama-se *redressability* e constitui uma das condições para que um caso seja aceito na Corte, ou seja, que o remédio legal buscado seja capaz de *redress* (restituir ou reparar), o dano sofrido. Voltarei a estas questões quando tratar das condições que cidadãos devem cumprir para iniciar ações coletivas nos Estados Unidos.

ênfatarem o papel do Ministério Público que deve proteger os segmentos “hipossuficientes” da sociedade, considerados incapazes ou ignorantes para o exercício autônomo de sua cidadania.

Por fim, o terceiro eixo se relaciona às noções de interesse público concorrentes em cada uma destas sociedades. Como veremos, nos Estados Unidos, os estatutos ambientais da década de 1970, apesar de terem surgido com a promessa de proteger o meio ambiente de maneira ampla, para “todos os americanos”, acabaram sendo limitados por exigências processuais da tradição jurídica de *common law*, o que implicou em um estreitamento do alcance do interesse público em nome do qual as agências pudessem regular e que os cidadãos pudessem reivindicar judicialmente. No Brasil, enquanto a dogmática jurídica relaciona o meio ambiente a um interesse público “difuso”, que diria respeito à totalidade da sociedade, a observação dos conflitos permite perceber que os operadores do Ministério Público recorrentemente definem de maneira particularizada este interesse público em suas ações.

O material empírico sobre o qual me debruço inclui observação etnográfica de conflitos ambientais no Brasil e nos Estados Unidos, assim como reflexões a respeito de casos e questões referentes às problemáticas obrigatórias do campo jurídico e político de cada país, acessadas através de revisão crítica de bibliografia sobre o tema. A tese está organizada nas seguintes partes: em primeiro lugar esta introdução, seguida de dois capítulos (um sobre os Estados Unidos e o outro sobre o Brasil) e uma quarta parte que reúne algumas considerações finais sobre a pesquisa. Os trechos de textos que encontram-se em inglês na bibliografia mas que citei em português foram traduzidos por mim. As categorias norte-americanas que achei melhor preservar em inglês para destacar seus significados específicos foram mantidas em *itálico*, assim como o nome de cidades e instituições americanas. No caso das categorias nativas do direito brasileiro que quis destacar, mantive-as entre aspas.

## Parte II- A administração dos conflitos ambientais nos Estados Unidos

Neste capítulo irei apresentar alguns dos elementos constituintes do campo jurídico americano, no que concerne às problemáticas motivadas pela administração de conflitos ambientais. O ponto de partida será a descrição de um conflito que acompanhei na Califórnia, Estados Unidos, envolvendo a construção de um trem de alta velocidade. A partir deste caso e da discussão crítica de certa bibliografia sobre o tema reunirei as condições para a compreensão de:

- 1) Quais formas de produção da verdade estes processos colocam em evidência;
- 2) Quais os modelos de acesso a direitos emergem do material investigado e
- 3) Quais são as noções de interesse público concorrentes no campo jurídico americano

Isto permitirá identificar algumas das problemáticas obrigatórias envolvendo ações judiciais para a proteção do meio ambiente nos Estados Unidos, o que fornecerá elementos para uma análise contrastiva com as questões identificadas por mim no contexto brasileiro.

### 1. O caso do High Speed Rail Project ou “*a train to nowhere*”

Morei por dez meses nos Estados Unidos da América, mais precisamente na cidade de *Mountain View*, no estado da Califórnia, situada na região conhecida como Vale do Silício, tornada famosa mundialmente por ser sede de empresas de serviços de internet e redes sociais como *Google* e *Facebook*. Cidades como *Mountain View* e *Palo Alto*, designadas como *towns* e *city*<sup>14</sup>, respectivamente, são relativamente pequenas e próximas umas das outras, de modo que um brasileiro tem a impressão que está cruzando bairros enquanto passa de uma a outra. *Palo Alto* é sede da Universidade de *Stanford* que frequentei como bolsista sandwich Capes/*Fulbright* sob supervisão do professor James Ferguson, durante este período que se estendeu de Agosto de 2010 a Julho de 2011.

---

<sup>14</sup> Estas são as designações formais, que constam em documentos, etc. No entanto, quando naquela região alguém diz *I'm going to the city*, invariavelmente estará se referindo a ir a *San Francisco*. Assim, apesar de formalmente *Palo Alto* ser *City of Palo Alto* moradores da região me explicaram que *Palo Alto is not really a city*, ou seja, não é “realmente” uma *City*.



Foto 1: Mapa onde podemos identificar a região do Vale do Silício. Fonte: <http://dailycontributor.com/northern-california-shaken-by-three-weekend-earthquakes/10415/>. Acesso em 10/07/2012.

Trata-se de uma região que conheceu um crescimento econômico sobretudo a partir do pós-Segunda Guerra com as indústrias aeronáuticas e de informática. Tive a oportunidade de ouvir de moradores antigos da região sobre a transformação recente de seus arredores que há quarenta anos tinha características predominantemente rurais, tendo seu centro em *Stanford*, cujo *campus* é conhecido também como *The Farm*<sup>15</sup>.

As pessoas que conheci e que moram há muitos anos na região me pareceram ter uma relação afetiva muito forte com a Universidade, independente de terem-na frequentado como estudantes. Assim, quando me apresentava, em diferentes ambientes, como um estudante visitante vinculado ao Departamento de Antropologia de *Stanford* costumava ouvir comentários sobre o prestígio da Universidade e sobre o privilégio que era frequentá-la, mesmo não sendo um aluno efetivo. Na cidade de *Palo Alto* há bares, hotéis e estabelecimentos comerciais que fazem referência à Universidade e os locais torcem e acompanham o desempenho de *Stanford* via a vis outras Universidades do país na ciência e nos esportes.

Além de *Stanford*, a impressão que tenho é que há um entusiasmo naquela região que é

<sup>15</sup> Ou “a fazenda” em português.

promovido por um tipo de empreendedorismo representado, por exemplo, por empresas como *Google*, cujos criadores afirmam possuir uma política horizontal e anti- corporativa e cujos funcionários também teriam tornado-se milionários. A criavidade e dedicação de pessoas como Steve Jobs, fundador da empresa de produtos eletrônicos de consumo e programas de computador *Apple*, e Mark Zuckerberg, fundador do *Facebook*<sup>16</sup>, me pareceram também sinceramente admiradas, ainda que haja sempre comentários nos jornais sobre as repercussões legais de acusações sobre direitos autorais. Talvez não por coincidência um dos maiores escritórios de advocacia do mundo na área de patentes fique em *Palo Alto*<sup>17</sup>.

De qualquer maneira estes empreendedores são figuras públicas do Vale do Silício num sentido amplo, e estão em ampla evidência no cotidiano local, não só nas revistas de negócios ou tecnologia<sup>18</sup>. Acredito que este tipo de entusiasmo empreendedor ao qual me refiro não é um traço exclusivo do Vale do Silício mas se aplica ao resto do país, porém toma significado especial naquele local por ser de fato onde estas empresas estão sediadas e empreendedores importantes têm domicílio.

Por outro lado, a Califórnia de uma maneira geral e, especialmente, a *San Francisco Bay Area*<sup>19</sup>, têm sido vistos historicamente como líderes na adoção de legislações e empreendimentos “green” (“verdes”, no sentido de “ecologicamente corretos”), comida orgânica e apreço pelo que consideram ser elementos espirituais da cultura de sociedades orientais (não é raro encontrar pessoas que praticam meditação ou tem simpatia pelo budismo). Não é à toa que a figura de Mark Zuckerberg de sandália de dedo, moleton e bilhões de dólares encaixou-se tão bem na paisagem de Palo Alto. Esta mistura de genialidade inovadora, empreendedorismo e desdém pragmático pelas convenções me parece captar bem o espírito daquela região. Para não falar na ingenuidade criativa expressa pelas cores do *Google*<sup>20</sup> ou pela citação de Steve Jobs da máxima “*stay hungry, stay foolish*”<sup>21</sup> em seu discurso na Universidade de *Stanford* em 2005. A isto somem-se as vinícolas californianas do Napa Valley que terminam por dar o ar de sofisticação descontraída à região.

Atualmente, no entanto, a região vive o dilema de, por um lado, ser sede deste

---

<sup>16</sup> Originalmente de Harvard, mas que vive em *Palo Alto*.

<sup>17</sup> Paul Hastings Janofsky & Walke, de acordo com informações de um morador de *Palo Alto* e professor da faculdade de Medicina de *Stanford*.

<sup>18</sup> Durante a escrita desta tese Steve Jobs veio a falecer, mas eu já encontrava-me no Brasil.

<sup>19</sup> Região metropolitana ao redor da baía de *San Francisco*.

<sup>20</sup> Durante nove dos dez meses que estive na região aluguei um quarto na casa de Ruth Kedar, criadora da logomarca da empresa *Google*.

<sup>21</sup> Em uma tradução livre, a expressão designaria “mantenha-se faminto, mantenha-se tolo”. A expressão à qual Steve Jobs fez referência remete à edição de 1974 do “Whole Earth Catalog”. Trata-se de uma revista de contracultura bastante popular nas décadas de 1960 e 1970 à qual Steve Jobs referiu-se em seu discurso na Universidade de *Stanford* como a bíblia de sua geração. Seu discurso está reproduzido em: <http://news.stanford.edu/news/2005/june15/jobs-061505.html>.

empreendedorismo entusiasmado ligado, por exemplo, às empresas de tecnologia e, por outro, sofrer os efeitos do déficit orçamentário do Estado da Califórnia que ameaça serviços públicos básicos como o trem que eu tomava diariamente para a Universidade, chamado *Caltrain*. Essa é parte das críticas feitas ao projeto de construção de um trem de alta velocidade de que trato a seguir, já que envolve investimentos bilionários em um tipo de transporte que não está conseguindo resistir, mesmo com os subsídios do governo<sup>22</sup>

Neste capítulo vou descrever aspectos de duas ações judiciais iniciadas contra a construção de um trem de alta velocidade que, se bem sucedido, ligará *Los Angeles* a *San Francisco*. Um dos aspectos desta discussão é se o trem atravessará parte do Vale do Silício, incluindo a cidade de *Palo Alto*, ou se seguirá uma rota alternativa como explicarei adiante. A análise deste caso será o ponto de partida para uma discussão mais ampla sobre como a noção de interesse público tem sido construída em conflitos deste tipo nos Estados Unidos, os quais possuem na temática ambiental algumas de suas controvérsias fundamentais.

Como veremos, há uma tensão no direito americano entre a determinação de um interesse público amplo, como propunham a princípio os estatutos ambientais da década de 1970 e as demandas da tradição adversarial de *common law*, nas quais a intervenção do executivo para a promoção do interesse público deve ser sempre limitada, sob o risco de serem acusadas de interferir de maneira ilegítima sobre as garantias privadas dos cidadãos e também de empresas. Ao longo deste capítulo esclarecerei em que constituem as diferentes tradições legais concorrentes no direito americano, a de *equity* e a de *common law* e seus efeitos sobre a determinação do que seja interesse público naquele país.

Foi por sugestão de DS, moradora de *Los Altos* - uma das vizinhanças mais caras da região - que me recebeu em sua casa por três dias quando cheguei do Brasil como parte do programa de hospitalidade do *Bechtel Center* da Universidade de *Stanford*, que tomei conhecimento das discussões a respeito do *High Speed Rail Project* (HSRP), o projeto do trem de alta velocidade. DS é educadora e esposa de JS, executivo aposentado de uma empresa de programas de computador, a *Sun Microsystems*.

Iniciei a pesquisa sobre o projeto indo à prefeitura<sup>23</sup> de *Palo Alto* onde um funcionário, R., me explicou aspectos gerais do projeto e do cronograma de reuniões na Prefeitura de *Palo Alto* para discutir estas questões<sup>24</sup>. Como R. me explicou, o projeto está sob responsabilidade de uma agência

<sup>22</sup> Acesso em (<http://blogs.kqed.org/newsfix/2011/02/04/caltrain-proposed-service-cuts-and-station-closings/> ).

<sup>23</sup> *Palo Alto City Hall*

<sup>24</sup> Nestas reuniões, não muito concorridas, pude acompanhar as discussões e preocupações locais com os impactos do projeto na região.

estadual chamada *High Speed Rail Authority* formada por nove membros, cinco indicados pelo Governador, dois pela legislatura estadual e dois pelo Senado estadual<sup>25</sup>. Esta é a descrição que a agência oferece em seu website sobre o projeto:

A *California High-Speed Rail Authority* está desenvolvendo um sistema ferroviário de alta velocidade de San Francisco a Los Angeles e Anaheim que irá operar em velocidades superiores a 220 milhas por hora. O sistema irá conectar os maiores centros urbanos do estado, incluindo Sacramento e San Diego. A construção da infra-estrutura inicial irá começar no *Central Valley*, a espinha dorsal do sistema, em 2012. O projeto gerará 100.00 empregos por ano ao longo dos próximos cinco anos e cerca de 1.000.000 empregos diretos e indiretos ao longo da totalidade do projeto. O projeto está sendo financiado através de recursos estaduais aprovados pelos eleitores, recursos federais, locais e parcerias público-privadas<sup>26</sup>.

Um primeiro ponto a se destacar é que a maior parte dos dados contidos neste texto citado acima, desde o número de empregos que serão gerados, o trecho inicial de construção, assim como a origem e disponibilidade dos recursos para sua realização tem sido constantemente questionados por entidades que têm se organizado contra o projeto, além de terem sido recorrentemente alterados pela própria agência estadual. Um dos maiores exemplos disso é relativo aos custos do projeto, que teriam passado dos iniciais 33 bilhões de dólares para 68 bilhões e, em algumas estimativas, quase 100 bilhões de dólares<sup>27</sup>.

Estas mudanças nos cálculos, acusados frequentemente de ser imprecisos e inflados, têm levantado questões sobre a boa fé dos proponentes do projeto, o que intensificou-se quando estes conseguiram liberação oficial para destruir os emails recebidos após o prazo de 90 dias, o que foi considerado “altamente suspeito” por um dos membros de um dos grupos que agem legalmente contra a agência, a *Community Coalition on High Speed Rail*, já que elimina elementos que poderiam ser usados durante a revisão judicial das ações da agência<sup>28</sup>.

A necessidade de suporte moral para o projeto encontrou expressão controversa em uma fala pública do agora ex-presidente da agência estadual. Tendo nascido na África do Sul e morando há 12 anos nos Estados Unidos, Roelof Van Ark fez referência à emblemática frase do líder Nelson Mandela para referir-se às dificuldades enfrentadas pela agência na implementação do projeto do trem de alta

<sup>25</sup> Em anexo à tese há um desenho feito por este funcionário que explica a estrutura da agência e dos comitês que discutem o projeto.

<sup>26</sup> Disponível no site: ([http://www.cahighspeedrail.ca.gov/pr\\_02022012.aspx](http://www.cahighspeedrail.ca.gov/pr_02022012.aspx)). Acesso em 10/07/2012.

<sup>27</sup> Disponível nos sites: ([http://www.mercurynews.com/california-high-speed-rail/ci\\_20168582/high-speed-rail-chief-bullet-train-wont-cost](http://www.mercurynews.com/california-high-speed-rail/ci_20168582/high-speed-rail-chief-bullet-train-wont-cost) e <http://www.reuters.com/article/2012/04/02/california-highspeedrail-plan-idUSL2E8F2G0720120402>). Acesso em 10/07/2012.

<sup>28</sup> Disponível no site: (<http://abclocal.go.com/kgo/story?section=news/state&id=8670773>). Acesso em 10/07/2012.

velocidade: “sempre parece impossível, até que alguém vá lá e o faça”. Em tom jocoso, Van Ark disse que talvez Mandela não tivesse usado tais palavras se tivesse diante das exigências legais do *California Environmental Quality Act*, o estatuto ambiental que regula a implementação de projetos de grande porte e impacto ambiental como o do trem de alta velocidade de que trato aqui<sup>29</sup>.

Os grupos reunidos contra o projeto reúnem cidades e entidades que desempenham o papel de *watchdogs*, que poderia ser traduzido literalmente como “cães de guarda”. Expressão usada recorrentemente em contextos deste tipo, *watchdog* é definido pelo Free Online Dictionary como pessoa ou grupo que age como protetor ou guardião contra ineficiência, práticas ilegais, etc <sup>30</sup>. No caso que acompanhei era usada para designar os grupos agindo legalmente contra o projeto, mas também identifiquei seu uso em referência a um comitê governamental independente que produzia pareceres sobre as decisões e projetos da agência reguladora. Na sua atuação legal, os grupos que opõem-se ao projeto são designados no processo como *plaintiffs*, agindo contra a agência estadual que, por sua vez, é designada legalmente como *defendant*.

Como detalhado nas petições enviadas à Corte Superior do Estado da Califórnia em Sacramento, os *plaintiffs* neste caso incluem *city of Palo*, *city of Menlo Park* e *town of Atherton* que poderão ser afetadas pelo projeto já que estão localizadas justamente no caminho proposto para o trem pela agência estadual, o *Pacheco Pass*. Além disso participam também da ação contra a agência as seguintes organizações: *Community Coalition on High Speed Rail*; *Petitioner Midpeninsula Residents for Civic Sanity*; *Community Coalition on High Speed Rail*; *California Rail Foundation*; *Transportation Solution Defense and Education Fund* e, finalmente, *Planning and Conservation League*.

Esta possibilidade de que grupos unam-se como parte em um processo, que constitui as *class actions*, destaca mais uma vez a influência das Cortes de *equity* em causas coletivas e complexas nos EUA. Este instrumento teve origem nas Cortes de Chancelaria, da qual falarei nos itens seguintes, e foi consideravelmente expandida a partir de 1966 . Se por um lado promoveria uma economia processual em termos de tempo e dinheiro, por outro desafia a concepção atomista do processo de *common law*, daí as discussões sobre o alcance das decisões sobre os membros da classe quando tratam-se de milhares de pessoas (Garraon & Papadopoulos, 2005).

Os argumentos predominantes dos *plaintiffs* no caso levam em consideração por um lado, o

<sup>29</sup> Acessível no site: (<http://www.clubrunner.ca/CPrg/home/storyitem.asp?cid=3975&iid=170056> ). Acesso em 10/07/2012.

<sup>30</sup> Ver o site: <http://www.thefreedictionary.com/watchdog> mas também [http://ctb.ku.edu/en/tablecontents/chapter31\\_section8\\_main.aspx](http://ctb.ku.edu/en/tablecontents/chapter31_section8_main.aspx) . Acesso em 10/07/2011.

cumprimento dos procedimentos legais de revisão pública do projeto previstos pelos estatutos e, por outro, análises de custo benefício que exploram a atual conjuntura de déficit orçamentário federal e estadual, além dos benefícios ecológicos relativos possíveis com a utilização do trem no lugar de outros meios de transporte que consomem combustível fóssil e a diminuição do valor dos imóveis da região a ser atravessada pelo trem<sup>31</sup>.

Uma coisa que me chamou a atenção é que os moradores destas cidades “menores” - em relação à outras como *San Jose* ou *San Francisco* por exemplo – têm conseguido manter um ar de subúrbio americano às suas vizinhanças com gramados bem cuidados, poucos prédios altos e predominantemente residencial. Tratam-se de vizinhanças consideradas ricas e que são eventualmente acusadas de atuar orientadas por uma lógica de ação do tipo “*Not In My Back Yard*” (NIMBY) como no caso das ações judiciais contra a agência que administra o projeto do trem que discuto aqui. No contexto que observei, trata-se de uma expressão que é utilizada como categoria acusatória. Por outro lado, os moradores envolvidos no projeto assumem publicamente que estão lutando para que o projeto seja realizado adequadamente, com a devida recepção pela agência dos interesses manifestados durante o processo.

Uma cidadã de *Palo Alto* chamada E. A.<sup>32</sup>, que realizou os primeiros cálculos que identificavam a ausência de dados substantivos nos relatórios do projeto, respondeu assim às críticas de um website que acusava os *plaintiffs* de “NIMBY”:

Meu nome é E.A. E você fez referência ao meu trabalho em seu artigo que foi postado hoje em [sfist.com](http://sfist.com) sobre o *High Speed Rail*. Você afirma que tenho “um claro objetivo de manter o trem longe do meu quintal”. Eu afirmaria oficialmente que não tenho este tipo de motivação. Parece difícil às pessoas acreditar, mas o que queremos é nada mais do que ver um processo de política pública de melhor qualidade, em termos de transparência e do uso dos fatos.

De fato, submetemos comentários críticos à agência como parte do processo de revisão ambiental o qual sugeria que a rota atravessando Palo Alto seria a rota mais óbvia a ser considerada. (ver página 2 do “*Study an Altamont Alignment that would serve San Francisco and San Jose on one route*” disponível no website

<http://www.calhsr.com/wp-content/uploads/2010/02/CARRD-Ridership-Program-Level-EIR.pdf>)

Gostaria de saber com base em que você faz as afirmações em sua publicação no seu website. Nós temos percebido que a presunção das pessoas de que qualquer crítica só pode ser motivada por interesses próprios é parte do problema. Isso permite aos promotores do projeto desqualificar qualquer crítica como orientada por uma

<sup>31</sup> Paralelamente ao projeto do trem de alta velocidade existe um projeto de eletrificar a rede local já existente de trens, chamada *Caltrain*.

<sup>32</sup> Co-fundadora da Californians Advocating Responsible Rail Design

lógica *Not in my Back Yard*. Isso elimina a prática de *checks and balances*<sup>33</sup> e todas as coisas que levam a projetos bem planejados<sup>34</sup>

Não se trata aqui de identificar se os grupos agindo contra o projeto estão “realmente” preocupados com a transparência do mesmo ou se estão “apenas” preocupados, por exemplo, com o impacto da construção do trem sobre o valor imobiliário de suas casas. A impressão que tenho é que o uso da categoria acusatória NIMBY tem o objetivo de diminuir o valor moral das ações contra o projeto. Por um lado, denuncia o papel do interesse mercantil imobiliário defendido pelos moradores, por outro, expressa também a problemática referente a um aspecto do espírito político daquela sociedade que é aquele materializado na figura do *self made man*, ou seja, aquele indivíduo que construiu sua vida e sua família de maneira autônoma, sem o apoio de um governo federal, o que conforma o mito original da fundação da sociedade americana.

Assim, me parece que o indivíduo acusado de agir numa lógica NYMB não é somente aquele interessado em defender seus interesses econômicos privados, mas aquele interessado em afirmar a anterioridade política de seus direitos privados diante do risco, por exemplo, de desapropriações que tenham o objetivo de realizar interesses que emanam de instâncias políticas não locais, o que constituiria um interesse público mais amplo do que estariam dispostos a se identificar.

Assim, o que quero destacar aqui é como as acusações de NIMBY parecem referir-se não somente à denúncia do papel dos interesses econômicos privados nas ações contra o trem - já que de fato a racionalidade mercantil encontra legitimidade ampla naquela sociedade - mas acusa também o que seria um horizonte político “limitado” dos opositores ao projeto que não estaria permitindo que ações que alcancem um interesse público mais amplo sejam implementadas.

É claro também que por trás da defesa deste interesse público mais amplo podem estar somente os interesses econômicos do *lobbie* empresarial que irá beneficiar-se com as obras do projeto. Mas o que quero destacar aqui é que o interesse mercantil, seja dos moradores por suas propriedades, seja dos grupos que fazem o *lobbie* pelo projeto, assim como as discussões sobre o que seria o interesse público neste caso (o dos moradores locais ou da sociedade californiana como pretende a agência estadual) determinam em grande medida os termos da controvérsia.

Apesar do objetivo desta tese não ser o mapeamento do campo das entidades ambientais americanas e a identificação ampla de seus atores e suas posições relativas, gostaria de destacar que

<sup>33</sup> Pesos e contrapesos, um dos princípios fundamentais do equilíbrio dos poderes nos EUA e que refere-se entre outras ao papel da revisão judicial na realização do projeto democrático daquele país.

<sup>34</sup> Disponível em [http://sfist.com/2011/07/21/palo\\_alto\\_menlo\\_park\\_would\\_prefer\\_t.php](http://sfist.com/2011/07/21/palo_alto_menlo_park_would_prefer_t.php). Acesso em 09/07/2012.

estas entidades que estão litigando contra o projeto não se confundem com aquelas às quais se atribuem o *environmental justice movement*, movimento de justiça ambiental, que carrega em suas pautas temas como classe, raça e gênero. Movimentos deste tipo utilizam-se muitas vezes, não de estatutos estritamente ambientais, mas do próprio *Civil Rights Act*, estatuto dos direitos civis, de maneira que o despejo de lixo tóxico em um bairro predominantemente negro, por exemplo, possa ser combatido pela acusação de uso de verbas federais para promover discriminação e não apenas pela poluição em si<sup>35</sup>.

Robert Kagan (2003, p.227), professor da Universidade de *Berkeley*, em seu livro “*Adversarial Legalism: the american way of law*” ao elaborar uma crítica ao modelo norte americano em que ações judiciais têm um papel importantíssimo na definição do interesse público, constatou que “ao longo do país, as vitórias de vizinhanças compostas por grupos minoritários em casos de *environmental justice* tem sido poucas”, já que as “ferramentas poderosas do legalismo adversarial são custosas financeiramente e difíceis de calibrar”.

Em 1986, Robert L. Rabin<sup>36</sup> (1986, p.1294) professor na faculdade de Direito de *Stanford*, em seu artigo intitulado “*Federal Regulation in Historical Perspective*” já apontara que os estatutos ambientais da década de 1970 não tocaram diretamente em temas relativos à distribuição de riqueza ou à legitimidade de uma economia baseada no mercado. Nas áreas de controle de poluição, segurança do trabalho e proteção do consumidor, a ideologia prevalecente se preocupou com estratégias para a internalização dos custos anteriormente não reconhecidos do crescimento industrial.

Trata-se do predomínio da teoria das “externalidades”, característica da abordagem econômica neoclássica, como apontado por Henri Acselrad em “Externalidade Ambiental e Sociabilidade Capitalista”<sup>37</sup>. Esta teoria pressupõe o funcionamento de um mercado ideal e reduz todas as variáveis não econômicas à categoria de “externalidades” cujos custos precisam ser administrados seja através de regulações governamentais, ou através de processos judiciais que determinem compensações financeiras, como pode ser observado amplamente nos Estados Unidos.

De fato, ao conversar em diferentes ocasiões com uma colega de *Stanford*, mestranda no departamento multidisciplinar de *Earth Sciences* (Ciências da Terra) e funcionária da *Environment*

---

<sup>35</sup> Um caso emblemático que teria dado início ao *environmental justice movement* foi o de Warren em 1982.

<sup>36</sup> Interessante notar que o autor critica a atribuição de elitismo a este movimento ambientalista porque segundo ele todos os movimentos possuem em suas fileiras membros da elites sociais. No entanto, acredito que o aspecto elitista diz respeito mais à ausência de temas como classe e raça nas pautas iniciais de grupos como o Sierra Club, por exemplo, do que simplesmente à origem social de seus membros.

<sup>37</sup> Disponível no site: <http://sala.clacso.edu.ar/gsd1252/cgi-bin/library?e=d-000-00---0inpso--00-0-0--0prompt-10---4-----0-11--1-es-50---20-about---00031-001-1-0utfZz-8-10&a=d&c=inpso&cl=CL2&d=HASH010103134252faf0bf147f95.3.6> Acesso em 09/07/2012.

*Protection Agency* (Agência Federal de Proteção Ambiental) ela me explicou que esta abordagem centrada no problema das “externalidades” foi a abordagem econômica predominante em sua formação acadêmica.

Realmente, os *plaintiffs* no caso do *High Speed Rail Project* parecem estar mais orientados por cálculos de custo e benefício do que preocupados com os efeitos de variáveis como classe e raça sobre as decisões do projeto. Nas reuniões públicas que frequentei no Palo Alto City Hall, equivalente no Brasil à sede da prefeitura, estes temas não foram trazidos à tona, o que faz sentido se considerarmos que as cidades que agem como *plaintiffs* no caso são formadas de vizinhanças predominantemente ricas.

Como os autores Robert L. Rabin ou Robert Kagan mostram, o sucesso destas estratégias tem sido limitado quando os grupos em consideração são vizinhanças pobres e minoritárias. Além disso, não se trata de um trabalho completamente desinteressado financeiramente já que, apesar de que nestes casos geralmente não são compensações financeiras o que se procura, mas alterações em políticas públicas na forma de obrigações de fazer ou não fazer, os advogados no entanto recebem da Corte as *attorney fees*, ou seja, os valores relativos ao seu trabalho.

As ações judiciais contra a agência estadual de que trato neste capítulo foram possíveis porque um estatuto estadual, o *California Environmental Quality Act* (CEQA), prevê que cidades, associações ou cidadãos iniciem ações para garantir que as regulações que constituem este estatuto sejam *enforced*, ou seja, sejam cumpridas pela agência de acordo com o estatuto. Neste caso, os *plaintiffs* agem como *Private Attorney Generals*. De acordo com o *Free Online Dictionary*, *Private Attorney Generals* são cidadãos que agem legalmente para fazer cumprir direitos que afetem a comunidade como um todo. Este papel está baseado no pressuposto de que as agências reguladoras não devem definir o que seja interesse público sem incorporar as demandas de grupos específicos que demonstrem ser afetados pelos efeitos de um projeto ou política pública.

Estatutos administrativos, dos quais o CEQA é um exemplo, são criados pelos legisladores – neste caso estaduais – para regular aspectos específicos da vida social e fazem parte de um processo de regulamentação da vida pública dos EUA que se intensificou sobretudo a partir das políticas do *New Deal*<sup>38</sup>, que tiveram como objetivo restabelecer a economia norte-americana depois da queda da bolsa de Nova York em 1929 a partir de intervenções federais sobre a economia e outros setores da vida

---

<sup>38</sup>Eles podem ser federais ou estaduais. No caso dos estatutos federais, coloca-se o problema, caro aos americanos, da esfera de interferência do governo federal. No caso dos estatutos ambientais, é a Cláusula do Comércio que é evocada para legitimar a interferência do governo federal nos estados.

social. Trata-se do direito público ou administrativo americano.

Um dos efeitos destes estatutos é criarem agências reguladoras, que fazem parte do poder executivo, mas que também podem legislar dentro dos limites impostos pelo estatuto. Como aponta Robert Kagan, crítico desta forma de moldar as políticas públicas, um aspecto marcante do que ele chama de “legalismo adversarial americano” é a suspeita desta sociedade em relação ao poder do Executivo.

Esta suspeita nutre-se, em grande medida, do risco do “absolutismo da maioria” (Tiederman apud Noga Morag-Levine, 2003). Isto é destacado por Noga Morag-Levine (2003) em seu livro *Chasing the wind: regulating air pollution in the common law state* e explica, segundo a autora, as bases culturais e políticas do papel das Cortes como última instância de proteção de garantias privadas e limitação dos atos do executivo e do legislativo nos Estados Unidos.

Trata-se de uma preocupação que tem como expressão filosófica o utilitarismo de autores do séculos XVIII e XIX, como Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Este último, em sua obra “Da Liberdade” (2006) recupera as reflexões de Alexis de Tocqueville quando enumera a “tirania da maioria” como um dos riscos aos quais estavam expostos os governos democráticos. A legitimidade da revisão judicial e sua preponderância na salvaguarda de direitos na sociedade americana alimenta-se em grande medida destas preocupações.

O desenvolvimento do direito administrativo americano e seu corpo de leis e estatutos sofreu, portanto, desde seu início fortes oposições. Tratar-se-ia da tensão entre dois modelos de Estado, um em que as Cortes são a última proteção das garantias constitucionais contra abusos do executivo e do legislativo e outro em que a soberania dos representantes eleitos deve permitir que somente estes definam a lei (Carter, apud Noga Morag-Levine, 2003).

Como argumento nesta tese, estão implícitos aí diferentes modelos de definição do que seja interesse público concorrentes nos Estados Unidos: um abrangente, baseado na confiança na expertise das agências do executivo, criadas pela maioria legislativa e um outro modelo de interesse público, cuja legitimidade dependeria de possuir um alcance mais limitado, a ser definido através das Cortes.

É de se destacar, no entanto, que não há relação simples entre os proponentes destes diferentes modelos e posições políticas que lhes correspondam. Em diferentes situações, as regulações por parte de agências do executivo, por exemplo, podem interessar a grupos ambientalistas ou a grupos industriais, dependendo da conjuntura em questão.

De qualquer maneira, a idéia de agências reguladoras compostas por especialistas que irão

regular aspectos cruciais da vida social levanta uma questão cara à cultura política e jurídica dos Estados Unidos, que é a de como tornar estas agências *accountable*. Como explica Kant de Lima em comunicação apresentada no Congresso Law and Society em San Francisco, no ano de 2011, esta categoria *accountability* refere-se, no direito norte americano, à necessidade de funcionários públicos justificarem publicamente as opções que fazem no curso do exercício de suas funções, o que pressupõe, por um lado, que escolhem entre opções na hora de tomar decisões, ou seja, possuem *discretion*, mas, por outro, que devem ser responsabilizados por estas. Esta lógica difere, neste sentido, dos procedimentos burocráticos brasileiros baseados não na possibilidade de escolha entre opções mas na mandatoriedade dos procedimentos, tendo como contrapartida não a responsabilização do agente público, mas sua culpabilização no caso de erro.

A categoria *discretion* é fundamental no direito administrativo norte americano porque grande parte das ações contra as agências está baseada em argumentos sobre se esta *discretion* foi utilizada de maneira adequada, o que significa que as escolhas estão baseadas em evidências substantivas, como no caso da escolha entre os dois caminhos do trem de alta velocidade, se o caminho escolhido pela agência, o *Pacheco* ou o caminho *Altamond*, preferido pelos *plaintiffs*.

Como forma de estabelecer mecanismos processuais para esta *accountability*, os “*Environment Acts*” possuem cláusulas que prevêm que grupos de cidadãos, municípios ou associações possam reivindicar revisões judiciais das decisões tomadas pelas agências. São as *citizen suits*. Estas ações judiciais partem do pressuposto de que existem segmentos na sociedade americana que constituem *underrepresented groups*<sup>39</sup>, cujos interesses podem ser protegidos através do sistema judicial, o que nos remete novamente ao problema do risco do absolutismo da maioria, já que se tratariam de grupos cujos interesses não estariam sendo incorporados pelo Legislativo e pelo Executivo e que buscariam na Corte reverter este quadro. A este respeito, Abram Cheyes (1976), que se posiciona como entusiasta do papel das Cortes em moldar políticas públicas afirma que:

|                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| o crescimento do poder judiciário tem sido, em grande medida, função do    | fracasso  |
| de outras agências em responder a grupos que tem sido capazes de mobilizar | energia e |
| recursos políticos consideráveis                                           |           |

Além disso, como aponta Burrows (2009):

O Congresso viu nos cidadãos mecanismos úteis para educar a Corte a respeito de assuntos regulatórios complexos. De fato, cidadãos podem trazer à luz certas informações

---

<sup>39</sup>Cuja tradução literal seria “grupos sub-representados”.

factuais que outros litigantes não queiram ou sejam incapazes de levantar. Cidadãos podem também levantar argumentos que façam a Corte examinar ou reexaminar um tema legal.

Como ficará claro ao final desta tese, esta perspectiva de que os cidadãos possam educar a Corte a respeito de assuntos regulatórios complexos contrasta bastante com a concepção estabelecida no Brasil de que os cidadãos são incapazes de defender seus direitos e daí o papel atribuído ao Ministério Público como tutor do interesse público no nosso país.

A trajetória das duas principais *citizen suits* enfrentadas pela agência estadual no caso que analiso aqui foi-me apresentada por S.F., que trabalha como *private attorney* no processo, representando os *plaintiffs*. Recebendo-me em seu simpático *home-office*, escritório estabelecido em sua própria residência, na cidade de *Oakland*, a nordeste da baía de *San Francisco*, o advogado me explicou como a discussão sobre o projeto data da década de 1990. Em 1996 o legislativo da Califórnia criou uma comissão para estudar a possibilidade de criação de um trem de alta velocidade que ligasse as regiões de *Los Angeles*, *Central Valley* e *San Francisco Bay Area*. Após dois anos de audiências públicas e estudos a comissão chegou à conclusão que o projeto era viável e então foi criada a *High Speed Rail Authority* (HSRA) que é a agência estadual responsável pelo projeto.

Segundo o advogado, a primeira questão que surgiu foi sobre dois caminhos possíveis para ligar a *Bay Area* ao *Central Valley*, uma vez que existe uma cadeia de montanhas chamada *Diablo Range* separando as duas áreas. Segundo o advogado, sob pressão de membros da agência estadual que teriam seus interesses ligados à cidade de *San Jose*, o *Pacheco Pass* foi escolhido em detrimento do *Altamont Pass*. Como consequência desta escolha, o trem passaria por uma série de cidades como *Palo Alto*, *Atherton* e *Menlo Park* produzindo um impacto que passou a ser problematizado por suas respectivas prefeituras. Abaixo, há um mapa retirado do jornal *The Chronicle* que utilizou como fonte o site da agência estadual responsável pelo projeto. No mapa podemos ver, em inglês, as duas potenciais rotas do trem de alta velocidade, *Altamont*, preferida pelos *plaintiffs*, e *Pacheco*, escolhida pela agência estadual:

## Proposed high-speed rail routes

On Wednesday, the California High Speed Rail Authority staff chose the Pacheco Pass route instead of the Altamont Pass route.



Foto 2: Os dois caminhos para o trem: o Pacheco defendido pela agência, e o Altamont, defendido por cidades como Palo Alto.

Este é o principal tema da primeira ação contra a *HSRA*, apresentada à Corte Superior do Estado da Califórnia em *Sacramento*, em 2008. Segundo os *plaintiffs*, o Environment Impact Report não possui evidências suficientes para sustentar a escolha do *Pacheco Pass*. Esta objeção foi aceita pela Corte, junto de uma outra, que contestava o fato de que a *HSRA* propunha o uso das linhas da *Union Pacific*, quando esta não haveria concedido autorização.

A segunda ação foi apresentada à mesma Corte em 2010. Segundo S.F., a *HSRA* apresentou um modelo do projeto do trem e em seguida acrescentou modificações que não teriam sido publicadas. Além disso, E.A., uma analista financeira residente de *Palo Alto*, identificou diversos erros ou imprecisões nos cálculos de *ridership* (projeção de passageiros que utilizarão o serviço) realizado pela *Cambridge Systematics* (de *Cambridge, Massachusetts*) e contidos no projeto. Estes erros foram corroborados pelos estudos realizados a pedido dos *plaintiffs* pelo *Institute of Transportation Studies* de *UC Berkeley*. De acordo com Samer Madanat, engenheiro ambiental do instituto, a projeção da utilização do serviço seria tão pouco acurada que não seria possível determinar com precisão se o empreendimento seria rentável ou, pelo contrário, um fracasso econômico<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Disponível em: <https://sites.google.com/site/hsrrealdeal/california-high-speed-rail-ridership-forecast-not-reliable-study->



Foto 3: Protesto durante um Press Release da Prefeitura de *Burlingame* a respeito do *HSRP*, 14 de outubro de 2010. Esta placa mostra a exigência de moradores de cidades a serem atravessadas pelo trem de que, se o projeto for incluir de fato suas vizinhanças, o trem deve ser subterrâneo. Fonte: Arquivo pessoal.

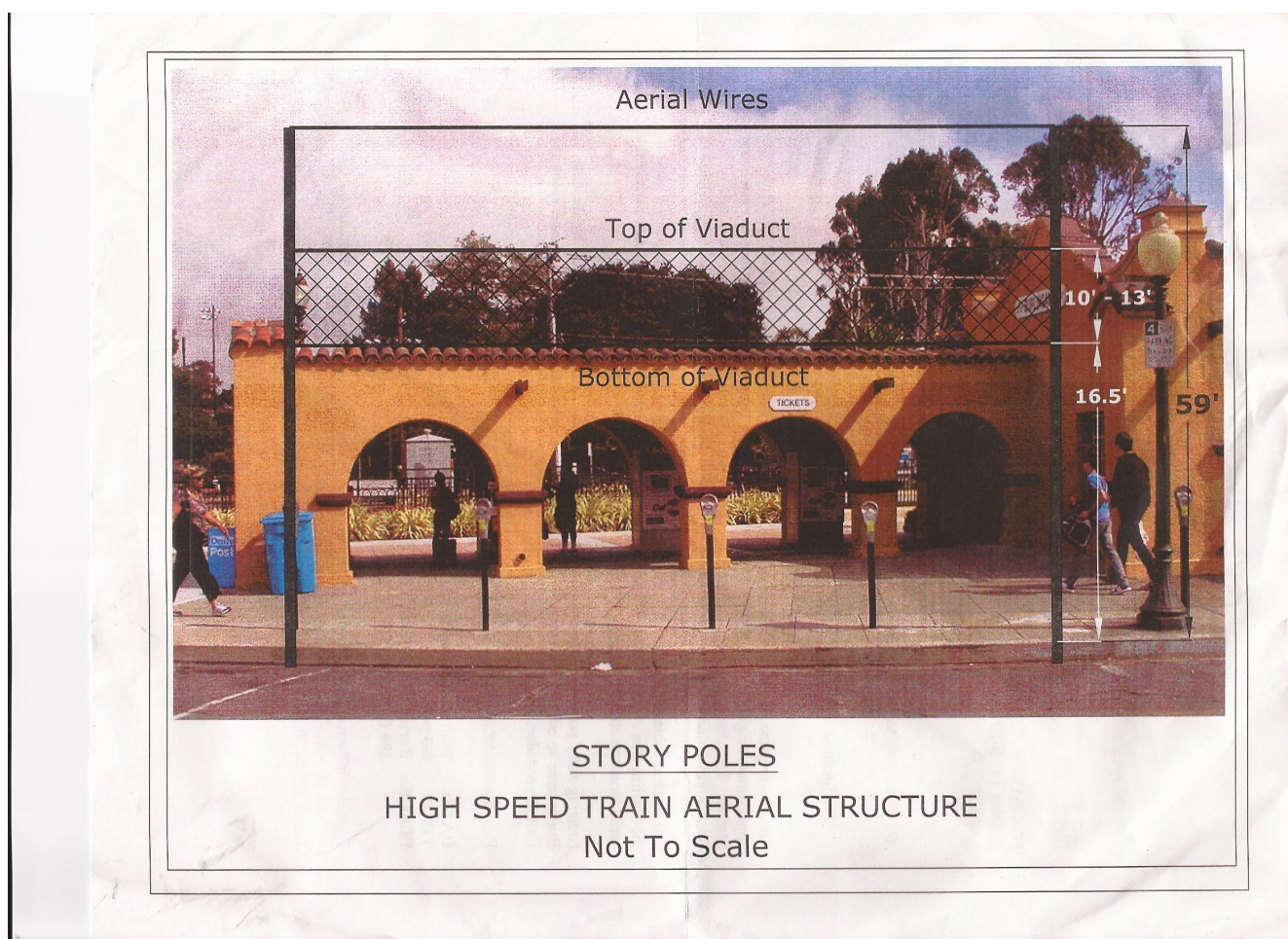


Foto 4: Este documento distribuído na cidade de Burlingame destaca o impacto visual eventual da construção de uma estrutura aérea para o trem de alta velocidade.

Sobre o desempenho da Corte neste caso, o advogado S.F. me disse que o Juiz tem sido relativamente bom (*pretty good*), mas que ele concedeu o privilégio da dúvida à agência, ou seja, tem acatado as decisões da agência em caso de dúvida em assuntos técnicos. De fato, este acatamento das decisões da agência é reconhecido pelos *plaintiffs* em um dos documentos através dos quais dirigem-se à Corte: “Quando há evidência conflitante nos relatórios, a determinação da agência será geralmente acatada”. Por outro lado, o advogado S.F. disse também que o Juiz não teve muita alternativa neste caso, uma vez que o relatório da HSRA possuía deficiências claras de que a agência tomou decisões sem evidências substantivas que as justificassem.

Os argumentos da agência, no entanto, reivindicam um maior acatamento de suas decisões pela

Corte:

(os *plaintiffs*) ignoram o padrão de revisão judicial. Apresentam suas próprias teorias e especulações sobre o viés do Relatório de Impacto Ambiental, mas apresentam as informações do relatório de forma seletiva e não explicam porque estas careceriam de justificativas. Ao invés disso convidam a Corte reavaliar as conclusões factuais da agência, ao invés de aplicar o padrão de revisão judicial e acatar as decisões da agência

Este modelo baseado no acatamento das decisões da agência pela Corte constitui um dos aspectos principais das ações judiciais deste tipo e expressa uma configuração de poderes no processo que se afasta do modelo adversarial tradicional de *common law*, já que a *discretion* da agência a coloca em vantagem em relação aos oponentes do projeto na apresentação das evidências que são objeto das controvérsias.

No presente momento o maior empecilho ao projeto parece ser a falta de investidores tanto privados quanto governamentais. As obras do HSRP deverão ser iniciadas em um trajeto que a agência HSRA chama de “espinha dorsal” (*backbone*) do projeto, mas que para os “*plaintiffs*” trata-se de um trecho pouco populoso e que correria o risco de, ficando sem investimentos, tornar-se um “trem para lugar algum” (*a train to nowhere*). Como podemos ler neste trecho de um artigo de jornal:

O cronograma de construção demanda que o primeiro segmento seja construído não em uma área altamente povoada como aquelas ao redor de *Los Angeles* ou *San Francisco*, mas em um corredor relativamente pouco trafegado entre *Fresno* e *Bakersfield*, no *Central Valley*. Críticos dizem que se o projeto vier a ser abandonado, os californianos estarão diante de um trecho incompleto que servirá apenas a alguns poucos passageiros- o que têm chamado de *a train to nowhere* (“um trem para lugar algum”)<sup>41</sup>.

Neste sentido, a estratégia utilizada pelo *plaintiffs* no caso do HSRP tem sido basicamente aquela conhecida como “*kill the project by delay*”, ou seja, utilizar ao máximo as ferramentas processuais previstas pelos estatutos - como a revisão judicial dos relatórios de impacto ambiental – para atrasar o projeto e, talvez, esperar que o governo e os investidores mudem de planos. Não existe realmente uma expectativa de derrotar judicialmente o projeto já que os estatutos em questão – *National Environmental Protection Act* e *California Environmental Quality Act* – pressupõem o acatamento das decisões da agência em caso de dúvidas sobre aspectos técnicos.

Este tipo de estratégia tornou-se comum em conflitos ambientais deste tipo, como observou o

---

<sup>41</sup> Disponível no site: ([http://www.msnbc.msn.com/id/45153941/ns/us\\_news/t/obamas-rail-initiative-trainnowhere/#.TrlnMvQg\\_UA](http://www.msnbc.msn.com/id/45153941/ns/us_news/t/obamas-rail-initiative-trainnowhere/#.TrlnMvQg_UA) ). Acesso em 08/07/2012.

*National Research Council* (p, 225 apud Kagan, 2003) ao comentar o processo de expansão do Porto de *Oakland*, Califórnia, na década de 1980 e o desenrolar do caso na Corte:

“Os objetores não precisam necessariamente vencer nas Cortes para fazer valer os seus interesses. Se as Cortes oferecem meios para um atraso substancial e este atraso é custoso para os proponentes do projeto, a ameaça de levar o caso à Justiça torna-se uma ferramenta poderosa de negociação nas mãos dos oponentes...Essa é uma realidade para todos os participantes do processo de tomada de decisão regulatória”.



Foto 5: Mostra o trecho em que deve iniciar-se o projeto do trem de alta velocidade<sup>42</sup>.

A estratégia de “*kill the project by delay*” parece estar surtindo efeito. O último relatório (janeiro/2012) do grupo criado<sup>43</sup> junto da agência *HSRA* para produzir avaliações independentes do projeto desencoraja fortemente a construção do sistema. Segundo o presidente do grupo:

Não seria exagero dizer que seguir com o projeto sem fontes seguras de financiamento adequado, sem um modelo financeiro definitivo, sem uma estratégia para maximizar a utilidade para o estado e sem recursos gerenciais adequados, representa um imenso risco fiscal por parte do estado da Califórnia<sup>44</sup>

A cidade de *Palo Alto*, por sua vez, onde acompanhei diversas reuniões sobre o trem, passou recentemente (início de 2011) de uma postura *do it right or don't do it* (faça direito ou não faça) para

<sup>42</sup>Disponível em : [http://www.mercurynews.com/california-high-speed-rail/ci\\_19229856](http://www.mercurynews.com/california-high-speed-rail/ci_19229856) . Acesso em 08/07/2012.

<sup>43</sup> *The Peer Review Group* (Grupo de revisão dos pares) (<http://www.cahsrprg.com/index.html> ). Acesso em:14/07/2012.

<sup>44</sup> Disponível em <http://www.esmonitor.com/USA/2012/0104/Did-98.5-billion-high-speed-rail-project-just-hit-a-wall-in-California> . Acesso em 11/07/2012.

uma postura *don't do it at all* (“não faça de maneira alguma”) em relação ao projeto. Parece que esta não é uma boa época para trens de alta velocidade na Califórnia.

## 2. As Cortes de *equity*: uma tradição inquisitorial esquecida?

Como o leitor pode perceber este caso não possui a dramaticidade de outros casos de conflitos ambientais nos Estados Unidos, como os que envolvem contaminações que resultaram em mortes e doenças graves como leucemia, como o retratado no filme *A civil action*, por exemplo<sup>45</sup>. No entanto, foi em grande medida a partir da tentativa de compreender os elementos processuais e as concepções de interesse público que subjaziam a este conflito que fui remetido às questões que constituem o objeto desta tese. Como afirmei no início deste texto, minha pesquisa discute de maneira articulada três eixos de questões, estreitamente relacionadas, que dizem respeito aos processos judiciais e extra-judiciais de administração de conflitos ambientais no Brasil e nos Estados Unidos.

O primeiro eixo de questões diz respeito às relações entre diferentes formas de produção da verdade que estes processos colocam em evidência nos dois países. O segundo eixo de questões se refere aos modelos de acesso a direitos que o material permite identificar no Brasil e nos Estados Unidos. E o terceiro se relaciona às noções de interesse público concorrentes em cada uma destas sociedades. Fundamental para este objetivo é que o leitor compreenda alguns aspectos gerais de duas tradições legais concorrentes no campo jurídico norte americano e como elas afetam estes três eixos de questões.

A primeira coisa a destacar é que o caso que descrevi acima diz respeito a ações legais baseadas em estatutos. Estas ações retomam em grande medida a tradição processual de *equity*, o que se expressa no papel mais ativo do juiz, na ausência de um júri e no tipo de remédios judiciais buscados, que não são compensações financeiras mas a interferência em políticas públicas através de obrigações de fazer ou não fazer.

A adjudicação dos conflitos pelo Estado e o consequente monopólio da violência é tema fundamental das reflexões sobre o que convencionou-se chamar de modernidade no Ocidente. Mas

---

<sup>45</sup> Estrelado por John Travolta, narra o drama de famílias da cidade de Woburn, Massachussets, que assistiram a uma elevação incomum nos casos de leucemia entre crianças e que estariam relacionados à contaminação dos poços que abasteciam a cidade por empresas que despejaram ilegalmente resíduos químicos na região.

como aponta Kant de Lima (2008, p.130), mesmo no Ocidente, dependendo da vertente processual que tomemos como perspectiva, estaremos diante de diferentes modelos de produção de verdades jurídicas. O modelo que convencionou-se chamar de *trial by jury* é um dos elementos mais característicos da cultura jurídica da *common law*.

Segundo os mitos de origem, seu surgimento está ligado ao *inquest*, prática jurídica que sucedeu, na Inglaterra, o sistema medieval de provas legais, baseado na vontade divina. Na tradição da *common law* o *inquest* sofre alterações até alcançar a forma do *trial by jury*, em que um júri composto por membros da localidade respondem sobre questões de fato que lhe são apresentadas publicamente pelas partes através dos processos orais de *examination* e *cross examination* de testemunhas (Kant de Lima, 2008). O *trial by jury* é, portanto, a marca de um processo de produção de verdades adversarial, conduzido pelas partes e não pela Corte, além de marcadamente oral, ao invés de escrito, e público, ao invés de secreto, diferindo assim das práticas inquisitoriais, que geralmente são atribuídas aos países de *Civil Law*, como a Europa Continental, mas que, como veremos abaixo, também possuem uma trajetória na tradição anglo-americana.

Como aponta Amalia Kessler (2004), professora da faculdade de Direito de Stanford, em seu artigo “*Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial*”, junto da tradição adversarial dominante, o direito anglo-saxão possui uma tradição inquisitorial, ou “quasi inquisitorial” como prefere a autora, mas a respeito da qual os *legal scholars*<sup>46</sup> americanos não seriam completamente autoconscientes, em função da associação tradicional entre Cortes inquisitoriais e a tirania real ou papal. As práticas adversárias, por outro lado, estariam relacionadas às conquistas inscritas no *Bill of Rights*, desfrutando da sacralidade dos textos fundacionais dos Estados Unidos, como observado também por Vincent Crapanzano (2000).

De acordo com Kessler, pouco se sabe sobre o desenvolvimento original das jurisdições de Chancelaria, mas está claro que tinham raízes profundas na tradição romano-canônica. Como o próprio nome sugere, Chancelaria teve sua origem como a jurisdição do Chanceler, que servia como guardião do *great seal*, que era usado para autenticar documentos reais, incluindo os *writs* que autorizavam os litigantes a proceder diante das Cortes de *common law* (Kessler, 2004).

Por volta do final do século treze, muitos litigantes começaram a fazer petições diretas ao Rei em busca de justiça, ao invés de se dirigirem às Cortes de *common law*, talvez porque as demandas que levavam às Cortes não se encaixassem nas exigências processuais de *common law*, cada vez mais

---

<sup>46</sup> Categoria que designa os especialistas acadêmicos em direito

rígidos em termos técnicos (Kessler, 2004).

Como apontam Garapon & Papadopoulos (2008):

Quem quisesse introduzir um processo diante de uma Corte de *common law* devia previamente obter um *writ*. Cada writ -cuja lista era limitada- abria necessariamente uma ação de tipo específico (...) A partir de então, nos casos – forçosamente frequentes- em que um remédio do direito não podia ser encontrado em *common law*, desenvolveu-se progressivamente entre os sujeitos do reino o uso de dirigir-se à fonte de toda justiça, a saber, o próprio rei e, mais tarde, ao chanceler em sua qualidade de 'guardião da consciência do Rei'"(p.186)

No século quatorze, como estas petições se tornaram mais numerosas, o conselho do rei começou a delegá-las a conselheiros individuais e dessas delegações surgiram uma série de Cortes, incluindo aquelas do Chanceler, as Chancelarias (Kessler, 2004). Durante o período de formação da “*equity*”, o chanceler – frequentemente um eclesiástico – estatuiu “segundo sua consciência”, examinando com equidade cada caso em função das circunstâncias particulares do caso em questão. De onde a expressão consagrada *to balance the equities of the case*. (Garapon & Papadopoulos, 2008)

Ainda que as petições fossem formuladas inicialmente como apelos à consciência do *chanceler* e este estivesse, neste sentido, pouco restrito pela doutrina formal em seu esforço em produzir justiça, as jurisprudências de chancelaria tornaram-se progressivamente formalizadas com o passar do tempo. Por volta do princípio do século dezessete, tornaram-se um sistema institucional e doutrinário de justiça inteiramente distinto, conhecido como *equity* (Kessler, 2004).

Até Henrique VIII romper com a Igreja Católica no primeiro terço do século dezesseis, muitos *Chancellors* continuaram a ser membros superiores do clero, geralmente bispos ou arcebispos, treinados no direito eclesiástico e não em *common law* (Kessler, 2004). Ainda que seja evidente que os primeiros *Chancellors* e, por um período maior, os *masters*<sup>47</sup>, fossem treinados no direito romano-canônico, não se tem tanta clareza sobre os efeitos deste treinamento no desenvolvimento da doutrina e do processo em *equity*. Na verdade, a extensão da influência da tradição romano-canônica sobre as Cortes em *equity* têm sido objeto de grande controvérsia. (Kessler, 2004).

Ainda que a controvérsia leve em consideração a influência da tradição romano-canônica tanto no direito substantivo quanto processual das Cortes de *equity*, estas controvérsias se debruçam mais sobre o direito substantivo. No que concerne ao processo em *equity*, é amplamente reconhecido que os

<sup>47</sup> A princípio auxiliares do Chanceler. Ao longo do tempo se tornaram os responsáveis pelas Cortes de *equity*.

paralelos com a tradição romano-canônica são bastante fortes.

Desde o princípio das Cortes de chancelaria, os *masters* designados para assistir o *chancellor* na adjudicação de disputas utilizaram uma série de procedimentos para conseguir testemunhos que possuem grande semelhança com aqueles da tradição romano-canônica. De maneira resumida, os testemunhos eram tomados fora da presença das partes por um oficial designado pela Corte na forma de interrogatórios escritos preparados pelas partes e a narrativa registrada deste testemunho era então mantida secreta até que todas as testemunhas tivessem sido examinadas (Kessler, 2004).

Seguindo a trajetória apresentada por Kessler, agora é necessário examinarmos como o sistema de *equity* e seu corpo de funcionários chegaram ao Novo Mundo. No princípio do século dezessete, quando as primeiras colônias inglesas foram criadas na América do Norte, o sistema de *equity* já estava bem estabelecido na Inglaterra. Embora as Cortes de *equity* tenham demorado relativamente a se desenvolverem nas novas colônias, cerca de 50 Cortes de chancelaria estavam estabelecidas em cada uma das treze colônias em 1776. Mas com a Independência Americana, houve um retorno da associação de longa data entre *equity* e tirania, que havia sido forjada durante a Revolução Inglesa.

Na Inglaterra do século XVII, o conflito entre parlamentaristas e monarquistas manifestou-se, em parte, em uma luta institucional entre, de um lado, Cortes de *common law* e, de outro, Cortes associadas com a tradição romano-canônica. Os parlamentaristas abraçaram os Cortes de *common law* como sendo o bastião constitucional inglês, e assim, dos direitos costumeiros e imemoriais de seus cidadãos, incluindo os direitos à soberania. Por outro lado, tomaram as Cortes de *equity* como emanções dos interesses monárquicos que tenderiam à tirania e subserviência (Kessler, 2004).

Neste sentido, não surpreende o fato de que mais de um século depois, os revolucionários americanos retomem a relação entre *equity* e tirania que já havia sido traçada por uma geração anterior de revolucionários. Mas com a gradual redução do fervor revolucionário nos anos posteriores a 1776, ocorreu uma ressurgência discreta das práticas tradicionais de *equity* nos EUA. Ainda que as razões deste ressurgimento não sejam claras, parece razoável que, dada a longa separação entre *common law* e *equity*, litigantes tenham começado a fazer reivindicações legais e demandar remédios judiciais que estiveram tradicionalmente disponíveis somente em *equity* e que eram, portanto, associados com as formas específicas das Cortes de *equity* (Kessler, 2004).

Como apontam Garapon & Papadopoulos (2008), um dos frutos desta história foi o aparecimento de uma certa “rivalidade mimética” entre o direito substancial e os remédios judiciais. A inexecução de uma obrigação jurídica era sancionada em *common law* pela atribuição de indenizações,

já a *court of chancery* podia ordenar que o indiciado, entre outros, se abstinhasse no futuro de uma conduta determinada, através das *injunctions*.

Uma das armas processuais mais temíveis, que será utilizada no século XX contra os agentes do próprio Estado nos EUA, a *injunction* é uma ordem do tribunal que comanda ou prevê uma ação (p.187). Entretanto, a *equity* e seus remédios eram concebidos como mecanismos acessórios, subsidiários em relação ao direito. Por isso o autor da petição devia primeiramente estabelecer, em conformidade com as regras da *common law*, a existência de um direito e provar que o pagamento de indenização não era suficiente para reparar o dano sofrido (p.188)<sup>48</sup>.

Kessler (2004) traça de maneira bastante plausível a trajetória através da qual as Cortes de *common law* e de *equity* foram fundidas, processo que culminou nas *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938. O que mais intriga a autora é como a fusão dos procedimentos de *equity* e de *common law* produziu o que chama de um casamento confuso entre as duas tradições no processo civil americano.

Essa fusão teria sido obra sobretudo do esforço de David Dudley Field e outros que viam a separação entre as Cortes de *common law* e de *equity* como improdutiva, ilógica e dispendiosa. Essas pessoas viam de uma tradição Benthamiana de reforma legal que os levou a tentarem expurgar o que para eles era desnecessário e impedia a aplicação simples e não dispendiosa da lei<sup>49</sup>. Segundo Kessler (2004) este processo produziu um casamento confuso entre tradições adversariais e inquisitoriais.

Neste sentido, Kessler diz que atualmente a complexidade de grande parte das disputas não é somente consequência da crescente complexidade da vida social e econômica. Segundo a autora, foi o conjunto de mudanças processuais trazidas pela fusão das Cortes de *common law* e de *equity*, em 1938, que tornou estas disputas de grande escala e fatalmente sofisticadas suscetíveis à adjudicação.

Até então, as diversas disputas que, antes da fusão, deveriam ser direcionadas às Cortes de *common law*, tinham sua complexidade controlada pelos artifícios que controlavam as queixas, fazendo com que estas se referissem a uma única e relativamente simples questão de fato a ser resolvida por um *jury*, sob o risco de serem descartadas pela Corte. A fusão facilitou a entrada para adjudicação de disputas complexas ao incorporar ao novo sistema artifícios das Cortes de *equity* como, por exemplo, um formato com menos exigências técnicas para a entrada dos casos nas Cortes.

No entanto, quando a fusão ocorreu, as Cortes de *equity* já haviam incorporado o enquadramento adversarial, com testemunhos orais e com o controle da produção das provas sob

<sup>48</sup>Com o desenvolvimento do direito administrativo sobretudo a partir do New Deal, no entanto, não estou certo de que possamos tratar a *equity* e seus remédios como mecanismos meramente acessórios atualmente.

<sup>49</sup>Stephen N. Subrin, How Equity Conquered the Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective, 135 U. PA. L. REV. 909, 932-33 (1987) .

controle das partes. Assim, tornaram-se disponíveis às partes artifícios de origem inquisitorial muito mais poderosos para a produção de fatos do que os existentes nas tradicionais Cortes de *common law* (Kesler, p. 60). Artifícios estes que, agora, estão fora do controle da Corte e nas mãos das partes.

Este processo seria, na visão da autora, responsável pela ineficiência e iniquidade<sup>50</sup> das disputas complexas na contemporaneidade em que as partes podem explorar os custos do processo de maneira quase indefinida.

Esta problemática exposta por Amalia Kessler constitui um dos aspectos cruciais das discussões sobre as relações entre fórmulas processuais e remédios judiciais nos Estados Unidos. A autora parece ter sua própria posição dentro deste debate, quando sugere que, a respeito da fusão dos procedimentos das Cortes de *common law* com os de *equity* o controle das partes sobre o processo implica em maiores riscos do que o controle da Corte:

Devido a esta importação mal concebida, o controle de ferramentas clássicas de *equity* foi transferido da Corte – que tinha poucos se algum incentivo em usá-las para outra coisa que não a busca da verdade – para as partes que, em uma moldura adversarial, tinham todo o incentivo de utilizá-las como meios de obstruir a verdade e gerar custos. A história lança importante luz sobre nossos dilemas atuais (p.61)

É claro que não me interessa solucionar este tipo dilema. Esta discussão é muito mais longa e possui muito mais nuances do que apresentado aqui, mas para os objetivos desta tese acredito que os termos fundamentais da controvérsia estão reunidos de maneira suficiente aqui<sup>51</sup>.

Em seu artigo *Hegemonic Processes in Law*<sup>52</sup>, Laura Nader oferece uma análise crítica de um dos capítulos relativamente recentes desta discussão sobre modelos processuais nos Estados Unidos a partir das impressões que reuniu quando de sua participação na Conferência Pound em 1976. Segundo Nader esta conferência representou o momento chave para o lançamento de um programa cujos objetivos giravam ao redor da produção de uma sociedade menos litigiosa e da economia processual em termos de tempo e custos. Como mostra a autora, estes *slogans* estavam articulados com a reação de setores conservadores da sociedade americana, incluindo o então Chefe da Suprema Corte, Warren E. Burger, para criar formas alternativas de resolução de conflitos justamente no momento em que grupos minoritários como mulheres e afro-descendentes buscavam as Cortes para reivindicar direitos.

---

<sup>50</sup> A autora usa a categoria *unfairness*. Seguindo a indicação de Cardoso de Oliveira (2011) no texto “Concepções de igualdade e cidadania” em que ele traduz *fairness* como “equidade”, achei que seria conveniente traduzir *unfairness* como “iniquidade”.

<sup>51</sup> Ver a este respeito: Subrin, Stephen N. *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*.

<sup>52</sup> IN *The life of the Law: Anthropological projects*. University of California Press, 2002.

Como proponho aqui, esta conferência não foi um evento isolado. O próprio nome da conferência faz referência a uma figura importante nas discussões ao longo do século 20 sobre modelos processuais nos Estados Unidos, Roscoe Pound, originalmente da Universidade Nebraska mas depois transferido à Universidade de Harvard (Subrin, 1987).

Estas discussões remontam a este debate que estou apresentando aqui e que pode ser resumido, talvez de maneira demasiado simplificada, entre, de um lado, as preocupações, relacionadas à *common law*, com um *fair play*, ou seja, em garantir regras processuais previsíveis e igualmente disponíveis a dois adversários, mas que eventualmente carregam exigências técnicas excessivas que limitam o acesso a direitos, e a *equity*, preocupada menos com a regularidade dos procedimentos e com noções de neutralidade do juiz e mais com uma noção mais ampla de justiça que advenha do resultado do processo.

Este debate foi apropriado pelos organizadores da conferência Pound de modo a afastar as preocupações com noções mais amplas de justiça, em nome de uma ênfase em eficiência em termos de tempo e custo do processo. A crítica à adversarialidade de *common law* foi elaborada nos termos de um modelo “em que todos ganham” e aí reside o aspecto conservador do modelo de harmonia que subjaz às discussões dominantes na conferência Pound. No evento, a crítica à adversarialidade foi formulada nos termos de um modelo pacificador de acesso a direitos que não favorece a explicitação dos conflitos.

Laura Nader propõe que a conferência Pound representa esforços dominados por interesses conservadores e materializados nas *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, ou modelos alternativos de resolução de disputas, no sentido de que a crítica à recorrência do uso das Cortes como vias de acesso a direitos se dá em um contexto muito específico, quando grupos subalternos começam a usar estas ferramentas e neste contexto a autora propõe um olhar crítico às proposições sobre a litigiosidade excessiva da sociedade americana no sentido de que este caráter excessivo seria uma construção ideológica que expressa mais os interesses conservadores de controlar grupos como ambientalistas, mulheres e afrodescendentes do que um fato empírico objetivamente observável.

Por outro lado a literatura sobre o assunto mostra que é preciso não reificar ou estabelecer uma relação necessária entre adversarialidade e a construção de uma sociedade mais democrática. Como mostra Sarah Jain, antropóloga da Universidade de Stanford, uma série de demandas processuais identificadas pela autora em casos em que mexicanos, mulheres ou afrodescendentes buscam nas Cortes adversariais de *common law* reivindicar direitos contra corporações fracassaram, não pelo

predomínio de técnicas de pacificação como as *Alternative Dispute Resolutions*, mas porque a adversarialidade seria muitas vezes “cega” para o fato de que os danos advindos do consumo de determinados produtos, por exemplo, afetam de maneira desigual membros de grupos minoritários.

Ao partir de um modelo que pressupõe um consumidor racional, o modelo adversarial das Cortes de *common law* muitas vezes se nega a reconhecer que grupos específicos podem estar expostos a danos de maneira desproporcional. Segundo a autora, em muitos casos o apelo às leis tem sido bem sucedido em chamar a atenção a casos de negligência e às políticas por trás, por exemplo, do design de produtos. Mas enquanto movimento político, a submissão do direito e às leis levanta o paradoxo crucial de que os conflitos acabam tendo existência somente nos termos da lei.

Assim, o que sugiro é que na verdade não há relação necessária entre modelos processuais e posições políticas, apesar de que diferentes grupos em diferentes contextos queiram produzir esta associação.

A seguir, a partir de algumas considerações apresentadas por Noga Morag-Levine em seu livro *Chasing the wind: regulating air pollution in the common law state* (2003), mostrarei como no direito administrativo americano, sobretudo nos estatutos ambientais, podemos observar o papel desempenhado por princípios da tradição adversarial de *common law*.

Assim, irei propôr que alguns dos dilemas em relação às formas de produção da verdade, aos modelos de acesso a justiça e aos limites da definição do que seja interesse público no direito administrativo daquele país, resultam de como os estatutos ambientais, que a princípios teriam sido criados para superar alguns limites das Cortes de *common law*, acabaram desenvolvendo-se a partir de certos princípios desta mesma tradição. Isto permitirá identificar alguns dos termos principais da problemática da proteção do meio ambiente nos Estados Unidos, tendo como pano de fundo aspectos de sua tradição jurídica e política mais ampla.

Antes de tratar dos estatutos ambientais, no entanto, vou apresentar alguns dilemas suscitados pela administração de conflitos ambientais nas Cortes de *common law* e que explicariam em certa medida a aprovação pelo congresso americano dos estatutos ambientais.

### 3. A *common law* e a proteção do meio ambiente

Foi nas Cortes adversariais de *common law* que os primeiros conflitos ambientais, ainda na segunda metade do século XIX, começaram a ser levados à justiça nos Estados Unidos. Nestes processos, os remédios judiciais oferecidos pela Corte são, sobretudo, as compensações financeiras. As *injunctions*, remédio típico das Cortes de *equity* capazes, por exemplo, de interditar fábricas, dificilmente são aplicadas, sobretudo quando o que está em questão é fechar uma indústria e os consequentes custos sociais e econômicos desta decisão.

Segundo Abram Chayes (1976), em seu artigo *The role of the judge in public law litigation*, remédios como a *injunction* diferem dos remédios típicos das Cortes de *common law* como as compensações financeiras no sentido de que:

Tal ordem é uma proibição que pode implicar em sanções pela Corte e produz muito mais efeitos sobre uma atividade do que o risco de futura responsabilização implícito no remédio judicial da compensação financeira. Além disso, a *injunction* é contínua. Com o passar do tempo as partes podem vir à Corte para reforço ou modificação da ordem original sob a luz de mudanças nas circunstâncias. Finalmente, ao aplicar uma *injunction*, a Corte toma responsabilidade pública por quaisquer consequências de suas ordens que possam eventualmente afetar pessoas não envolvidas diretamente na ação (p. 1292).

A negação de *injunction* pela Corte foi o caso em *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.* (Tenn. 1904). Neste processo, um dos primeiros em que questões sobre poluição foram levados às Cortes de *common law* nos EUA, moradores de uma localidade tentaram fechar uma fábrica de cobre através do pedido de *injunction*. A Corte decide por aplicar apenas *compensation for damages*, ou seja, compensações financeiras aos moradores pelos danos sofridos.

Em sua opinião o juiz explica que levou em consideração a avaliação dos custos econômicos e sociais de fechar a fábrica além de apontar o risco de toda a indústria do cobre ser impedida de funcionar porque não existiriam tecnologias mais limpas disponíveis no momento:

A questão a ser considerada é, qual o exercício adequado de *discretion*, diante dos fatos que aparecem no presente caso? Devem os queixosos receber na forma de compensações financeiras (*compensation for damages*) a medida completa de ressarcimento que os danos permitem ou devemos ir além e conceder seus pedidos para fechar duas grandes minas e manufaturas, destruir metade dos valores taxáveis de um County e levar cerca de 10.000 trabalhadores para fora de suas casas? Pensamos que não deve haver dúvida sobre qual deve ser a verdadeira resposta para esta questão. (...) Não vemos outra saída que não a conclusão no presente caso que o apropriado é permitir aos *complainants* receber por *damages* e negar-lhes a *injunction*

Esta parece ser a linguagem da maior parte dos casos que envolvem poluição ou contaminação nas Cortes de *common law*. Assim, ao invés de uma perspectiva que enfatize a *strict liability*, ou seja, o dano ou ofensa ao usufruto da propriedade, as opiniões das Cortes costumam ir no sentido do que é chamado de *cool analysis*, ou seja, uma linguagem que busca equilibrar (*to balance*) as causas legais da ação com os impactos sociais e econômicos de interditar indústrias relevantes.

Assim, a questão que as Cortes precisam decidir em diferentes casos é o que em cada situação pode ser considerado *reasonable*, categoria que esclareço a seguir. Como podemos ler no livro (*case-book*) utilizado no curso de Environmental Law que frequentei na Faculdade de Direito de Stanford. (Percival, 2010 p.73):

Em uma sociedade que encorajava o crescimento industrial muitos juízes eram relutantes em conceder ações contra *nuisances*<sup>53</sup> se consideravam que estas envolviam atividades que tivessem considerável valor econômico. A *common law* gradualmente temperou as doutrinas de *nuisance* ao aumentar a severidade do dano exigido e através do ajuste de noções de *reasonableness*: com as mudanças nos ambientes urbanos promovidas pela industrialização, as Cortes esperavam que os indivíduos tornassem-se mais tolerantes ao desconforto produzido por atividades industriais. Enquanto a *common law* é mais útil para conflitos entre uma fonte única de poluição e poucos vizinhos há uma ampla concordância de que ações de *nuisance* por si mesmas são inadequadas para resolver os problemas de poluição mais típicos encarados por sociedades industrializadas modernas

A *discretion* da Corte implica entre outras coisas em aplicar remédios judiciais que envolvam indenizações financeiras ou, por outro lado, interditem de fato atividades poluidoras e aqui a posição dos juízes como figuras políticas fica evidente. Uma vez que o *jury* decida que os fatos em um caso demandam compensação financeira, a Corte deve necessariamente aplicar esta compensação. Por outro lado, quando o remédio judicial buscado é uma obrigação de fazer ou não fazer, como uma *injunction*, a Corte segue a lógica de *equity* e, na ausência de um *juri*, deve “equilibrar” (*to balance*) a ofensa legal com as consequências econômicas e sociais mais amplas do fechamento de uma fábrica, por exemplo. Como argumentou a Corte:

Um julgamento por compensações financeiras neste tipo de casos é uma questão de direitos absoluta, quando o dano é demonstrado. Um decreto por uma *injunction* é uma questão de *legal discretion*, que será concedida ou negada de acordo com a aplicação de *discretion*,

<sup>53</sup> *Nuisance* é uma interferência ilegal no usufruto da propriedade. Os primeiros casos de poluição do ar foram incorporados nesta moldura legal.

após uma ampla e cuidadosa consideração (Percival et. al., 2010, p.68.)

No entanto, tenta-se limitar esta *discretion* através de um artifício muito presente nas Cortes americanas, o *legal test*. Nos casos de *public nuisance*, em que vizinhanças vêem-se vítima de vapores tóxicos, por exemplo, a determinação da responsabilidade legal é estabelecida através do seguinte teste, descrito no *Restatement of Torts* (1979)<sup>54</sup>:

§ 826. *Unreasonableness Of Intentional Invasion*

Uma invasão intencional do interesse de outrem no uso e usufruto da propriedade é *unreasonable* se:

(a) a gravidade do dano supera a utilidade (*utility*) da conduta do ator

(b) o dano causado pela conduta é sério e o custo financeiro de compensação deste e outros danos similares não torne a continuidade da conduta inviável economicamente (*not feasible*)

Como podemos ver, uma racionalidade utilitarista e econômica impõe os limites da intervenção nos negócios privados em questão já que são as categorias *utility* e *feasibility* que determinam o que é uma conduta *reasonable*.

Minha observação tem destacado também o papel da noção de *reasonableness* como algo fundamental no direito americano<sup>55</sup> em um sentido amplo: ela é usada para filtrar causas frívolas no processo civil através da exigência do *reasonable inquire*; ela é a medida da dúvida para a determinação da culpa pelo *jury* no processo criminal através da expressão *beyond a reasonable doubt*; ela é a medida do ressarcimento que cidadãos podem requerer da Corte no caso de serem bem sucedidos em *citizen actions* através da noção de *reasonable attorney's fees* e assim por diante. Em seus diferentes usos a categoria *reasonableness* me parece expressar a crença na existência de uma moral coletiva em relação à qual essa noção de *reasonableness* se refere e toma sentido.

Sarah Jain (2006), antropóloga da Universidade de Stanford, discutiu em seu livro *Injury* como em muitos casos em que pessoas apresentam queixas por terem sofrido algum dano pelo consumo de um produto industrializado, o processo legal implica na discussão sobre se o design de um determinado

<sup>54</sup> *Restatement of Torts* são publicações que buscam sistematizar alguns princípios jurídicos de forma a oferecer indicações objetivas de como juizes devem proceder em determinados casos. São publicados pelo American Law Institute.

<sup>55</sup> A importância da noção de “Reasonable man” no direito anglo se expressa nas acusações sofridas por Max Gluckman, de que este estava tentando encontrar a noção inglesa entre os Barotse (ver *Law in Culture and Society*, 1969).

produto é que causou dano ao seu consumidor ou foi a forma como o consumidor usou o produto que explicaria o dano. Em outras palavras, busca-se descobrir se os danos foram causados apesar do consumidor ter usado o produto de maneira *reasonable*. Como a autora mostra, muitas vezes por trás da noção de *reasonableness* resultante do processo está a idéia do indivíduo/consumidor racional.

Ora, como Marshall Sahlins (1976) já argumentou em *Culture and Practical Reason* um elemento constitutivo da moral coletiva norte americana é a crença nativa de que sua cultura é orientada pela racionalidade pragmática. Neste sentido, há uma crença disseminada entre os norte-americanos de que eles não possuem cultura, no sentido simbólico do termo, já que veriam o mundo “como ele é”. No entanto, a observação do desenrolar de disputas legais mostra que *reasonableness* trata-se de uma categoria cujo significado é contextual e está em disputa, ou seja, depende de considerações morais amplas.

Junto desta noção do *reasonable man* como o indivíduo racional em relação ao qual as condutas sociais são avaliadas está outro aspecto fortemente presente na cultura legal norte americana que é o papel da literalidade. Como aponta Crapanzano (2000) em *Serving the Word: literalism in America from the pulpit to the bench*, está fortemente disseminada na cultura jurídica americana o argumento que reivindica a interpretação literal dos textos legais, como estratégia de proteger a aplicação da lei de interesses políticos, garantindo sua objetividade. Podemos ver aí a reprodução no campo jurídico norte americano daquela lógica identificada por Sahlins e que compõe um aspecto hegemônico da cultura dos Estados Unidos que é a eficácia de argumentos que reivindicam a possibilidade de organizar o mundo sobre critérios puramente racionais e objetivos.

No entanto, podemos refletir a partir dos textos de Vicent Crapanzano e Sarah Jain como o “indivíduo racional” e a “literalidade” funcionam como princípios organizadores do mundo no sentido que constituem eles próprios aspectos de uma moralidade baseada na crença na possibilidade de um direito no qual todos os elementos subjetivos estão ausentes. Assim, a tentativa de reivindicar uma interpretação “literal” de categorias como *reasonableness*, recorrentemente funciona como estratégia política de legitimação de interpretações seletivas de casos e textos legais. Este parece ser o caso nas ações legais em que as Cortes são levadas a decidir sobre quais remédios legais aplicar em casos de conflitos ambientais.

Além da *discretion* da Corte no ajuste das noções de *reasonableness* na determinação dos

remédios judiciais (*compensation for damages* ou *injunctions*) a serem aplicados, um outro dilema em relação à administração de conflitos ambientais nas Cortes de *common law* está relacionado ao estabelecimento de *proof of causal injury*, que significa o estabelecimento legal de uma relação de causalidade entre uma ação e o dano legal. Em *Missouri v Illinois*, por exemplo, a Corte se recusou a decidir por uma *injunction* contra Chicago pela poluição do rio em função da falta de clareza sobre se os resíduos vindos de Chicago estavam causando um número maior de mortes por tifoide em St. Louis. Este parece ser um caso emblemático das disputas nas Cortes adversariais de *common law* onde os especialistas das duas partes discutem a respeito de evidências pouco claras.

*Proof of causal injury* parece também ter sido ter sido uma questão central no caso em Wobourn, Massachussets (EUA), em que duas empresas foram acusadas de contaminar o rio da cidade e causar a morte de cerca de dez crianças por leucemia. Naquele caso o vínculo entre as empresas e a poluição da água e o vínculo entre a água e a leucemia foram apresentados separadamente ao júri o que tornou difícil a compreensão da relação entre a poluição e a morte das crianças (Nader, 2002 p. 188).

No final, a disputa em Massachussets analisada por Laura Nader (2002) foi resolvida através de um *settlement*, ou seja, um acordo que evitou os custos de um processo completo. Assim, a ação judicial terminou sem que as empresas precisassem reconhecer publicamente sua responsabilidade na mortes das crianças, o que produziu um ressentimento entre as famílias, que não pode ser quitado com os milhares de dólares provenientes do acordo, como a análise de Nader permite perceber<sup>56</sup>.

Em seu livro intitulado *Injury*, Sarah Jain (2006), discute amplamente como é complexa a tarefa de determinar nas Cortes americanas o que é um uso *reasonable* de um produto que eventualmente possa causar algum acidente. Como mostra a autora, a trajetória de processos judiciais envolvendo casos de acidente ou lesões pelo uso de teclados de computador, carros, ferramentas de agricultura ou consumo de determinados tipos de cigarro mostram como a determinação de responsabilidade e as eventuais reparações dependem em última instância de considerações morais – que atravessam dramas familiares, rupturas pessoais e eventualmente mortes- mas que são recorrentemente traduzidas em compensações econômicas.

E talvez não seja demais acrescentar ao argumento da autora que a monetarização destes dramas, constitue ela própria uma certa moralidade. O que Jain quer destacar sobretudo é como, através da lógica da compensação econômica, os danos que na verdade atingem preferencialmente grupos minoritários como mulheres, negros e mexicanos, acabam sendo tratados como uma consequência

---

<sup>56</sup> Posteriormente a Environmental Protection Agency iniciou uma ação bem sucedida a partir de um estatuto ambiental.

natural do sistema de mercado, o que acaba por despolitizar o papel das Cortes.

Cardoso de Oliveira (2002) já identificara o que chamou de “déficit de reconhecimento” no processo legal americano quando analisou as *small claims courts*. Segundo o autor, a impressão é de que determinadas dimensões do conflito não são traduzidas de maneira efetiva para a linguagem dos direitos ou das leis, não havendo lugar, portanto, para o equacionamento do “insulto moral”. Trata-se de dimensões dos conflitos que não podem chegar a bom termo por meio de procedimentos estritamente formais de modo que isso que chama de “insulto moral” sofre de uma aparente “imaterialidade”, no sentido de uma agressão que merecesse reparação. Assim, no caso dos Estados Unidos, o “déficit de reconhecimento” seria justamente esta impossibilidade da dimensão ético-moral do conflito encontrar tradução nas categorias técnicas da tradição legal de *common law*.

Sarah Jain (2006) parece referir-se a algo semelhante, quando diz que nos Estados Unidos:

O direito está longe de ser uma esfera pública onde todos encaminham suas reclamações e debatem abertamente problemas de saúde, ou de danos pelo uso de um produto e os aspectos do design deste produto. Os aspectos mais amplos dos danos são geralmente deixados não ditos por causa da necessidade legal de limitar as especificidades da causa do danos que se leva à justiça(p.151)

Para os interesses desta pesquisa é importante destacar, no entanto, que estas “limitações” da *common law* e a busca por intervenções do governo federal, através de estatutos ambientais e de procedimentos e remédios judiciais semelhantes aos das Cortes de *equity*, atraíram não só os grupos incomodados pela poluição ambiental mas também grupos econômicos que viam nas regulações modelos potencialmente mais harmoniosos, ou seja, menos litigiosos para lidar com os conflitos advindos da poluição industrial. De toda forma, no entanto, o que quero destacar é que muitos princípios de *common law* continuam se reproduzindo nos casos envolvendo estatutos ambientais.

Meu objetivo aqui é mostrar o contexto das discussões processuais em que surgiram os estatutos ambientais e mostrar como estes estatutos são um capítulo em uma longa trajetória, ainda em andamento, de discussões mais amplas sobre modelos processuais nos Estados Unidos. Para os objetivos desta tese me interessa destacar como estas discussões exprimem algumas das problemáticas obrigatórias do campo jurídico daquele país e que, para fins analíticos, organizei em três eixos: as formas de produção da verdade, os modelos de acesso a direitos e as noções de interesse público que estão em jogo. A seguir tratarei formas de produção da verdade em jogo.

#### 4. Aspectos do processo de produção da verdade jurídica suscitados pelos estatutos ambientais

Os mecanismos processuais relativos às *citizen suits* - das quais as ações no caso do trem de alta velocidade são um exemplo - são familiares às Cortes de *equity* e não surpreende que tenham sido adotados e fortalecidos com o aumento da busca por remédios judiciais de *equity* nos tempos atuais, como no caso dos estatutos ambientais em que se buscam obrigações de fazer ou não fazer que afetem políticas públicas, ao invés das compensações financeiras características de *common law*.

Entre estes mecanismos processuais estão a função do juiz, que desempenha um papel ativo na formatação, organização e andamento do processo no direito administrativo americano e, apesar de não ter alcançado o papel investigatório do juiz de *Civil Law*, com certeza deixou há muito de ser o árbitro passivo do modelo adversarial tradicional (Cheyes, 1976, p.1303).

Como aponta Abram Cheyes (1976) em seu artigo *The role of the judge in Public Law Litigation*, o modelo de *common law* carregaria consigo um conjunto de convicções fortes sobre o papel do juiz, que deveria decidir apenas a respeito daquelas questões identificadas pelas partes. Atualmente, no entanto, nos casos envolvendo direito público e que afetam políticas públicas e uma gama mais ampla de interessados que o modelo adversarial tradicional, a função do juiz não é limitada à análise e afirmação das regras legais; ele é ativo, com responsabilidade não apenas pela determinação dos fatos mas por organizar e moldar o processo.

Todos estes fatores recolocam o papel do juiz no direito administrativo quando comparado a seu papel nas Cortes adversariais de *common law* (Cheyes, 1976, P.1302):

O juiz é a figura dominante na organização e direção do caso e ele utiliza o apoio não só das partes e seus advogados, mas de uma série de *outsiders* como *masters* e especialistas. Ainda mais importante, o juiz tem tornado-se cada vez mais o criador e gerenciador de formas complexas de remédios judiciais que possuem efeitos em pessoas e grupos que não estão presentes na Corte o que exige do juiz o contínuo envolvimento em sua administração e implementação

Assim, quero destacar aqui que em relação à forma processual, nas *citizen suits* o tipo de

processo difere significativamente do processo civil adversarial tradicional das Cortes de *common law*. Uma das diferenças é que não há um *jury trial*. Como me explicou S.F., advogado no caso do trem de alta velocidade, neste *bench trial* o juiz em geral debruça-se sobre um relatório produzido pela agência e verifica se as decisões tomadas são justificáveis levando em consideração as informações apresentadas pelo relatório.

Como aponta Chayes (p. 1302, 1975), que me parece ser em grande medida entusiasta das mudanças trazidas pelo desenvolvimento do direito público norte americano, a lógica por trás deste papel acentuado do juiz talvez seja o fato de que “o assunto objeto da ação não é uma disputa entre partes privadas a respeito de direitos privados, mas uma queixa a respeito da operação de políticas públicas”. O autor também afirma que:

a atitude do modelo tradicional sobre o processo de produção de fatos não é mais tolerável. O impacto extenso da decisão judicial nestes casos demanda procedimentos mais visivelmente confiáveis e críveis para o estabelecimento e avaliação do elementos factuais na ação e que reconheça mais explicitamente as relações complexas e contínuas entre avaliação dos fatos e consequências legais. A maior resposta a estes novos requerimentos tem sido colocar a responsabilidade de produção dos fatos cada vez mais sobre o juiz. Esta mudança é em grande medida efetivada em função do crescimento de elementos de *equity* nas Cortes federais, já que historicamente o chancellor era o julgador dos fatos nas Cortes de *equity*

Outra diferença é que nestas Cortes que decidem sobre questões suscitadas pelos estatutos ambientais não há a tradicional “guerra de especialistas” típicas dos casos julgados nas Cortes civis de *common law*, ou seja, não haverá outros especialistas para contestar os dados da agência. Os grupos que estiverem *challenging*, ou seja, desafiando legalmente as decisões da agência podem enviar seus relatórios à agência - não à Corte - e a agência deve incorporá-los aos seu relatório final a ser apresentado ao juiz. Assim, a forma como está organizado o processo expressa um grande acatamento à expertise das agências.

A expressão *Chevron deference*, por exemplo, remete ao caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) em que a Corte determinou que a *Environmental Protection Agency (EPA)* compreende o *Clean Air Act*, estatuto que regula emissão de gases, melhor que a Corte e que, portanto, esta deve prestar acatamento à agência sempre que o Congresso tenha sido impreciso na linguagem do estatuto e que a interpretação da agência não seja arbitrária ou caprichosa.

Naquele caso, a *EPA* havia estabelecido que indústrias poderiam implementar novas fontes

emissoras de gases, mesmo que estes emitissem além dos limites estabelecidos pelo plano federal, se, dentro da mesma planta industrial a soma das emissões se mantivesse estável. Apesar da agência ter sido desafiada por grupos em defesa do meio ambiente, a Corte decidiu que, como a linguagem do estatuto não era precisa a este respeito, iria acatar a posição da EPA.

Aqui expressam-se duas visões sobre o equilíbrio dos poderes concorrentes nos EUA: uma, que defende que a Corte deve prestar acatamento às preferências da maioria expressas nos estatutos escritos pelo legislativo – incluindo aí o acatamento das decisões das agências criadas pelo legislativo – e uma outra, expressa pela noção de que a principal função da Corte é dizer o que a lei diz e assim evitar a tirania da maioria, através da regulação da *discretion* das agências.

Como geralmente não há *jury*, nem *examination* e *cross examinations* seja de testemunha ou *experts*, ou seja, não há o processo de produção pública e oral dos fatos, não há também o efeito do *demeanor* ou comportamento público das testemunhas presentes nas Cortes de *common law* que representa um elemento importante das formas de produzir verdade no ritual do *jury trial* americano (Kessler, 2004). Enquanto acompanhava as discussões acerca da construção do trem de alta velocidade entre *Los Angeles* e *San Francisco*, o advogado S. F.<sup>57</sup>, que representava um grupo de cidades e associações que queriam alterar o trajeto do trem, me explicou que uma das consequências dos *bench trials* é que as decisões neste tipo de Cortes são mais passíveis de apelação, já que carecem do *fact finding effect* dos *jury trials*<sup>58</sup>.

*Fact finding*, neste sentido, designa um processo de produção da verdade relacionado à tradição adversarial de *common law*, ou seja, controlado pelas partes. Ele está baseado na busca de informações, evidências sobre acontecimentos e condutas, que é conduzida não por um especialista designado pela Corte, como na tradição inquisitorial, mas depende em grande medida da capacidade e dos recursos dos advogados das partes em litígio. Estas evidências, quando consideradas fatos pelo veredito do *jury*, após processo públicos de *examination* e *cross examination* produzem efeitos de verdade menos passíveis de apelação do que os casos julgados somente pelo juiz.

---

<sup>57</sup> Nas palavras de Flashman: “I pretty much run the show here”. Se referindo à sua proeminência na condução da “citizen suit”.

<sup>58</sup> Em uma das últimas aulas do curso de direito ambiental que assisti como ouvinte em Stanford, uma aluna colocou a questão sobre se, de fato, os “regulatory acts” afetam a realização dos projetos que, para serem realizados, devem atendê-los, ou se eles apenas estipulariam procedimentos formalizados e rotineiros. De fato, a análise dos diferentes casos mostra que as “citizen suits” têm servido muito mais para freiar os projetos e publicizar os aspectos contidos neles do que de fato impedi-los.

Assim, as mudanças processuais corresponderiam ao reconhecimento de um papel mais amplo das Cortes na formatação de políticas públicas, que desenvolveu-se sobretudo a partir do New Deal e mais intensamente com os estatutos ambientais da década de 1970.

Abram Cheyes (1976) destaca que:

Apesar de sua inerente plausibilidade no contexto norte-americano do século dezenove, o modelo tradicional (adversarial) respondia a um número de necessidades políticas e intelectuais importantes. A concepção do processo litigioso como uma disputa privada, entre partes privadas, com uma intromissão judicial mínima, confirmava a visão geral dos poderes governamentais como severamente limitados (p.9)

Parece haver aí um paradoxo entre uma tradição adversarial que vê com maus olhos um juiz ativo, relacionado pejorativamente com inquisitorialidade<sup>59</sup> e o papel cada vez maior que remédios vindos das cortes de *equity*, assim como elementos processuais também de origem inquisitorial, desempenham nos casos de conflitos ambientais ou outras *complex litigations*, ou seja, em outros casos legais complexos. Como aponta Kessler (2004) os americanos têm dificuldade em reconhecer a origem inquisitorial de diversos elementos de seus sistema jurídico. Assim, o fato de que estes elementos sejam cada vez mais considerados necessários atualmente mostra bem claramente como a cultura jurídica americana expressa uma luta interna por legitimidade entre modelos de produção da verdade e de acesso à justiça .

No entanto, como mostro a seguir, os estatutos ambientais incorporaram também de maneira significativa elementos das Cortes de *common law*. Esta influência de elementos do processo civil baseados em uma racionalidade de *common law* sobre os estatutos é problematizada por autores do campo jurídico americano como Noga-Levine (2003). A autora mostra que enquanto a influência de princípios de *common law* nos direito administrativo é legitimada politicamente como instrumento de proteção contra os excessos das agências reguladoras, por outro, algumas exigências técnicas de *common law* podem dificultar a implementação de determinadas regulações ou impedir que grupos iniciem ações.

Uma destas exigências é a demanda por *proof of harm*. Como mostra Nora Morag-Levine, esta

---

<sup>59</sup> A categoria “inquisitorial” por um lado diz respeito à presunção da culpa, se opondo assim à categoria “acusatorial”, que se refere aos sistemas que pressupõem a inocência dos acusados. Por outro lado, “inquisitorial” diz respeito ao processo em que o juiz é o responsável pela produção da verdade jurídica se opondo assim à categoria “adversarial” que se refere aos processos em que a produção da verdade é conduzida pela partes.

exigência implica que o governo não possa regular, por exemplo, a emissão de gases sem demonstrar que os índices de emissão exigidos são os máximos toleráveis para a proteção da saúde humana, sob o risco de ser acusado nas Cortes de estar *overregulating*, ou seja, regulando excessivamente os negócios privados, o que seria considerado inconstitucional.

Como veremos, a consequência disso é que, como mostra Noga-Levine (2003) no caso do *Clean Air Act*, o governo federal tem fracassado nas tentativas de estabelecer critérios abrangentes de emissão de gases, e o que resulta disso não são padrões nacionais de emissão, mas diferentes regiões em que os níveis de emissão toleráveis são ajustados pelas Cortes estaduais, de modo que o interesse público local determinado na Justiça prevalece sobre as tentativas de estabelecer um interesse público de alcance mais amplo, expresso por exemplo no discurso do ex- presidente americano Richard Nixon de que a partir dos estatutos ambientais da década de 1970 “todos os americanos” deveriam respirar ar puro<sup>60</sup>.

Um outro elemento oriundo das Cortes de *common law* e que produz efeitos sobre a abrangência do interesse público a ser protegido pelos estatutos são os *standing to sue tests*. Tratam-se de exigências tradicionais das Cortes de *common law* que limitam o direito de indivíduos ou grupos de exigir um direito na Justiça. Mais adiante descreverei em que consiste este teste. Neste momento destaco no entanto que enquanto a linguagem da maior parte dos estatutos diz que “qualquer cidadão” pode usar o mecanismo das *citizen suits*, as Cortes têm aplicado exigências de *common law* que limitam os indivíduos ou grupos que podem ir à Corte fazer estas exigências, na prática exigindo que o interesse público que reivindicam seja relativo a *plaintiffs* identificáveis legalmente e que se mostram distintos do público em geral, não entidades genéricas e imprecisas como “todos os americanos”. Ou seja, é preciso que o cidadão ou grupo mostre que será afetado de maneira distinta do público em geral, sob o risco de serem acusados de estarem reivindicando um *undifferentiated public interest*, ou seja, um interesse público indiferenciado, o que não daria a eles o reconhecimento legal da sua causa.

Como veremos a seguir, resulta disso, por um lado, a relativa limitação do poder do executivo em determinar de maneira abrangente o que seja o interesse público e, por outro, a limitação também do alcance do interesse público que cidadãos e indivíduos possam reivindicar nas Cortes. Na comparação com o Brasil, veremos que isso produz uma visão hegemônica de interesse público bem menos abrangente do que a versão difusa de interesse público familiar à nossa sociedade.

---

<sup>60</sup> “Clean air, clean water, open spaces” (...) “ought to be the birthright for every American” (Public Papers of the President: Richard Nixon, 13(1970) apud Morag-Levine, 2003)

## 5. A influência da *common law* sobre os estatutos ambientais e a definição do alcance do interesse público

Como já apontado por John Merryman (1985), professor na Faculdade de Direito de *Stanford*, em seu livro “*The Civil Law Tradition*”, a codificação, característica dos estatutos legais, possui significados diversos nas tradições de *common law* e no direito europeu continental, por exemplo. Segundo o autor, diferente do que ocorre em *Civil Law*, no direito anglo-saxão os estatutos não têm a pretensão de prever tudo que possa acontecer na realidade. De uma maneira geral, os estatutos são vistos como suplementares ao direito, a lógica do precedente continua fortemente presente e o juiz não é compelido a encontrar a base para decidir um caso inteiramente no Código.

Assim, como aponta Noga Morag-Levine em seu livro *Chasing the wind: regulating air pollution in the common law state* (2003), é interessante observar que enquanto o objetivo dos estatutos ambientais foi em grande medida superar alguns limites das Cortes de *common law*, por outro lado estes estatutos permitem observarmos como princípios de *common law* na verdade se reproduzem nos estatutos ambientais norte americanos.

Isso acontece em grande parte porque há uma crença disseminada naquele país de que as regulações do tipo europeu, chamadas de *across the board regulations*, em que não há muito espaço para contestação judicial das decisões das agências reguladora, dependeriam de uma confiança demasiada e pouco saudável no executivo. Como aponta Debora Rhode, diretora do *Stanford Center for Legal Profession*, em seu livro *Access to Justice*<sup>61</sup>:

Estudos comparativos têm demonstrado que os americanos são menos propensos que os cidadãos de outros países a confiar em um governo central para resolver problemas sociais ou de bem estar. Esta desconfiança é expressa e reforçada por instituições que dão às Cortes um papel crucial no constrangimento do poder do Estado, na garantia de direitos individuais e na formação de políticas públicas.

Vimos isso acima nas *citizen suits*, que estão baseadas no reconhecimento da noção das Cortes como revisora dos atos do executivo e do legislativo. O que estou destacando nos casos que reúno aqui é como as Cortes de *common law* mostram-se, para os grupos preocupados em regular atividades econômicas que impactassem o meio ambiente, relativamente limitadas para este fim e foi em grande medida em resposta a estes limites que os estatutos ambientais foram criados. Como mostra Nora Morag-Levine, estes estatutos surgiram com a promessa de superar o modelo baseado na lógica da

---

<sup>61</sup>Deborah L. Rhode, *Access to Justice*, New York, NY: Oxford University Press, 2004.:

*common law* em que as Cortes ao longo do país decidiam de maneira fragmentária os níveis aceitáveis de emissão de poluentes, por exemplo. Segundo Morag-Levine, seu interesse acadêmico pelo tema se entrecruza com a experiência pessoal que teve quando sua família mudou-se para *Albany*, Califórnia.

Desde a chegada ao novo apartamento, sua família teria notado o cheiro de plástico queimado que irritava e causava ardência nos olhos e narizes e um gosto amargo na boca. Estes efeitos variavam com a intensidade e direção dos ventos. Sendo mãe de duas jovens garotas, decidiu junto de seu marido investigar as razões e origem daquela fumaça. Descobriram então que a agência regional responsável pelo assunto era a *Bay Area Air Quality Management District (BAAQMD)*. Sua residência foi visitada então por um inspetor que lhes explicou que a fumaça provinha de uma metalúrgica e que aqueles gases incluíam substâncias tóxicas e nocivas à saúde. Foi lhe explicado também que para que a agência tomasse providências, era preciso que aquela fumaça constituísse uma *public nuisance*, ou seja, uma perturbação no usufruto do ar pela vizinhança.

Acontece que para que uma *public nuisance* fosse reconhecida, era preciso que cinco reclamações fossem verificadas pelo inspetor na vizinhança em um período de 24 horas. Ora, como os ventos mudavam de direção e intensidade desde o telefonema da agência até a chegada do inspetor, foram inúmeras as visitas frustradas do representante da agência até que os critérios para o estabelecimento de uma *public nuisance* fossem estabelecidos.

Segundo a autora, a situação parecia algumas vezes surreal, com inspetores e vizinhos tentando sentir o cheiro de plástico queimado pelas redondezas. No entanto, ela diz que os inspetores lhe pareciam pessoas sérias que agiam de boa fé mas cuja função era a de árbitros em um jogo cujas regras eram aplicadas com convicção mas que pareciam carecer de lógica. Foi então ficando claro para Morag-Levine que a agência compreendia seu papel de uma maneira geral como o de um árbitro neutro agindo entre os interesses da vizinhança e da metalúrgica e não como um órgão regulador com uma missão regulatória como um fim em si mesma.

A definição da poluição do ar como “odor” (algo que os sentidos fossem capazes de perceber) e a transferência para a comunidade da responsabilidade de mobilização, implementadas pelo órgão regional em questão, estavam de acordo com o comportamento de agências do mesmo tipo ao longo do país. Este modelo de controle da poluição lhe pareceu difícil de compreender tendo em vista que o estatuto *Clean Air Act* (CAA, 1970) era visto geralmente como uma resposta estatutária aos fracassos identificados no modelo de *common law*. No entanto, sua pesquisa acabou por mostrar que, ao invés de expressar aspectos residuais da tradição de *common law*, o CAA na verdade estava estruturado ao redor

de uma sensibilidade jurídica de *common law* bem estabelecida.

Esta está centrada sobretudo na demanda de *proof of harm*. Quando traduzida para o papel das agências regulatórias, esta demanda de common law implica que a agência só pode regular emissões que estejam comprovadamente causando *injuries*, isto é, danos, ou *public nuisance*. Caso contrário serão acusadas pelas indústrias de estar regulando negócios privados além dos limites constitucionais.

Como aponta Morag-Levine, um caso que marcou de maneira intensa este debate foi *Lochner v. New York*, em 1905. A autora apresenta os fatos do caso a partir do texto “*Locher's Legacy*” de Cass R. Sustein, mas constrói seu texto a partir de uma crítica aos argumentos do autor que, para ela, colabora para reificar a visão de que as regulações do executivo, são em sua maioria suspeitas de agir de maneira absolutista, desrespeitando as proteções aos negócios e garantias privadas e que, portanto, para serem legítimas dependem de estar protegendo fins muito bem delimitados e baseados em evidências.

Em *Lochner v. New York*, a Suprema Corte decidiu que uma legislação estadual de Nova York, que limitava a quantidade de horas de trabalho em fornos de padaria era inconstitucional, já que infringia na liberdade de contrato entre indivíduos garantida pela quarta emenda à Constituição. Uma limitação deste tipo em contratos privados só seria legítima se o contrato apresentasse risco à saúde e segurança do trabalhador o que, segundo a Suprema Corte, não teria sido comprovado.

Assim, foram vencedores os argumentos de que não havia evidências de que danos à saúde eram devidos à exposição ao calor e resíduos de farináceos sofrida pelos trabalhadores. As razões estariam relacionadas às condições sanitárias de alguns dos estabelecimentos e este não seria o caso do empreendimento do senhor Lochner. Mais uma vez aqui a demanda por *proof of harm* desempenha um papel crucial na limitação da legitimidade do executivo, neste caso estadual, em estabelecer proteções orientadas por definições mais amplas do que seja interesse público. Não havendo casos específicos em que trabalhadores identificáveis tivessem comprovadamente sido vítimas de horas extensas de trabalho, prevaleceu, através do uso de exigências características da tradição de *common law*, a liberdade privada de contratar contra o interesse público definido pela agência reguladora.

Segundo a autora, um outro caso, setenta anos mais tarde, permite observar a reprodução desta mesma controvérsia. Em *Industrial Union* (1978), a Suprema Corte foi levada a decidir a respeito de regulações da agência federal que controla as condições de segurança e saúde no trabalho, a *Safety and Health Administration* (OSHA), sobre a exposição de trabalhadores da indústria da borracha e do petróleo ao produto químico benzeno. Neste caso, a agência optou por aplicar um regime regulatório que obrigasse as indústrias a estabelecerem controles de exposição usando como critério as melhores

tecnologias disponíveis que fossem economicamente viáveis ao invés de estabelecer níveis de exposição baseados no risco à saúde. Isso porque segundo a agência não existiriam evidências científicas que determinassem níveis seguros de exposição, de modo que o mais viável seria limitá-las ao que o estado da tecnologia permitisse.

Acusando este modelo de regular excessivamente a indústria, já que ele estabelecia limitações não baseadas em evidências de risco à saúde, a indústria do petróleo foi bem sucedida em desafiar judicialmente a agência. Apesar de que o estatuto tentava se distanciar da exigência de evidência de danos à saúde para estabelecer a regulação, buscando uma outra lógica, similar ao modelo alemão de regulação, que estabelece o sistema regulatório a partir dos níveis de controle de exposição permitidos pelo estado da tecnologia, a Corte interpretou que esta seria uma lógica que permitiria abusos pela agência no exercício da regulação dos negócios privados e que isto ameaçaria garantias constitucionais.

Neste sentido, tanto em *Lochner* quanto em *Industrial Union* o que está em questão é a permissão das agências de regularem negócios privados sem a comprovação de *proof of harm*, ou seja, sem comprovação de danos legalmente identificáveis à saúde. Podemos ver então que a proteção de um interesse público amplo pelos estatutos e agências do executivo em seus diferentes níveis nos Estados Unidos está sempre ameaçada por testes que emanam de uma lógica de *common law*.

Além da demanda por *proof of harm*, um outro elemento da cultura de *common law*, os *standing to sue tests*, também tem gerado efeitos sobre a definição do que seja interesse público nos estatutos daquele país.

Como mostra Richard Stewart (1975), em seu texto *The reformation of American administrative law*, a regulação dos negócios privados através de agências pelo executivo se desenvolveu inicialmente partir da segunda metade do século XIX, começando pelas ferrovias, e se ampliou de maneira não antes vista no país. Junto desta maior interferência do executivo na vida pública surgiu todo um corpo de doutrinas e técnicas jurídicas para tentar reconciliar esta nova atuação do executivo com uma longa tradição de reivindicação de liberdades privadas através de estratégias de controle que serviram tanto para limitar quanto legitimar este poder.

A doutrina tradicional do direito administrativo americano concebe a agência como uma mera extensão das orientações do legislativo aplicada a casos particulares. Esta doutrina legitima a interferência das agências em negócios privados desde que esta intrusão seja comandada por uma fonte de autoridade legítima, eleita, o legislativo (Stewart, 1975). Por outro lado, uma corrente conhecida como *non delegation doctrine* apontava os limites constitucionais da delegação de poderes do

legislativo (2003, p. 79, Noga Morag-Levine).

Assim, é a adequação ou não das ações da agência às diretrizes do legislativo que fornece os termos da discussão para a revisão judicial e estabelece o papel das Cortes em relação às agências. Neste sentido o papel da Corte seria o de manter a agência dentro dos limites estabelecidos pelos estatutos criados pelo legislativo, protegendo assim os negócios privados de interferências excessivas e, sobretudo, inconstitucionais (Stewart, 1975 p. 1675). Os remédios judiciais aplicados nestes casos são aqueles familiares às Cortes de *equity*, ou seja, não são as compensações financeiras, mas obrigações de fazer ou não fazer como já afirmei.

No entanto, como apontam autores como Stewart (1975) e também Rabin (1986), o direito administrativo americano teria passado por mudanças significativas ao longo do século XX. De acordo com Stewart, os estatutos criados a partir da década de 1930 concediam uma grande *discretion* às agências, o que implicava em decisões sendo tomadas através de procedimentos informais, *off the record*, e sob o risco de possuir um *bias* no sentido da indústria regulada. Segundo o autor, a *discretion* da qual usufruíam as agências não permitia usar mais expressões amenas como *quasi-legislative* para designar seu papel:

(...) depois da delegação pelos congressistas do New Deal de grandes poderes para um conjunto de novas agências a partir de orientações legislativas estabelecidas de maneira genérica, a ampla e nova *discretion* das agências não poderia mais ser concebida sob categorias como “quasi-legislativas” (Stewart, 1975 p.1677)

Rabin, por sua vez, destaca como a crença na expertise da agência e na sua definição do interesse público, que caracterizavam a doutrina do direito administrativo até a década de 1970<sup>62</sup>, são substituídos pela necessidade da agência justificar publicamente suas escolhas, como no caso dos *Environment Impact Statements*, o que cria condições para que os *private attorneys* iniciem ações judiciais como *citizen suits*.

Como afirma Stewart (1975), estas ações servem cada vez mais para ajustar uma variedade de interesses do que a seu propósito inicial de proteger garantias individuais contra a intromissão da ação regulatória do governo, como foi o caso do *Administrative Procedural Act*, de 1946, que buscou estabelecer limites constitucionais às intervenções sobre negócios privados. Assim a partir da década de 1970 as agências se vêem obrigadas a explicar publicamente suas decisões e as *citizen suits* passam a

---

<sup>62</sup> Como aponta Noga Morag-Levine : estas teorias pressupunham uma autonomia administrativa apolítica caracterizada pela aplicação técnica de conhecimento especializado (2003, p.79).

fazer parte da promoção de um interesse público visto como produto de interesses diversos incorporados pelo processo.

A partir do *New Deal*, com agências gozando de grande *discretion*, estas passam a ser acusadas de serem capturadas pelos lobbyists da indústria regulada. A “solução” apontada pelas Cortes para realizar um *check* destes órgãos reguladores teria sido a ampliação da doutrina do *standing* (direito de iniciar uma ação) de modo a promover um processo judicial para assegurar a justa representação de uma ampla gama de interesses envolvidos no processo de decisão administrativa (p.1670). O sentido da revisão judicial deixa de ser a proteção de interesses privados delimitados para promover a partir de então a ampliação da representatividade de interesses levados em consideração no processo, característico dos estatutos da década de 1970.

Assim, segundo Richard Stewart (1975), concomitante a esta mudança do papel da revisão judicial, houve uma mudança da concepção do interesse público no direito administrativo que deixou de significar uma diretriz explícita do legislativo e baseada em uma crença na expertise das agências, para ser o resultado da acomodação de diversos interesses particulares, o que foi possível em grande medida pelo alargamento do *standing to sue* pelas Cortes. De acordo com o autor juízes e comentadores legais passam a concordar com uma visão de interesse público como *a texture of multiple strands*, ou seja, que não é um monólito e envolve o equilíbrio de diversos interesses (p.1683).

No entanto, preciso destacar, como apontado por Morag-Levine, que Richard Stewart está entre os entusiastas do modelo de formatação de políticas públicas através de revisões judiciais e que seus argumentos estão baseados em grande medida em uma crença, amplamente disseminada no campo jurídico norte americano, de que as agências do executivo, se deixadas a agir livremente acabariam necessariamente incorporando práticas absolutistas além de serem provavelmente “capturadas” pelos interesses presentes nos *lobbies* legislativos.

De toda maneira, atualmente considera-se que as Cortes são mais generosas no reconhecimento de *standing to sue* do que foram na segunda metade do século XIX, quando o direito administrativo começou a se desenvolver amplamente nos EUA. Como aponta Robert Kagan (2003, p.214), crítico desta maneira americana de tornar as instituições “accountable” através de “lawsuits”:

Por causa das regras imprecisas e pouco usuais dos EUA no que concerne ao '*standing to sue*', virtualmente qualquer parte interessada – incluindo o maior conjunto de public interest lawyers

agindo como 'private attorney general' auto apontados- podem iniciar ações contra pretensas violações contra o direito público

Gostaria de destacar aqui que a questão sobre se o *standing to sue* é muito ou pouco amplo depende da posição dos autores no campo. Autores como Richard Stewart são altamente críticos de modelos de regulação que dêem muita liberdade para as agências definirem o que é interesse público, porque acreditam que estes acabam redundando no absolutismo do executivo e na captura das agências por grupos de interesses presentes no legislativo, daí a visão positiva que possui da ampliação do *standing* para que cidadãos incorporem suas demandas às políticas públicas. Por outro lado, autores como Robert Kagan criticam o modelo baseado na revisão judicial e na amplitude do *standing*, seja por tornar as políticas públicas mais caras e difíceis de serem implementadas ou por produzirem uma fragmentação nas políticas regulatórias, ajustadas caso a caso pelas Cortes estaduais.

No entanto, meu objetivo nesta tese não é marcar uma posição particular neste debate, mas mostrar os termos desta controvérsia e como estes constituem o horizonte cultural mais amplo do campo político e jurídico norte americano no processo de definição do que seja interesse público em casos de conflito ambiental.

De toda forma, a legitimidade para propor uma “*citizen suit*” ou, “*to have standing*”<sup>63</sup>, depende de alguns quesitos que, por sua vez, ajudam também a compreender os termos do entendimento do que seja interesse público na cultura jurídica americana. Como aponta Alec Stone Sweet (2003):

Pressupõe-se que as Cortes americanas devem negar *standing* às partes que fracassem em mostrar algum grau de **interesse direto** na revisão de algum ato público, apesar de que as doutrinas que dizem respeito ao *standing* tenham conquistado fama de serem pouco claras, além de instáveis (p.2270, grifo meu)

Ao longo dos anos a Suprema Corte desenvolveu um *legal test* para buscar estabelecer parâmetros objetivos para avaliar se um determinado *plaintiff* possui *standing* para iniciar uma *citizen suit*:

Primeiro, o plaintiff precisa ter sofrido *an injury in fact*, ou seja, a invasão de um interesse protegido legalmente que seja **concreto e particular**, e **fatual ou iminente**, não apenas

---

<sup>63</sup> A doutrina do “standing” está baseada no terceiro artigo da constituição dos EUA que limita a jurisdição das Cortes federais aos “casos” e “controvérsias” (Kenneth C. Gold; *Recent Cases Impact Citizen Suit Standing* - Michigan Lawyers Weekly, Vol. 13, No. 47, September 27, 1999.)

hipotético.

Segundo, a ação do “defendant” que está sendo desafiada deve ter causado a “injury”, ou seja, o dano.

Terceiro, é preciso que seja provável (*likely*) que a *injury* possa ser remediada pelo remédio legal demandado. Chama-se *redressability* esta exigência<sup>64</sup>.

Quarto, que o dano é a um interesse que esteja dentro da 'zona de interesse' (zone of interest) protegida pelo estatuto que teria sido violado, ou seja, se o *plaintiff* era o tipo de pessoa que o legislativo tinha em mente quando criou o estatuto

Os três primeiros testes são tradicionais em *common law* e o fato de serem usados no direito administrativo mostra um aspecto americano peculiar que é como os estatutos ambientais estão colocado em um *common – law framework*, ou em uma moldura de *common law*, (Nora Morag-Levine. p.67; p. 85).

Assim, apesar de alguns estatutos usarem a expressão *any citizen* ou seja “qualquer cidadão”, para se referir a quem pode iniciar uma *citizen suit*, as Cortes se preocupam em determinar o *standing*, observando se os *plaintiffs* são diferentes, de algum forma, do público em geral. A mera existência de violações não produz *injury* no seu sentido legal de permitir uma *citizen suit*. Para iniciar uma *citizen suit* os *plaintiffs* precisam demonstrar que as violações lhes causaram *injuries*, ou seja, danos específicos.

Como a Corte argumentou em *Steel Co. v. Citizens for a Better Environment*, 118 S.Ct. 1003 (1998)<sup>65</sup>, representar um *undifferentiated public interest*, ou seja, um interesse público indiferenciado, não fornece *standing* no direito administrativo americano:

Naquele caso, o *plaintiff* buscou penalidades civis através do (estatuto) EPCRA pelo fracasso do *defendant* em armazenar produtos químicos tóxicos e emitir relatórios. A opinião da Corte, escrita pelo Juiz Antoni Scalia, observou que, porque as penalidades seriam pagas ao tesouro federal norte-americano e não ao *plaintiff*, estas penalidades não

---

<sup>64</sup>Além disso estes três quesitos devem ser demonstrados pelos *plaintiffs*.

<sup>65</sup>*Emergency Planning and Community Right-To-Know Act*, 42 U.S.C. §§11001-50

serviriam para ressarcir o *plaintiff* por dano algum que este tivesse sofrido pelas violações do *defendant*. Ao invés disso, o *plaintiff* estava meramente buscando vindication of the *rule of law*, o que constitui um dano não ao *plaintiff* mas a um **interesse público indiferenciado** (grifo meu)<sup>66</sup>

Neste caso *standing* foi negado porque os remédios que estariam disponíveis ao final do processo, entre eles a multa em questão, seria paga ao tesouro nacional e não ao *plaintiff*. Assim, como não era o próprio *plaintiff* que se beneficiaria do remédio legal, então não teria direito de reivindicar o direito. Isso significa que a exigência de *redressability*, de que só há direito disponível se o remédio legal buscado for capaz de reparar o dano, não foi cumprida. Mais uma vez um princípio de *common law* age para limitar o alcance do interesse público a ser reconhecido pelas Cortes americanas, que neste caso foi desqualificado por ser “indiferenciado”.

Segundo Richard Stewart (1975), *standing* também tem sido negado em casos como o do *Sierra Club v. Morton*. Este caso é emblemático de como a proteção do meio ambiente está envolta por diferentes considerações do que seja interesse público nos EUA e no Brasil. O caso surgiu após o governo da Califórnia liberar uma licença para o grupo *Walt Disney* desenvolver um parque recreativo em uma área de beleza cênica e natural chamada *Mineral King*, próxima ao *Sequoia Park*. O *Sierra Club*, uma organização não governamental, entrou com uma ação contra a liberação de licenças e seus argumentos giraram em torno dos possíveis impactos do projeto sobre as características naturais da área.

Mas a Corte considerou que a exigência de *injury in fact* não foi satisfeita já que o grupo expressou somente seu interesse na defesa de *wilderness areas*, áreas selvagens, ao invés do usufruto destas áreas pelos membros do grupo. Neste caso, através de uma distinção entre interesses ideológicos (a proteção das *wilderness areas*) e interesses materiais (por exemplo, se o *Sierra Club* tivesse feito referência ao usufruto destas áreas pelos seus membros), a Corte decidiu que interesses “ideológicos” não forneciam *standing* já que não permitiam identificar *injury in fact*, exigência processual que demanda que a parte que exige o direito esteja entre os que sofreram o dano.

Assim, ainda que as concepções de *standing to sue* pareçam ter sido alargadas pelas Cortes a

---

<sup>66</sup>Kenneth C. Gold; Recent Cases Impact Citizen Suit Standing -This article is the first part of a two-part series. It was originally published in Michigan Lawyers Weekly, Vol. 13, No. 47, September 27, 1999

partir da década de de 1970, as noções de *interesse público* que lhe são subjacentes diferem bastante da noção de interesse público do direito brasileiro, definido como algo difuso, cujos titulares são pessoas indeterminadas e a ser protegido pelo Ministério Público.

Em todos estes casos, desde aquele que acompanhei pessoalmente sobre o tem de alta velocidade, até os outros que reuni a partir dos referenciais bibliográficos indicados, pode-se observar que os estatutos ambientais, se por um lado têm sua origem relacionada a um desejo em determinar um interesse público amplo, superando os limites das Cortes de *common law*, acabaram incorporando mecanismos desta mesma tradição legal, sobretudo exigências processuais que limitam o poder do executivo de regular negócios privados e dos cidadãos de iniciarem ações. Isso pode ser compreendido pela tradição política e jurídica daquele país, em que os princípios de *common law* reproduzem sua legitimidade ao serem relacionados com garantias privadas fundamentais. Resulta disso uma concepção hegemônica de interesse público bem mais limitada do que aquela com a qual estamos familiarizados no Brasil.

No próximo item mostrarei como aspectos da tradição de *common law* dão sentido à lógica que subjaz ao papel das *citizen suits* como instrumentos de acesso a direitos. Como veremos, a noção de interesse público identificada no presente item, moldada em grande medida por princípios de *common law*, vai encontrar articulação a seguir com o papel desempenhado pelos *underrepresented groups* e pelas *private public interest law firms*.

## **6. Discussões sobre modelos de acesso a direitos suscitadas pelos estatutos ambientais norte americanos**

Ao longo de minha pesquisa fui percebendo que há nos Estados Unidos uma controvérsia amplamente estabelecida entre os especialistas no tema sobre como compreender o papel das *citizen suits*, o que permite identificar as problemáticas obrigatórias suscitadas pelo instrumento no que diz respeito aos modelos de acesso a direitos em jogo no país.

Seguindo Robert Kagan, por exemplo, poderíamos compreender o instituto jurídico sob a noção abrangente de *Adversarial Legalism* (2003) que dá nome a um livro seu. Neste trabalho Kagan

reúne elementos para realizar uma crítica a certos aspectos dominantes da cultura política e jurídica norte americana e que segundo ele distinguem-na dos modelos de realização de políticas públicas e administração de conflitos em outros países do mundo como os da europa continental.

Segundo o autor, desde o período da colonização os norte americanos acostumaram-se a buscar nas Cortes o espaço para a reivindicação de direitos, o que esteve acompanhado desde o princípio de uma crença amplamente estabelecida de que as decisões verticais de um governo central e distante carecem de legitimidade e tendem à tirania. Kagan afirma que a partir da década de 1960 estes aspectos da cultura política e jurídica do país teriam sido potencializados com a explicitação de uma série de demandas como as dos direitos das mulheres, dos ambientalistas, dos anti-segregacionistas e etc. Assim, foi na ampliação das vias judiciais de acesso a direitos que a sociedade americana teria buscado os caminhos para lidar com determinados conflitos trazidos ao espaço público sobretudo a partir do pós segunda guerra, como os conflitos ambientais.

A leitura de *Adversarial Legalism: the american way of law* permite perceber que seu autor tem um interesse bem explícito em criticar este aspecto da sociedade americana. Para tal ele faz referências constantes aos modelos adotados, por exemplo, pelos países da europa continental. Segundo o autor, estes modelos estariam baseados em um acatamento maior das decisões do governo e em vias menos adversariais e mais cooperativas de lidar com temas como regulações ambientais ou demandas por direitos.

Suas reflexões estão baseadas no desencadeamento de alguns conflitos como o envolvendo a dragagem de um porto na cidade de Oakland, Califórnia. Este caso teve início no ano de 1986 quando o congresso norte americano aprovou fundos para que o Porto de Oakland fosse dragado e aumentase sua profundidade, o que permitiria ampliar as movimentações no porto com embarcações maiores e mais modernas.

O que se segue a isto é descrito por Kagan como uma sucessão de ações judiciais, envolvendo diversas agências reguladoras e grupos como pescadores e ambientalistas que resultaram em dez anos de interrupções no projeto e custos financeiros de natureza legal que tornaram o projeto muito mais caro do que o previsto. Segundo o autor, ainda que os grupos que agiam judicialmente estivessem reivindicando ajustes no projeto que estavam de acordo com os estatutos, a possibilidade constante de que novas ações sejam levadas às Cortes neste tipo de caso acabam criando uma certa

imprevisibilidade que ameaçou o cronograma e o financiamento do projeto.

Kagan contrapõe a esta história um projeto similar realizado no Porto de Roterdã na Holanda. Segundo o autor, apesar de que lá as autoridades também tivessem que lidar com exigências ambientais como a Convenção de Londres que regula o descarte do material dragado, neste caso o cumprimento das exigências legais se deu de maneira mais rápida e sem atravessar ações legais “desencorajadoras” que implicam em custos adicionais.

Ora, aqui podemos ver claramente aspectos do que Laura Nader chamou de tentativa de construir uma imagem negativa do papel das ações judiciais no acesso a direitos nos Estados Unidos. Neste sentido a posição de Kagan poderia ser associada a esforços conservadores de substituir as vias adversariais de acesso a direitos por modelos mais harmoniosos e cooperativos que ele relaciona à europa continental, mas também a países como o Japão.

Um outra visão sobre o papel dos processos legais na realização de políticas públicas nos Estados Unidos, no entanto, é aquela que pode ser relacionada às considerações de Richard Stewart (1975) que prefere compreender o papel das *citizen suits* como “um procedimento político para garantir a representação equânime de uma variedade de interesses afetados no processo de decisão administrativa” .

De maneira geral, o artigo de Stewart elabora uma crítica ao modelo que teria prevalecido nos Estados Unidos logo após o New Deal e que estaria baseado em um amplo acatamento das decisões das agências reguladoras e que teria sido substituído pelo espírito expresso nos estatutos ambientais da década de 1970 que ao prever as *citizen suits* institucionaliza o papel das ações judiciais não só como meio de limitar a interferência excessiva das agências sobre os negócios privados mas também para permitir que o próprio processo de construção de políticas públicas incorpore as demandas de grupos cujos interesses podem não estar sendo adequadamente representados.

Nesta visão mais ampla e otimista do papel das ações legais características da sociedade americana, o interesse público que resulta do processo não é algo determinado de maneira vertical pela agência mas algo a ser construído de maneira pública e recebendo os pontos de vista de uma amplitude maior de segmentos da sociedade. Este modelo oferecia ainda uma proteção contra a “captura” da agência pelos interesses da indústria regulada ao enfatizar procedimentos públicos e formalizados ao

invés de informais e sob portas fechadas.

É claro que meu objetivo aqui não é resolver estes dilemas sobre o papel e as consequências do modelo de acesso a direitos prevalecente nos Estados Unidos. Mas estou mostrando os termos sobre os quais a controvérsia está construída naquele país.

Assim, do ponto de vista dos modelos de acesso a direitos, as ações coletivas como as *citizen suits* podem ser vistas, seja como um exagero da adversarialidade (Robert Kagan, 2003), seja como um processo para garantir a elaboração de um interesse público que expresse a diversidade de interesses presentes na sociedade (Richard Stewart, 1975), ou ainda como uma das poucas ferramentas, ainda que limitadas, disponíveis aos cidadãos norte americanos para explicitar os conflitos e acessar direitos (Laura Nader, 2002.).

Como costuma acontecer nos Estados Unidos, no caso do projeto do trem, os *plaintiffs* contra a agência estadual têm contado com os serviços de advocacia de um escritório privado voltado para a defesa do interesse público, chamados “*private public interest law firms*”. Como podemos ler em um guia da Universidade de *Harvard*:

Não há teste oficial para definir o que faz de uma firma uma *private public interest law firm*. Trata-se de um termo de certa maneira elástico, usado para descrever firmas privadas e lucrativas que dedicam ao menos uma parte significativa dos casos aos quais se dedicam a questões que tenham algum impacto social, político ou econômico amplo. As firmas que encaixam-se nesta definição abrangente possuem uma grande variedade de tamanhos – desde um advogado individual até firmas que atuam em várias cidades e que possuem mais de cem advogados -e trabalham em uma grande variedade de áreas, desde defesa criminal até direitos humanos<sup>67</sup>

Como já afirmei, os escritórios privados de advocacia desempenham um papel fundamental nas *citizen suits*. Isso significa que é através de atores que têm sua origem no mercado que o acesso judicial a direitos está organizado nos Estados Unidos. Assim, o modelo norte americano prevê que as *private public interest law firms* potencializem a energia de *underrepresented groups*, grupos cujos interesses não estariam sendo devidamente incorporados pelas políticas públicas.

Este tipo de escritório de advocacia se diferenciaria dos demais empreendimentos legais

---

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/current/careers/opia/toolkit/guides/documents/privatepiguide2010.pdf>. Acesso em 09/07/2012.

privados porque seu objetivo não seria somente lucrar mas também dedicar uma parte, maior ou menor, do seu trabalho à promoção do interesse público. Isto é possível nos EUA porque diversos estatutos ambientais prevêm o pagamento de *attorney fees*, aos advogados que trabalhem em “*citizen suits*” vitoriosas ou, simplesmente, meritosas. As condições para a recuperação de *attorney fees* variam de estatuto para estatuto constituindo esta questão uma das questões controversas nestes casos, já que dela depende um acesso mais ou menos limitado ao instrumento das *citizen suits*.

A distinção entre as ações civis que são caracterizadas como empreendimentos econômicos e as que constituem trabalhos *pro bono* surgiu para a mim pela primeira vez em uma conversa com membros da *Environmental Law Clinics* em *Stanford*. Este centro desempenha o papel de *private public interest law firm* ao mesmo tempo em que treina os alunos da Universidade para atuar em casos deste tipo. Naquela ocasião eles me explicaram que seu trabalho se diferenciava do trabalho de escritórios voltados para casos que envolvem ações civis tradicionais nas Cortes de *common law*, voltados por exemplo a casos em que pessoas sentem-se lesadas por um determinado produto que compraram e em que buscam compensações financeiras.

Casos deste tipo, eles me disseram, dependem de que os advogados identifiquem neles um empreendimento econômico viável. Estes casos costumam também dar uma má reputação à corporação dos advogados quando os clientes ganham cupons insignificantes e a firma fica com uma parte relativamente maior do que os clientes quando tomados individualmente. Resultam disso uma série de piadas já tradicionais na sociedade americana sobre o interesse pecuniário dos advogados. Isso ficou claro quando os membros da *Stanford Environmental law Clinics* me disseram entre risos que o resultado dos casos que defendem não são cupons mas mudanças em políticas públicas, por exemplo.

Estes trabalhos voltados para a promoção do interesse público estão institucionalizados na cultura legal profissional americana de modo que a *American Bar Association* inclui trabalhos *pro bono* como parte dos compromissos éticos de seus associados que devem dedicar pelo menos 50 horas anuais a casos em que assistem pessoas que não podem pagar pelos serviços de um advogado. Assim, me parece que desenvolver atividades voltadas ao interesse público como um tipo de trabalho *pro bono* fornece às *private law firms* um tipo específico de capital que se relaciona com o reconhecimento de sua responsabilidade profissional pública, paralelamente ao seu desempenho enquanto empreendimento econômico privado.

Veremos no contraste com o Brasil como este modelo que associa o papel das *private public interest law firms* com a potencialização da energia de *underrepresented groups* está baseado em pressupostos diferentes do modelo brasileiro em que uma instituição do Estado, o Ministério Público, toma para si o papel de tutelar grupos considerados “hipossuficientes”.

A categoria *underrepresented groups* remete a uma problemática que pode ser relacionada mais longiquamente a autores como Alexis de Tocqueville (1987) e Stuart Mill (2006) que identificaram os riscos que as sociedades baseadas na democracia representativa correriam, entre eles, o de que grupos minoritários tenham sua liberdade abreviada pelas imposições das majorias legislativas.

Neste sentido, *underrepresented groups* seriam os segmentos sociais cujos interesses não estariam sendo levados em consideração no desenho das políticas públicas e que buscam implementá-los através de ações judiciais. As *private public interest law firms*, como a *Environmental Law Clinics* de Stanford ou o advogado S.F., que trabalha no caso do trem, são representantes legais dos grupos que constituem os *plaitiffs* da ação mas não se apropriam da ação como os operadores do Ministério Público, que veremos na Parte III. As decisões sobre quando iniciar ou abandonar uma ação são em última instância dos grupos representados e não da *private public interest law firm*.

No Brasil, por outro lado, a categoria “hipossuficiente” remete a uma visão hierárquica de sociedade e um modelo de acesso regulado a direitos familiar à sociedade brasileira, que pressupõe a incapacidade de amplos segmentos de nossa sociedade de acessarem de maneira autônoma seus direitos, dependendo de mecanismos de tutela por parte de instituições do próprio Estado. Veremos que uma das consequências disso é que o acesso judicial a direitos coletivos como o meio ambiente, no Brasil, é recorrentemente definido e apropriado particularizadamente pelos procuradores do Ministério Público.

### **Parte III- A administração dos conflitos ambientais no Brasil**

Antecipando um pouco minhas conclusões, identifico o papel destacado do Ministério Público em conflitos envolvendo o que convencionou-se chamar no direito brasileiro de “direitos difusos” , entre eles o direito ao meio ambiente. A partir da análise da doutrina, de legislações, de autores da Antropologia e do Direito e de conflitos ambientais, mostrarei como a administração institucional de conflitos ambientais no Brasil está orientada por princípios processuais de produção da verdade, modelos de acesso a direitos e noções hegemônicas de interesse público que suscitem problemáticas bem diferentes em relação ao que apresentei no capítulo anterior sobre os EUA.

Veremos que nos casos observados o interesse do operador do Ministério Público pelo processo não depende da existência de uma base social com a qual este procurador esteja em interação e cujos interesses esteja representando. Uma vez iniciada a ação, seja ela judicial ou extrajudicial, esta é apropriada pelo Procurador de modo que o seu desenrolar depende em grande medida da sua perspectiva e interesses particulares.

Neste capítulo apresentarei a trajetória de dois conflitos ambientais que tive a oportunidade de acompanhar de perto no estado do Espírito Santo, além de apresentar algumas considerações sobre o caso do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte, no sul do Pará. A descrição dos aspectos relevantes destes conflitos e um olhar crítico sobre a produção dogmática do direito brasileiro sobre a área ambiental permitirá reunir elementos para uma análise contrastiva com o que pude identificar a respeito dos Estados Unidos, a partir das seguintes questões que nortearão a análise do material brasileiro:

- 1) Quais formas de produção da verdade são colocadas em evidência pelos processos coletivos ambientais;
- 2) Quais os modelos de acesso a direitos emergem do material investigado e
- 3) Quais são as noções de interesse público hegemônicas no campo jurídico dos processos coletivos ambientais brasileiros

## **1. O Plano Diretor Municipal de Vila Velha e a Ação Direta de Inconstitucionalidade do MPE/ES**

Vila Velha é uma cidade localizada no estado do Espírito Santo, na região metropolitana da Grande Vitória. Com 477 anos possui alguns marcos importantes da colonização jesuíta como o Convento da Penha. O desenvolvimento urbano da cidade tem experimentado desafios nos regulares alagamentos que atingem a cidade anualmente principalmente nos meses de outubro e novembro e que provocaram algumas enchentes memoráveis como a de 1960 e 2007.

De acordo com conversas que tive com diversos membros do Fórum em Defesa de Vila Velha e também em amplas conversas com pescadores que moram na região, estas enchentes são atribuídas de maneira geral ao aterro de áreas inundáveis e mesmo de canais que drenavam naturalmente as águas das chuvas. Estas estratégias de desenvolvimento urbano tem sido atribuídas nas reuniões do Fórum aos interesses de grupos econômicos ligados ao mercado imobiliário que teriam se associado com segmentos do poder público municipal ao longo das últimas décadas.

A cidade de Vila Velha é também sede de algumas entidades ligadas a um movimento ambientalista que teria se iniciado, de acordo com algumas narrativas, com a oposição à construção de uma usina nuclear no norte do estado do Espírito Santo nos anos de 1970<sup>68</sup>. Em Vila Velha, algumas das repercussões das ações de entidades como AVIDEPA<sup>69</sup>, foram as diversas áreas de proteção ambiental criadas a partir principalmente da década de 1980, incluindo o Parque Natural de Jacarenema e o Parque do Morro da Mantegueira. Foi entre os municípios de Vila Velha e Guarapari que, no início dos anos de 1990 o movimento ambientalista local teve no assassinato de Paulo Cesar Vinha, militante que combatia a extração ilegal de areia, um ponto dramático na primeira metade dos anos 1990.

O conflito de que vou tratar neste item se refere às mudanças aprovadas pela Câmara de Vereadores do Município de Vila Velha e que produziram alterações no Plano Diretor Municipal na segunda metade do ano de 2011. Plano Direto Municipal é um estatuto aprovado pelo legislativo de um município e que determina diretrizes para a ocupação do solo urbano, as atividades permitidas em determinadas áreas da cidade, etc. Neste conflito terão destaque atores como vereadores e seus “cargos comissionados”, o Fórum em Defesa de Vila Velha, o Movimento Jacarenema e o Ministério Público

---

<sup>68</sup>Os desenvolvimentos deste movimento foram analisados por Lobino (2008) em sua dissertação de mestrado em que analisa as dinâmicas do “campo ambiental” no Espírito Santo.

<sup>69</sup> Associação Vila Velhense de Proteção Ambiental

Estadual.

Foi a convite do colega sociólogo Sandro Juliati, pesquisador do Observatório de Conflitos Urbanos (ligado ao Departamento de Geografia da Universidade Federal do Espírito Santo) que comecei a frequentar o Fórum em Defesa de Vila Velha, que se reunia na sede da Associação de Moradores da Praia da Costa, um dos bairros mais caros da cidade, pelo menos duas vezes por mês.

Como pude perceber desde o início, este Fórum reúne pessoas e entidades orientadas por perspectivas sensivelmente diferentes a respeito do que seja o meio ambiente, qual a melhor forma de protegê-lo, os impactos das mudanças ambientais nas diferentes camadas da população e assim por diante. Ainda que o objetivo não seja traçar um panorama aprofundado sobre o campo ambiental local<sup>70</sup>, ficou claro para mim em ocasiões como reuniões ou demonstrações públicas que a linguagem utilizada por representantes das entidades, movimentos populares e vereadores era bastante variável, desde uma linguagem no sentido de “conscientizar” empresários e agentes públicos sobre a importância do meio ambiente (Movive<sup>71</sup>, por exemplo) até outras que faziam referência ao papel do “capitalismo” e da “luta de classes” nas questões ambientais (Movimento Jacarenema; Famopes<sup>72</sup>).

A exemplo disso, falas e documentos do Fórum ora o nomeavam “Fórum em Defesa de Vila Velha”, outras vezes “Fórum *Ambiental* em Defesa de Vila Velha” e outras vezes ainda “Fórum *Popular* em Defesa de Vila Velha” o que denota as diversas identidades e motivações sociais dos segmentos ali aglutinados.

Entre Organizações Não Governamentais e movimentos populares, vereadores, pesquisadores e moradores, o Fórum costumava reunir cerca de dez pessoas por reunião, discutindo sobretudo as mudanças no Plano Diretor Municipal e seus impactos sobre áreas de preservação ambiental no município.

Entre estas pessoas e entidades, Y., biólogo, e A., este membro da Associação de Geógrafos do Brasil, elaboraram um relatório que permitia identificar como Áreas de Especial Interesse Ambiental

---

<sup>70</sup> Para uma análise detalhada do campo das entidades ambientalistas no ES ver a dissertação de mestrado de Camilla Lobino (2008) no Instituto de Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

<sup>71</sup> Movimento Vida Nova Vila Velha. Segundo o site da entidade a missão da entidade é a “Busca da qualidade de vida e prática da cidadania unindo o governo, setor privado e sociedade civil para a formação da rede de desenvolvimento sustentável.”

<sup>72</sup> Federação das Associações e Movimentos Populares do Espírito Santo.

deram lugar para Zonas de Interesse industrial e Zonas de Interesse Turístico no PDM modificado. Este relatório foi apresentado em reunião com órgãos licenciadores estaduais como o Instituto Estadual do Meio Ambiente e a Secretaria Estadual de Meio Ambiente e também na Assembléia Legislativa e na Câmara de Vereadores de Vila Velha, com o intuito de dar legitimidade técnica às reivindicações do Fórum.

Pelo o que tenho observado, esta estratégia tem sido positiva já que em ocasiões públicas como “audiência” na assembléia legislativa e “tribuna livre” na câmara municipal, as falas dos proponentes do novo PDM foram avaliadas pelos membros do Fórum como claramente carentes de justificação técnica.

Se juntou também ao Fórum, mais ou menos na mesma época que eu (segundo semestre de 2011), o “Movimento Jacarenema”. Este movimento reúne os moradores de um condomínio que leva o mesmo nome do Parque Natural Municipal de Jacarenema e está localizado no Bairro Santa Paula que margeia o Parque. A princípio, como explicou AD, um dos líderes do movimento, este se reuniu em função dos procedimentos abusivos de cobrança que os moradores destas habitações populares estariam sofrendo da administradora deste projeto habitacional financiado pela Caixa Econômica Federal.

Segundo AD., o Ministério Público Estadual teria se negado a iniciar uma ação contra a administradora do condomínio porque o caso envolveria direitos individuais, não cabendo a atuação do Ministério Público. AD, me disse estranhar este argumento do MP já que em sua interpretação este tipo de projeto atenderia a interesses públicos de expansão da habitação popular.

Do ponto de vista da doutrina, Hugo Nigro Mazzilli aponta que não há consenso sobre até onde vai a área de atuação do Ministério Público na área cível. Isso porque o texto Constitucional não coloca limites à sua atuação:

**Art.127-** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe **a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**. (“A atuação do MP na área cível”. Revista Síntese Direito Civil e Processual, v.73-set-out/2011 São Paulo.(grifo meu)

Segundo Mazzilli, no entanto, há certo consenso dogmático de que nos casos envolvendo interesses claramente individuais, ao Ministério Público não convém ser parte na ação no processo cível, preferível nos casos envolvendo causas coletivas ou envolvendo interesses individuais indisponíveis. Explicarei a diferença entre estes tipos de direito mais adiante. No entanto, no caso do “Condomínio Jacarenema”, o direito reivindicado situa-se no limite entre os direitos individuais e coletivos, já que a categoria “direitos individuais homogêneos” carrega esta ambiguidade: segundo a doutrina seriam direitos que possuem origem individual mas são tratados processualmente de modo coletivo por praticidade<sup>73</sup>.

Como foi-me explicado no curso de direito ambiental que assisti na Universidade Federal do Espírito Santo, tratam-se muitas vezes de interesses de consumidores que remetem a valores pecuniários relativamente baixos. Em ações deste tipo, que a princípio dizem respeito a relações de consumo isoladas, o artifício de unir as demandas de vários consumidores poderia tornar o processo mais efetivo para a totalidade dos que foram lesados já que se deixados a agir individualmente não teriam motivação para buscar na justiça valores tão irrisórios.

De qualquer modo, nem a referência ao interesse público contido no projeto popular de habitação teria surtido efeito, segundo AD., para mobilizar o Ministério Público. Não havendo limites objetivos no texto constitucional ou em outra legislação sobre quais são as áreas em que o operador do Ministério Público deva atuar deve atuar, me parece que nestes casos acaba restando ao Procurador decidir, de acordo com suas convicções pessoais, se trata-se de um caso para atuação. E nesta escolha, a atribuição ou não de categorias como “interesses público” aos casos que chegam ao Ministério Público pelo Procurador funciona como estratégia para o operador do direito legitimar sua decisão de iniciar ou não a ação.

A tautologia implícita neste processo é naturalizada pelo jurista Hugo Nigro Mazzilli na seguinte fórmula: “se (o Ministério Público) não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando identifica a hipótese de atuação, ao contrário, tem liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória” (“Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor - o papel do Ministério Público”).

Foi quando se iniciou a construção de um outro condomínio, nas margens do Parque Jacarenema, que o Movimento Jacarenema organizou uma caminhada contra os efeitos deste novo

---

<sup>73</sup>O professor do curso de direito ambiental que assisti na Universidade Federal do Espírito Santo chamou estes direitos de “coletivos por acidente”. Seriam interesses que possuem uma “natureza individual” já que dizem respeito a direitos que podem ser repartidos e a indivíduos que possam ser legalmente identificáveis mas que seria unidos em uma só ação legal por praticidade e economia processual de tempo e recursos.

condomínio sobre o Parque Natural Municipal de Jacarenema e então o movimento Jacarenema passou a coordenar suas ações de maneira próxima do Fórum em Defesa de Vila Velha.

O Fórum encontrou na figura da Procuradora do Ministério Público Estadual N.S.<sup>74</sup> um forte apoio quando o Ministério Público Estadual/ES iniciou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) contra as mudanças aprovadas pela Câmara de Vereadores<sup>75</sup>. Este tipo de ação é previsto pela lei 8625/93:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual;

Este papel do Ministério Público na propositura de ADIN é relacionado por autores como Werneck Vianna (1999) e Rogério Arantes a um processo de “judicialização da política” que teria se intensificado no Brasil apartir dos anos de 1980 e está relacionado com este processo mais amplo que venho descrevendo neste texto, que trataria do surgimento de novos direitos ligados a noções abrangentes de cidadania.

Ainda que os autores enfatizem aspectos diferentes deste processo, de modo geral ele teria raízes na associação entre, a tentativa de criar novos canais para a superação dos dilemas do processo político brasileiro (Werneck Vianna, 1999), e o protagonismo do Ministério Público que passa a desempenhar um papel de tutela no acesso a direitos pelas vias judiciais (Arantes)<sup>76</sup>.

Importante destacar aqui que enquanto nos Estados Unidos a revisão judicial de atos inconstitucionais está limitada ao que chamam de “casos e controvérsias”, ou seja, depende que algum cidadão ou grupo tenham sofrido um dano de fato por uma legislação ou ação do executivo para reivindicarem alguma revisão pelas Cortes, no Brasil, este tipo de revisão pode ser feita sem a necessidade de que algum grupo específico tenha sido lesado<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> A Procuradora é “dirigente” do “Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente, de Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico, Paisagístico e Urbanístico – CAO” MP/ES

<sup>75</sup> Quando do início desta ação, no entanto, já havia uma outra em curso desde 2008 relativa a outras alterações do PDM.

<sup>76</sup> Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>. Acesso em 08/07/2012

<sup>77</sup> Ainda que seja possível identificar de uma maneira geral uma ampliação nos países de *civil law* do papel da Justiça como instrumento de proteção de garantias constitucionais fundamentais – papel que está solidificado nos EUA desde Madison v.

Assim, em uma análise “em abstrato” do novo PDM, o Ministério Público Estadual argumenta através do documento da ADIN que, “ao alterar o PDM de Vila Velha o legislativo municipal não observou o princípio constitucional da democracia participativa uma vez que não abriu amplo debate à população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade”.

Esta aprovação teria sido feita sem que o projeto fosse discutido pela população quando de sua elaboração pelo executivo e com somente três audiências públicas quando da aprovação pelo legislativo além de que as entidades MOVIVE e Conselho Comunitário de Vila Velha além do promotor de justiça Dr. L. F. S. terem notificado a Câmara Municipal pedindo mais tempo para a discussão das mudanças.

Além da forma como as alterações foram feitas, a ADIN ataca a transformação de Zonas Especiais de Interesse Ambiental, incluindo a zona de amortecimento do Parque Natural Municipal de Jacarenema em Zonas de Interesse Turístico e em alguns casos, como na região próxima à Lagoa Encantada, em Zonas de Interesse Industrial. No momento que escrevo este texto a ADIN ainda não foi julgada no Tribunal de Justiça.

O contato do Fórum com o Ministério Público Estadual se deu a partir da mediação da Dra. I., advogada que participa da comissão de meio ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em Vila Velha. Segundo I., quando fez contato com o Ministério Público foi informada que o órgão já estava ciente das alterações no PDM e estava tomando providências. Diferente do caso que descrevo a seguir, envolvendo os pescadores da Barra do Jucu, no caso do PDM, as ações do Ministério Público Estadual possuem visivelmente apoio de diversos segmentos da sociedade de Vila Velha, sobretudo, é claro, os aglutinados ao redor do Fórum.

Mas por outro lado, diferente do que observei a respeito do papel das *private public interest law firms* americanas, o MPE não é um representante legal das entidades. O MPE, ou melhor, a Procuradora, é o proprietária da ação. Além disso, como pude observar, enquanto vereadores, deputados e senadores mantinham representantes nas reuniões do Fórum, o mesmo não era feito pelo

---

Maybury – este papel tem desenvolvimento peculiar em cada sociedade. Assim, no Brasil, diferente dos EUA, é possível a revisão judicial de leis “em abstrato”, ou seja, sem que haja a apreciação de um conflito concreto em que a constitucionalidade de uma lei será desafiada. Por outro lado, diferente dos franceses que delegaram esta função de revisão constitucional ao Conselho de Estado e não à Justiça, no Brasil, foi justamente ao judiciário que foi remetida esta responsabilidade.

Ministério Público Estadual. As interações com o órgão eram feitas de forma programada, organizadas em reuniões do Fórum, quando alguém ficava designado para agendar uma reunião, geralmente com a Procuradora.

Isto aconteceu por exemplo em reuniões com alguns dos desembargadores, em que Ministério Público Estadual e Fórum estavam apresentando “juntos” o descontentamento com o novo PDM. No entanto, mesmo nestes casos, a presença do Ministério Público junto dos representantes das entidades que formam o fórum corrobora uma ação que é de titularidade do Ministério Público. Pude observar claramente que havia por parte dos membros do Fórum um certo respeito zeloso no trato com o MP, o mesmo que identifiquei nas interações com membros do judiciário.

Não identifiquei o mesmo tipo de tratamento em relação aos membros do legislativo envolvidos no processo, com quem as interações eram mais frequentes e espontâneas. Espontâneas mas não desinteressadas, no entanto, já que pelo menos duas vezes membros do Fórum atribuíram em conversas comigo a participação destes representantes dos “mandatos” deste ou daquele deputado no Fórum com “interesses eleitorais”.

Este padrão de relações com o Ministério Público resultou em algumas dissonâncias, como quando o Fórum propôs a criação de uma cartilha sobre as mudanças no PDM que a princípio seria feita com apoio do Ministério Público. Quando do início da elaboração da cartilha, no entanto, este apoio teria sido negado pela Procuradora N. S., de modo que a cartilha foi produzida independentemente pelo Fórum.

Esta preocupação da Procuradora N.S. em não vincular diretamente o MPE à cartilha me parece representativo desta necessidade – talvez ligada à própria identidade da instituição - de distinguir a instituição em relação aos grupos particulares que formam o Fórum. Nos eventos públicos como o “pedalaço” organizado pelo Movimento Jacarenama ao redor do Parque Jacarenema, também não havia representantes do Ministério Público Estadual.



Foto 6: O panfleto que convidava a população para a manifestação.

A forma como o Ministério Público apropriou-se da ação expressa um modelo de acesso a direitos tutelado, ou seja, mediado por uma instituição que compõem o próprio Estado. Isto produz certo paradoxo em relação ao discurso presente na doutrina sobre os processos coletivos, que seriam espaços de ampliação da participação democrática e da realização do que chamam de Estado Social de Direito, categoria que expressaria a institucionalização das conquistas democráticas com a Constituição de 1988.

A este respeito, interessante observar que quando sugeri que algumas das associações que compõem o Fórum entrassem elas próprias com ações na justiça contra mudanças ilegais que a Prefeitura estava promovendo a respeito não do PDM, mas de uma Área de Proteção Ambiental chamada Lagoa Grande, minha sugestão foi descartada quando um morador de Vila Velha sugeriu que era melhor mobilizarmos novamente o Ministério Público porque ele “tem mais força”. Um outro disse temer que as associações fossem vítima de ações elas próprias caso não obtivessem sucesso na justiça. Percebe-se assim que os cidadãos internalizam recorrentemente esta crença no papel do Ministério Público como tutor de seus direitos.

Como mostrarei ao longo desta tese, minha observação tem identificado que resulta disso na verdade um modelo de interesse público particularista, em que ao invés de participação ampla dos cidadãos, o que temos são a moralidade e o viés dos operadores do Ministério Público representando de maneira problemática os interesses da sociedade mais ampla.

## **2. “Entre barracões e módulos de pesca”: um grupo de pescadores, 12 barracões, um Inquérito Civil e uma Recomendação**



Foto 7: Vista da praia da Concha de quem está de costas para o mar, onde podemos ver os barracões antes de sua retirada.

Os aspectos introdutórios dos eventos que apresento a seguir recuperam em grande medida a

narrativa que já apresentei em artigo publicado na série Antropologia & Direitos Humanos 5 e intitulado “Entre barracões e módulos de pesca: pescaria, meio ambiente e espaços públicos na Barra do Jucu (Vila Velha-ES)”, que resultou de minha dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal Fluminense em 2008. Assim, decidi reproduzir, com as devidas referências bibliográficas, os aspectos mais gerais do caso nesta tese para então, mais adiante, apresentar algumas interpretações elaboradas a partir das perspectivas que novas reflexões e o contraste com o material sobre os Estados Unidos permitiu suscitar.

Neste item irei apresentar um relato, ainda que limitado, de alguns usos e representações sobre a Praia da Concha, localizada no bairro Barra do Jucu, cidade de Vila Velha, Espírito Santo. Minha narrativa partirá da relação que os pescadores locais possuem com esta praia enquanto lugar ancestral de pesca, destacando a importância dos barracões, não só como “apoio logístico” às pescarias, mas como artefatos simbólicos através dos quais se reproduzem relações sociais específicas (Britto, 1999). Em seguida identificarei os valores que estruturam certa perspectiva da Procuradora do Ministério Público Federal envolvida no conflito sobre o espaço da praia, centrada principalmente nas noções de “beleza cênica” e “preservação ambiental”. Por fim, analisarei as condições e o processo de encontro entre estes diferentes usos e representações possíveis da Praia da Concha, que culminaram na retirada dos barracões da praia por ordem do Ministério Público, em novembro de 2007.

Em meio à multiplicidade de identidades sociais existentes na Barra do Jucu, é possível identificarmos um segmento que se sente herdeiro de uma tradição local de pesca. A reprodução social deste grupo tem implicado historicamente no estabelecimento de vínculos especiais com certos lugares que considera seus e que compõem a memória coletiva do grupo. Esta *topofilia*, entendida como a relação afetiva de uma coletividade com seus lugares vividos e praticados, estrutura assim aspectos da própria identidade dos pescadores locais (Mello & Vogel, 2004).

A Praia da Concha é um dos lugares mais tradicionalmente associados às pescarias locais. A presença dos barracões, das baiteiras (embarcações locais), das redes, a interação cotidiana, demarcam simbolicamente esta praia como lugar de pesca. Além disso, os objetos dos pescadores, não obstante suas dimensões produtivas, são artefatos simbólicos que mediam relações sociais específicas. Dessa maneira, compartilhar um barracão significa fazer parte de um feixe de relações que liga às vezes até cinco pescadores, que não são necessariamente parceiros de pesca entre si. Assim, as parcerias, que são as duplas que vão ao mar, e o grupo de barracão, formam dois eixos fundamentais de relações entre os

pescadores (Filgueiras, 2008).

Não posso esquecer quando, durante a pesquisa de campo, acompanhei o retorno de um pescador, S., que tem cerca de 40 anos, às atividades na Praia da Concha, depois de ter se ausentado durante alguns meses, por estar em um cidade do interior do estado, Guaçuí, na casa de sua companheira. Como ficara muito tempo sem frequentar a praia, S. estava sem barracão para usar. Infelizmente não sei qual barracão Sapo estava usando antes de se ausentar, mas de toda forma parece que o vínculo que tinha com o dono do barracão havia se afrouxado, pois se encontrava sem barracão para guardar seus equipamentos de pesca.

Quando T.V. decidiu que ia permitir que S. usasse seu barracão (que ele próprio usava e tomava conta, já que o dono não era um pescador assíduo), apareceram inscrições em um quadro, usado para deixar recados relativos a assuntos “institucionais” do grupo, que se referiam de maneira jocosa ao acolhimento que T.V. prestou a S., como uma “adoção”.

Uma outra situação também nos ajuda a compreender a importância que os barracões têm na estruturação das relações sociais locais. Nesta, podemos visualizar tanto as relações relativas à condição de parceiros quanto as relativas à condição de compartilhar um barracão, atuando juntas, mas com certa independência. Quando comecei a frequentar a Praia da Concha, H.V. e R. eram parceiros de pesca. Como pude observar, ser parceiro implica não só compor uma unidade produtiva, mas também satisfazer um sistema bastante rico de expectativas baseadas no princípio da reciprocidade, como cuidar dos materiais, estar disponível na hora de pescar, e conseguir estar minimamente “de acordo” com as decisões sobre onde, como e quando pescar, o que depende geralmente de que entre os parceiros tenha um que “dá a direção”, geralmente o pescador mais experiente.

R., com cerca de 50 anos, não nasceu na Barra do Jucu, apesar de morar lá há pelo menos vinte anos. Dedicou boa parte de sua vida ao comércio, incluindo o de peixes, o que o aproximou dos pescadores locais. Essa aproximação aumentou quando ele se tornou dono de uma rede de arrasto. Depois de ter um revez negativo em sua pequena distribuidora de cervejas, decidiu que além de vender peixes e ser dono de rede de arrasto, seria também pescador. Adquiriu então redes de espera, uma baitera e comprou<sup>78</sup> também um barracão de um pescador local. Sua socialização na atividade e nas

---

<sup>78</sup> Apesar dos pescadores usarem a categoria “comprar” para referir-se a estas negociações, quero destacar que os pescadores não negociavam seus barracões em um mercado aberto. Comprar um barracão era uma ação intermediada por fatores não econômicos como o pertencimento ao grupo.

relações com o grupo local de pescadores foi, dessa maneira, bastante tardia quando comparada com a de H.V..

H.V., que tem cerca de 60 anos, mora na Barra do Jucu desde que nasceu e é irmão de T.V., ao qual me referi anteriormente. Seu falecido pai, O.V., é um pescador que pertence à categoria dos “pescadores antigos”, protagonistas de grandes pescarias no passado, trazendo peixes em proporções que não se vê mais hoje em dia. H.V. possui ainda outros três irmãos que pescam assiduamente como ele. O fato de H.V. ser um pescador cujos conhecimentos técnicos e naturalísticos são reconhecidos publicamente minimiza o fato de que não possui baitera<sup>79</sup>, já que, independente de não possuir sua própria embarcação, dificilmente fica sem parceiro ou sem acesso a um barracão ou a uma baitera emprestada.

Como disse, R. e H.V. pescavam juntos quando iniciei a pesquisa. R. era dono do barracão e da baitera que compartilhavam e possuía também redes de espera, mas era reconhecido pelo grupo como um pescador muito limitado em termos de experiência e conhecimento na pesca. H.V., apesar de possuir apenas algumas redes, era considerado de maneira geral como um dos melhores pescadores locais. Isso permitiu que ele assumisse a posição de mando nas decisões fundamentais da pescaria, quando pescando com R. Mas além disso, H.V. costumava dar também grandes “esporros” no parceiro, quando este remava errado por exemplo, como escutei o próprio R. contar em uma ocasião em que estávamos na Praia da Concha.

R. disse mais precisamente o seguinte: “H.V. é ótimo pescador, conhece o mar como ninguém, mas eu cansei de ficar levando esporro dele dentro do mar. Sou amigo dele, usa meu barracão, mas não dá pra gente trabalhar junto. ”. Se prestarmos atenção na fala de R., percebemos que o barracão é o artefato social que permite a manutenção de um vínculo entre ele e H.V., apesar do rompimento da parceria. O barracão resguarda assim vínculos entre os pescadores, a despeito dos conflitos que a dinâmica da pescaria e suas negociações cotidianas podem mobilizar.

Assim, como tenho observado, os rompimentos de parcerias não são eventos necessariamente desagregadores, mas oferecem um mecanismo institucionalizado de administração de conflitos: os membros daquela parceria simplesmente deixam de pescar juntos. Isso não implica, no entanto, em desligamento do grupo como um todo. Os parceiros encontram outros parceiros e, o que é ainda mais

---

<sup>79</sup> Categoria que designa o tipo de embarcação usada localmente.

interessante, podendo inclusive voltar a pescar juntos em um período posterior (alguns meses), como foi o caso de R. e H.V.. E neste processo de regeneração de um cisma entre dois parceiros, continuar compartilhando o barracão tem uma importância simbólica fundamental.

A remoção dos barracões dos pescadores da Praia da Concha, da qual nos ocupamos neste item, não foi uma ação isolada, mas resultado de um processo que podemos chamar de trajetória do ambientalismo na Barra do Jucu. A emergência de uma questão pública ambiental no Brasil se expressou em grande medida através da criação de um aparato jurídico que regula as relações do homem com a natureza do ponto de vista de certas noções fundamentais como preservação, bem estar das futuras gerações e beleza cênica.

Na Barra do Jucu, a criação do Parque Jacarenema, área de mata nativa que margeia a Rodovia do Sol que dá acesso à Barra do Jucu como área de preservação (um parque Natural Municipal, incluindo o Morro da Concha, contíguo à Praia da Concha) talvez seja o símbolo dominante deste processo de ambientalização dos discursos e políticas públicas em um nível mais local.

Além do Poder Público, enquanto implementador da legislação e das políticas públicas ambientais, um segmento que começou a morar no bairro a partir da década de 1970, composto principalmente por pessoas oriundas de uma classe média urbana, teve participação ativa nesta trajetória do ambientalismo no bairro. Este grupo veio a formar, em 1991, um entidade ambientalista voltada para a preservação do meio ambiente local. O início das discussões públicas sobre o meio ambiente na Barra do Jucu aconteceu, portanto, neste contexto social, tendo o Estado e um segmento “de fora” como protagonistas de uma discussão cujas premissas já eram familiares para eles desde o início, mas não aos segmentos mais tradicionais do bairro, como os pescadores (Filgueiras, 2008).

No dia 19 de outubro de 2007 os pescadores da Barra do Jucu tiveram afixados em seus barracões um comunicado da Gerência Regional de Patrimônio da União (GRPU) que dizia “que a GRPU/ES em operação conjunta com órgãos federal, estadual e municipal, estará removendo as benfeitorias (de madeira e alvenaria) edificadas em área da União, localizados no Morro da Concha e Praia da Concha, Município de Vila Velha/ES, no dia 8 de novembro de 2007, a partir das 09:00hs” (sic.). O comunicado, assinado pelo Gerente Regional Interino da GRPU, dizia ainda estar atendendo aos termos da Recomendação 33/2007 de 7 de agosto de 2007 do Ministério Público Federal Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo emitida pela Procuradora.

As Recomendações são um dos instrumentos extra-judiciais utilizados pelo Ministério Público para pressionar a administração pública. Apesar de não possuir efeitos legais, no caso da Barra do Jucu

a Prefeitura acatou a Recomendação do Ministério Público após este incluir na Recomendação a ameaça ao executivo municipal de que iniciaria uma ação de improbidade administrativa caso a Prefeitura não acatasse a Recomendação. Segundo doutrinadores como Mazzilli (2005), apesar de não possuir formalmente efeitos legais, a importância das Recomendações estaria sobretudo em seu valor moral:

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande efeito moral e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão

Segundo a Procuradora da República, responsável pela Recomendação, trata-se de “ocupação irregular e ambientalmente lesiva de terrenos de marinha na praia do Morro da Concha, localizada na Barra do Jucu, município de Vila Velha, parte integrante da Reserva Biológica de ‘Jacarenema’ (...)”. A área em que estão os barracões é considerada, portanto, terreno de marinha e, ao mesmo tempo, parte integrante da Reserva Biológica (o que na verdade foi um equívoco da Procuradora, já que Jacarenema nunca fora Reserva Biológica e sim Ecológica) (Filgueiras, 2008).

A Recomendação 33/2007 esclarece que “há instrumentos compatíveis com a sustentável e ordenada ocupação de terrenos de marinha com destinação para reservas pesqueiras, a teor do artigo 18 do decreto 3.725/2001 e do artigo 42 do artigo 18 da Lei 9.636/98”. Mas também que a “negativa de cooperação do Município de Vila Velha no sentido de licenciar as edificações presentes na área caracteriza a irregularidade da posse dos terrenos de marinha, razão pela qual deve a GRPU exercer seu competente Poder de Polícia na região, nos termos do artigo 1º da Lei 9.636/98”.

Segundo os “instrumentos compatíveis” apontados pelo Ministério Público, a permanência dos barracões dos pescadores seria possível, em função do “interesse público ou social” da atividade pesqueira, mas condicionada à “apresentação do Estudo de Impacto Ambiental” que segundo o próprio MP deveria ser realizado pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente (SEMMA), já que ela administra o Parque Natural Municipal de Jacarenema do qual a referida área de marinha seria parte integrante. O fato da Prefeitura e, mais especificamente, a SEMMA não terem até então realizado nenhum tipo de licenciamento dos barracões levou o MP a acusá-las, na Recomendação 33/2007, de “inércia”, “improbidade administrativa” e “crime de prevaricação” (Filgueiras, 2008).

Os pescadores enviaram então um documento, corroborado por dois deputados estaduais, onde

reivindicavam a tradicionalidade da pescaria local e pediam um período de dois meses para elaborarem um projeto de licenciamento dos barracões. Receberam como resposta um Despacho de uma outra Procuradora, L.O., que reconhecia que a atividade é certamente tradicional e que não se opunha a uma ocupação sustentável futura, mas que os barracões estavam em situação irregular. Além disso este processo existiria desde 2004 - quando o Ministério Público Estadual teria transferido a questão ao MPF porque trataria-se de uma área de Marinha – de modo que afirmou que a resolução mais adequada do conflito seria a remoção imediata dos barracões .

A Prefeitura acabou por enviar pessoas para remover os barracões, mas sem uniforme ou qualquer tipo de identificação ou referência que os ligassem ao poder municipal (e também sem qualquer material de segurança, de modo que alguns trabalhadores estavam simplesmente de chinelo). Em conversas com os pescadores, percebi que o fato dos trabalhadores enviados não estarem identificados como funcionários da Prefeitura foi interpretado como uma estratégia do governo municipal para “não se queimar” publicamente, já que previram que apareceriam imagens da remoção nos jornais televisivos, como de fato ocorreu.



Foto 8: Foto onde podemos ver a fase final de retirada dos barracões e os trabalhadores não identificados enviados pela Prefeitura de Vila Velha.

O que colaborou para esta interpretação foi o fato de que o Assessor Especial do Prefeito, em reunião com os pescadores, havia “orientado” o grupo para que não atacasse diretamente a gestão

municipal, caso fossem entrevistados pela mídia, mas “ciscassem para dentro”, sob o risco de não contar com a boa vontade da Prefeitura na implementação do novo projeto de barracões. Este mesmo assessor sugeriu que não usassem mais o termo “barracão” mas “módulos de pesca” porque a designação “barracões” daria a idéia de “desorganização”, o que mostra claramente a associação entre os padrões de organização e as próprias categorias locais com a noção de “desorganização social”.



Foto 9: Assessor especial do Prefeito conversa com pescadores

O conflito foi administrado pelo Ministério Público Federal com a remoção dos barracões, para prejuízo das atividades dos pescadores. A remoção foi realizada pela Prefeitura, sob a ameaça de ser processada por improbidade administrativa, crime de prevaricação e inércia pelo MPF. Tudo se passou como se o MPF pudesse julgar e executar uma decisão judicial sem acionar a Justiça ou propor uma acordo negociado com as partes envolvidas, neste caso, pescadores tradicionais locais. A Procuradora considerou o processo extinto e o repassou para o Ministério Público Estadual.

Este desfecho para conflitos é familiar à sociedade brasileira. Ele acontece nas delegacias de polícia com a prática de “bicar” casos que os policiais consideram não ser “de polícia”, e também no sistema de justiça em que a transformação do conflito na categoria jurídica “lide” objetiva sua extinção formal mas não se preocupa necessariamente com a repercussão concreta do conflito (Fernanda Duarte,

2008). Este é o caso em relação aos pescadores da Barra do Jucu cujos materiais de pesca expostos diariamente a danos e roubos – ou seja, a existência concreta e cotidiana de conflitos naquela localidade - contrastam com o documento do MPF que diz que o caso foi “arquivado”. Vale destacar ainda, que os barracões foram removidos e o caso arquivado sem que o conflito passasse pelo sistema de justiça propriamente dito, já que as ações comandadas pelo Ministério Público Federal foram todas administrativas.

Nesta história, houve claramente um conflito entre o direito daqueles pescadores enquanto grupo que o próprio Ministério Público se referiu como tradicional<sup>80</sup> e o direito ao meio ambiente. O paradoxal é que segundo a Constituição Federal e a doutrina jurídica, ambos os direitos estão entre os que deveriam ser protegidos pelo Ministério Público. A seguir um trecho da entrevista que fiz com a Procuradora responsável pelo caso na Barra do Jucu:

Márcio: E quando há interesses coletivos conflitantes...como no caso da Barra do Jucu?

Procuradora: Ali foi uma questão... porque era uma comunidade relativamente tradicional...nós avaliamos isso tudo...mas nós chegamos à conclusão que naquele caso específico o interesse da preservação da praia era maior, tinha como a comunidade se adaptar à situação e procurar alojamento...era mais fácil eles se deslocarem e tentarem encontrar uma solução fora da praia do que a gente descaracterizar a praia que era bucólica, tinha ainda um potencial de natureza muito grande... a gente tem que ponderar, sempre tem que haver uma ponderação de interesses, aí a gente vai identificar qual o interesse preponderante...

(...)

Márcio: Quando disse a um dos pescadores que iria fazer essa entrevista ele pediu que eu perguntasse por que o MPF não fez o processo até o final, não participou da reconstrução dos barracões?

Procuradora: É.. a gente foi até onde ia nossa atribuição... (fazendo referência ao fato de que o processo passou ao MPE depois que foi considerado que a área dos barracões faz parte do Parque Natural Municipal de Jacarenema e não é área de Marinha)

(...)

---

<sup>80</sup> Em um Despacho emitido pelo órgão, diz que as ocupações irregulares são certamente tradicionais.

Quando perguntei à Procuradora sobre o direito dos pescadores enquanto grupo tradicional ela disse, entre risos, que eu devia saber isso melhor que ela porque eu era antropólogo e que ela estava olhando mais a área ambiental:

Procuradora: Olha, vc é antropólogo...vc pode dizer mais disso do que eu... o quê que você considera população...vc acha que eles se enquadram exatamente no conceito de população tradicional?

Márcio: Sim, como ele é definido no decreto 6040...

Procuradora: Olha, eu teria que estudar muito, nós não avaliamos por esta ótica, por isso que essa solução dos barracões...seria uma forma de minimizar esse prejuízo mas na nossa concepção a situação de ocupação da praia era ilegal

E mais adiante na conversa a procuradora me disse: “(...) até concordo que se busque uma solução, porque eles usam a praia como meio de subsistência...”

Podemos perceber que o acesso aos direitos disponíveis aos pescadores é negado pela via legal, já que o decreto 6040 foi ignorado, mas poderia talvez ser acessado pelo fato de que a Procuradora reconheceu no grupo uma condição de subsistência na relação com a praia, que permitiria a busca de alguma solução. Ora, não é difícil associar as condições para o reconhecimento dos direitos dos pescadores como explicitadas aqui, com as considerações de Luis Roberto Cardoso de Oliveira sobre as condições do exercício da cidadania no Brasil. Segundo o autor, em nossa sociedade são recorrentes as situações em que o acesso a direitos depende de que o interlocutor tenha reconhecida sua “substância moral digna” no sentido do conjunto de atributos morais que deve portar para que seja reconhecido no espaço público como possuidor de direitos.

A cidadania neste sentido não é exercida como garantia legal universalmente disponível ao conjunto de membros da sociedade, mas como produto de interações em que determinados grupos são transformados em subalternos mas que, ao mesmo tempo, podem ter acesso a determinados direitos, se identificados neles diacríticos que lhes concedam algum tipo de reconhecimento moral, como permitido pela categoria “subsistência” no caso dos pescadores. Não é difícil enxergar aí como as representações sobre a pobreza em nossa sociedade nutrem-se de uma tradição católica que, ao mesmo tempo que demanda piedade na relação com os pobres, reproduz uma representação hierárquica e naturalizadora da desigualdade.

A este respeito, foi interessante para mim observar quando de minha estada nos Estados Unidos

que nas ruas de *San Francisco* é comum encontrar os *homeless* ou pessoas “sem casa” com placas em que solicitam contribuição para comprar cerveja e maconha, sem que isso lhes pareça constrangedor - na verdade possuindo certo tom de sarcasmo – e sem que signifique razão para que as pessoas não contribuam. Isto difere bastante da abordagem no Brasil onde dificilmente vemos abordagens deste tipo, mesmo em grandes cidades como o Rio de Janeiro. Aqui, para terem sua mendicância aceita em termos sociais teriam que sinalizar que estavam com fome e que o dinheiro seria para nada mais que comida.

A este respeito, uma outra experiência me marcou, desta vez em *Palo Alto*, quando uma senhora *homeless* em uma cadeira de rodas me pediu que a empurrasse até o outro lado da estação de trem, subindo e descendo duas rampas. É relevante aqui o fato de que tratava-se de alguém em situação que considerei precárias, bastante suja e cheirando mal, como se tivesse feito suas necessidades fisiológicas ali mesmo na cadeira. Ao final do trajeto me surpreendi quando ela ofereceu-me dois dólares, que não aceitei apesar de sua insistência.

Refletindo sobre o episódio, a impressão que tenho é que a associação entre ser pobre e ser “coitado” ou merecedor de piedade não é estabelecida na sociedade americana como na nossa. A interpretação que sugiro é que provavelmente para aquela senhora eu desempenhei um trabalho e por isso deveria ser remunerado, ou seja, não se tratava de uma “ajuda” para uma “pobre senhora em uma cadeira de rodas”. Em outras palavras, apesar de pobre ela se negava a aceitar uma posição moralmente subalterna.

A partir destes exemplos contrastivos fica mais claro como no Brasil o acesso a direitos pelos pobres depende que eles incorporem uma posição moralmente subalterna. Assim os pescadores precisam parecer publicamente como aqueles que vivem na subsistência, categoria que carrega um sentido de precariedade. É claro que no Brasil uma série de movimentos sociais têm historicamente combatido este tipo de representação, mas isto não contradiz e sim confirma o quanto esta perspectiva está enraizada em nossa sociedade.

Uma outra questão que a fala da Procuradora sobre o caso dos pescadores da Barra do Jucu me sugere é que, apesar de que é responsabilidade legal do Ministério Público proteger também o direito das populações tradicionais, a fala da Procuradora expressa claramente que ela não levou em consideração esta dimensão do direitos em questão. Ela afirma que olhou para o caso sob a perspectiva do meio ambiente. É ainda surpreendente, no entanto, que seu conhecimento específico da área ambiental – que ela apontou como o mais relevante para entendermos sua ação - assim como o

conhecimento dos outros membros da instituição, não é produto de algum tipo de formação que produzisse padronização das condutas dos operadores na área ambiental:

Márcio- E o conhecimento que vocês têm da área de meio ambiente, tem algum curso que o Ministério Público oferece aos Procuradores ... como vocês adquiriram o conhecimento que vocês têm?

Procuradora- Olha, na época nós nem tínhamos essa cadeira na universidade , entendeu, porque é um tema relativamente recente , a lei de política nacional de meio ambiente é de 81 , então em termos legislativos é novo (...) o que nós temos é... frequentemente nós temos cursos em Brasília ou outros estados de temas específicos, em que são oferecidas vagas pro procurador poder se reciclar, mas não temos um curso de formação específico pra área de meio ambiente não

Interessante ainda que apesar de que o Ministério Público é formalmente apenas uma parte no processo, a ser decidido pelo juiz, ouvida a outra parte, uma outra fala da Procuradora pressupõe que a decisão sobre a ilegalidade dos barracões já estava tomada:

Márcio: A senhora não acha que no caso dos barracões... não deveria ter tido uma sentença transitada em julgado, um processo completo? Eles não foram privados desse direito?

Procuradora: Acho que não, foi muito simples, você tem que entrar com uma ação quando há resistência da outra parte... então se a gente pode resolver assim, então é melhor...não vejo assim porque a situação deles era de irregularidade, ninguém tá discutindo isso...eles não tem nenhum direito adquirido...até concordo que se busque uma solução, porque eles usam a praia como meio de subsistência...

Temos então um modelo em que as convicções pessoais ou o viés do Procurador parecem desempenhar um papel importantíssimo na definição do que seja interesse público, de modo que a Procuradora pôde enfatizar em sua ação os aspectos da legislação e da doutrina que justificassem os seus propósitos. O acesso dos pescadores a direitos não parece estar disponível via dispositivos jurídicos, mas depende do reconhecimento da precariedade de sua condição, expressa no uso da categoria subsistência.

### 3. Algumas considerações sobre o caso do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte

Diferente do material que apresentei sobre os outros casos no Brasil e nos EUA, os dados que coletei a respeito de Belo Monte e que apresento neste item provém exclusivamente de fontes escritas incluindo documentos legais, notícias, sites e blogs. Vou olhar para o caso Belo Monte no que ele permite discutir o papel das Ações Cíveis Públicas (ACPs) iniciadas pelo Ministério Público Federal (MPF) na promoção de certa concepção de interesse público. Também apontarei como a discussão sobre a "discrecionalidade administrativa" das agências do executivo federal na realização do projeto não corresponde aos usos da categoria *discretion* no sentido que pude identificar nos EUA.

O projeto Belo Monte data de fins da década de 1980 quando foram realizados os primeiros estudos para a criação no sul do Pará do aproveitamento hidrelétrico. No período que as Ações Cíveis Públicas, listadas no site do MPF e que serão objeto de reflexão neste item, permitem delimitar (2001-2011), a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte tem suscitado uma série de discussões envolvendo atores e instituições sociais tão variados como o Ministério Público Federal, a Advocacia Geral da União, o Supremo Tribunal Federal, movimentos sociais, passando por audiências públicas, comissões no legislativo, processos judiciais, mídias sociais, manifestações, além de ter atraído o interesse de artistas nacionais e internacionais.

Gerou também cerca de 12 Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal contra agências federais como o IBAMA e empresas de capital misto como a Eletronorte. Estas Ações tem tomado como objeto a irregularidade dos licenciamentos e os efeitos do projeto sobre áreas habitadas por populações locais incluindo indígenas além dos impactos sobre os ecossistemas naturais da região.

Ou seja, por um lado as ações questionam os procedimentos formais como licenciamento, audiências públicas e, por outro, se opõem ao próprio conteúdo do projeto por privilegiar o que é chamado pelo MPF de uso utilitarista da natureza, centrado no desenvolvimento econômico em detrimento do valor do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e para os grupos locais.

No entanto, no que chamam de "confronto" entre diferentes direitos, os operadores do MPF parecem destacar a importância maior dos direitos ambientais:

Belo Monte encerra vários confrontos: entre a geração de energia hidrelétrica e os direitos indígenas; entre o interesse de empreiteiras e o direito da natureza; entre o direito ao crescimento econômico e os princípios de direito ambiental. A

jurisprudência pátria já teve a oportunidade de enfrentar lides desse jaez neste Século. E, é evidente, diante da necessidade de preservar a qualidade de vida neste planeta para a presente e futuras gerações, decidiu em prol dos princípios de direito ambiental

Assim, o MPF representaria estes direitos ameaçados, como o direito ambiental, o direito dos grupos indígenas. Mas como mostra o parágrafo acima, os próprios operadores do MPF vão também produzir sua hierarquização particular de direitos. Como mostram as Ações Cíveis Públicas, tanto os próprios operadores do MPF quanto autores da doutrina citados nas Ações falam da passagem de um paradigma utilitarista e antropocêntrico no direito ambiental brasileiro para um paradigma em que entende-se que a natureza possui um valor intrínseco. Neste sentido, o objetivo das Ações é determinar qual interesse público deve se sobrepôr naquele caso concreto.

Por outro lado, a Advocacia Geral da União (AGU), representante do IBAMA que é parte no processo, enfatiza que trata-se de um projeto de importância estratégica para a economia nacional além de minimizar os eventuais impactos da barragem e das inundações sobre as populações locais e os ecossistemas regionais. Para a AGU, a decisão do Supremo Tribunal Federal no final de agosto de 2012, que permitiu a retomada das obras após paralisação resultante de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), evita a “ocorrência de dano vultoso e irreparável ao patrimônio público, à ordem administrativa, à ordem econômica e à política energética brasileira”, de acordo com notícia vinculada no blog da Norte Energia S/A, consórcio de empresas que é também parte no processo (mas com advogado próprio, já que tratam-se de entidades de economia mista e não uma agência federal como o IBAMA).

Tratam-se, portanto, de duas instituições do Estado. De um lado o Ministério Público Federal como parte ativa e, de outro, a Advocacia Geral da União como parte passiva, indo à Justiça buscando a definição sobre quais interesses devem prevalecer na definição do que seja o interesse público naquele caso. Formalmente, o MPF representando os interesses dos grupos locais, das próximas gerações e, sobretudo, os direitos "da natureza" (e não só à natureza). A AGU representando agências federais, como o IBAMA.

A leitura das Ações Cíveis Públicas iniciadas pelo MPF permite observar que o MPF constrói a questão de Belo Monte em termos de visões de mundo e moralidades conflitantes, opondo noções

como "o futuro das próximas gerações" ao que chama de relação utilitarista com a natureza que estaria guiando o projeto, que sacrificaria o meio ambiente em nome do desenvolvimento econômico.

A AGU, por outro lado, parece apresentar uma perspectiva que produz menos uma polarização moral entre as partes, mas reivindicando o que seria a imposição objetiva da necessidade de infraestrutura para o desenvolvimento do país, além de apontar que a Ação do MPF interfere no que a AGU chama de discricionariedade das agências federais na execução do projeto.

De acordo com a AGU, em notícia vinculada no site do Supremo Tribunal Federal, a interdição do projeto estaria "prestes a inviabilizar o empreendimento, do qual, presentemente, depende o planejamento da política energética do país". De acordo com a AGU "são incalculáveis as consequências dessa proibição de realização de qualquer ato de licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte por parte do Ibama no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país".

Além disso, a decisão de interditar a obra invadiria "completamente a esfera de discricionariedade administrativa e repercutirá na formulação e implementação da política energética nacional". Destaco, no entanto, como já apontado por Kant de Lima (2010), que a categoria discricionariedade está envolta de significados diferentes da categoria *discretion* à qual já me referi nesta tese.

O lugar do MPF como representante da sociedade e, ao mesmo tempo, instituição do Estado contrasta com o que observei nos EUA onde são instituições da sociedade, mais especificamente do mercado, as *private public interest law firms*, que representam o interesse público de diferentes grupos contra agências federais. Este papel do MPF como representante do interesse público se articula com uma noção difusa<sup>81</sup> de interesse público enquanto nos EUA, como vimos, a categoria interesse público diz respeito a grupos específicos e não entidades genéricas como "o povo brasileiro".

A ação que acompanhei nos EUA estava mais de acordo com um modelo de ações judiciais para promoção do interesse público que buscam, ao menos formalmente, incorporar uma multiplicidade de interesses no processo. No caso americano, as Ações contra a agência estadual partiam de estatutos específicos e tinham o objetivo de ajustar o projeto às exigências legais além de incorporar as demandas de grupos que não se sintam representados pelas decisões da agência.

Como o projeto do trem de alta velocidade na Califórnia havia sido aprovado através de um plebiscito (*ballot*) não era a realização do projeto que estava em questão. O que os *plaintiffs* tentavam

---

<sup>81</sup> Esclarecerei o sentido da noção de direitos difusos nos itens subsequentes a este.

fazer é mostrar que o exercício da *discretion* da agência na escolha entre os caminhos alternativos para a passagem do trem não estava baseado em evidências substantivas. Mas reconheciam expressamente em sua argumentação que a agência possui liberdade de escolher entre alternativas.

O que os estatutos ambientais da década de 1970 fizeram foi justamente criar procedimentos para que o processo de tomada de decisão tornasse-se público e assim oferecesse aos cidadãos elementos para iniciar ações judiciais, como as *citizen suits*, que funcionam como mecanismos de controle e regulação da *discretion* das agências.

Já no caso Belo Monte as Ações Cíveis Públicas parecem aproximar-se mais de um modelo de ação judicial para promoção do interesse público em que duelam teses opostas entre as quais deve surgir uma vitoriosa, aquela que encarnaria um interesse público que se sobrepõe aos demais, em última instância a ser decidido pelo juiz ou tribunal. Esta noção de "confronto", em que um interesse público deve prevalecer sobre os outros é enfatizada pelo MPF quando afirma que o conflito envolve moralidades que seriam radicalmente distintas uma da outra: a utilitarista representada pelo governo federal e a ecológica, representada pelo MPF.

Assim, as Ações iniciadas pelo MPF objetivam colocar em questão a totalidade do empreendimento e reivindicam indenizações às comunidades afetadas, em caso de realização da obra:

O objeto desta Ação é impedir a construção do Aproveitamento Hidrelétrico (AHE) BELO MONTE, em virtude da inevitável remoção de povos indígenas, do direito das futuras gerações e da natureza; ou a indenização aos povos indígenas JURUNA e ARARA, e ribeirinhos da Volta Grande do Xingu, pelos impactos e perda da biodiversidade<sup>82</sup>.

Por outro lado, o argumento da AGU em nome da “discricionariedade” das agências do executivo deve ser diferenciado aqui da noção de *discretion* como identificada no contexto norte-americano. No direito administrativo brasileiro, a “discricionariedade” carrega certa ambiguidade já que tem seu sentido de escolha entre oportunidades subsumido à obrigatoriedade decorrente de todos os atos que estejam relacionados ao interesse público. Esta ambiguidade encontra expressão recorrente na categoria “poder-dever” usada para se referir ao exercício da discricionariedade administrativa no

---

<sup>82</sup> Este processo tramita na 9ª Vara da Justiça Federal em Belém, com o número 0028944-98.2011.4.01.3900

Ao poder administrativo, portanto, é atribuída a autoridade para **remover os interesses particulares** que se opõem ao **interesse público**. Nessas condições, **o poder de agir se converte no dever de agir**. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes (Meirelles, 1964, p.92, grifo meu)

Logo, a categoria discricionariedade no Brasil está envolta por princípios diferentes daqueles que cercam a categoria *discretion* nos EUA. Enquanto lá a *discretion* está submetida a mecanismos de controle e regulação das opções de ação dos agentes públicos, aqui a discricionariedade é subsumida na tradição burocrática e jurídica brasileira em que as decisões dos agentes administrativos, como aponta Kant de Lima<sup>84</sup>, são orientadas por princípios de mandatoriedade sendo por consequência consideradas "certas", "erradas" ou "omissões". Assim, o que o MPF leva à Justiça é a reivindicação de que as decisões das agências federais sejam consideradas erros administrativos e submetidos a processos de culpabilização, ao invés de serem submetidas a procedimentos de controle e regulação como no caso norte-americano.

Nos EUA há uma articulação entre a noção de *discretion* das agências federais e a definição de um interesse público que é resultado da acomodação dos interesses de diferentes grupos, que agem de modo a regular as escolhas discricionárias da agências através das *citizen suits*. Por outro lado, no Brasil a visão de interesse público como resultado de um confronto entre interesses dos quais resulta

---

<sup>83</sup> Esta ambiguidade já fora destacada por Kant de Lima a respeito do papel da polícia no Brasil: “Aspecto específico e peculiar do processo penal brasileiro poderia ser enfrentado, a partir da ambiguidade do status jurídico referente à atuação da polícia judiciária no inquérito policial, orientada pelos princípios da discricionariedade do direito administrativo, e da obrigatoriedade do processo penal”. (Kant de Lima, 2008)

<sup>84</sup> Em comunicação apresentada no evento Law and Society, em San Francisco, em 2011.

um vitorioso se articula com uma noção de discricionariedade que se confunde com a obrigatoriedade característica dos casos que envolvem o interesse público. Assim, as Ações Cíveis Públicas não pretendem incorporar diferentes interesses como forma de regular a *discretion* das agências federais, mas buscam definir o interesse público que se sobrepõe aos outros de forma a impôr a decisão que o operador do Ministério Público considera administrativamente "correta", neste caso, a de não construir Belo Monte.

Concluindo este item, destaco que o caso Belo Monte permite perceber que os processos iniciados pelas Ações Cíveis Públicas pressupõem um duelo entre interesses devendo resultar da decisão judicial um interesse que se sobreponha aos demais e que encarne o interesse público geral. Isto é diferente do que observei nos EUA em que os processos judiciais iniciados pelos *citizen suits* objetivam, ao menos formalmente, produzir um interesse público que é visto como consequência da acomodação dos interesses de diferentes grupos, que constituem eles próprios "públicos" específicos.

Além disso, este caso permite perceber como o uso da categoria "discricionariedade" no contexto do conflito que tratei deve ser compreendida em relação à tradição de mandatoriedade do sistema burocrático brasileiro. Neste sentido, o que o Ministério Público Federal pretende com as Ações Cíveis Públicas é que a Justiça julgue as decisões das agências federais em termos de "erro", "acerto" ou "omissão" e a consequente culpabilização ou não dos agentes. Isto difere dos usos da categoria norte americana *discretion* que pressupõem a escolha entre opções pelos agentes administrativos e, por contra partida, mecanismos públicos de controle e regulação destas escolhas através das *citizen suits*.

Para melhor compreender estes três casos apresentados e posteriormente contrastar alguns de seus elementos com o que observei sobre os Estados Unidos, é necessário que lancemos um olhar sobre os aspectos estruturantes da legislação e da doutrina jurídica que dizem respeito ao que convencionou-se chamar de direitos coletivos no Brasil, entre eles o direito ao meio ambiente.

#### **4. Algumas considerações preliminares sobre o sistema legal brasileiro**

Neste item vou apresentar através da análise de uma bibliografia crítica sobre o direito brasileiro alguns aspectos estruturantes de nossa tradição legal.

Na tradição jurídica da *Civil Law*, familiar à Europa continental - e da qual o Brasil também é

herdeiro em função do papel desempenhado pela colonização portuguesa na organização de nossas bases jurídicas - a sucessão do sistema medieval de provas legais se deu pelo inquérito que constitui a forma consagrada de produção da verdade jurídica em países desta tradição. O inquérito tem entre suas características principais a condução do processo pelo juiz, e não pelas partes, além da tomada de depoimentos na forma de narrativas escritas e não registros literais. No caso do Brasil, às características comuns à tradição da *civil law* somam-se alguns outros aspectos peculiares em relação a outros países de *civil law* como a França, a exemplo do reconhecimento explícito da desigualdade jurídica<sup>85</sup>.

Como aponta Fernanda Duarte (2008),

nas sociedades ocidentais, os sistemas jurídicos são marcados pela tentativa de aproximar duas lógicas paradoxais: a que regula a desigualdade social e a que regula a igualdade jurídica. A primeira proveniente do mercado, fundada em critérios de desigualdade e, a segunda, proveniente do direito advindo de conquistas liberais do século XVIII, tal como ocorre em todas as manifestações históricas do paradigma de Estado Democrático de Direito, fundado em critérios de igualdade. Entretanto, a despeito das peculiaridades que tal paradoxo apresente em diferentes sociedades, nelas a desigualdade jurídica é rejeitada. Porém, no Brasil à revelia do que está escrito na Constituição vigente, as desigualdades jurídicas inscritas em leis são objeto de discursos “naturalizados” e de justificativas que padecem de compreensão e de explicação para cidadãos bem informados, sendo muitas das vezes “mascaradas” em uma retórica de proteção à diferença, contribuindo-se assim para um esmaecimento da aversão republicana aos privilégios.

Esta desigualdade, institucionalizada e naturalizada, expressa-se tanto nos privilégios legais concedidos a determinados grupos, quanto no uso recorrente da categoria “hipossuficiente” para designar grupos dentro da sociedade que, desconhecendo seus direitos e não possuindo recursos econômicos e saber técnico adequados, seriam incapazes de exercer sua cidadania adequadamente.

Como apontam Mendes e Figueira (RAM, 2011):

A noção de hipossuficiência encontra-se na base das justificativas de estabelecimento de tutela estatal para determinados segmentos sociais. Neste sentido, a hipossuficiência constitui-se em categoria central à compreensão das distinções de tratamento produzidas na esfera da produção legislativa e de sua interpretação e implementação na esfera das práticas judiciárias (dentre outras)

---

<sup>85</sup> Para uma comparação entre aspectos do espaço público brasileiro e francês ver Mota (2010) e os contrastes entre uma visão “barbosiana” e outra “rousseauuniana” da igualdade.

Assim, a desigualdade jurídica no Brasil, por um lado, distribui privilégios para determinados grupos como os possuidores de diploma universitário que têm o privilégio da prisão especial ou ocupantes de cargos no executivo, legislativo e judiciário que têm o privilégio de serem julgados em instâncias judiciais especiais. E por outro lado, tutela grupos que são designados por categorias legais como “quilombolas”, “índios”, “populações tradicionais” ou outras mais genéricas como “os pobres” ou mesmo em alguns casos “o povo brasileiro”, categorias que sempre designam algum sentido de “hipossuficiência”. Esta tutela se expressa, por exemplo, no papel desempenhado pelos diferentes níveis do Ministério Público, ponto ao qual voltarei adiante.

Assim, as “prisões especiais”, os “foros privilegiados” e a “tutela dos hipossuficientes” são as formulações jurídicas que o direito brasileiro considera adequadas para produzir a “igualdade real” na sociedade. A categoria brasileira “igualdade real” não significa isonomia jurídica. Nos EUA as desigualdades materiais produzidas no mercado são consideradas legítimas e pressupõem como contrapartida a igualdade jurídica formal entre os indivíduos. Já no Brasil, as desigualdades são tidas como naturais de modo que a forma de promover a “igualdade real” é oferecer tratamento jurídico desigual às partes que compõem a sociedade. Como podemos ler na Oração aos Moços, pronunciada por Ruy Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não **igualdade real**. (Grifo meu)

Neste sentido, a categoria “igualdade real” é aquela que resultaria da ação tutelar do Estado através da prestação jurisdicional que prevê tratamento jurídico desigual.

Isso significa que enquanto na sociedade americana a igualdade jurídica formal entre os indivíduos é a contrapartida da desigualdade material produzida no mercado, no Brasil a desigualdade jurídica é uma tentativa de compensar as desigualdades que são concebidas como tendo origem não só no mercado mas também como um dado “natural” expresso na substância moral das pessoas e grupos.

No Brasil, este modelo produziria de acordo com a noção de Ruy Barbosa, a “igualdade real”. Esta contrasta com a “igualdade formal” norte americana que seria, de acordo com grande parte dos autores do campo jurídico brasileiro, demasiadamente “neutra” por tratar todos igualmente.

Em comum os privilégios e a tutela dos “hipossuficientes” no Brasil compartilham o princípio de que trata-se do direito de uma sociedade de desiguais. Assim, a igualdade jurídica na sensibilidade jurídica brasileira não tem o “sentido de garantia de tratamento jurídico uniforme dispensado pelo Estado a todos aqueles que estão ligados a ele pelo vínculo da cidadania, como poderia sugerir a exegese literal do texto constitucional que diz que todos são iguais perante a lei” (Mendes & Figueira, 2011).

Como aponta Fernanda Duarte (2008):

a naturalização da desigualdade (...) alimenta a criação de novos paradoxos, como por exemplo, a admissão de um Estado tutorial, “compensador” das desigualdades sociais, detentor de direitos fundamentais que deveriam ser conferidos aos cidadãos, considerados livres e iguais pelos mesmos institutos que os tutelam e que fragilizam o exercício responsável da autonomia do sujeito, enquanto titular de direitos e deveres recíprocos. Ao cabo, essa situação impede que novas formas de relações sociais sejam travadas na sociedade, posto que inexistente ambiente propício para rupturas e mudanças. Perpetua-se e reproduz-se desta forma a desigualdade em nossa sociedade, traduzida em privilégios e exclusões

Em sua tese de doutorado, Regina Lúcia Teixeira Mendes (2012, p.15) apresenta uma descrição dos elementos constituintes do campo jurídico brasileiro identificando conjuntos de atores e suas posições relativas. Destes nos interessam nesta tese sobretudo os doutrinadores e os membros do Ministério Público. Segundo a autora, “o campo jurídico brasileiro é um campo semi-autônomo integrado por iniciados em um saber com características específicas, que estão nele hierarquizados”. O poder de interpretar e decidir sobre o direito posto dão ao juiz a mais alta posição nesta hierarquia. Em seguida temos os doutrinadores que produzem e reproduzem comentários sobre princípios jurídicos, decisões judiciais e códigos legais. No entanto, seu poder não se equipara ao dos juizes, já que estes não estão condicionados pelas orientações da doutrina. E por fim, para os objetivos desta tese, temos os operadores do Ministério Público, nos níveis Federal e Estadual. Como veremos, o Ministério Público tem um papel muito importante na proteção dos direitos ambientais no Brasil, papel que é desempenhado por escritórios privados de advocacia nos EUA.

## **5. As formas hegemônicas de produção da verdade: a inquisitorialidade no processo civil brasileiro**

Neste item vou mostrar a partir da análise de uma bibliografia crítica sobre o direito brasileiro como o processo civil está estruturado a partir de leis e práticas inquisitoriais que, como veremos no item seguinte, são reproduzidas nos processos coletivos voltados à proteção do meio ambiente.

Como proponho nesta tese, diferente do que observei nos Estados Unidos, em que as práticas inquisitoriais das Corte de *equity* são sempre suspeitas de ameaçar os direitos privados fundamentais, a análise da lei, da doutrina, e de alguns conflitos ambientais mostra que no Brasil, “inquisitorialidade” e “Estado Social de Direito” não são categorias contraditórias, mas solidárias. Aqui estou tratando esta categoria “Estado Social de Direito” do ponto de vista de uma narrativa nativa do campo do direito e nesta narrativa, a categoria remete à noções como ampliação da cidadania e justiça social.

A este Estado os doutrinadores opõem o que chamam de Estado Liberal, que seria incapaz de combater as desigualdades produzidas no mercado, já que agiria de maneira neutra sobre a sociedade. Por um lado, o Estado Social de Direito brasileiro implicaria em uma participação mais ampla da população nos processos políticos, podendo por exemplo interferir em políticas públicas através de Ações Cíveis Públicas. Por outro ampliar-se-ia também o rol dos direitos que constituem a cidadania, incluindo aí direitos sociais amplos como o direito ao meio ambiente, o direito à segurança pública e etc. Como mostro nesta tese, no entanto, na prática dos operadores do Ministério Público, o Estado Social de Direito acaba tendo seus efeitos limitados pelos aspectos inquisitoriais que se reproduzem nestas práticas. Assim, talvez não seja demais sugerir que nos conflitos observados a inquisitorialidade engloba ou digere o Estado Social de Direito.

Como aponta Fernanda Duarte (2008), “em uma abordagem recorrente na doutrina jurídica pátria, jurisdição significa o poder-dever, traduzido em monopólio do Estado, de solucionar os conflitos que permeiam as relações sociais e que naturalmente não atingem a auto-composição, sendo, pois,

necessária a intervenção de uma 'terceira vontade', em substituição à vontade das partes. Esse terceiro é o Estado-juiz, que de forma definitiva decide e pacifica no plano jurídico a controvérsia que lhe é submetida”.

Segundo Regina Lúcia Mendes, há uma representação recorrente na doutrina jurídica brasileira sobre o processo civil como sendo orientando por princípios “acusatoriais”, ou seja, que pressupõe a inocência e “adversariais”, ou seja, que busca uma verdade que depende de provas trazidas pelas partes e não da atividade probatória do Juiz. Esta verdade chama-se “verdade formal” em distinção à “verdade real” que é aquela que deve ser buscada pelo Juiz independentemente da atividade probatória das partes, marca dos sistemas inquisitoriais e presente expressamente no processo penal brasileiro, como também mostra Kant de Lima (1995; 2008).

No entanto, segundo a autora:

seja no âmbito do processo civil ou no do processo penal, o juiz tem a atribuição concedida por lei e assim entendida pela doutrina de decidir livremente sobre os conflitos de interesses levados a sua apreciação. Complementarmente, a seu livre convencimento, a iniciativa probatória, igualmente, é consagrada ao juiz pela doutrina e pela lei, o que reforça sua autonomia decisória sobre o processo. Tais prerrogativas dos julgadores, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, contrariando, assim, a visão naturalizada dos operadores descrita acima, acerca da classificação do processo judicial brasileiro, que concebe o processo civil como “acusatório” e o processo penal como “inquisitório” ou “misto”, sem estranhar que o desfecho do processo, em qualquer das suas modalidades, ocorre em circunstâncias nitidamente inquisitoriais, ancoradas no livre convencimento do juiz e em sua iniciativa probatória<sup>86</sup>.

Assim, ainda que de maneira ambígua, a doutrina e a lei reservem lugar à inquisitorialidade no processo civil<sup>87</sup>. E esta inquisitorialidade deve dar-se sobretudo quando houver interesses públicos que se sobrepõem aos privados como aponta Ada Pellegrini Grinover, professora aposentada do departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo e que teria participado diretamente da criação do ante-projeto da Ação Civil Pública:

<sup>86</sup> Art. 130 do Código do Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>87</sup> Diferente do Brasil, na França, apesar do reconhecimento na lei e na doutrina acadêmica da produção dos fatos como uma função judicial, juizes e advogados tendem a ver a tarefa dos magistrados como aquela de aplicar a lei aos fatos apresentados e provados pelas partes a partir de seus próprios e decididamente limitados recursos (p. 477, Broadley).

**quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado**, não há concessão à verdade formal. Nas causas versando direitos de família ou infortunistica, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes (Grinover, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, grifo meu)

Assim, no Brasil a justificativa para a inquisitorialidade no processo legal, seja ele civil ou criminal, está geralmente relacionada à busca da “verdade real” e à proteção do “interesse público”<sup>88</sup>. A inquisitorialidade tem ainda uma função compensadora das desigualdades, como é o caso do papel do Ministério Público na tutela dos hipossuficientes, através do inquérito civil<sup>89</sup>, notadamente inquisitorial (ver em Mouzinho, 2007). Neste sentido, o processo não é um sistema de garantias à disposição do indivíduo como quer a teoria legal americana, mas um instrumento controlado pelo Estado cujo objetivo é dar o direito a quem o possui, fazer justiça, pacificando a sociedade. Esta idéia de que o Estado dá o direito expressa o aspecto tutelar do acesso a direitos no nosso país.

Fernanda Duarte mostra essa inquisitorialidade no processo civil na forma como os conflitos, traduzidos na categoria jurídica “lide”, são deslocados de sua concretude e de seu vínculo com as motivações das partes para serem extinguidos pelo processo sem que seus desdobramentos sejam explicitados. A “lide”, pelo processo, é solucionada pelo juiz e o conflito é devolvido à sociedade. Como resultado, esta categoria “lide” não permite a administração dos conflitos que permeiam a sociedade. Aliás, esta crença do campo jurídico deriva de uma outra que acredita ser possível existir uma sociedade pacificada, isto é, sem conflitos (Fernanda Duarte, 2008).

Já para Bárbara Lupetti Batista uma importante manifestação da inquisitorialidade no processo civil é o que chama de processo de expropriação da oralidade pelo Estado que, ao descartá-la na produção da verdade de maneira ativa pelas partes, valoriza a verdade escrita e sentenciada pelo Juiz. Assim o processo não objetiva a produção de consenso e a verdade produzida torna-se fruto da interpretação do Juiz sobre os fatos<sup>90</sup>. Lupetti mostra que, enquanto a doutrina pressupõe a presença da oralidade como um instrumento na colaboração da produção da verdade disponível às partes, por outro

---

<sup>88</sup>“A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça” (AgRg no REsp 738576 / DF ; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 2005/0052062-6, apud Duarte, Fernanda.).

<sup>89</sup> Lei da Ação Civil pública e consagrado no art. 129, III, da [Constituição](#) Federal de 1988.

<sup>90</sup> James Beardsley (1986, Proof of Fact in French Civil Procedure) mostra que na França, apesar de ser possível encontrar tanto na doutrina quanto na legislação justificativas para a participação ativa do juiz na produção de provas, o que se observa na prática é que os juizes não exercem estas prerrogativas por causa da associação histórica negativa destes poderes com práticas inquisitoriais. No Brasil, por outro lado, como mostra Lupetti, apesar da doutrina e legislação preconizarem alguns princípios acusatoriais como a oralidade no processo civil, na prática ela é descartada nos ritos judiciais brasileiros, ao ser apropriada pelo Juiz.

lado, a análise dos ritos judiciais e as entrevistas com operadores do direito mostra que na prática o juiz toma para si esta oralidade tendo como justificativa a celeridade do processo. Assim, ainda que a doutrina sugira a importância da participação oral das partes, os juizes utilizam seletivamente esta mesma doutrina e enfatizam a importância da celeridade na prestação jurisdicional silenciando assim a oralidade. Dessa maneira, enquanto na dogmática “oralidade” e “celeridade” aparecem como categorias solidárias, na fala dos juizes entrevistados elas aparecem como contraditórias, já que a “oralidade” impediria a realização da “celeridade”. Assim os juizes não ignoram simplesmente a doutrina mas estabelecem novas relações entre seus princípios para justificar sua apropriação inquisitorial do processo.

Teixeira Mendes (2008), por sua vez, identifica a inquisitorialidade no processo civil na solidariedade entre as categorias “iniciativa probatória” e “livre convencimento” do Juiz. A primeira permite ao magistrado participar ativamente da produção de provas enquanto a segunda permite que ele avalie estas provas de acordo com suas convicções pessoais inexistindo uma hierarquia objetiva entre os fatos provados e os não provados.

Estas duas categorias concedem ao juiz um destacado poder no campo jurídico brasileiro, uma vez que, antes de tudo, fica clara a sua supremacia sobre todos os que postulam no processo. Nesse sentido, o poder do julgador fica ungido por um sobressaber, ou seja, um saber que está acima e além da doutrina e da lei (p.250-252). A pesquisa da autora - que entrevistou juizes da área cível no Rio de Janeiro – mostra dessa maneira que as representações dos juizes sobre o “livre convencimento” destacam o papel desempenhado por suas convicções pessoais na análise das provas.

Assim, como apontam autores como Fernanda Duarte, Regina Teixeira Mendes e Bárbara Lupetti Batista, tanto na doutrina, quanto no código do processo civil e nas práticas judiciais é possível identificar o caráter inquisitorial do processo civil brasileiro. Assim podemos considerar que as práticas inquisitoriais constituem tradicionalmente um aspecto marcante das formas de produção da verdade no processo civil, a despeito da crença disseminada na doutrina sobre seu caráter acusatório. Como demonstro neste texto, esta inquisitorialidade se reproduz também no caso do processo coletivo. Neste sentido, ao invés de representar uma ruptura com o processo civil como querem juristas como Ada Pellegrini, o processo coletivo que trata de direitos como o meio ambiente reproduz práticas inquisitoriais de produção da verdade já fortemente presentes no processo civil<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> A ambiguidade e a não explicitação desses aspectos inquisitoriais do processo civil pode ser pensada como uma estratégia de legitimação do mesmo diante do paradoxo existente entre estes princípios inquisitoriais, característicos de uma sociedade hierárquica, e os princípios acusatoriais da Constituição Federal, característicos de sociedades onde prevalecem ideologias jurídicas igualitárias.

Assim, a discussão doutrinária e a legislação sobre direitos coletivos no Brasil tem sido feita de modo a potencializar a energia inquisitorial do nosso sistema jurídico, ao mesmo tempo em que relaciona esta inquisitorialidade com a efetividade de realização do que é chamado de Estado Social de Direito. Nos conflitos que observei, no entanto, a participação dos interessados no processo, seja ele judicial ou extrajudicial, que deveria constituir um dos aspectos democráticos da efetivação desse Estado Social de Direito como previsto pela dogmática jurídica não é incentivada, sendo coadjuvante o envolvimento dos grupos implicados no conflito, prevalecendo a apropriação que o Procurador faz do processo a partir de seu viés e moralidade próprios.

Assim, se na doutrina “inquisitorialidade” e “Estado Social de Direito” são categorias solidárias, nos conflitos observados me pareceu que a primeira foi sempre realizada de maneira mais plena do que a segunda.

## **6. Aspectos gerais do meio ambiente no processo civil brasileiro**

Neste item vou analisar como a doutrina jurídica brasileira concebe o meio ambiente como bem jurídico e algumas consequências disso sobre as formas processuais dominantes nos processos coletivos.

O leitor perceberá que escolhi como interlocutores da doutrina jurídica brasileira um grupo específico de juristas, a maior parte deles procuradores, aos quais é atribuído um papel pioneiro na formulação dos anteprojetos de lei que teriam dado origem à legislação processual que trata dos direitos coletivos. Eles são vinculados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, de São Paulo. Entre eles estão Ada Pellegrini, Nery Junior, Cândido Dinamarco e Hugo Mazilli.

É preciso que eu destaque aqui, no entanto, que no direito brasileiro o problema da reivindicação da origem dos institutos e conceitos que habitam o campo tem uma centralidade no estabelecimento das hierarquias de autoridade entre os juristas. Trata-se, portanto, de uma estratégia de legitimidade dentro de um campo de conhecimento.

Este problema da origem foi tratado por Michel Foucault em “Nietzsche, a genealogia e a história” (Foucault, 1984) a propósito do texto de Nietzsche “genealogia da moral”:

A alta origem é o "exagero metafísico que reaparece na concepção de que no começo de todas as coisas se encontra o que há de mais precioso e de mais essencial": gosta-se de acreditar que as coisas em seu início se encontravam em estado de perfeição; que elas saíram brilhantes das mãos do criador, ou na luz sem sombra da primeira manhã. A origem está sempre antes da queda, antes do corpo, antes do mundo e do tempo; ela está do lado dos deuses, e para narrá-la se canta sempre uma teogonia. Mas o começo histórico é baixo. Não no sentido de modesto ou de discreto como o passo da pomba, mas de derrisório, de irônico, próprio a desfazer todas as ênfases.

O que Foucault propõe, portanto, é uma história que se oponha à pesquisa da origem, já que esta carrega o “risco das significações ideais e das indefinidas teleologias”. Neste sentido, estes autores que escolhi para serem os interlocutores da doutrina jurídica reivindicam para si próprios o papel de protagonistas na produção doutrinária sobre processos coletivos, reunindo muitos dos temas que são relevantes nesta tese. Tomarei o cuidado, no entanto, de não naturalizar as categorias que apresentam nem a reivindicada gênese delas, ainda que as tome como objeto de reflexão<sup>92</sup>.

Junto deste problema da origem como argumento de autoridade, especialmente no campo do processo coletivo há no Brasil uma narrativa sobre a ruptura que os direitos coletivos representariam na tradição legal do país. Vejamos a seguinte citação:

“Não há dúvidas de que a lei (da Ação Civil Pública, 7.347/1985) **revolucionou** o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de **um processo individualista para um processo social**” (Grinover, Ada Pellegrini, grifo meu)

Esta citação acima reproduz bem o tipo de linguagem que encontrei nos primeiros textos de direito ambiental brasileiro que li e que, desde o princípio, chamou minha atenção: a idéia,

---

<sup>92</sup>A este propósito, como exemplo desta busca por legitimidade através da ligação com uma origem, é interessante observar que os juristas brasileiros identificam em grande medida no jurista italiano Mauro Capeletti a fonte doutrinária sobre a qual se baseariam os direitos difusos como o direito ao meio ambiente. Coordenador do Projeto Florença que reuniu juristas e pesquisas ao redor do tema do acesso à justiça e dos direitos coletivos, Capeletti junto de Bryant Garth, reuniu no texto *Access to justice* uma série de experiências ao redor do mundo de modelos de acesso a justiça por vias judiciais e extra-judiciais, a partir do trabalho de estudiosos de diversos países. Não é meu objetivo aqui discutir se a forma como os direitos difusos têm sido desenvolvidos no Brasil está ou não de acordo com as considerações dos organizadores da obra, mas mostrar o papel que estas reivindicações de origem têm na legitimação do campo jurídico brasileiro. A antropóloga Laura Nader também faz referência à contribuição de Capeletti, cujo trabalho foi em parte financiado pela Fundação Ford, e atuou como professor na Universidade de Stanford além da Universidade Européia de Florença. A autora relaciona o jurista italiano com discussões sobre a necessidade de acesso mais democrático a direitos para grupos como trabalhadores, grupos étnicos e consumidores, que ele considerava limitado, tendo como referência um levantamento que fez em 1973 sobre a questão ao redor do mundo.

prevalecente entre os juristas<sup>93</sup> que trabalharam na formulação dos anteprojetos que deram origem às respectivas leis, de que o reconhecimento da existência de direitos de natureza coletiva (como o meio ambiente) pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código do Consumidor representa uma “revolução processual”, marcada pela passagem “evolutiva de um processo individualista para um processo social”.

No entanto, como a presente pesquisa tem permitido notar, a “revolução processual” à qual se refere Grinover reproduz nos processos coletivos práticas inquisitoriais de produção da verdade e modelos de acesso regulado à justiça que são familiares à nossa tradição jurídica, assim como noções de interesse público que, na prática dos conflitos, são recorrentemente apropriadas particularizadamente pelos operadores do Ministério Público.

Ainda que autores como Ada Pellegrini Grinover sugiram a necessidade de uma participação mais direta dos cidadãos na proteção de direitos como ao meio ambiente, no Brasil o Ministério Público tem um papel importante, previsto na doutrina e na lei, na realização disso que tem sido chamado por alguns juristas de “Estado social de Direito”. Este modelo de Estado implicaria, por um lado, na maior participação dos cidadãos nas políticas públicas e, por outro, na ampliação do rol de direitos que constitui a categoria “cidadão” incluindo direitos amplos como o direito ao meio ambiente e à segurança pública, por exemplo.

Este modelo de Estado seria uma alternativa ao que os juristas chamam de modelo Liberal de Estado, que estaria baseado em uma neutralidade das instituições no que diz respeito aos direitos sociais e cuja ação estaria quase restrita à garantia da propriedade e dos contratos privados. Percebe-se, portanto, que nesta narrativa o Estado Social de Direito ofereceria uma alternativa à um modelo de sociedade cuja organização se desse exclusivamente por mecanismos de mercado.

Interessante observar, como já notei anteriormente neste texto, que enquanto os juristas falam que a Constituição Federal de 1988 significaria a substituição de um Estado liberal pelo Estado Social de Direito, o conhecimento acumulado pelas ciências sociais brasileiras sobre o caráter do Estado brasileiro não identifica a predominância histórica de valores liberais em nossas instituições. Na verdade, dentro de um escopo de variações interpretativas, predominam as análises que tratam do

---

<sup>93</sup> Em sua maioria ligados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido por Ada Pellegrini Grinover, professora titular do Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo (USP).

caráter patrimonialista e de uma lógica estamental da nossa sociedade (Faoro, 2001) ou do mecanismos de apropriação particularista do espaço público (DaMatta, 1997), que estariam de acordo não com a idéia de uma sociedade baseada na livre concorrência entre agente privados, mas no predomínio de relações hierárquicas e complementares entre os diferentes grupos sociais (Kant de Lima, 1995; 2000).

Seguindo a narrativa jurídica, no entanto, podemos observar que do ponto de vista do processo legal, este novo Estado Social de Direito romperia com uma suposta tradição individualista ou “egoística” do processo civil tradicional brasileiro em função do reconhecimento pelo ordenamento jurídico de direitos de natureza “difusa”<sup>94</sup>, como o meio ambiente. Assim, o processo coletivo implicaria em mudanças processuais significativas. Uma delas diz respeito à determinação legal dos legitimados para representar os interesses coletivos<sup>95</sup>. De acordo com a lei da Ação Civil Pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
  - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
  - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Um outro efeito processual da lei da Ação Civil Pública é expandir os efeitos da coisa julgada para além das partes formais por exemplo:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

<sup>94</sup> Mais adiante diferenciarei as categorias nativas “direitos coletivos”, “direitos difusos” e “direitos transindividuais”. Por ora, indico a definição da legislação: “Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligas por circunstâncias de fato” (Art. 81, I, da Lei 8.078/1990).

<sup>95</sup>

Em outras palavras, isto significa que as decisões originadas de Ações Cíveis Públicas produzem efeitos não só sobre as partes diretamente envolvidas no litígio, mas sobre todas as outras pessoas e organizações que estejam dentro da jurisdição do órgão que produziu a sentença. Por outro lado, o fracasso da ação por falta de provas não impede que outro legitimado inicie uma ação idêntica se dispuser de novas provas.

Neste sentido, Ada Pellegrini propõe que: “Sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que o processo coletivo alicerça-se em institutos fundamentais próprios, totalmente diversos de muitos dos institutos fundamentais do direito processual individual.”

No entanto, como estou mostrando, apesar de que as leis da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor implicam claramente em mudanças processuais (o papel de legitimado do Ministério Público e das associações; inversão do ônus da prova; a expansão dos limites da coisa julgada, etc), em um nível mais amplo é possível identificar a reprodução de formas inquisitoriais de produção de verdade e modelos de acesso regulado a direitos que atualizam uma tradição jurídica que é nossa velha conhecida (Mouzinho, 2007 p.90). Como os direitos difusos estariam relacionados diretamente ao interesse público, o Estado, seja na figura de um juiz ativo ou de um Ministério Público independente, seria fundamental na garantia destes direitos.

No Brasil, data da década de 1980 as discussões sobre um novo processo, coletivo, destinado a proteger direitos de uma natureza nova, os direitos transindividuais. Na doutrina brasileira, os direitos transindividuais ou coletivos “*lato sensu*” incluem três subcategorias de direitos: os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Os critérios que os distinguem não me foram simples de compreender durante a pesquisa e estariam baseados na:

- 1) divisibilidade ou não do bem a ser protegido,
- 2) existência ou não de vínculo jurídico entre os membros do grupo de pessoas às quais se refere o direito e
- 3) possibilidade ou não de determinar legalmente os membros do grupo.

Os tipos de direitos reconhecidos pelo sistema de processo coletivo brasileiro resulta do cruzamento destes três critérios acima. Os direitos “difusos” dizem respeito a :

objetos indivisíveis como “o meio ambiente” e a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, por exemplo, todos aqueles que porventura possam vir a ser expostos à poluição de um rio, incluindo os usuários presentes e futuros do mesmo. É sobretudo deste tipo de direitos que trato neste texto.

Os direitos coletivos *stricto sensu* dizem respeito a:

direitos que não podem ser repartidos – como a nulidade de uma cláusula abusiva contida em um contrato de adesão, e que pertence a um grupo determinável de pessoas possuidoras de vínculo jurídico, como os membros de um sindicato por exemplo.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, dizem respeito a

objetos divisíveis -como os danos individuais sofridos por consumidores de um produto – e que dizem respeito a indivíduos determináveis mas que não possuem nenhum vínculo jurídico entre si além do fato de consumiram um mesmo produto (Mazzilli<sup>96</sup>).

| Interesses             | Grupo          | Objeto      | Origem           |
|------------------------|----------------|-------------|------------------|
| Difusos                | indeterminável | Indivisível | Situação de fato |
| coletivos              | determinável   | Indivisível | Relação jurídica |
| Individuais homogêneos | determinável   | divisível   | Origem comum     |
|                        |                |             |                  |

Figura 10

De acordo com as narrativas dominantes os carros chefe deste novo processo foram o Código do Consumidor e a lei da Ação Civil Pública, chamados também de “micro-sistema processual

<sup>96</sup> Membro aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo

coletivo”. Como comenta a jurista Ada Pellegrini Grinover:

Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da Ação Civil Pública, quinze de Código do Consumidor, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual (Grinover, 2005)

Como aponta Mazzilli<sup>97</sup>, enquanto o processo civil tradicional volta-se para os conflitos individuais, por sua vez o processo coletivo volta-se para a composição de conflitos de grupos, classes ou categorias de pessoas. Por esta razão, o processo coletivo teria institutos diferentes em relação ao processo civil tradicional:

(...) diversamente do processo individual (em que cada lesado age em nome próprio na defesa do interesse próprio), no processo coletivo os legitimados ativos estão autorizados por lei a agir em nome próprio, mas na defesa de **interesses de todo o grupo** lesado (LACP, art. 5o., e art. 82). Ainda há outra diferença relevante: no processo individual, a coisa julgada material tornará imutável o decisor apenas entre as partes; já no processo coletivo, **em algumas hipóteses, a coisa julgada se tornará imutável para além das partes formais do processo** (coisa julgada erga omnes ou ultra partes, cf. arts. 16 da LACP e 103 do CDC. Por fim, mais uma diferença fundamental: no processo individual, o produto da indenização ficará com o vencedor da ação, enquanto **no processo coletivo, o produto da indenização, quando divisível, será repartido entre os lesados individuais, ou, em caso contrário, irá para um fundo fluido, a ser usado de forma indivisível, em proveito de todo o grupo lesado** (LACP, art.13; CDC, arts. 97-100)

O reconhecimento de direitos de natureza coletiva é associado, assim, com a necessidade de mudanças processuais, como as enumeradas acima, que se materializam em leis como a Ação Civil Pública e o Código do Consumidor.

<sup>97</sup> Ver texto “Aspectos Polêmicos da ACP”. Disponível no site: <http://www.mazzilli.com.br/> . Acesso em 18/09/2012.

Como mostra Fernanda Duarte (2008), no Brasil muitas vezes os doutrinadores reproduzem a prática de “dar notícia (ainda que com argumentação bem apresentada e articulada) do debate que se passa no mundo ocidental, pretendendo incorporá-lo de forma automática, no Brasil, como se o seu registro em texto escrito, bastasse para nos “atualizar” e civilizar colocando nossos autores em sintonia com o que se pensa alhures”. Neste caso, passam despercebidos pelo fato de que muitas vezes os institutos possuem significados diametralmente diferentes.

Este é o caso, por exemplo, do *due process of law* que, como destaca Kant de Lima, não deve ser traduzido apressadamente como “devido processo legal”. Isso porque enquanto nos EUA o processo é um direito do acusado contra o Estado e do qual o indivíduo pode dispor em negociações como a *plea bargain*, no Brasil, o processo é apropriado pelo Estado, que não permite negociações autônomas do mesmo pelos acusados. Como aponta o autor, no Brasil o processo:

não é um *due process of law*- expressão equivocadamente traduzida em português de forma demasiado livre como “devido processo legal”- pois esta instituição jurídico-política dos EUA é uma opção do acusado, a quem é devido -due- pelo Estado, um determinado procedimento judicial, em condições estipuladas pela quinta e sexta emendas constitucionais. Estas incluem, entre outros, o direito a um *speedy trial*- um julgamento rápido, o que não existe em nosso sistema de processo, de julgamentos obrigatórios e de temporalidade própria. Outra característica é que, não havendo no processo nem *exclusionary rules* (regras de exclusão das evidências levadas a juízo), nem hierarquia de provas, que separem os fatos provados daqueles que não o foram, dentro de um processo probatório- *evidence, fact, proof*- tudo, literalmente, pode ser alegado em defesa, ou em acusação, o que produz uma parafernália de meros indícios- que, estranhamente, incluem também laudos periciais, como os de exames de corpo de delito, por exemplo- tanto mais ampla quanto mais abundantes forem os recursos do acusado e dos acusadores. Finalmente, ao assegurar constitucionalmente o direito do acusado de não se auto-incriminar (direito ao silêncio), no Brasil não se criminaliza, como no direito anglo-americano, a mentira dita pelo réu em sua defesa, o que implica não haver a possibilidade de condenação por “perjury”, somente por falsidade de declaração por testemunha

Este é o caso também da Lei da Ação Civil Pública em que se reconhece amplamente que o problema da representação adequada está colocado de maneira distinta do que ocorre nos EUA, lá sendo definido caso a caso pela Corte, aqui definido em abstrato pelo legislador. No entanto, é naturalizado o fato de que a legitimidade do Ministério Público nas causas coletivas depende, por exemplo, do pressuposto de que há “hipossuficientes” que não estão em condições econômicas e/ou

técnicas de participar do processo de maneira direta, além de que esta legitimidade está relacionada ao papel de instrumentos inquisitoriais como o inquérito civil.

Esta categoria “hipossuficiência” remete a uma noção de desigualdade que é entendida de uma maneira peculiar na cultura jurídica brasileira hegemônica. Apesar de ela ser relacionada também com processos econômicos, esta categoria desigualdade incorpora recorrentemente uma dimensão moral. Como vimos no caso envolvendo os pescadores da Barra do Jucu, não é difícil perceber na fala da Procuradora uma certa piedade em relação aos mesmos, naquele sentido característico das sociedades hierárquicas em que a pobreza não apenas é resultado de processos econômicos, mas de um certo destino irrevogável dos “coitados”.

Interessante notar, no entanto, que como pude observar, nos EUA os cidadãos também enfrentam o problema dos custos do processo, da necessidade de assessoria jurídica qualificada e da produção de provas para a proposição de ações para proteger o meio ambiente. No entanto, lá eles são considerados *underrepresented groups* e não “hipossuficientes”. Estas categorias balizam diferentes entendimentos sobre a constituição do espaço público norte americano e brasileiro. Como já afirmei na Parte II, a categoria *underrepresented* está relacionada à problemática liberal do risco da tirania da maioria, enquanto a categoria “hipossuficiente” está baseada em uma teoria política que pressupõe uma sociedade hierarquizada.

De toda forma, apesar das diferenças no significado dos institutos nas duas sociedades, é recorrente no campo jurídico brasileiro encontrarmos narrativas que apresentam as ações coletivas norte-americanas, como as *citizen suits*, como tendo inspirado a criação da Ação Civil Pública brasileira.

De acordo com Bárbara Nogueira em sua dissertação de mestrado (2007), esta discussão teria tido como expressão os juristas José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz de Oliveira Junior e Ada Pellegrini Grinover, buscando trazer as inovações e discussões de acesso a direitos, como já ocorria nos Estados Unidos, e, também, procurando criar mecanismos que dessem, à sociedade civil organizada, através de suas associações, instrumentos para sua legitimação nos processos coletivos. Estes juristas rejeitavam, assim, a idéia defendida pelo Ministério Público, da ação estar concentrada apenas em uma instituição estatal (o Ministério Público) e de mecanismos que o privilegiassem (Nogueira, 2007).

No entanto, com a instituição do inquérito civil e de outros poderes constituídos ao Ministério Público, como o de requisição e notificação de dados técnicos indispensáveis à propositura da Ação

Civil Pública, face aos novos direitos coletivos a serem por ele defendidos, a instituição se mune de elementos-chave para o seu quase monopólio nas Ações Cíveis Públicas em defesa do meio ambiente (Nogueira, 2007), ainda que associações também possam iniciá-las.

Assim, na medida em que a Constituição ampliou os direitos coletivos e sociais, aumentou, automaticamente, o leque de interesses que podem ser protegidos pelo Ministério Público através da ação civil pública (Arantes<sup>98</sup>). Assim, o Ministério Público se apropriou de instrumentos judiciais e extrajudiciais muito poderosos na produção da verdade civil.

Como aponta Stella Amorim, lembrando Max Weber:

Max Weber destaca a “apropriação” como categoria analítica relevante em vários tipos de organização social e em burocracias de diversos tempos e lugares. A “apropriação” ganha vários sentidos além do econômico, podendo haver apropriação de poderes, de direitos, de probabilidades, de cargos, de prebendas, de trabalho, de meios e de instrumentos do trabalho, de homens, da administração, de quadros administrativos, de meios de administrar, de saberes, entre outras. As apropriações se seguem às rupturas ou separações nas relações dentro de organizações e as burocratizam em novos moldes. Uma dessas rupturas que aqui desperta interesse diz respeito à separação entre os administradores e os meios de administrar, sobretudo o tipo de dominação que legítima o modo como aqueles se apropriam destes. **Sendo o processo judicial um meio de administrar os conflitos, como ele é apropriado pelo administrador? Está este meio separado ou unido ao administrador?** São algumas das muitas perguntas que Max Weber sugere ao tema do presente texto. (Stella Amorim & Batista, RAM Curitiba)<sup>99</sup>

Como o leitor irá perceber, esta narrativa paradoxal<sup>100</sup> sobre mudanças na estrutura tradicional do processo, tão familiar às discussões sobre processo ambiental no Brasil, contrastam com o que mostrei a respeito dos EUA no capítulo anterior. Lá, as mudanças processuais atravessam outras problemáticas, em grande parte, em função da associação dos direitos individuais – geralmente atribuídos às Cortes de *common law* - no imaginário nacional americano com garantias constitucionais fundamentais (Crapanzo, 2000; Garapon & Papadopoulos, 2005; Kessler, 2004).

<sup>98</sup> Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>. Acesso em 08/07/2012

<sup>99</sup> As autoras fazem referência à Weber, Max. História Geral da Economia. São Paulo: Centauro, 2006, p 9-26 e Economia y sociedad. México: Fondo de Cultura Económico, 2 vols, 1964, págs 35ss, 44, 54ss, 70-90, 100-131, 184-228, 233-246.

<sup>100</sup> Paradoxal porque se, por um lado, os juristas dizem que a inquisitorialidade do processo coletivo rompe com a tradição acusatorial ou mista do processo civil, autores versados em antropologia e direito tem identificado através da análise das leis, da doutrina e dos ritos judiciais do processo civil elementos que permitem afirmar que as práticas inquisitoriais do processo coletivo reproduzem uma inquisitorialidade já amplamente presente no processo civil.

Isso explica, ao menos parcialmente, por que os estatutos ambientais americanos, que a princípio foram criados para superar os limites das Cortes de *common law*, acabaram desenvolvendo-se em uma moldura processual que expressa um casamento nem sempre simples entre princípios de *common law* e princípios inquisitoriais das Cortes de *equity*.

## **7. Um olhar crítico sobre a solidariedade entre algumas categorias jurídicas no processo coletivo brasileiro**

Neste item irei mostrar como a solidariedade entre certas categorias-chave permitem compreender alguns dos aspectos estruturantes dos processos coletivos no Brasil.

Como estou argumentando nesta tese, associada à “inquisitorialidade” está a categoria “hipossuficiência”, que desempenha um papel fundamental no direito ambiental brasileiro. Esta “hipossuficiência” é pensada em termos do desconhecimento dos direitos, da incapacidade técnica para identificar danos ambientais e incapacidade econômica para custear um processo contra o poder público ou grandes empresas.

Como tem sido amplamente discutido por Maria Stella Amorim, esta categoria justifica a intervenção do Estado no processo judicial como uma estratégia de compensar a eventual desigualdade entre as partes:

No direito brasileiro, a hipossuficiência torna-se assim uma categoria que ganha variadas conotações negativas, desde incapacidades físicas ou mentais, até baixo nível de educação, pobreza, ignorância, etc.<sup>101</sup>

Ela é usada para designar não apenas grupos específicos que possam estar ameaçados por algum dano ambiental, mas eventualmente todo o “povo brasileiro” já que o meio ambiente é definido como um direito difuso. Segundo Mazzilli (2005), “há interesses difusos tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente)”. Estas categorias “difuso” e “interesse público” também não são auto evidentes e precisam ter seus significados explicitados.

Assim como a categoria hipossuficiência, a categoria “difuso” não possui definição consensual entre os doutrinadores brasileiros, mas está definida no Código do Consumidor. Como já expliquei, refere-se aos direitos cujos titulares não podem ser definidos e a bens que não podem ser repartidos.

<sup>101</sup> Disponível em [http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD\\_Virtual\\_26\\_RBA/grupos\\_de\\_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf](http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf). Acesso em 08/07/2012

Por exemplo, o mar de Copacabana é um bem indivisível e o direito ao mar de Copacabana pertence a um número indefinível de pessoas que, por ventura, possam vir a se beneficiar deste recurso natural, no presente ou no futuro.

Ambas as categorias, “hipossuficiência” e “difuso”, assim como outra categoria fundamental para o direito ambiental brasileiro, a de “interesse público”, têm como característica uma amplitude semântica muito grande e contextual. O “interesse público” é geralmente definido pelos juristas brasileiros como o interesse da sociedade enquanto totalidade, não se confundindo assim com os interesses das instituições estatais. Daí a distinção na doutrina entre interesse público primário (referente à sociedade) e interesse público secundário (referente às instituições do Estado).

No entanto, a mesma teoria legal diz que, como a sociedade é formada por grupos que possuem interesses diversos e muitas vezes contraditórios, além de ser “hipossuficiente” para a proteção do meio ambiente, este interesse deve ser definido pelo Estado. Note-se que neste modelo o Estado não expressa a “vontade coletiva”. Esta é valorada negativamente já que emana dos “hipossuficientes”. Na verdade, nesta teoria legal sequer existe uma “vontade coletiva” que emane da sociedade, já que esta é composta de interesses egoísticos e conflitantes<sup>102</sup>. Neste modelo o Estado *define* o “interesse público”, que não pretende ser resultado de um consenso coletivo, dada a pressuposta “hipossuficiência” da sociedade brasileira para decidir de maneira autônoma seus interesses. No Brasil, a definição do interesse público assemelha-se mais a um duelo em que interesses são confrontados e desse confronto emerge o interesse que superaria os outros e que encarnaria o interesse público, definido pelas instâncias institucionais superiores.

Soma-se a isto o fato de que o meio ambiente, em específico, é considerado pela literatura legal brasileira como sendo extremamente frágil e possuidor de um equilíbrio instável. Em razão disso, o processo civil ambiental deve ser orientado pelo “princípio da precaução”.<sup>103</sup> A forma como o “princípio da precaução” é reproduzido na literatura jurídica brasileira reforça a noção de que, em se tratando de meio ambiente e sua urgência, deve haver uma postura ativa dos operadores do direito em sua proteção.

---

<sup>102</sup> Uma imagem de espaço público que aproxima-se muito da noção de estado de natureza, da guerra de todos contra todos, hobbesiana.

<sup>103</sup> Na maioria dos países a noção de precaução adotada é a resultante da Rio 92. Seria interessante observar como a tradução dos textos oriundos de eventos deste tipo é realizada em diferentes idiomas e a relação com diferentes formas de apreender juridicamente o meio ambiente segundo tradições nacionais diversas..

Interessante observar que a definição do princípio que está no documento originado na ECO-92 nada diz sobre como deve ser o processo que implementará estas medidas<sup>104</sup>. Assim, chama a minha atenção o fato de que para nossos juristas, o princípio da precaução seja relacionado com práticas judiciais inquisitoriais que demandam uma postura ativa tanto do juiz durante o processo quanto do Ministério Público no inquérito civil (que pode preceder a Ação Civil Pública), como veremos adiante<sup>105</sup>.

Meu argumento aqui é que todas estas categorias “hipossuficiente”, “difuso”, “interesse público”, “precaução”, se encontram e produzem, em relação, certa sensibilidade jurídica sobre direitos, meio ambiente e espaço público que produz efeitos sobre as formas de administração dos conflitos ambientais. Estas formas, segundo Pellegrini e grande parte dos juristas que escrevem sobre processo coletivo, devem ter sua inquisitorialidade acentuada pelas características próprias ao meio ambiente, entre elas, seu equilíbrio frágil e instável que demanda uma proteção legal diferenciada em relação aos outros bem materiais que também não possuem os mesmo aspecto “difuso” e não são objeto do “interesse público”.

Assim, resulta desta solidariedade entre estas categorias na doutrina jurídica brasileira que a necessidade de uma maior inquisitorialidade no processo civil ambiental estaria relacionada, por um lado, às características do bem ambiental (difuso, relacionado ao interesse público, frágil) e, por outro, às características da sociedade brasileira (composta de interesses contraditórios, e hipossuficiente para proteger este bem).

As práticas processuais inquisitoriais garantiriam assim a proteção adequada do meio ambiente tendo em perspectiva o “interesse público”, no sentido que este é compreendido pela teoria legal

<sup>104</sup> “Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (Rio 92).

<sup>105</sup> Como podemos observar em Percival, no seu artigo *Who's afraid of the principle of precaution*, nos EUA o princípio da precaução não remete especificamente à inquisitorialidade processual, mas a discussões sobre modelos regulatórios baseados na melhor tecnologia disponível ou, alternativamente, na demonstração de risco à saúde. Este artigo está disponível em [http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=peir&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Furl%3Fsa%3Dt%26ret%3Dj%26q%3Dwho%27s%2520afraid%2520of%2520the%2520precautionary%2520principle%26source%3Dweb%26cd%3D2%26ved%3D0CCwQFjAB%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.pace.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1073%2526context%253Dpeir%26ei%3D071YUOqUD5GA9gSGn4GwCQ%26usg%3DAFQjCNHiThk3l0JCLqAtyaCye0OD\\_tcPLA%26sig%3DBXgo1KGYmiiEuCr\\_a6jOkQ#search=%22whos%20afraid%20precautionary%20principle%22](http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=peir&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Furl%3Fsa%3Dt%26ret%3Dj%26q%3Dwho%27s%2520afraid%2520of%2520the%2520precautionary%2520principle%26source%3Dweb%26cd%3D2%26ved%3D0CCwQFjAB%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.pace.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1073%2526context%253Dpeir%26ei%3D071YUOqUD5GA9gSGn4GwCQ%26usg%3DAFQjCNHiThk3l0JCLqAtyaCye0OD_tcPLA%26sig%3DBXgo1KGYmiiEuCr_a6jOkQ#search=%22whos%20afraid%20precautionary%20principle%22)

brasileira ou seja como algo a ser definido pelo órgão prolator e que não pretende expressar qualquer consenso social mais amplo (como mostram o trabalho de Kant de Lima (2008); Fernanda Duarte<sup>106</sup>). Assim, a discussão doutrinária sobre direitos difusos no Brasil tem sido conduzida de modo a potencializar a energia inquisitorial do nosso sistema jurídico.

Isto ficou evidente no caso dos barracões dos pescadores da Barra do Jucu quando a remoção partiu de um inquérito civil construído sem a colaboração dos pescadores, que não foram ouvidos durante a investigação. Assim, a verdade resultante do inquérito, ainda que seja extrajudicial, mostra já princípios inquisitoriais no sentido de que não foi realizada de maneira transparente e nem ouviu a parte acusada.

## **8. As formas de produção da verdade nos processos coletivos ambientais: o papel inquisitorial do Ministério Público**

Como disse, o meio ambiente é definido na doutrina jurídica brasileira<sup>107</sup> como parte dos direitos “difusos”. Segundo autores como Nery Junior, Ada Pelegrini, Candido Dinamarco, aos quais se atribui um papel importante na elaboração do processo coletivo brasileiro, este tipo de direitos teria surgido juntamente com mudanças no papel do Estado brasileiro, de um Estado Liberal para um Estado Social que culminou com a Constituição Federal de 1988. Aqui estou tratando esta transformação do ponto de vista de uma narrativa nativa do campo do direito e nesta narrativa, a categoria Estado Social de Direito remete à noções como ampliação da cidadania e justiça social.

A este Estado os doutrinadores opõem o que chamam de Estado Liberal, que seria incapaz de combater as desigualdades produzidas no mercado, já que agiria de maneira neutra sobre a sociedade. Como expus anteriormente, no entanto, o que os juristas chamam de Estado Social de Direito tem sido interpretado nas Ciências Sociais brasileiras, através de autores como Wanderley Guilherme dos Santos (1979) por exemplo, como um modelo tutelado de participação política, centrado no Estado como

<sup>106</sup> Disponível em <http://www.proppi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos/palestrantes/5/01.pdf>. Acesso em 10/07/2012.

<sup>107</sup> A “doutrina jurídica” é o termo através da qual os juristas brasileiros se referem ao conhecimento que produzem e que é ensinado nas escolas de direito. Segundo os juristas esta doutrina é resultado de um processo heurístico que denominam “ciência jurídica”. Para os juristas brasileiros o fato de produzirem um conhecimento que é normativo não lhes parece estar em contradição com a idéia de que este conhecimento é também científico.

mediador dos acessos direitos.

Do ponto de vista jurídico esta mudança no sentido do Estado Social apontaria para o reconhecimento de direitos metaindividuais e para um papel mais ativo do Estado no processo legal. De acordo com os doutrinadores o processo civil, como regulado pelo CPC/73 teria um caráter individualista ou egoístico, tido como “tradicional”, ou seja, preocupado com direitos individuais e não com direitos coletivos como o direito ao meio ambiente, só mais tardiamente reconhecidos pelo legislador.

Como consequência, haveria uma necessidade de alteração de uma série de princípios do processo civil, que se expressariam na “Lei da Ação Civil Pública” (7347/85) e no Código do Consumidor como mecanismos processuais que formariam o “microsistema de processo civil coletivo” adequados à proteção de direitos transindividuais, como os direitos difusos. Entre estes princípios estão os relacionados à produção da verdade que deve ser pautada não mais pela noção de “verdade formal” -aquela que surge a partir do que foi trazido pelas partes ao processo- mas pela noção de “verdade real”.

Esta não se baseia em fatos consensuais trazidos pelas partes mas na livre apreciação das provas pelo Juiz que deve ter um papel ativo no processo, buscando provas ao invés de se contentar com as que lhe são trazidas pelas partes, uma vez que trata-se de um direito ligado ao interesse público. Neste sentido, conversando com um juiz aposentado da primeira, mas já extinta, Vara de Meio Ambiente de Vila Velha ele me explicou que não via problemas no fato do juiz mandar produzir mais provas, já que pra ele a existência do contraditório é sempre uma garantia de um devido processo legal.

A inquisitorialidade aparece assim como a estratégia processual adequada para a proteção do meio ambiente. A forma como no processo civil ambiental estão articuladas as categorias “meio ambiente”, “direito difuso”, “interesse público”, “hipossuficientes”, produz efeitos também sobre os papéis marcadamente inquisitoriais atribuídos aos operadores do Ministério Público. Segundo a legislação (Lei da Ação Civil Pública<sup>108</sup>), o Ministério Público pode iniciar o “inquérito civil”, permitindo-se assim que a o Procurador reúna as funções de investigação e acusação (Mouzinho, p.132). Além disso, da mesma forma que o “inquérito policial”, o “inquérito civil” permite ao Ministério Público<sup>108</sup>:

---

<sup>108</sup> Lei da Ação Civil Pública

**investigar, buscar provas, convocar pessoas *sem que aquele que será objeto da ação tenha necessariamente conhecimento do que está sendo produzido como possível prova contra ele.*** Não se trata ainda, do ponto de vista legal, de um *processo* que, assim como na área penal, só ocorrerá a partir da **denúncia já formulada oficialmente pelo Ministério Público, e, portanto, não pressupõe a necessária defesa de quem é investigado** (Mouzinho, 2007).

Segundo a doutrina brasileira, no entanto, o aspecto inquisitorial do inquérito civil não estaria em contradição com o devido processo legal, já que ele é um instrumento pré-processual e os procedimentos formais para o contraditório serão disponibilizados em uma fase posterior, depois do juiz receber a ação. Ao contrário de ser uma ameaça aos direitos do investigado, o inquérito civil seria uma ferramenta importante, associada com a efetividade do processo.

É o que mostram também as representações dos procuradores do Rio de Janeiro entrevistados por Bárbara Nogueira (2007):

**O inquérito civil não tem rito, ele faz o rito.** Se eu quiser ficar aqui burocraticamente, mando ofício pra lá, ofício pra cá, mas ele (o Promotor estadual) pode ir lá e ver o dano ambiental, ele pode falar com as pessoas, pode buscar uma solução negocial (...) (promotor 3 entrevistado por Nogueira, dissertação) (grifo da autor)<sup>109</sup>

As entrevistas com outros Procuradores na dissertação de Nogueira parecem reproduzir este tipo de perspectiva<sup>110</sup>. Como podemos observar, o procurador entrevistado aponta a possibilidade de “negociações” poderem surgir a partir do inquérito civil, relacionando assim procedimentos inquisitoriais – que não prevêm o contraditório - com a produção de soluções negociadas de conflitos, geralmente atribuídas aos países de tradição adversarial.

Ora, o inquérito civil é presidido pelo Procurador, logo, se o inquérito civil não possui um rito institucionalizado este tomará forma de acordo com as convicções do procurador. É neste sentido que,

---

Art. 8º

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

<sup>109</sup> O paradoxo de frases como “O inquérito civil não tem rito, ele faz o rito” colhidas nas entrevistas por Nogueira não é problematizado pela autora, apesar dela ter grifado o trecho em sua dissertação.

<sup>110</sup> Também encontrei esta perspectiva entre pessoas do campo do direito com quem conversei como um juiz aposentado da Vara do Meio Ambiente, uma advogada membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB e também no curso de direito ambiental que assiti na Universidade Federal do Espírito Santo.

no Brasil, a atribuição de instrumentos inquisitoriais ao Ministério Público<sup>111</sup> tem sido associada à sua função constitucional de defesa dos direitos fundamentais do cidadão, o que soaria paradoxal, por exemplo, nos EUA onde a inquisitorialidade tem sido tradicionalmente associada com a ameaça a estes mesmos direitos.

No entanto, a naturalização de práticas inquisitoriais no direito brasileiro parece extrapolar a “doutrina jurídica” alcançando autores das ciências sociais. Assim, enquanto Rogério Arantes<sup>112</sup> e Werneck Viana (1999) parecem representar, respectivamente, vertentes mais críticas ou mais otimistas da atuação do Ministério Público na área de interesses coletivos, seu papel em políticas públicas e como guardião constitucional, nenhum dos dois problematiza especificamente o fato de que a legislação prevê que este papel seja desempenhado com um caráter inquisitorial<sup>113</sup>.

Neste sentido, apesar de que a presente tese compartilhe algumas indicações de Arantes<sup>114</sup> sobre, por exemplo, o papel da categoria “hipossuficiente” na justificação da atuação do Ministério Público, acredito que a tese de Gláucia Mouzinho destaca de modo mais refinado a dimensão da inquisitorialidade como um aspecto fundamental da sensibilidade jurídica implícita neste papel do Ministério Público. Assim, a atuação do Ministério Público reproduz não somente um modelo de cidadania regulada, mas também formas inquisitoriais de produção da verdade.

Um outro aspecto importante da atuação do Ministério Público que emerge quando situamos a instituição sob o pano de fundo da tradição legal e burocrática brasileira mais ampla é o fato que esta é estruturada por princípios de mandatoriedade, ou seja, uma vez que o Ministério Público receba denúncias ele é obrigado a agir. Ora, como destaca Gláucia Mouzinho (2007), não é institucionalmente possível para o Ministério Público dar conta de toda a demanda para agir que lhe chega (ver também pesquisa de Nogueira, 2007).

No entanto, como a atuação da instituição é mandatória ela não pode explicitar as opções que, necessariamente, acaba tendo que fazer já que não pode dar conta de toda a demanda. Como consequência, estas escolhas sobre quando agir, contra quem e de que forma acabam sendo feitas a

---

<sup>111</sup> E também aos Juízes.

<sup>112</sup> Arantes, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Acesso em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>. Acesso em 08/07/2012.

<sup>113</sup> Ver <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 08/07/2012.

<sup>114</sup> Arantes, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Acesso em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>. Acesso em 08/07/2012.

partir de uma moralidade não explícita. Ainda que do ponto de vista da legislação brasileira haja obrigatoriedade de agir sempre, na prática reserva-se, mesmo que não admitida pela legislação atual, aos procuradores o direito de decidir caso a caso o que investigar (Gláucia, 2007 p. 135-137 e p.180).

Como afirmei anteriormente nesta tese, segundo os juristas brasileiros que têm participado da criação disso que chamam de sistema processual coletivo, a inquisitorialidade no processo ambiental no Brasil deriva tanto das características do meio ambiente enquanto bem indivisível a ser tutelado, quanto das características da sociedade brasileira, incapaz de proteger, por si só, o interesse público que deve ser tutelado, em última instância, pelo juiz, mas com papel também muito destacado aos operadores do MP sobretudo através do “inquérito civil”.

No entanto, com esclareço na “Considerações Finais”, a análise comparativa com os EUA permite observar que, em uma outra configuração jurídica, em que o meio ambiente é balizado por um outro elenco de categorias, os conflitos ambientais podem ser administrados através de outras formas processuais.

Isso nos leva a considerar que, se por um lado a opção brasileira pela inquisitorialidade no processo civil ambiental é explicada pela teoria legal nacional pelas características do bem a ser tutelado (difuso, frágil, etc.) e pela incapacidade da sociedade brasileira em definir, por si só, o “interesse público” (seja pela existência de interesses contraditórios ou pela sua hipossuficiência), por outro, de um ponto de vista antropológico, esta inquisitorialidade teria bases mais profundas na tradição jurídica mais ampla do Brasil, como tem sido demonstrado por autores como Kant de Lima, Mouzinho (2007) e Duarte.

Esta inquisitorialidade é também associada com o que os autores que participaram dos anteprojetos das leis do processo coletivo chamam de perspectiva menos formalista do processo: “As normas que regem o processo coletivo devem ser sempre interpretadas de forma aberta e flexível – há disposição expressa nesse sentido no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – e o juiz encontrará nelas sustentáculo para uma postura menos rígida e formalista”(Ada Pellegrini).

A Procuradora E.S., do Ministério Público Federal, também afirmou neste sentido em entrevista:

“Por que nós estamos tratando de interesses coletivos, difusos, no caso difuso o meio

ambiente especificamente, então eu acho que o interesse de fundo, o mérito do processo, a importância social... o interesse que envolve a sociedade como um todo ele tem que ser levado muitas vezes como mais importante que determinados formalismos processuais.”

Carballo<sup>115</sup> identificou um contraste similar entre Argentina e EUA no que se refere ao processo ambiental:

Como dissemos antes, na Argentina alguns especialistas concebem as Cortes como espaços nos quais políticas públicas ambientais podem ser definidas (...) mas há ainda uma justificativa legal mais geral na Lei Ambiental geral (...) cujo artigo 32 afirma que o juiz pode usar todos os recursos que possui para proteger o bem público. A idéia de que<sup>116</sup> casos ambientais demandam uma atitude especial pelos juízes é adotada pela Corte Suprema no caso “mendoza v. Estado Nacional”. A Corte afirma que “a melhora ou degradação do meio ambiente beneficia ou afeta a sociedade como um todo, porque trata-se de um bem que pertence à esfera social ou trans-individual e esta é a base para a energia particular que os juízes podem usar para garantir a efetividade destas demandas constitucionais”

Por outro lado, no caso dos Estados Unidos a Corte não se refere a esta questão, ao menos não na opinião da Corte, que é o que no fim afeta a política pública. A Corte apresenta o caso como uma controvérsia formal entre duas partes em que o papel da Corte é estabelecer se houve uma decisão ilegal pela Agência reguladora.

(...)

Como demonstrado, na Argentina uma significativa parte dos especialistas acadêmicos reivindicam que em casos ambientais em que direitos coletivos estão envolvidos, os juízes tendem a fazer o processo mais flexível. Não é uma afirmação perigosa?

(...)

A quantidade, urgência, profundidade e complexidade dos problemas ambientais legitima esta posição? Na Argentina a importância e urgência de problemas ambientais é inegável mas estes fatos não devem superar completamente os riscos institucionais relacionados a estas decisões.

De maneira similar, no Brasil, é recorrente encontrarmos situações em que o Ministério Público propõe ações de modo a colocar os procedimentos previstos em lei em segundo plano tendo como justificativa a importância do direito que reivindica proteger. Este parece ser o caso reunido no livro “Julgamentos Históricos do Direito Ambiental”<sup>117</sup> em que a decisão judicial foi ao encontro da proposição do Ministério Público:

<sup>115</sup> Carballo, Juan Martin. Courts, Environment and Public Policies. By Juan Martin Carballo, Faculty of Law and Social Sciences, National University of Córdoba . Mimio.

<sup>116</sup> Ley General del Ambiente, 25.675, Art. 32: “(...) El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañinos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. (...)” (Carballo, Juan Martin. Courts, Environment and Public Policies. Faculty of Law and Social Sciences, National University of Córdoba. Mimio. )

<sup>117</sup> Vladimir Passos de Freitas et al. Editora: Millennium Editora . 2006.

## Tema IX- Licenciamento Ambiental e Exigibilidade de Estudo prévio de Impacto Ambiental

### Comentários ao Acórdão:

A controvérsia gira em torno da exigência ou não do EIA/RIMA para um empreendimento imobiliário de 37 hectares que seria instalado no bairro Pitimbu em Natal/RN. Tratava-se de um empreendimento habitacional de casas e apartamentos de interesse do INOCOOP.

A Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura de Natal concedeu a licença ambiental para a obra sem exigir o EIA/RIMA, **tendo em vista que a legislação não exige isso de forma expressa para o caso em questão.**

Contudo o fato foi contestado pelo MPE por meio de Ação Civil Pública que defendia que o EIA/RIMA deveria ser feito em face da necessidade de verificar com maior segurança se o empreendimento era significativamente impactante sob o ponto de vista ambiental.

A INOCOOP recorreu judicialmente alegando que a decisão interferiria com o mérito administrativo, afrontando o princípio constitucional da harmonia e da independência entre os poderes mas não obteve sucesso (Freitas et al, 2006)

Assim, como aponta o comentador da decisão:

“O primeiro ponto a ser destacado refere-se ao bem que se procura tutelar nessa lide. É preciso deixar claro que, em última análise, o foco da discussão não é propriamente o licenciamento ambiental ou a exigência de EIA/RIMA, mas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (...) “É exatamente nesse sentido que o acórdão em comento caminha, ao privilegiar a questão ambiental deixando os aspectos procedimentais em um plano abaixo” (...) “a presunção da legalidade dos atos administrativos em matéria ambiental deve ser relativizada, por conta da necessidade de proteção desse bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.(Freitas et al, 2006)

Trata-se de uma visão do processo como um meio de atingir uma finalidade: a prestação jurisdicional com ênfase sempre no interesse público e que não pode se prender aos “formalismos processuais”. No Brasil esta visão do processo pode ser associada com o princípio da instrumentalidade. Como aponta o jurista Cândido Dinamarco (2005), segundo este princípio os formalismos processuais devem ser deixados de lado em nome da efetividade do processo ou seja, de sua eficiência em realizar a prestação jurisdicional adequada:

Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que

representa penhor de segurança aos litigantes (Dinamarco, p. 244, 2005).

Assim, aos juristas brasileiros entusiastas do “novo processo coletivo”, é possível relacionar práticas inquisitoriais como o “empenho” na instrução do processo - ou seja, na produção de provas - e a preocupação com o *due process of law*, como vimos na citação acima, de Cândido Dinamarco (2005), conjugação dificilmente passaria despercebida por um *legal scholar* americano dada a associação tradicional naquele país entre inquisitorialidade e tirania. Também é possível, como no caso citado, que as exigências legais sejam lidas de modo a não limitar-se à letra da lei, mas enfatizando noções abrangentes de interesse público.

O que quero mostrar aqui é que enquanto nos Estados Unidos as Cortes são chamadas a não acatar as decisões das agências do executivo somente quando estas mostrarem-se claramente arbitrárias, no Brasil este caso sugere que o Tribunal pode decidir contrariamente à agência do executivo e à lei ao reivindicar a proteção do interesse público. Poderíamos nos perguntar aqui se isto não pode eventualmente produzir insegurança jurídica.

Pensando mais especificamente no papel dos operadores do Ministério Público, como aponta Cátia Silva, que realizou pesquisa entre os operadores do Ministério Público de São Paulo, estes possuem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho:

entre as atribuições constitucionais e a letra da lei — pontos principais do debate atual sobre o Ministério Público —, o promotor de justiça tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho. Neste espaço vão operar vários elementos, como suas convicções, experiências advindas das diferentes áreas de especialização e escolhas feitas durante a carreira.

A autora continua:

Nas promotorias ligadas aos interesses metaindividuais observa-se uma grande diferença na maneira de empregar procedimentos extrajudiciais e de propor medidas judiciais e no tipo de questões e conflitos considerados importantes.

Neste sentido, no Brasil as exigências processuais tornam-se formalidades que têm seu efeito esvaziado diante dos poderes do Juiz e, no caso dos direitos coletivos, também do poder dos operadores do Ministério Público.

Ora, como vimos, esta inquisitorialidade não é inovação do processo coletivo brasileiro, estando antes amplamente presentes nos nossos processos civis e criminais tradicionais (Kant de Lima, 1995; Lupetti Batista, 2007 ).

Como apontam Amorim & Lupetti:

(...) referido, mas não explícito no Art. 5º da Constituição brasileira vigente, o devido processo legal garante que ninguém pode ser condenado sem que o devido processo legal tenha transitado e sido julgado por magistrados no exercício de sua função judicante. Ou seja, o devido processo legal fica assim entendido como um procedimento exclusivamente judicial, submetido a ritos que se iniciam com a recepção da ação e terminam com a sentença judicial, quase sempre, após serem interpostos vários recursos admitidos na esfera do Poder Judiciário. O devido processo legal não é entendido no sistema de justiça brasileiro como garantia do jurisdicionado, que fica desabrigado nas leis processuais vigentes, cativas do estado, oferecendo sérios limites às liberdades individuais e aos direitos fundamentais dos cidadãos, alicerces do modelo de estado democrático de direito (RAM, 2011, p.1-2)

## **9. O modelo de acesso aos direitos ambientais no Brasil**

Neste item vou apresentar alguns dos aspectos dos processos coletivos brasileiros enquanto mecanismos de acesso aos direitos ambientais, destacando o papel que o Ministério Público desempenha neles.

Um olhar sobre os conflitos que reuní nesta Parte III mostra que estes não incorporaram formalmente o ponto de vista dos grupos afetados diretamente. No caso da ação de inconstitucionalidade contra o Plano Diretor Municipal de Vila Velha, havia grupos organizados ao redor do Fórum em Defesa de Vila Velha acompanhando de perto as minúcias do caso. Eles produziram inclusive um relatório técnico, baseado no conhecimento de especialistas como um biólogo e um geógrafo, que explicava com mapas e dados os impactos das possíveis alterações sobre as áreas protegidas da cidade e a possível deterioração do já precário sistema de drenagem da cidade, com o eventual aterramento das áreas naturais inundáveis.

Este grupo foi a público através da mídia e de falas na câmara municipal, assembléia legislativa, além de visitas ao Instituto Estadual de Meio Ambiente e ao Tribunal de Justiça. No entanto, nunca chegaram a compor parte no processo judicial, papel que foi realizado pelo Ministério Público Estadual. Deste ponto de vista, no processo judicial propriamente dito, o papel do Fórum foi relativamente passivo, enquanto o protagonismo foi realizado pela Procuradora responsável pela ação.

Como já afirmei, uma das formas de legitimação do papel do Ministério Público como

administrador/proprietário do inquérito civil e da proposição da Ação Civil Pública são os discursos que pressupõem a incapacidade ou, no jargão jurídico, a “hipossuficiência” de amplos setores da sociedade brasileira.

Estes discursos estão amplamente disseminados na doutrina brasileira, e tive também a oportunidade de ouvir um discurso deste tipo de uma Procuradora do Ministério Público Federal que atuou no caso, envolvendo pescadores da Barra do Jucu-ES, em entrevista concedida a mim, respondendo sobre a possibilidade de participação direta do cidadão na ação popular que, diferente da ação civil pública, não demanda intermediação do Ministério Público ou associações:

“O problema é que às vezes falta assessoria jurídica, falta um conhecimento, uma consciência maior do problema, a própria acomodação da sociedade como um todo, então a gente identifica que apesar de haver esta possibilidade ela é pouco utilizada”.

Como aponta Mouzinho (2007, p. 89):

“a redemocratização brasileira ocorrida na década de 80 criou o cenário para uma discussão polêmica no Brasil, mas também cada vez mais freqüente, sobre os direitos de cidadania. Neste contexto inserem-se as mudanças ocorridas no Ministério Público e, não por acaso, sua ênfase na defesa de direitos coletivos e sua representação de determinados grupos sociais, por vezes, da sociedade brasileira como *hipossuficiente*.”

Ora, como podemos ver no caso do PDM de Vila Velha, o Fórum possuía uma série de especialistas que produziram um relatório ambiental muito mais amplo e robusto tecnicamente do que as análises contidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade mas, que no entanto, não foi incorporado nesta.

Assim, ao invés de aceitarmos naturalmente os discursos sobre a ignorância do povo brasileiro sobre seus direitos, ou sobre sua apatia política<sup>118</sup>, proponho uma crítica das perspectivas sobre a “natureza” hipossuficiente e apática da sociedade brasileira em nome de uma outra que identifique as estratégias através das quais o Ministério Público tem se apropriado do papel de guardião dos direitos constitucionais dos brasileiros e quais são as noções de cidadania subjacentes à sua atuação assim como as formas de produção da verdade e noções de interesse público que lhe correspondem.

---

<sup>118</sup> Os discursos naturalizados sobre a apatia política do povo brasileiro são semelhantes àqueles que falam do caráter pacífico e cordial de nossa sociedade no sentido de que não encontram correspondência empírica sendo antes formas da sociedade brasileira se auto representar que escondem conflitos e paradoxos fundamentais. A respeito da apatia política, a história de revoltas populares como a da vacina, Canudos ou, mais recentemente o Movimento Sem terra ou as greves do ABC ajudam a problematizar este imaginário.

De acordo com Rogério Arantes<sup>119</sup>, que realizou entrevistas com membros do Ministério Público de São Paulo, as ações da instituição são marcadas por um ativismo voluntarista através do qual os operadores do órgão acabam por agir de forma a substituir a própria sociedade na defesa de seus direitos. As ações do Ministério Público, por outro lado, como aponta Gláucia Mouzinho em sua tese de doutorado, são marcadas pela moralidade dos próprios procuradores. Resulta disso um modelo de acesso a justiça em que o interesse público a ser defendido está sempre ameaçado de incorporar o viés dos operadores da instituição sem necessariamente representarem segmentos mais amplos da sociedade.

Também sobre os procuradores de São Paulo, Cátia Silva (2001) elabora dois tipos ideais a partir das representações dos próprios membros da instituição que diferenciam os operadores “de gabinete” e os “de fatos”. De uma maneira geral, os primeiros seriam aqueles mais restritos às atividades burocráticas enquanto os segundos teriam um papel mais ativo na realização de inquéritos civis e propositura de ações. De toda forma, o trabalho dos três autores mostram como está amplamente difundida internamente à instituição a crença de seu papel moral e da importância de uma performance ativa na defesa do interesse público.

Numa perspectiva mais ampla, este modelo de cidadania possui semelhanças estruturais com o que Wanderley Guilherme dos Santos apontou sobre o papel do Ministério do Trabalho na Era Vargas como instância única de mediação das relações entre patrões e empregados (apud Mouzinho, 2007). Este processo marcaria alguns aspectos peculiares da cidadania brasileira quando contrastada com o modelo apresentado por T.H. Marshall que decompõe os aspectos cívico, político e social da cidadania e a forma de sua evolução na Inglaterra. Diferente do Brasil, lá estes direitos se formaram nesta ordem e os cívicos seriam mais significativos se comparados aos demais, visto que neles estaria o direito de acesso à Justiça, fundamental para garantia dos outros direitos.

Há de considerar-se, no entanto, que esta importância maior dada à Justiça está relacionada à tradição de *common law* e que na França, por exemplo, a Justiça possui um papel relativo diferente em relação aos outros poderes<sup>120</sup>. Assim também no Brasil estas relações se configuram de maneira diversa, de modo que são instituições do próprio Estado que tomam para si o papel de mediar o acesso a direitos.

Como destaca Mouzinho (2007) em sua leitura de José Murilo de Carvalho, no Brasil o modelo de T.H. Marshall seguiu ordens e formas diversas, com a associação desses direitos à outorga do

<sup>119</sup> Arantes, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Acesso em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>. Acesso em 08/07/2012.

<sup>120</sup> Por exemplo, tradicionalmente (ao menos desde a Revolução de 1789) na França as Cortes não possuem o poder de fazer revisão constitucional, papel atribuído ao Conselho de Estado (Sweet, 2003)

Estado que o fez de modo mais significativo durante períodos ditatoriais com uma expectativa sobre o Executivo e uma redução da responsabilidade que atribuímos aos demais poderes.

Com o papel atribuído ao Ministério Público na constituição de 1988, temos novamente uma instituição do Estado, desta vez considerada formalmente independente dos outros três poderes, que, ao se apropriar da Ação Civil Pública e dispôr de instrumentos inquisitoriais como o Inquérito Civil, passa a praticamente monopolizar o papel de protetora dos direitos difusos como o meio ambiente. É nesse sentido que proponho que a idéia de que os processos coletivos rompem com a tradição jurídica brasileira está em conflito com a observação de que os instrumentos processuais e a análise de conflitos permitem identificar a reprodução de práticas inquisitoriais de produção da verdade, modelos tutelados de acesso a direitos e a apropriação particularizada do interesse público.

Me parece, portanto, que no Brasil o modelo de acesso a direitos predominante atualmente busca implementar o papel da justiça como via de acesso a direitos sociais amplos, o que teria inspiração na sociedade norte-americana mas, diferente do que ocorre nos Estados Unidos, a partir do protagonismo de uma instituição do Estado, o Ministério Público. Como aponta Mouzinho, o lugar do Ministério Público como representante da sociedade e, ao mesmo tempo, órgão do Estado também não é visto de maneira simples pelos Procuradores. No entanto, para eles, o dilema maior não é a legitimidade de uma instituição do Estado para representar o interesse público – tipo de crítica que posso imaginar vindo de um *legal scholar* americano – mas o fato de que, eventualmente, órgãos do Estado possam vir a ser, como muitas vezes o são, processados pelo Ministério Público:

“A complexidade desta dupla inserção do Ministério Público: defensor da sociedade e, ao mesmo tempo, órgão do Estado, também é explicitada pelos membros do Ministério Público. Em uma das entrevistas dadas a mim no decorrer do trabalho de campo, um dos procuradores federais me disse da dificuldade que é trabalhar nesta situação em que há uma clara ambigüidade no papel do Ministério Público: uma das suas atribuições é fazer cumprir a lei, denunciar aquele que se coloca contra a lei e, portanto, contra o Estado. No entanto, muitas vezes são os representantes do Estado que estão fora da lei e que devem ser alvos da ação do Ministério Público, ou ainda, são direitos que o Ministério Público quer fazer valer, mas que são recusados pelo próprio Estado (Mouzinho, 2007)”

Segundo Laura Nader (2003, p.175), em seu livro *The Life of the Law*, identificar qual grupo constitui os usuários de fato do Direito é significativo porque quando os usuários refletem uma porção grande da sociedade, a cultura mais ampla pode ser transformada por seus esforços; quando trata-se de uma porção reduzida da sociedade, nada é transformado.

Desenvolvendo o que chama de uma *user theory of law* que atenta para o papel desempenhado

por diferentes atores no processo legal, a autora aponta como o Estado se apropriou historicamente do papel de *plaintiff* nos casos criminais e como o lugar relativo do *plaintiff* nos casos civis têm mudado historicamente nos Estados Unidos com o advento das grandes corporações como partes em um processo<sup>121</sup>.

Além do monopólio da área criminal, presente na maioria dos Estados-Nação modernos, no Brasil também na área cível o Estado torna-se fortemente presente, sobretudo na proteção dos interesses transindividuais. Esta presença se dá tanto com a atuação ativa do Juiz em sua “iniciativa probatória” quanto do Ministério Público sobretudo através do Inquérito Civil<sup>122</sup>.

Como aponta Mouzinho (2007), o inquérito civil trouxe para a área cível os procedimentos inquisitoriais presentes no inquérito policial, que não pressupõem a presença oficial da defesa ou o contraditório. Logo, a verdade que é produzida pelo Inquérito Civil não recebe necessariamente a colaboração das partes investigadas.

De maneira similar ao Processo Penal que articula três formas processuais de produção da verdade diferentes (o inquérito policial – inquisitivo – o processo judicial – contraditório – e o tribunal do júri – prova legal) (Kant de Lima), a doutrina sobre o processo civil oferece procedimentos específicos (inquisitoriais ou acusatoriais) dependendo de como classifica juridicamente os direitos que serão tutelados (se são metaindividuais ou individuais).

Assim, no caso dos direitos coletivos, parte das evidências são produzidas de maneira inquisitorial pelo Ministério Público (único titular do Inquérito Civil) sem direito ao contraditório e poderão servir de base para a decisão tomada pelo juiz, baseada no seu “livre convencimento motivado”<sup>123</sup>.

Isso ficou claro sobretudo no caso dos pescadores da Barra do Jucu. Naquele contexto, a remoção dos barracões esteve baseada em um inquérito civil que não ofereceu aos pescadores um espaço formal para incorporarem sua defesa. Se nos casos reunidos por Mouzinho (2007) em que agem contra “grande corruptos” estas investigações parecem retirar respaldo moral do fato de combaterem os

---

<sup>121</sup>Segundo a autora, os EUA passaram dos enfrentamentos judiciais *face-to-face*, característicos das treze colônias em que indivíduos enfrentavam-se nas Cortes, para enfrentamentos *face-to-faceless* em que corporações constituem uma das partes nos processos. Esta configuração contemporânea permitiria a exploração adversarial dos custos do processo em contextos de desigualdade econômica discrepante.

<sup>122</sup><sup>o</sup> [LEI N. 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985](#)

<sup>123</sup>Como afirma Regina Lucia Mendes (2008), o Brasil apresenta um sistema de processo civil cuja lógica interna comporta práticas aparentemente excludentes como um sistema civil que se apresenta como acusatório mas em que o juiz possui iniciativa probatória. Poderíamos somar a isto um sistema civil acusatório ou inquisitorial dependendo da natureza do direito (individual ou coletivo).

poderosos, no caso da Barra do Jucu é a referência ao meio ambiente e seu equilíbrio frágil que parece oferecer a justificativa moral para a inquisitorialidade.

Perecebe-se, claramente, que as ações do Ministério Público, neste sentido, não constituem necessariamente espaços que sejam experimentados de maneira ativa pelos grupos afetados pelas ações. O modelo de acesso a direitos predominante no caso da Barra do Jucu esteve focado na realização da concepção de interesse público que orientou a ação da Procuradora e não na criação de um fórum para que os grupos afetados tivesse acesso a suas prerrogativas legais.

## **10. A apropriação particularizada do interesse público pelos procuradores do Ministério Público**

Apontei nos itens anteriores o papel do Ministério Público no processo de produção da verdade e no modelo tutelado de acesso a direitos no Brasil. Podemos nos perguntar agora que noções de interesse público o material reunido até aqui permite identificar como preponderante nos processos coletivos voltados à proteção do meio ambiente no Brasil.

No primeiro caso vimos o Ministério Público Estadual iniciando uma ação de inconstitucionalidade contra a prefeitura de Vila Velha por mudanças ilegais feitas no Plano Diretor Municipal. Neste caso o Ministério Público conta com o apoio de diversas entidades reunidas sob o Fórum em Defesa de Vila Velha, as etapas do processo no Tribunal de Justiça são acompanhadas principalmente pelo Jornal Século Diário, passeatas e “pedalaço” foram feitas ao redor do Parque Natural Municipal de Jacarenema, símbolo do ambientalismo Vila-Velhense.

Apesar de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade do Ministério Público recebeu o apoio destas entidades mencionadas, percebi que a Procuradora N.S., ao não participar dos eventos em protesto ao novo PDM, ao não frequentar ou enviar representantes às reuniões do Fórum em Defesa de Vila Velha e ao não participar da elaboração da cartilha produzida para apontar à sociedade os riscos do novo PDM, parece querer afirmar, paradoxalmente, um distanciamento em relação à sociedade que a ação de Inconstitucionalidade deveria representar.

Tudo se passa como se o envolvimento mais próximo do Ministério Público com os setores organizados da sociedade ameaçasse contaminar as ações da Procuradora, sobretudo pela presença de

diversos representantes dos mandatos de vereadores, senadores, deputados nos eventos. Isso é paradoxal porque formalmente o Ministério Público é parte no processo. No entanto, parece que a identidade da instituição estaria baseada em uma crença de que as ações dos procuradores estão acima e não se misturam com as posições dos envolvidos nos conflitos.

No caso do PDM, no entanto, o fato de que a Ação de Inconstitucionalidade seja apropriada desta maneira pela Procuradora não coloca problemas aparentemente aos segmentos organizados contra as mudanças feitas pela Prefeitura e legislativo municipais porque eles sentem que a ação iniciada pelo Ministério Público vai ao encontro de seus interesses de derrotar o novo PDM. Assim quando indaguei uma advogada que fazia parte do Fórum em Defesa de Vila Velha sobre como ela avaliava as ações da Procuradora, ela disse: “O Ministério Público está fazendo o que pode...”.

Isto mostra como está naturalizado em nossa sociedade o papel do Ministério Público como representante do interesse público. Mas e quando determinados grupos se vêem vítimas das ações do Ministério Público?

No segundo caso, o Ministério Público Federal é acionado em 2004 por uma denúncia anônima sobre ocupações irregulares no morro da Concha<sup>124</sup>. Esta denúncia deu origem a um inquérito civil, construído sem o conhecimento dos pescadores<sup>125</sup>, que constatou que as ocupações eram ambientalmente lesivas, sanitariamente precárias, além de ameaçar uma nascente de água<sup>126</sup>. Em 2007 os pescadores tradicionais locais tiveram seus barracões retirados da praia sem uma sentença transitada na Justiça.

Apenas com a Recomendação 33/07 o MPF conseguiu pressionar a Prefeitura a remover os barracões, após ameaçar processá-la por improbidade administrativa e crime de prevaricação. Neste caso temos o Ministério Público sendo movido por uma denúncia anônima e, em função do bias da Procuradora em favor do meio ambiente<sup>127</sup>, a instituição passa a representar interesses que carecem de uma base social identificável.

---

<sup>124</sup> Localizada na Barra do Jucu, Vila Velha, ES.

<sup>125</sup> Enquanto procedimento administrativo e, portanto, pre judicial, o inquérito civil não prevê a necessidade do “contraditório”, considerado uma das garantias de devido processo legal no Brasil.

<sup>126</sup> O que provou-se não ser verdade, quando uma conversa com os locais permite saber que não há nascente no morro mas água que se acumula quando das chuvas e então escorre pela terra e pedras

<sup>127</sup> Quando em uma entrevista com a Procuradora E. me referi à legislação federal 6040/2007 que protege o direito de populações tradicionais ela me disse “ai vc que deve saber, vc é antropólogo...eu não olhei muito por esse lado...”.

O fato de dois deputados estaduais, além dos moradores, através de abaixo assinado e os próprios pescadores tenham reivindicado através de documentos protocolados um tempo para a elaboração de um novo projeto para os barracões não foi considerado pela segunda Procuradora que respondeu ao pedido. Até a presente data, 2012, os pescadores continuam com seus materiais expostos na praia a roubos e danos enquanto aguardam a promessa de dois mandatos seguidos de prefeitos que prometem executar o novo projeto – agora já licenciado pelos órgãos competentes.

Um coisa, no entanto, aproxima bastante os dois casos. Em ambos, o Ministério Público parece construir suas ações judiciais de maneira independente dos interesses de grupos particulares, ainda que seja eventualmente informado por estes. Isto está bem claro no caso dos pescadores, mas também se observa no primeiro caso, como mostrei. Isso acontece porque, diferente de uma *private public interest law firm* americana que representa os interesses de grupos específicos, o Ministério Público baseia-se numa visão de interesse público difuso, ou seja, cujo titular são pessoas indeterminadas.

Assim, ainda que seja informada pelos interesses de diferentes grupos, as ações do MP não precisam coincidir com elas, já que trata-se da promoção de um interesse público que ultrapassa os interesses de “públicos” particulares. Por outro lado, no entanto, este interesse público defendido pelo MP também não se confunde com uma vontade coletiva rousseauiana. Como aponta Mouzinho, as ações do MP são em nome de uma moral pública, mas que neste caso está atrelada à perspectiva que os operadores do Ministério Público possuem acerca desta moralidade (Mouzinho, 2007, p.19).

Assim, enquanto a dogmática jurídica aponta uma solidariedade harmônica entre a inquisitorialidade e a ampliação da cidadania, a observação dos conflitos permite identificar como a participação dos cidadãos nos processos ambientais não possui articulação fácil com as práticas inquisitoriais dos operadores do Ministério Público.

## Parte IV- Considerações finais

Desde a defesa de minha dissertação de mestrado, em que analisei o conflito envolvendo os pescadores da Barra do Jucu e o Ministério Público Federal, me vi diante da necessidade de compreender melhor a natureza jurídica dos processos envolvendo conflitos ambientais no Brasil, ou seja, queria compreender qual a especificidade destes processos do ponto de vista da legislação e da dogmática jurídica brasileiras tentando identificar os princípios e categorias que os tornavam inteligíveis do ponto de vista de nossa cultura jurídica mais ampla. A oportunidade de levantar as questões similares a respeito do que ocorre nos Estados Unidos me indicou logo de início que a produção doutrinária do campo jurídico de cada país possuía características próprias não só em relação ao seu conteúdo, mas em relação também à forma dos textos.

Nos Estados Unidos, sejam os textos que discutem aspectos do processo e da legislação publicados em revistas especializadas ou mesmo os *case books*, livros que reúnem decisões judiciais e suas interpretações por autores do campo e são utilizados nas aulas nas faculdades de direito, me permitiram observar que a forma como os argumentos e as análises eram feitas contrastavam claramente com o material doutrinário brasileiro.

Mesmo que em relação aos textos americanos eu também tenha tido de exercitar o cuidado de não naturalizar os discursos dos autores, já que estes possuem obviamente suas posições particulares sobre institutos e processos, me pareceu que nos Estados Unidos o material seguia uma lógica de argumentação relativamente mais próxima daquela com a qual estou familiarizado nas Ciências Sociais. Isto encontrou expressão na pergunta recorrente que o professor de direito ambiental fazia aos alunos a respeito dos casos que estavam sendo discutidos em sala de aula: *what's the rationale behind the Court's decision?* Ou seja, qual é a lógica argumentativa, os caminhos do raciocínio lógico da Corte no caso específico? Esta era a principal questão que guiava a aula.

Isto fica mais claro quando contrastado com o caso brasileiro. No curso de direito ambiental que frequentei, estudamos, por um lado, a natureza do bem ambiental (seu caráter “frágil”, difuso, etc) e, por outro, os mecanismos processuais específicos disponíveis para lidar com a particularidade do direito ambiental. Neste sentido, não debruçávamo-nos sobre casos específicos e sobre como estes se desenrolaram, mas sobretudo sobre legislações e textos doutrinários<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup>No caso brasileiro, utilizamos exclusivamente o livro de autoria do próprio professor, mas minha pesquisa mostrou que os

Estes textos doutrinários contrastavam com os textos dos especialistas norte-americanos sobretudo pelo fato de que não buscavam revelar de maneira argumentativa como casos específicos têm se desenrolado na justiça e a lógica subjacente às decisões dos juízes e às questões levantadas pelas partes. Os textos sobre direito ambiental escritos por juristas brasileiros me pareceram ter um aspecto mais normativo, tendo como objetivo inculcar nos leitores a importância legal e moral da proteção do meio ambiente através da glorificação de artigos da Constituição Federal que tratam do meio ambiente ou de legislações processuais que enfatizam a importância de um papel ativo do Juiz e dos procuradores do Ministério Público em casos deste tipo.

Estas considerações são importantes de serem apontadas aqui porque junto dos casos que observei mais de perto e que reúní nesta tese, uma fonte significativa do material empírico sobre o qual me debrucei é constituída de textos produzidos por autores do campo jurídico dos dois países. Lançar um olhar de estranhamento sobre esta produção, identificando os princípios e categorias que a subjazem é fundamental para refletirmos sobre o que Pierre Bourdieu chamou de problemáticas obrigatórias de um campo, orientação metodológica que já apontei no começo da tese.

Foi orientado por esta preocupação em identificar e refletir a respeito das problemáticas obrigatórias ao campo jurídico de cada país que me dispus a discutir nesta tese que tipo de questões são suscitadas pela preocupação com o meio ambiente enquanto objeto de disputas legais no Brasil e nos Estados Unidos. Para organizar minhas reflexões decidi focá-las sobre três eixos que constituem temas de análise consagrados na Antropologia Jurídica: as formas de produção da verdade, os modelos de acesso a direito e as noções de interesse público em jogo em cada país.

Esta tarefa não foi fácil, entre outras coisas, porque tive dificuldade em distinguir analiticamente estes três eixos de reflexão no trato do material empírico. Durante a escrita, toda vez que começava a tratar de um destes eixos, sentia a necessidade de tecer considerações sobre os outros dois. Isso me deu muitas vezes a impressão de estar sendo repetitivo e de argumentar em círculo. Outra dificuldade foi dar carne e sangue às minhas análises, ou seja, articular as considerações mais amplas sobre as culturas jurídicas estudadas com os casos específicos sobre os quais me debrucei.

De toda maneira, acredito que, se por um lado uma tese de doutorado precisa ter início, meio e fim do ponto de vista de sua organização interna, enquanto texto, por outro lado considero que em um sentido mais amplo trata-se ainda de uma pesquisa em andamento no sentido de que identifiquei aqui questões que constituem um campo muito fértil para futuras investigações.

---

textos deste tipo são extremamente parecidos entre si, no sentido de que tendem a repetir expressões e categorias de maneira quase idêntica e como se estas fossem auto explicativas.

Então, para os objetivos destas Considerações Finais debruçemo-nos sobre o que esta pesquisa contribuiu para a compreensão das diferenças significativas entre os processos judiciais e extra-judiciais de administração de conflitos ambientais no Brasil e nos Estados Unidos. Seguindo minha escolha analítica, olhemos para as questões suscitadas pelo tema das formas de produção da verdade implicadas nestes processos.

O caso do trem de alta velocidade da Califórnia reúne elementos bem característicos de como a verdade é produzida em conflitos envolvendo *citizen suits* nos Estados Unidos. Seja a ação contra a própria agência ou contra algum empreendimento privado, o que permite a *citizen suit* é a referência a um estatuto.

Nestes casos não temos um modelo adversarial como nas ações civis tradicionais, chamadas Cortes de *common law*. Sendo o estatuto e a agência criados pelo legislativo, pressupõe-se que o processo de uma maneira geral está organizado de maneira a acatar a maior parte das decisões da agência, a não ser que elas claramente contrariem o estatuto.

Como pude acompanhar a respeito do conflito envolvendo o trem de alta velocidade este acatamento é amplo e mesmo que os *plaintiffs* tenham demonstrado como diversos aspectos do projeto careciam de precisão técnica, o procedimento recorrente de exigir revisão dos estudos pela agência não implicou que sua credibilidade fosse questionada pela Corte. A discussão a respeito do caminho que será escolhido para ligar a *Bay Area* ao *Central Valley*, por exemplo, que constitui o aspecto central da polêmica, - ao menos para os cidadãos de Palo Alto - está envolta pelo pressuposto do acatamento das escolhas da agência. Como argumentou a agência em um documento legal destinado à Corte de Sacramento:

A Corte não deve questionar a aprovação de um Relatório de Impacto Ambiental sob o pressuposto de que a conclusão oposta seja igualmente ou mais *reasonable*. Ao julgar o relatório de Impacto Ambiental, as Cortes analisam se houve boa fé na publicização dos procedimentos mas não perfeição técnica (Authority Opposition Brief)<sup>129</sup>

Trata-se, portanto, de um modelo de produção da verdade em grande medida não adversarial, no sentido que a Corte explicitamente acata preferencialmente as decisões e os fatos apresentados pela agência.

Por outro lado, em uma perspectiva comparativa com o que ocorre por exemplo nos países da Europa continental, a própria possibilidade de que grupos iniciem ações contra a agência expressa a

<sup>129</sup> Disponível no site: <http://www.cc-hsr.org/index.shtml#litigation> Acesso em 10/07/2012.

atuação de um certo espírito adversarial na forma como políticas públicas são organizadas nos Estados Unidos.

Este espírito adversarial se realiza de maneira mais ampla, no entanto, em casos em que grupos decidem reivindicar compensações financeiras por danos sofridos, por exemplo, por contaminação. Nestes casos, nas cortes de *common law*, temos uma outra configuração de poderes no processo. Não há um acatamento pré-estabelecido a uma das partes. Por outro lado, o fato de que estas possuam recursos financeiros desproporcionais produz efeitos sobre o desenrolar dos processos. Como Laura Nader argumenta, uma das consequências disso é que muitos casos são encerrados através de acordos na fase anterior ao *jury trial*, ou seja, antes que o júri pronuncie a verdade sobre os fatos.

Neste sentido, talvez pudéssemos dizer que o espírito adversarial que costumamos atribuir às formas de produção da verdade da cultura jurídica americana parece estar sendo reconfigurado quando observamos o desencadear de conflitos que envolvem causas consideradas complexas como as que geralmente envolvem os conflitos ambientais - em que as partes no processo são geralmente grupos, associações, agências e corporações - e em que os fatos estão envoltos por controvérsias baseadas em argumentos técnicos envolvendo especialistas como engenheiros, químicos, médicos e etc.

No entanto, em uma outra perspectiva, estas práticas não adversariais, centradas em grande medida em uma maior *discretion* da Corte para organizar o processo e aplicar remédios judiciais, oferece alternativas ao formalismo das Cortes adversariais de *common law* que muitas vezes são responsabilizadas pelo resultado do processo não incorporar noções mais amplas de justiça que vão além da igualdade processual formal, ou seja, que não vão além de um *fair play* entre os adversários.

De fato, como mostrei nesta tese, foi justamente relacionada a uma noção mais ampla de justiça que se desenvolveram historicamente as *equity courts*, cujas decisões estavam baseadas não na idéia do juiz como um árbitro neutro, mas como alguém que decide “segundo sua consciência”, daí, a expressão retomada por Garrapon & Papadopoulos (2008) “*to balance the equities of the case*”.

Está claro para mim, portanto, que estas disputas entre modelos processuais não possuem solução fácil, nem seria apropriado de uma perspectiva antropológica naturalizar a relação entre um ou outro modelo e consequências políticas necessárias, sejam elas “progressistas” ou “conservadoras”. A adversarialidade não é o reino absoluto da democracia nem são as práticas não adversariais inerentemente despóticas. Por outro lado, a adversarialidade oferece uma das alternativas mais tradicionais de acesso a direitos nos Estados Unidos enquanto os procedimentos não adversariais são muitas vezes apropriados de modo a evitar a explicitação dos conflitos no espaço público norte

americano. Assim, mais interessante do que reificar os efeitos políticos deste ou daquele modelo processual é perceber as potencialidades que os modelos oferecem e como elas são exploradas contextualmente pelos atores.

Em alguns casos emblemáticos como *Brown v. Board of Education*, por exemplo, que rompeu com a lógica da segregação racial - que encontrava expressão na máxima *separated but equal*<sup>130</sup> - concepções mais amplas de justiça claramente predominaram sobre os aspectos formais do processo. A própria idéia de romper com um precedente, realizada no caso, implica no reconhecimento de que a estabilidade advinda da lógica do precedente – característica das Cortes de *common law*- não deve superar a necessidade de fazer justiça em um sentido mais amplo, como pressupõe a tradição de *equity*.

Stephen N. Subrin, em seu artigo “*How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*” discute as relações entre as Cortes de *common law* e Cortes de *equity* nos seguintes termos

Não trata-se de um ataque àqueles aspectos de *Brown v. Board of Education* ou outros casos estruturais que buscaram reinterpretar direitos constitucionais sob a luz da experiência e de normas mutantes sobre o que é humanitário. Critico, no entanto, a disponibilidade da *equity* em todos os casos (...) Em outras palavras critico a visão da *equity* como o único ou dominante modo ao invés de um complemento a um sistema mais bem definido

Esta problemática é discutida por Vincent Crapanzano (2000) a propósito do precedente no sistema legal norte-americano. Como afirma, a doutrina do precedente requer que as decisões de um caso anterior que se assemelham suficientemente a um novo caso devem ser repetidas neste caso novo. Está lógica deriva da máxima de *common law* segundo a qual deve-se aderir aos precedentes e não desfazer coisas que estão estabelecidas.

O autor está discutindo a questão a respeito do direito constitucional. Para ele, há neste campo uma tensão onipresente entre a constituição e o precedente que reproduziria a tensão entre estatuto e *common law*. Como afirma, os americanos olham com choque para decisões baseadas menos na lei do que nos efeitos futuros da decisão. Neste sentido o apego ao precedente serviria para proteger o direito das decisões políticas. No entanto, como aponta o autor, os precedentes também são lidos e interpretados e, neste sentido, estão submetidos às teorias de cada juiz sobre o que consiste o ato de julgar.

---

<sup>130</sup> Em uma tradução literal: “Separados mas iguais”.

Os casos envolvendo conflitos ambientais nos Estados Unidos não escapam a problemáticas deste tipo. Neles a tensão entre estatuto – produto político preocupado com os efeitos futuros das regulações ambientais que estabelece - e a *common law*, considerada uma fonte de estabilidade jurídica, se reproduz claramente. Em casos como o do trem de alta velocidade, a Corte é chamada a reconhecer a *discretion* da agência em grande medida porque está claro que trata-se não simplesmente de um conflito entre a agência reguladora e os *plaintiffs* enquanto “adversários” no sentido tradicional de *common law*, mas porque o que está em jogo em última instância são decisões sobre uma política pública que afetará uma gama muito grande de pessoas.

A decisão de acatar as escolhas da agência sobre qual caminho tomar para ligar a *Bay Area* ao *Central Valley* implica neste sentido um controle da adversarialidade no próprio processo de produção dos fatos. Se por um lado esta escolha pode ser lida como uma estratégia de pacificação e de consenso forçado, por outro, representa o reconhecimento do aspecto político do processo, e de que a exerbação da adversarialidade tornaria a implementação de qualquer política pública do gênero inviável.

O que torna situações deste tipo ainda mais complexas é o fato que o acatamento das decisões da agência pode ter efeitos que são sejam lidos como “progressistas” ou “conservadores” dependendo do contexto. Enquanto é recorrente encontramos situações em que corporações industriais entrem na justiça para reivindicar que uma ou outra agência está regulando seus negócios privados de maneira inconstitucional, em outras situações podem eventualmente reivindicar que determinadas regulações são legítimas e baseadas na autoridade legítima da agência conferida pelo estatuto.

Este é o caso em *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, ao qual já me referi nesta tese e que produziu a expressão *Chevron deference* que se refere à determinação de que a Corte deve acatar as decisões da agência a não ser que elas mostrem-se excessivamente caprichosas. O que quero destacar aqui é como este acatamento das decisões da agência, ao produzir precedente, pode ser usado em outras situações, contra as indústrias reguladas. Neste sentido o que quero indicar é que este formato de produção da verdade presente no direito administrativo americano, baseado em uma contenção da adversarialidade e no acatamento das decisões da agência, se por um lado produz efeitos de consenso, por outro pode ser usado contextualmente como argumento por grupos com interesses tão diferentes quanto as indústrias reguladas e as organizações ambientalistas ou grupos de cidadãos.

Neste sentido, que modelo de acesso a direitos as *citizen suits* colocam em evidência?

Importante observar aqui o papel que as *private public interest law firms* desempenham nas *citizen suits*. Como no caso do trem de alta velocidade, algumas vezes este papel é desempenhado não

necessariamente por uma firma mas por um único advogado. Como me afirmou o advogado naquele caso: *I pretty much run the show here*, ou seja, ele é o protagonista legal principal no caso. Já expliquei nesta tese como nestes casos o que se busca não são compensações financeiras de modo que os honorários do advogado não são uma fração desta compensação. Eles recebem, no entanto, *reasonable attorney fees* da Corte, ou seja, valores *reasonable* pelo seu trabalho.

O mérito deste tipo de trabalho realizado por firmas de advocacia estaria no fato de que estão colaborando para a promoção do interesse público. É significativo destacar aqui que este interesse público seja promovido por escritórios privados, ou seja, instituições que atuam no mercado dos serviços legais. Este vínculo com o mercado é ainda mais evidente no caso das ações civis que buscam compensações financeiras nas Cortes adversariais de *common law*. Estes casos são vistos como verdadeiros empreendimentos econômicos.

E o que isto implica para o acesso aos direitos por vias judiciais? Novamente aqui podemos identificar a tensão entre interesses políticos e as demandas da tradição adversarial de *common law* e suas exigências formais. Isto expressa-se no fato que para iniciar uma *citizen suit* os *plaintiffs* precisam ter seu *standing* reconhecido pela Corte. Esta é uma exigência suficiente para que casos sejam rejeitados. Observa-se aí um dilema claro entre o papel dessas ações como espaços para que interesses de grupos específicos sejam incorporados na formulação das políticas públicas e a reprodução de exigências processuais advindas da tradição de *common law* que estreitam o acesso às *citizen suits*.

Um outro limite para que grupos acessem direitos via *citizen suits* é o interesse eventual de firmas para realizarem este tipo de trabalho *pro bono*. Este limite é ainda mais claro quando trata-se de ações civis, *civil actions*, que buscam compensações financeiras, já que o aspecto mais acentuadamente adversarial do processo demanda um maior investimento financeiro no processo de produção dos fatos. Casos deste tipo recorrentemente terminam através de acordos antes do veredicto final do *jury*.

Em quais dos dois modelos, o da *citizen suit* ou o da *civil action* os *underrepresented groups* encontram vias mais satisfatórias de acesso a direitos é uma questão empírica ainda a ser respondida. No entanto, é de se destacar que são as *citizen suits* que pressupõem mais amplamente o papel político das vias judiciais. E como tenho discutido nesta tese, a reprodução de exigências de *common law* servem muitas vezes para limitar a realização deste objetivo.

A categoria *underrepresented group* supõe certa teoria política subjacente. Esta teoria está preocupada com o problema da tirania da maioria legislativa e aponta a importância do papel das vias judiciais de acesso a direitos. Podemos encontrar esta preocupação em autores que tiveram um papel

importante na definição de alguns dos princípios do liberalismo norte americano, como Stuart Mill (2006):

a vontade do povo significa praticamente a vontade da parte mais numerosa ou mais ativa do povo – a maioria, ou aqueles que conseguem fazer-se aceitos como maioria; em consequência o povo pode desejar oprimir uma parte da sua totalidade, tornando-se necessárias precauções contra essa atitude bem como qualquer outro abuso do poder

E também Tocqueville (1987):

É perfeitamente natural que em um país livre como a América todos os cidadãos devam ter o direito de indiciar funcionários públicos diante de tribunais comuns e que todos os juízes devam ter o poder de punir ofensas públicas. O direito das Cortes de justiça de julgar os agentes do governo executivo quando estes violaram leis é tão natural que não deve ser visto como um privilégio extraordinário

É neste sentido que as *citizen suits* estão baseadas em uma teoria política subjacente que, por um lado, pressupõe as Cortes como espaço para que grupos reivindiquem demandas que não estejam sendo incorporadas pelas agências reguladoras e, por outro, que exijam que as agências cumpram exigências expressas pelos estatutos.

E qual a natureza do interesse público em questão? Nos Estados Unidos, o interesse público que grupos possam reivindicar através de *citizen suits* implica que reúnam atributos que lhes permitam diferenciar-se do resto da sociedade e produzam um público delimitável legalmente. Tratam-se de exigências baseadas em requerimentos legais originalmente das Cortes de *common law*, como o *standing* ao qual já me referi.

Em certo sentido estas exigências legais têm o efeito de limitar o alcance do interesse público que se possa reivindicar na Corte, sob o risco de não ser aceito por mostrar-se *undifferentiated*, ou seja, “indiferenciado”. Neste sentido, algumas vezes a ênfase sobre as exigências legais, geralmente atribuídas à *common law*, pode eventualmente tornar as *citizen suits* uma via de acesso a direitos potencialmente mais estreita.

Além da limitação do interesse público que grupos possam reivindicar, outras exigências processuais de *common law* limitam também o alcance do interesse público em nome do qual as agências possam regular. Assim, como mostrou Noga-Levine a respeito do *Clean Air Act*, a legitimidade das agências para regular atividades que possam impactar o meio ambiente depende de que cumpram a exigência chamada *proof of harm*. Esta exigência limita a legitimidade das interferências do executivo sobre atividades industriais aos casos em que seja comprovado

cientificamente que determinando níveis de emissão são danosos à saúde. Esta exigência está baseada em noções fundamentais da cultura legal e política norte americana à qual autores como Stuart Mill (2006) já se referiram:

o único objetivo a favor do qual se pode exercer legitimamente pressão sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, consiste em prevenir danos a terceiros

O que sugiro é que seja olhando as *citizen suits* do ponto de vista das formas de produção da verdade, do modelo de acesso a direitos ou das noções de interesse público que as subjazem, é possível identificar uma tensão recorrente entre, de um lado, a dimensão política do processo e sua capacidade de incorporar demandas voltadas para a regulação das relações sociais e econômicas futuras mais amplas e, de outro, o formalismo processual cercado de exigências técnicas que objetivam produzir previsibilidade jurídica. São como dois pólos, um informado por uma tradição mais próxima da sensibilidade de *equity* e outra mais próxima de uma sensibilidade de *common law*.

Em “A imaginação sociológica” Wright Mills faz uma ampla crítica aos excessos do método quando propõe que toda pesquisa depende de uma dimensão que é imaginativa, e que depende de criatividade. Ou seja, se por um lado uma pesquisa sociológica não possuirá credibilidade se não esclarecer com objetividade o método utilizado, tampouco acrescentará ao conhecimento científico se não for capaz de levantar problemas que dependem em grande parte de uma atividade interpretativa e reflexiva mais subjetiva.

Talvez pudéssemos sugerir que esta tensão está presente também em outras áreas da produção cultural como a literatura, mas apresentando um equilíbrio diferente, já que na literatura aceita-se geralmente que a imaginação desempenhe um papel muito maior do que estamos dispostos a aceitar nas ciências sociais. Mas, por outro lado, mesmo na literatura um romance para ser um romance precisa obedecer a um determinado formato.

Acredito que podemos também procurar o balanço entre estes termos nos processos legais analisados. Nas duas sociedades pude identificar um equilíbrio determinado – que varia socialmente – entre regras processuais que condicionam o papel dos operadores do direito e uma dimensão, maior ou menor dependendo da tradição jurídica, em que a consciência do Juiz afeta o resultado do processo.

Nos EUA as *Corte de equity* historicamente possuem menos exigências técnicas e concedem ao juiz mais espaço para agir “segundo sua consciência”. Nas cortes de *common law* há uma rigidez técnica muito maior e a atividade imaginativa do juiz está muito mais controlada, sendo concebido

como um árbitro imparcial. A observação de casos envolvendo ações coletivas mostram que a administração judicial de conflitos ambientais nos EUA é produto da mistura entre princípios jurídicos de ambas as tradições.

Neste sentido grande partes das polêmicas nos artigos discutindo direito ambiental lidam com as demandas às vezes conflitantes por mais - ou menos - ativismo judicial ou mais - ou menos - rigidez processual. Como pude perceber e tenho demonstrado nesta tese, estas polêmicas que surgem nas Cortes em casos concretos encontram expressão nas problemáticas obrigatórias dos textos especializados da área.

Como sugere Crapanzano (2000), o sistema jurídico americano encontra estabilidade no passado. Isso se expressa por exemplo, na importância da lógica do precedente. No entanto, esta busca de estabilidade em um passado em que o processo adversarial representa garantias fundamentais como expressas no *Bill of Rights*, contrasta com o fato de que, como vimos, o passado do direito americano não é tão, ou somente, adversarial e, mesmo atualmente, as Cortes que decidem sobre causas coletivas se afastaram relativamente do modelo adversarial tradicional.

Neste sentido, é preciso percebermos que o campo jurídico americano é dominado por uma ideologia adversarial que possui fortes efeitos legitimadores no campo jurídico daquele país. Atentos a isto podemos evitar a reificação do sistema americano como simplesmente “adversarial”, percebendo o papel de diversas práticas não adversariais no direito daquele país.

No Brasil, a forma como o processo legal esta organizado concede ao juiz um papel preponderante sobre as normas do processo. O mesmo acontece com o procurador do Ministério Público nas ações civis publicas e na aplicação de medidas extra-judiciais. Nos dois casos, a consciência do procurador desempenha um papel fundamental no processo de produção da verdade. Esta postura ativa do procurador o leva algumas vezes a ir além mesmo de suas prerrogativas legais tendo como justificativa noções como o valor moral do bem a ser protegido, como foi o caso na Barra do Jucu em que a Procuradora pressupôs a ilegalidade dos barracões dos pescadores e promoveu sua remoção, como se ela não fosse parte na ação, mas sim responsável ela mesma por promover a justiça.

Neste sentido o modelo brasileiro de acesso judicial a direitos, se por um lado concede aos procuradores amplos instrumentos legais que lhes permitem empreender ações que (eles) consideram de grande valor para o interesse público, o fazem em condições de relativa insegurança jurídica já que suas ações não seguem protocolos. Como na entrevista reunida por Bárbara Nogueira (2007) com um procurador do RJ demonstra: “o inquério civil não tem rito, ele faz o rito”.

O inquérito civil, prerrogativa do Ministério Público, foi utilizado no caso da Barra do Jucu e produziu uma versão sobre as relações entre os pescadores, os barracões e a praia que não contou com a colaboração dos pescadores já que estes não foram informados de que estavam sendo objeto de investigação. Apesar de que o Ministério Público seja formalmente apenas parte no processo, o modelo processual brasileiro concede claramente certa vantagem ao procurador já que este dispõe de instrumentos para investigação que não estão disponíveis à outra parte no processo, como o inquérito civil, que não prevê a defesa formal dos investigados.

Quando o conflito não é encerrado através de medidas extra-judiciais do procurador, deverá ser decidido pelo Juiz. Neste caso, a proeminência da consciência do procurador é substituída pela do juiz. No caso do Plano Diretor Municipal, os juízes do tribunal de justiça do Espírito Santo decidiram a favor da ação do ministério público sem ouvir sequer uma vez as partes. Nós que fazíamos parte do Fórum em Defesa de Vila Velha tivemos uma reunião informal com o presidente do tribunal (da qual participei) e outra com o relator do processo, em que explicamos os aspectos dos impactos que o novo PDM teria sobre o meio ambiente da cidade.

No entanto não houve uma audiência formal sequer em que os grupos interessados no litígio pudessem se manifestar no tribunal, para a totalidade dos juízes que o compõem e que iriam decidir sobre a ação. Neste sentido, podemos nos perguntar até que ponto a Ação de Inconstitucionalidade que tinha o objetivo de contestar o caráter não democrático do PDM constituiu – ela própria - um modelo realmente mais aberto à participação popular.

Assim, cabe a pergunta: de que modelo de acesso judicial a direitos estamos falando no caso dos conflitos ambientais no Brasil? Nos casos em que o Ministério Público participa como parte - que são os mais numerosos e dos quais reuni aqui dois exemplos - a ampliação da participação popular, uma das bandeiras do que os doutrinadores têm chamado de Estado Social de Direito, parece ser consumida pelo caráter inquisitorial das ações dos procuradores. Neste sentido, inquisitorialidade e participação democrática, que na doutrina parecem se conjugar de modo harmônico, parecem ser inversamente proporcionais na prática.

Isso pode ser compreendido em grande medida em função do papel que a categoria “hipossuficiente” e a pressuposta noção de uma sociedade hierárquica desempenham na cultura jurídica e política brasileira. Se podemos pensar em autores como John Stuart Mill e Alexis de Tocqueville para entender alguns aspectos elementares da engenharia política e legal da sociedade norte americana, seguindo a sugestão de Kant de Lima podemos pensar sobre como a sociedade brasileira é informada

por um outro conjunto de princípios que encontra expressão, por exemplo, em pensadores como Ruy Barbosa.

Na “Oração aos Moços”, amplamente citada nos estudos de antropologia jurídica que debruçam-se sobre a sociedade brasileira (Kant de Lima, 2008; Mota, 2009) Ruy Barbosa explica que a “verdadeira igualdade” implica em uma lógica que talvez pudéssemos chamar de compensatória, já que pressupõe a desigualdade constitutiva de nosso espaço público e aponta para a incorporação desta desigualdade nas fórmulas jurídicas de administração dos conflitos. Assim, ao invés de se pautar pela igualdade jurídica, o direito deveria tratar desigualmente as partes que compõem a sociedade, de modo a compensar as desigualdades que tem origem, por exemplo, no mercado mas que são tidas como “naturais” pelos nossos doutrinadores.

Podemos ver aí a lógica que subjaz aos processos observados, em que a ampliação da participação popular, que seria idealmente um dos efeitos do papel do Ministério Público como promotor da democracia, acaba sendo subsumida pela necessidade deste mesmo Ministério Público de tomar para si a promoção da justiça, tendo em vista a incapacidade constitutiva pressuposta de nossa sociedade. O que quero destacar é que, seja como percebamos os efeitos políticos de ações específicas do Ministério Público ou, dito de outra forma, quer apoiemos ou não as consequências últimas das ações dos procuradores do ponto de vista de nossas orientações ideológicas, estas ações parecem estar em grande medida orientadas por esta lógica mais abrangente, expressa na sensibilidade de Rui Barbosa sobre a desigualdade constitutiva de nossa sociedade.

Os casos observados permitem identificar também que é a consciência do Procurador, no sentido de seus valores pessoais, que constitui o parâmetro de suas ações. Neste sentido, emerge um paradoxo entre o caráter difuso da definição dogmática da natureza do direito ambiental, entendido como algo que diz respeito à totalidade da sociedade e o papel que a consciência do procurador desempenha na definição do interesse público. Como consequência este interesse recorrentemente toma a forma de um interesse apropriado particularizadamente pelo procurador. Esta particularização encontra expressão não só nas definições sobre em que situações agir, mas nas diferentes estratégias dos operadores do Ministério Público nos diferentes conflitos.

Neste sentido, olhando a partir dos conflitos que observei no Brasil, me parece que as ações dos operadores do Ministério Público podem redundar em mecanismos de pacificação ou explicitação do conflito dependendo do contexto em que este se desenvolve. Assim, se pensarmos no caso da Barra do

Jucu, podemos identificar claramente mecanismos de pacificação e de não explicitação do conflito, operado pela forma como o Ministério Público e a Prefeitura agiram, buscando resolver a questão dos barracões fora das vias judiciais. Até mesmo o advogado que consultamos pelo menos duas vezes insistiu para que buscássemos uma solução através de negociações informais com a Ministério Público e a Prefeitura e só em último caso buscássemos a Justiça.

Mas no caso das discussões sobre o Plano Diretor Municipal de Vila Velha, por outro lado, a Procuradora estadual utilizou mecanismos judiciais, além de ter ido à Assembléia Legislativa e ter dado entrevistas em jornais com o objetivo claro de explicitar o conflito, potencializando a litigiosidade do caso.

No caso específico do Ministério Público, a decisão sobre explicitar ou não os conflitos ou sobre utilizar mecanismos judiciais ou extrajudiciais parece envolver por parte dos procuradores um cálculo político amplo em que pesam questões sobre os custos sociais, econômicos (relativos ao orçamento da instituição) e morais das escolhas, em termos da efetividade de suas ações, assim como da visibilidade das mesmas e sua repercussão.

Nos casos que observei, quando agiu contra o grupo de pescadores que considerou situados na base da hierarquia social, que viveriam em “subsistência” e em que não enfrentou uma resistência que ameaçasse suas ações, a Procuradora do Ministério Público Federal buscou medidas não judiciais e não insistiu na explicitação do conflito. Por outro lado, quando agiu contra a Prefeitura, a outra Procuradora, a do Ministério Público Estadual, procurou explicitar amplamente o conflito, além de procurar mecanismos judiciais, no caso a Ação de Inconstitucionalidade.

Como mostrou amplamente Mouzinho sobre os casos de macrocriminalidade, em que agem contra grupos e pessoas situados no topo da hierarquia social, a explicitação e divulgação das ações por parte do ministério Público muitas vezes objetivam e produzem o efeito de destacar o caráter “heróico” das ações, funcionando assim como mecanismo de legitimação.

Assim, é interessante observar em cada caso, quais são os atores interessados em publicizar o conflito e quais são aqueles interessados em terminá-lo de maneira o menos pública possível. Se no caso do conflito dos pescadores estes empreenderam estratégias para ampliar a discussão sobre os barracões, chamando a mídia e chamando deputados que enviaram cartas contra a remoção dos barracões, a Prefeitura convidava os pescadores a não recorrerem para a mídia e, ao invés disso, “ciscarem pra dentro”.

A Procuradora do Ministério Público Federal, por sua vez, considerou que a ilegalidade dos barracões era indiscutível e agiu de modo a eliminar os aspectos formais do conflito o mais rápido possível -sem conceder o tempo requerido pelos pescadores para produzir um novo projeto- mesmo que as condições concretas do conflito persistissem: afinal o problema dos pescadores de como guardar na praia seus materiais não encontrou ainda solução.

No caso do PDM os interessados na publicização do conflito eram a Procuradora e o Fórum em Defesa de Vila Velha (do qual faziam partes organizações da sociedade civil e representantes de deputados, vereador). Estes acionaram a mídia, promoveram audiência na câmara municipal, na assembléia legislativa e encontros informais com membros do Tribunal de Justiça. O segmento interessado em controlar a publicização da discussão era a Prefeitura que tentou implementar um novo PDM com audiências que não foram amplamente divulgadas e sem discutir amplamente as implicações das alterações que intencionava implementar.

Por fim, quero destacar que no Brasil o surgimento do meio ambiente como preocupação jurídica deu origem a um projeto de processo coletivo que expressaria, segundo a doutrina, uma *ruptura* com o processo civil tradicional, enquanto nos EUA o tratamento jurídico de conflitos ambientais - seja na Cortes de *common law* ou no direito administrativo – se legitima a partir da tentativa de estabelecer uma relação de *continuidade* com uma tradição processual adversarial que remete às garantias constitucionais inscritas no *Bill of Rights*.

Assim, a legitimidade das ações coletivas nos EUA depende, em parte, de que estas sejam capazes de incorporar exigências processuais de *common law*. Estas exigências reproduzem seu capital simbólico através da aparência de eternidade, de serem fontes de estabilidade jurídica que apontam para um passado sempre presente. No Brasil, por outro lado, a legitimidade das ações coletivas é extraída da narrativa sobre uma ruptura com o processo civil tradicional. Esta ruptura expressaria a capacidade do nosso direito processual de adaptar-se às mudanças sociais mais amplas da contemporaneidade.

No entanto, como mostrei nesta tese, estas são ideologias processuais. Neste sentido, o dilema americano parece ser a reprodução desta ideologia processual adversarial em um contexto em que práticas e instrumentos não adversariais – muitos das quais oriundas das Cortes inquisitoriais de *equity* - desempenham um papel cada vez mais claro sobretudo nos processos envolvendo causas ambientais e coletivas<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Como em relação ao papel do juiz nas Cortes que decidem sobre direito estatutário (Cheyes, 1976)

No Brasil, por outro lado, o dilema parece ser conciliar esta narrativa sobre a ruptura em relação ao processo civil tradicional, com a demonstrada reprodução da tradição processual inquisitorial que atravessa as áreas cível e coletiva e, ainda, conciliar esta inquisitorialidade com a demanda Constitucional por devido processo legal.

Como estou tentando mostrar, qualquer discussão sobre acesso a direitos não pode esperar encontrar soluções simples em determinadas formas processuais. Por mais que eu queira destacar aqui, por exemplo, como o inquérito civil do Ministério Público fere garantias constitucionais como o direito ao contraditório, não posso negar que amplos segmentos da sociedade vêm em determinadas ações deste tipo o exercício de um tipo de justiça, especialmente quando os alvos das investigações são pessoas poderosas como políticos ou empresários.

Mouzinho (2007) já demonstrou amplamente como este tipo de argumento confere legitimidade às ações dos Procuradores. Está claro para mim que subjaz à esta noção de justiça, compensatória, um modelo hierárquico de sociedade. Todavia, no caso do Ministério Público, não me parece que o problema para maior parte dos brasileiros sejam suas práticas inquisitoriais mas simplesmente que, em determinada situação, a instituição não esteja do seu lado.

Como aponta Kant de Lima (2008, p.157):

Hierarquia e holismo não são necessariamente boas ou más características sociais e culturais, assim como o individualismo e o igualitarismo também não o são. Hierarquia e holismo enfatizam a solidariedade e a complementariedade entre os desiguais. Igualitarismo e individualismo acentuam a oposição entre os iguais. O problema, aparentemente, reside na dificuldade de estabelecer mecanismos de resolução de conflitos que dêem conta de ambos os conjuntos de princípios, no mesmo lugar, ao mesmo tempo.

Neste sentido, a especificidade brasileira talvez seja justamente esta tentativa de combinar o aspecto hierárquico de muitos dos instrumentos jurídicos em operação em nossa sociedade - e que estão apoiados por uma certa auto imagem e em certos valores - com a inserção do país em uma ordem democrática mais ampla, zelosa da presunção da inocência e da igualdade jurídica como presente na Constituição Federal de 1988. Mas esta contradição talvez só se coloque para o antropólogo ou para o observador externo. Me parece que para a maior parte dos membros do campo jurídico brasileiro e mesmo para a sociedade em um sentido mais amplo esta aparente contradição não é realmente um problema. Mas como seria isso possível, que princípios conflitantes como igualitarismo e hierarquia convivam em uma mesma sociedade?

Este dilema se expressa, por exemplo, na solidariedade entre categorias como inquisitorialidade e Estado Social de Direito como identifiquei nesta tese. Para compreender a solidariedade destas categorias no nosso contexto é preciso entendermos que elas carregam significados especiais aqui que não necessariamente encontraremos em outras sociedades, como a norte americana, onde soariam contraditórias.

No Brasil, a doutrina sobre direitos coletivos relaciona o papel ativo do procurador do Ministério Público com a realização da cidadania, tanto no que diz respeito à maior participação popular na vida pública quanto à ampliação do rol de direitos constitutivos da categoria cidadão, incluindo os direitos difusos como o meio ambiente.

Por outro lado, as práticas inquisitoriais observadas entre os procuradores permitem observar que os grupos participam como expectadores das ações coletivas, não sendo chamados a participar do processo. Neste sentido os conflitos revelam que o Ministério Público promove uma noção de cidadania que enfatiza mais o caráter do direito que visa proteger -meio ambiente, por exemplo- do que a incorporação dos cidadãos na proposição das ações coletivas.

Agora pensando nos Estados Unidos, é interessante observar que, apesar de que haja uma grande suspeita disseminada naquela sociedade a respeito de intromissões do governo federal sobre a vida e negócios privados, causa perplexidade ao cidadão comum a idéia de que grandes corporações possuem direitos constitucionais, por exemplo. Está claro também para grande parte das pessoas naquele país que estes direitos constitucionais das corporações muitas vezes impedem que o governo federal estabeleça regulamentações ou que grupos iniciem ações judiciais que representariam mudanças significativas na vidas de um número amplo de pessoas.

Neste sentido, em muitas conversas que tive com americanos, membros ou não da comunidade acadêmica, percebi que eles se sentiam desconfortáveis com minha descrição do sistema legal deles como um sistema igualitário. A impressão que tive é que isso parecia ingênuo demais para eles que estão familiarizados com sentimentos de injustiça decorrentes de processos judiciais em seu país. Assim, nas interações naquele país era só quando eu tinha a oportunidade de descrever para os norte-americanos certos aspectos do sistema legal brasileiro é que compreendiam em que sentido eu usava a categoria “igualitário”, em contraste com “hierárquico”.

De qualquer forma, ficou claro para mim que não só os sistemas hierárquicos e inquisitoriais, mas os sistemas predominantemente igualitários e adversariais também podem produzir sentimentos de injustiça entre seus cidadãos. Estes sentimentos de injustiça encontram tradução acadêmica nas

palavras de Amalia Kessler (2004) quando fala do sistema norte-americano:

Uma das insatisfações características do nosso sistema processual atual é a de que a Justiça frequentemente parece estar à disposição daquele que faz a aposta financeira mais alta- aquele litigante que é suficientemente rico para utilizar os custos do processo como forma de sobrecarregar o adversário. Como resultado, o processo falha em servir o objetivo fundamental de buscar a verdade – de garantir a vitória para o litigante com queixas válidas – e, ao mesmo tempo, produz desigualdades sistêmicas baseadas na riqueza e que impedem nossa capacidade de garantir acesso igualitário à Justiça (p.61).

É claro que nesta citação Amalia Kessler mostra que se posiciona ao lado de uma certa perspectiva sobre os objetivos do processo, mais afinada com a tradição de *equity* (promover noções mais amplas de justiça) do que com a adversarial (garantir um *fair play* entre os adversários). De toda forma, o que quero destacar é que, a adversarialidade ou a inquisitorialidade, as vias judiciais de acesso a direitos ou as vias legislativas e administrativas, são todas alternativas que possuem pelo menos duas, senão várias faces, e podem ser manipuladas de diferentes formas, por diferentes atores com diferentes consequências em diferentes contextos.

Laura Nader afirma em sentido parecido quando diz que “idéias como harmonia, política de confronto, ou eficiência, podem ser originadas localmente, ou serem divulgadas, ou impostas, re combinadas, e usadas para controlar ou para resistir ao controle (...)” (Nader,1996, p.61). Como mostrou a autora, enquanto entre os Zapotecas mexicanos a resolução dos conflitos com ênfase na preservação da harmonia das relações sociais era uma estratégia de resistência para impedir intervenções do governo central nas comunidades, nos EUA da década de 1970 a emergência do movimento por *Alternative Disputes Resolutions* expressava um interesse conservador em modelos de harmonia como forma de controlar o acesso de grupos subalternos ao sistema judicial.

Como ficou claro no evento do qual participei na *Hastings School of Law*, em *San Francisco* nos Estados Unidos questões polêmicas podem ser evitadas pelas Cortes norte americanas ao serem definidas como *political question*, o que as leva a serem discutidas no executivo ou legislativo. Assim, a adversarialidade, tão característica da sociedade americana, pode eventualmente ser evitada quando há interesse político nisso. Neste sentido, não há relação necessária entre modelos processuais e posições políticas.

No caso do evento que acompanhei, a discussão era sobre como as Cortes americanas tem se recusado a julgar casos como os que envolvem empresas que vendem produtos que seriam usados pelo exército de Israel para cometer crimes contra a humanidade sob a alegação da Corte de que trata-se de

*political question*. Os participantes do evento identificaram, no entanto, que quando tratam-se de ações contra os palestinos, as Cortes não costumam levantar as mesmas objeções o que caracterizaria a prática de *double standards* ou seja, padrões duplos usados pela Corte dependendo do caso.

Como explicaram os organizadores do evento, o próprio seminário esteve ameaçado de não acontecer porque uma das instituições financiadoras da faculdade colocou objeções ao seminário, já que este que era claramente dominado por uma perspectiva crítica às ações dos Estados Unidos e do Estado de Israel com relação aos direitos dos palestinos. Como resposta a isso, o evento<sup>132</sup> foi iniciado com uma referência à primeira emenda à Constituição Americana, que refere-se à liberdade de expressão.

De toda forma, pelo menos desde o texto “Crime e costume na sociedade primitiva” de Malinowski (2003) não deve surpreender ao antropólogo a idéia de que os sistemas jurídicos das sociedades são cheios de regras e princípios que se apresentam contraditórios em um ou outro nível. Deste ponto de vista, ao invés de oferecer soluções para os dilemas que identifiquei nesta pesquisa, esta tese busca reunir as problemáticas obrigatórias suscitadas pela administração institucional de conflitos ambientais nos Brasil e nos Estados Unidos e como elas estão constituídas de maneira diversa nos dois países, justamente porque se desenvolvem em culturas jurídicas e políticas diferentes. O que os norte americanos e nós brasileiros faremos destes dilemas dependem de processos complexos que não podem ser resolvidos por qualquer fórmula programática.

Como apontou Vincent Crapanzano (2000) sobre a tentativa de nomeação de um juiz conservador, Robert Bork, à Suprema Corte durante o governo de Ronald Regan: “A nomeação de Bork e toda a política ao redor disso, acionou um debate nacional sobre em que consiste a cultura política e legal americana, quais seriam seus ideais e que perigos estão escondidos nela”. Nesse sentido, não só os EUA mas todas as sociedades são chamadas a refletir sobre o caráter de suas práticas jurídicas em determinados momentos, o que mostra que estas práticas expressam lutas por poder e não uma cultura jurídica essencial.

Mas, por outro lado, estas disputas não se dão em um vazio cultural. É neste sentido que Brasil e EUA experimentam dilemas diferentes, ou seja, dilemas que são mediados por categorias jurídicas diferentes e a preocupação relativamente recente nos dois países de como lidar juridicamente com conflitos coletivos e complexos como os conflitos ambientais cria um contexto interessante para a observação de questões sobre formas de produção da verdade, modelos de acesso a direitos e noções

---

<sup>132</sup>Que teve entre seus organizadores George Bisharat, que era supervisor do estágio de doutorado sanduíche de meu colega Frederico Policarpo, também doutorando do PPGA/UFF.

subjacentes de interesse público.

A análise das discussões doutrinárias, das leis e de conflitos específicos permitiram-me observar como os estatutos ambientais nos Estados Unidos e as legislações como a lei da Ação Civil Pública no Brasil suscitaram discussões entre especialistas, assim como causaram efeitos sobre o desenrolar de conflitos ambientais nos dois países. De um ponto de vista amplo estas legislações podem ser vistas como capítulos em uma história mais ampla de disputas políticas e simbólicas sobre formas de produção da verdade, modelos de acesso a direitos e noções de interesse público nos dois países.

## **BIBLIOGRAFIA**

Barbosa, Ruy - Oração aos Moços, Faculdade de Direito de São Paulo. Obras Completas de Ruy Barbosa. Rio de Janeiro, Casa de Ruy Barbosa, V. 48, t. 2, 1921

Beardsley, James. Proof of Fact in French Civil Procedure, 34 Am. J. Comp. L. 459. 1986.

Bourdieu, Pierre. O Poder Simbólico. Editora Bertrand. Rio de Janeiro, 1989.

\_\_\_\_\_. A economia das trocas simbólicas. Editora Perspectiva. São Paulo, 2007.

Britto, Rosyan. Modernidade e tradição: construção da identidade social dos pescadores de Arraial do Cabo(RJ). Eduff. Niterói, 1999.

Cardoso de Oliveira, Luis Roberto. Direito legal e Insulto Moral. Relume Lumará. 2002.

\_\_\_\_\_. Concepções de igualdade e cidadania. Revista Contemporânea. N.1. 2011.

Cheyres, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review. Vol. 89. No. 7. 1976.

Crapanzano, Vincent. Serving the Word: literalism in America from the pulpit to the bench. 2001.

Colaço, José. Tempo(s) Ecológico(s): uma etnografia das tensões entre pescadores artesanais e IBAMA acerca do calendário de pesca na Lagoa Feia - RJ, Ano de Obtenção: 2007.

CUNHA, Delgado Goulart da. Pescadores e Surfistas: uma disputa pelo uso do espaço da Praia Grande.

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Ciência Política da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2000.

Da Matta, Roberto. A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5a. Edição. Editora Rocco. Rio de Janeiro, 1997.

Davis, Shelton. Antropologia do Direito. Zahar. Rio de Janeiro, 1973.

Dinamarco, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 edição. Malheiros Editores. 2005

Duarte, Fernanda. A construção da verdade no processo civil. *Revista de Ciências Sociais – UGF*. Rio de Janeiro, n. 14, pp.131-148, 2008.

Duarte, Fernanda & Filho, Rafael Mario. Supremo Tribunal Federal: uma proposta de análise jurisprudencial- A igualdade jurídica e a imunidade parlamentar..

Evans-Pritchard, Edward E. Bruxaria, oráculos e magia entre os Azande. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

Faoro, Raymundo Faoro. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

Foucault, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Editora da PUC. Rio de Janeiro, 2001.

\_\_\_\_\_. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

Garapon, Antoine & Papadopoulos, Ionnes. Julgar nos EUA e na França: cultura jurídica francesa e common law em perspectiva comparada. Lumen Juris. 2008.

Geertz, C. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1989

Grinover, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. IN: A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

Jain, Sarah S. Lochlann. *Injury: The Politics of Product Design and Safety Law in the United States*. Princeton, 2006.

Kessler, Amalia. *Our inquisitorial tradition: equity procedure, due process and the search to the alternative to the adversarial*. Research Paper No. 98 December 2004. Working Paper Series. Stanford. 2004.

Kant de Lima, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Lumen Juris. 2008.

\_\_\_\_\_. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995

Kagan, Robert. *Adversarial Legalism: the american way of Law*. Berkeley, 2003.

Kenneth C. Gold. *Recent Cases Impact Citizen Suit Standing*. Michigan Lawyers Weekly, Vol. 13, No. 47, September 27, 1999.

Lobão, Ronaldo Joaquim da Silveira. *Cosmologias Políticas do Neo-Colonialismo: quando uma política pública pode tornar-se uma política do ressentimento*. Tese apresentada ao programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Brasília. 2006.

Lobino, Camilla Ferreira. *As entidades associativas não governamentais e o monocultivo do eucalipto no Espírito Santo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2008.

Lupetti Batista, Bárbara. *O princípio da oralidade às avessas*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. 2008.

Malinowski, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília. UnB. 2003

Maine, Henry Sumner. Ancient Law. Its connection with the early history of society, and its relations to modern ideas. London. John Murray, 1861.

Mauss, M. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. *In* : \_\_\_\_\_. *Sociologia e Antropologia*. v. II. São Paulo : Edusp, 1974.

Mazzilli, Hugo Nigro. A defesa dos interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. Edição. Editora Saraiva. 2006.

\_\_\_\_\_. o inquérito civil. São Paulo. Saraiva, 2005.

Mibielli, Bruno. O sumiço da tainha. Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2000.

Mendes, Regina Lucia & Figueira. Hipossuficiência: sentidos da categoria na sensibilidade jurídica brasileira. Anais da IX Reunião de Antropologia do Mercosul. Curitiba, 2011.

Mendes, Regina Lucia. Dilemas da decisão judicial: as representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2012.

Merryman, John Henry. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America, 2nd ed., Stanford, CA: Stanford, 1985.

Morgan, Lewis Henry. A sociedade antiga ou investigações sobre as linhas do progresso humano desde a selvageria, através da barbárie, até a civilização. In: CASTRO, Celso. Evolucionismo Cultural textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

Molot, Johanathan. An Old Judicial Role for a New Litigation Era. The Yale Law Journal. 2003.

Mota, Fabio Reis. Cidadãos à parte ou cidadãos em toda parte? Demandas de direito e reconhecimento no Brasil e na França. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2009.

Mouzinho, Gláucia Maria Pontes. Sobre culpados e inocentes: o processo de criminalização e incriminação pelo Ministério Público Federal brasileiro. Tese apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Antropologia da Universidade federal Fluminense. Niterói, 2007.

Nader, Laura. The life of the Law: anthropological projects. University of California Press. 2002.

\_\_\_\_\_. Conferência de abertura: a civilização e seus negociadores: a harmonia como técnica de pacificação. In: Anais da XIX Reunião Brasileira de Antropologia. Niterói, 1996.

\_\_\_\_\_. Up the Anthropologist: perspectives from studying up. IN: Reiventing Anthropology. Edited by Dell Hymes. Pantheon Books. New York, 1972.

Nogueira, Bárbara Ponzo. O Ministério Público Estadual na Tutela do Meio Ambiente: Estratégias de atuação nos conflitos em Niterói-RJ . Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2007.

Nora Morag-Levine. Chasing the wind: regulating air pollution in the common law state. Princeton: Princeton University Press, 2003.

Percival, Robert V. Environmental Regulation: Law, Science and Policy. Case-books. 2009.

\_\_\_\_\_. Who's afraid of the precautionary principle? Pace Environmental Law Review. Volume 23. Issue 1. Winter 2005-2006.

Prado, Simone. Da Anchova ao salário mínimo. Eduff. Niterói, 2002.

Rabin, Robert L. Federal Regulation in Historical Perspective. Stanford Law Review. Vol. 38. No. 5. 1986.

Saguy, Abigail C. *French and American Lawyers Define Sexual Harassment*. New Haven, CT: Yale University Press, 2004.

Sahlins, Marshall. *Culture and Practical Reason*. The Chicago University and London of Chicago Press, 1976.

Sweet, Alec Stone. *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*. Faculty Scholarship Series. Yale Law School, 2003.

Silva, Cátia Aida. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 16 no 45 fevereiro, 2001.

Stewart, Richard. *The Reformation of American Administrative Law*. Harvard Law Review. Vol.88. No. 8. 1975.

Stephen N. Subrin, *How Equity Conquered the Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, 135 U. PA. L. REV. 909, 932-33 (1987)

Thevenot, Laurent & Lamont, Michèle (Edit.). *Rethinking Comparative Cultural Sociology: repertoires of evaluation in France and the United States*. Cambridge University Press. 2000.

Tiscónia, Sofia. *Activismo de Los Derechos Humanos y Burocracias Estatales: El Caso Walter Bulacio*. Centro de Estudos Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2008.

Werneck Vianna, Luiz et alii, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Santos, W. G. *Cidadania e Justiça*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

Tocqueville, Alexis de. *A democracia na América* 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

## Sites consultados

Arantes, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Acesso em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf> . Acesso em 08/07/2012.

Amorim, Maria Stella. Conflitos no mercado de bens e serviços. Consumidores e consumidos. 26 Reunião Brasileira de Antropologia. 2008. Acesso em [http://www.abant.org.br/conteudo/ANAI/CD\\_Virtual\\_26\\_RBA/grupos\\_de\\_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf](http://www.abant.org.br/conteudo/ANAI/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf) . Acesso em 08/07/2012.

Burrows, Matheus. The Clean Air Act: Citizen Suits, Attorneys' Fees, and the Separate Public Interest Requirement, 36 B.C. Env'tl. Aff. L. Rev. 103. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol36/> iss1/3. 2009. Acesso em 08/07/2012.

Declaração da cidadã Elizabeth Alexis. Acesso no site: ([http://sfist.com/2011/07/21/palo\\_alto\\_menlo\\_park\\_would\\_prefer\\_t.php](http://sfist.com/2011/07/21/palo_alto_menlo_park_would_prefer_t.php) ). Acesso em: 10/07/2012

Duarte, Fernanda. A construção da verdade jurídica e a igualdade jurídica. Artigo acessível no site <http://www.propipi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos/palestrantes/5/01.pdf> . Acesso em 08/07/2012.

Grinover, Ada Pellegrini. Acesso no site: [http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover\\_direito\\_processual\\_coletivo\\_principios.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf) . Acesso em 08/07/2012.

Kant de lima, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. Disponível em: <http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf> . Acesso em 08/07/2012.

Lupetti, Bárbara & de Amorim, Maria Stella. Mediação e conciliação revisitadas. Meios Alternativos de Administração de Conflitos no direito nos tribunais brasileiros. Disponível no site [http://www.proppi.uff.br/ineac/sites/default/files/mediacao\\_e\\_conciliacao\\_revisitadas\\_reforce\\_seg-1.pdf](http://www.proppi.uff.br/ineac/sites/default/files/mediacao_e_conciliacao_revisitadas_reforce_seg-1.pdf) . Acesso em 09/07/2012.

Mazzilli, Hugo Nigro. Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor - o papel do Ministério Público. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acoescolet.pdf> . Acesso em 08/07/2012.

Stela de Amorim, Maria. Conflitos no mercado de bens e serviços. Consumidores e consumidos. Disponível no site: [http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD\\_Virtual\\_26\\_RBA/grupos\\_de\\_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf](http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/maria%20stella%20de%20amorim.pdf) . Acesso em 09/07/2012.

Legislação Consultada:

Código do Processo Civil

Constituição Federal de 1988

Lei da Ação Civil Pública

Código do Consumidor

Decreto 6040

National Environmental Protection Act

California Environment Quality Act

Clean Air Act

Clear Water Act

