

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

KARYNA BATISTA SPOSATO

SERGIO PEREIRA BRAGA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: João Paulo Kulczynski Forster; Karyna Batista Sposato; Sergio Pereira Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-578-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Com enorme satisfação apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador /BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito com o tema “DIREITO, CIDADE SUSTENTÁVEL E DIVERSIDADE CULTURAL” realizado entre os dias 13 a 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito da UFBA em Salvador.

A presente publicação reúne o conjunto de artigos apresentados e discutidos no referido Grupo de Trabalho, abordando temas diversos e atuais atinentes ao “Acesso à Justiça”. Para fins de apresentação e discussão dos trabalhos, foi proposta pelos coordenadores do GT, uma sub-divisão temática que correspondeu a artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, nos seguintes enfoques: Mediação e mecanismos alternativos de resolução de conflitos; Acesso à Justiça de Grupos vulneráveis e minoritários; Questões ambientais e outros trabalhos diversos.

A mesma subdivisão foi adotada para a presente coletânea, oportunizando uma leitura crítica e contextualizada dos trabalhos, e mais que isso, a identificação de linhas comuns de pesquisa e investigação por parte dos pesquisadores e programas de pós-graduação em Direito que se fizeram presentes.

Assim, em matéria de Mediação e Mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o trabalho intitulado “A Arbitragem e o precedente arbitral e judicial – uma análise comparativa entre Brasil e EUA” inaugura a temática trazendo ponderações acerca da presença das soluções alternativas de conflito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e da arbitragem como mecanismo capaz de escapar da lógica dos precedentes. Já o trabalho “A (in)efetividade do direito fundamental de acesso à justiça ao excesso de judicialização: a mediação como instrumento garantidor de acesso a direitos” problematizou a cultura do litígio presente na realidade brasileira e as dificuldades de realização da mediação extrajudicial por todos os cartórios, assim como as dificuldades de diferenciação entre conciliação e mediação, a partir de uma pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro. Outro trabalho, “Resolução de conflitos: do jeito à solução” também abordou a dimensão distorcida do constitucionalismo brasileiro tendente a uma cultura jurídica demandista e burocratizada que inibe a real solução dos conflitos e o acesso à Justiça.

De igual dimensão crítica, e adotando a perspectiva comparada, o trabalho “A mediação no contencioso administrativo espanhol” apontou o Estado como principal litigante e o hiato entre a previsão normativa e a prática das instituições, levando à descrença por parte da cidadania, sugerindo por fim, a via da mediação administrativa como importante via de promoção do acesso à justiça. Ainda no que concerne às dificuldades de acesso ao Sistema de justiça, o trabalho intitulado “Reforma do Sistema de Justiça numa perspectiva de direitos humanos: proposições a partir de estudo de casos” demonstra, utilizando-se de estudo empírico, que em se tratando de casos de direitos humanos, muitas vezes o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam atuações pessoalizadas ou indiferentes.

O trabalho “Acesso à Justiça por meio da atermção nos juizados especiais cíveis estaduais”, encerrou o primeiro bloco, indicando aspectos relativos ao funcionamento dos juizados especiais cíveis e a capacitação dos técnicos envolvidos na caracterização dos conflitos.

O segundo conjunto de trabalhos, versando sobre grupos vulneráveis e/ou minoritários foi iniciado pelo trabalho “Dificuldades enfrentadas pelo índios Xoleng Laklãnõ para o acesso à justiça na Comarca de Ibirama.” O estudo se baseou em dados coletados na comarca mencionada, examinando desde a dificuldade geográfica de acesso até questões de ordem técnica, como o acesso a advogados. Seguiu-se o trabalho intitulado “Direito de acesso à justiça dos refugiados: um estudo sob a perspectiva da nova lei migratória” ao abordar o problema de migrantes indocumentados e sem acesso à justiça, tema de enorme atualidade. Em seguida, o trabalho “A crise do Estado quase-moderno e desafios na efetivação do acesso à justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade” evidenciou a vulnerabilidade dos réus, instalada por dentro do próprio processo penal.

Na seqüência, o trabalho “O acesso à justiça e adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos – exame do Habeas Corpus coletivo nº143.641/SP”, tendo como premissa a adaptabilidade procedimental de um novo modelo de processo civil constitucionalizado, colocou em relevo a utilização de remédio constitucional como instrumento de salvaguarda da liberdade e portanto apto a realizar o direito material em detrimento de formalismos processuais em benefício de mulheres encarceradas grávidas ou lactantes.

O trabalho “Da crise de representação à crise de jurisdição e seus reflexos ao acesso à justiça” discutiu os limites do presidencialismo de coalisção e seu impacto na jurisdição e na efetivação do acesso à justiça. Outro trabalho, intitulado “Da Sesmaria ao entrave burocrático à concessão da propriedade plena”, utilizando-se de pesquisa empírica etnográfica aplicada ao Direito apontou criticamente os problemas existentes no registro imobiliário decorrentes e

sua interferência no reconhecimento do direito à propriedade. Encerrou o segundo bloco o trabalho intitulado “Cooperador da atividade judicial: os negócios jurídicos processuais”, examinando a possibilidade de realização da ‘contratualização’ do processo e quais seriam seus limites.

O terceiro subgrupo, relacionado aos temas ambientais, esteve representado por dois trabalhos. O primeiro, “Acesso à justiça pela via do processo coletivo ambiental: uma abordagem acerca do (des)compasso entre a estrutura normativa brasileira e o ideal democrático participativo” abordou a necessidade e importância de audiências públicas no âmbito das ações ambientais. E o segundo trabalho, “Acesso à justiça, ação civil pública e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: defesa do meio ambiente a partir da lei nº 11.448/2007” procurou discutir os resultados em matéria ambiental da lei que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados da Ação civil, a partir de um projeto de pesquisa de doutorado.

O último trabalho, intitulado “Acesso à justiça e o direito humano à internet: convergências e possibilidades numa sociedade em rede” abordou tema inovador em torno da Emenda ao artigo 6º da CF/88 e a percepção do direito à internet como um direito humano.

Como se observa, os textos ora reunidos traduzem a riqueza das discussões oportunizadas pelo Encontro e oferecem um panorama de temas atuais sobre o Acesso à justiça e sua efetivação para todos os pesquisadores que desse tema se ocupam.

Agradecemos a todos que contribuíram para este resultado, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Desejamos uma prazerosa leitura!

Salvador, junho de 2018.

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. João Paulo Kulczynski Forster – UniRitter

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga – UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL: UMA ABORDAGEM ACERCA DO (DES)COMPASSO ENTRE A ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA E O IDEAL DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO

ACCESS TO JUSTICE THROUGH ENVIRONMENTAL CLASS ACTION: AN APPROACH ABOUT THE MISMATCH BETWEEN THE BRAZILIAN NORMATIVE STRUCTURE AND PARTICIPATORY DEMOCRATIC IDEAL

Deilton Ribeiro Brasil ¹
Davi De Paula Alves ²

Resumo

A participação popular efetiva é princípio consagrado na Constituição Federal no âmbito das tutelas individuais e coletivas. Dessa forma, é necessário superar eventuais obstáculos no sistema representativo da ação popular quanto ao acesso à justiça em matéria ambiental individual e coletiva para que o cidadão possa agir em defesa do meio ambiente de forma plena. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-dedutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Sistema participativo democrático, Ações individuais e coletivas, Justiça ambiental, Constituição federal de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

The effective popular turnout is a principle enshrined in the Federal Constitution in the purview of individual and collective class actions. Thus, it is necessary to overcome casual impediments in the representative system of the popular action regarding access to justice in environmental individual or collective so that the citizen may act in defense of the environment fully implemented. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by descriptive-deductive method which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Democratic participative system, Individual and collective class actions, Environmental justice, Federal constitution of 1988

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD da Universidade de Itaúna-MG e das Faculdades Santo Agostinho-FASA.

² Mestrando do PPGD Proteção Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Direito Processual Constitucional-FAPAM; Pós-graduando em Direito Ambiental e Sustentabilidade-FAEL; Bacharel em Direito-FAPAM.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a estrutura normativa processual brasileira, no tratamento coletivizado dos direitos, de modo a verificar se para a proteção do meio ambiente no Brasil, o acesso à justiça e a justiça ambiental se manifestam de forma plena, sob o enfoque do princípio democrático estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Inicia-se o processo investigativo a partir de uma abordagem da nova *summa divisio* estabelecida pela Constituição Federal, a fim de que sejam traçados parâmetros para o efetivo acesso à justiça, em seus aspectos individuais e coletivos. Em seguida, é realizada uma abordagem acerca do direito ambiental e do viés democrático participativo nele imprimido, de modo a dar esteio a uma visão de justiça ambiental pautada na inclusão de todos os indivíduos que, de alguma forma, sofrem os efeitos das ingerências do homem no meio ambiente e nos recursos naturais.

Em seguida, estabelece-se um paralelo entre a democracia participativa no âmbito administrativo com o sistema representativo adotado no âmbito jurisdicional, de modo a, realmente, alcançar a resposta para o problema de pesquisa, e, por último, traz-se uma proposição pautada na necessidade de se viabilizar a participação plena do cidadão como legitimado extraordinário para a defesa dos direitos metaindividuais ambientais, inclusive com a possibilidade de propositura de ação adequada, como uma forma de complementação ao sistema representativo já vigente no país.

2 DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema no que se refere ao tratamento coletivizado dos direitos para a proteção do meio ambiente. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros.

Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido

tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

3 A NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA E SUA INFLUÊNCIA NO TRATAMENTO COLETIVIZADO DOS DIREITOS AMBIENTAIS

Não é recente a discussão, no mundo jurídico, acerca do acesso à justiça, e neste quesito a Constituição da República é expressa em seu artigo 5º, inciso XXXV. Trata-se de um direito-garantia decorrente do princípio democrático que a Constituição Federal tratou de mencionar em seu primeiro artigo, parágrafo único.

Por óbvio, a comunidade jurídica adota de forma harmonizada a ideia de que a lesão ou ameaça a direito não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Pelo menos sob a perspectiva individual, a análise do princípio constitucional do acesso à justiça parecer ser mais facilitada. Porém, o desafio do direito nacional tem sido, cada vez mais, o aprimoramento do ordenamento jurisdicional no tocante às tutelas coletivas, inclusive em razão de não existir, até o momento, um código voltado ao tratamento coletivizado dos direitos.

É certo que a Constituição da República no capítulo I do título II, estabeleceu uma gama de direitos e deveres de natureza individual e coletiva, consagrando um novo paradigma, senão vejamos:

O sistema jurídico brasileiro, implantado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não recepcionou a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado. A *summa divisio* constitucionalizada relativizada é Direito Coletivo e Direito Individual, inserta no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais positivada no País (Título II, Capítulo I, da CF/88). A teoria dos direitos constitucionais fundamentais possui, no constitucionalismo pós-positivista, eficácia irradiante em toda ordem jurídica e efeito vinculatório capaz de alcançar a todos os operadores jurídicos e particulares (ALMEIDA, 2005, p. 397)

É coerente este entendimento pautado em uma nova *summa divisio*, e não se trata concepção de abrangência apenas teórica, eis que, sob o ponto de vista da aplicabilidade dos institutos constitucionais, tal mudança de paradigma é necessária para a análise da efetiva aplicação dos institutos previstos constitucionalmente, sobretudo, para este estudo, o princípio do acesso à justiça em questões ambientais.

Significa dizer, em outros termos, que as concepções de Direito Público e Direito Privado, que nortearam todo o ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da última

constituição vigente no país, estão superadas e devem dar lugar às novas concepções já implementadas.

Sob o ponto de vista ambiental, a nova *summa divisio* assumiu um papel muito importante, uma vez que, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, não se falava, pelo menos do ponto de vista normativo, em proteção dos direitos coletivos e muito menos da proteção do meio ambiente sob o ponto de vista das tutelas coletivas.

Analisando-se a evolução normativa da proteção ambiental no Brasil, constata-se que o meio ambiente era considerado *res pública*. Embora fossem os cidadãos diretamente afetados pelo mau uso dos recursos naturais, não se tinha ainda o entendimento pautado no viés metaindividual dos direitos ligados ao meio ambiente, o que só ganhou força a partir do século XX, quando os direitos, relações jurídicas e os conflitos foram submetidos a um processo de massificação.

No Brasil, a influência dos direitos metaindividuais só ganhou força através da Constituição de 1988, com a instituição da já mencionada e nova *summa divisio*. Entretanto, a maioria das normas de proteção dos direitos metaindividuais adotadas no país foram editadas em período anterior à Constituição da República. Sob este parâmetro, é importante avaliar se estas normas se compatibilizam com o ideal constitucionalizado ou se ainda existem aporias no direito coletivo ambiental brasileiro carecedoras de uma ressignificação teórica.

Quer-se dizer que, sob o enfoque do tema-problema deste estudo, impõe-se verificar se as normas jurídico-processuais brasileiras, aplicáveis à matéria ambiental, são compatíveis com o ideal constitucional dos direitos individuais e coletivos e, sobretudo, se existe compatibilidade com o ideal democrático de acesso à justiça.

4 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA AMBIENTAL COMO IDEÁRIO CONSTITUCIONAL

Sob o ponto de vista normativo, o Direito Ambiental brasileiro se desenvolveu de uma maneira mais achegada aos padrões da democracia participativa. Verifica-se um esforço na implementação da participação popular quando se fala em direito ambiental, justamente porque, para a preservação do meio ambiente, a atuação de cada cidadão, individual e coletivamente, é importante e elementar.

Notadamente, a inclusão do cidadão no processo de transformação social e de conscientização da necessidade de se aprimorar as práticas do dia-a-dia, a fim de tornar o planeta mais sustentável, é um objetivo das normas ambientais nacionais e internacionais.

Se todos, de um modo geral, são afetados pelas ingerências do homem no meio ambiente, todos devem também ter as mesmas possibilidades de interferência na tomada de decisões voltadas à proteção ambiental ou à implementação de políticas públicas. Este, pelo menos, é o ideal da chamada justiça ambiental, pela qual qualquer discriminação, de natureza racial, econômica, ética, ou outra manifestação de desigualdade não pode obstruir o acesso do cidadão na tomada de decisões relativas às políticas ambientais e às práticas sustentáveis, uma vez que as pessoas mais vulneráveis são as que mais sofrem pelos danos ambientais e, por isso, devem estar engajadas no processo de politização das práticas ambientais.

Neste sentido, Zhouri (2008) assevera que pensar a sustentabilidade em uma sociedade tão diversa e desigual como a brasileira requer equacioná-la impreterivelmente à diversidade cultural, à democratização do acesso aos recursos naturais e à distribuição dos riscos da produção industrial..

Sob a perspectiva eminentemente normativa, e deixando de lado a realidade prática da participação popular brasileira nas políticas públicas de preservação do meio ambiente, é possível dizer que o direito ambiental no país realiza um esforço, não encontrado em ramos do direito mais “tradicionais”, de superação de um paradigma pautado na apatia social com relação aos futuros da nação. De modo a corroborar com esta assertiva, há que se pontuar que a participação popular efetiva se revela necessária para que seja conferida validade a alguns atos jurídicos.

Nesta senda, a audiência pública é um instrumento importantíssimo em inúmeros aspectos, merecendo destaque a sua implementação nas etapas de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental – EIA, previsto na Resolução nº 01/1996, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Além da necessidade de ser o EIA acompanhado de um relatório simplificado, que permita o acesso e compreensão por parte de qualquer cidadão sem conhecimento técnico-científico, denominado Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, existe a necessidade de se convocar audiência(s) pública(s) para a discussão e de projetos e empreendimentos que possam gerar impactos significativos na natureza.

A audiência pública é um instrumento tão importante para o Direito ambiental que ganhou relevo com a Resolução nº 09/1987, que, inclusive confere aos próprios cidadãos, sem o intermédio de qualquer entidade pública ou privada, a prerrogativa de requerer a designação de audiência pública para a discussão de projetos que provoquem impacto ambiental.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito constitucionalizado de natureza coletiva, e as normas ambientais brasileiras, sob o ponto de vista administrativo, foram capazes de, pelo menos mínima e embrionariamente, considerando que a regulação das audiências públicas se deu de forma administrativa, e não pelo Poder Legislativo (o que seria mais adequado), atender à perspectiva da justiça ambiental de acordo com o paradigma da nova *summa divisio* constitucionalizada.

Se, por um lado, do ponto de vista administrativo, já existe um esforço normativo para efetivo exercício da democracia participativa em matéria ambiental, por outro, a estrutura normativa brasileira não atende aos parâmetros da democracia participativa no que se refere ao acesso à jurisdição em defesa dos direitos metaindividuais.

5 O PROBLEMA DA AUTOCRACIA NO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL BRASILEIRO

Em nosso ordenamento jurídico, prevaleceu a ideia de processo como relação jurídica, gerada no século XIX como um divisor de águas para a ciência processual, uma vez que passou a ser visualizada de forma autônoma e não mais dependente do direito material. Sem dúvida, para a época em que foi desenvolvido, o processo como relação jurídica foi um marco importante para o avanço do direito processual, mas nos dias atuais, com o surgimento de uma nova perspectiva constitucional, pautada na necessidade de proteção dos direitos sob os aspectos individuais e metaindividuais e, principalmente, na legitimação do cidadão para, sem intermediários, provocar a atuação estatal em defesa do meio ambiente, essa noção de processo enfrenta alguns problemas que vão de encontro ao sistema idealizado na atual Constituição Federal de 1988.

Para Chiovenda (2002, p. 80) o processo é uma relação jurídica cuja natureza é de direito público, cujo conteúdo é o dever do juiz ou outro órgão jurisdicional de pronunciar-se sobre pedidos das partes, cujos sujeitos, são, de um lado, o órgão jurisdicional, e de outro as partes: autor e réu (desconsiderando-se, aqui, as hipóteses de intervenção de terceiros e o litisconsórcio), e que, por fim, se constitui no momento em que a parte *ex adversa* é cientificada da existência da demanda judicial.

Neste modelo, cabe às partes a apresentação, por meio da exordial e da defesa, a apresentação dos fatos constitutivos do(s) direito(s) pretendidos e combatidos, e ao juiz cabe externar a vontade da lei no caso concreto.

Almeida (2005), ao tratar da noção de processo como relação jurídica, traz as seguintes colocações:

A concepção de processo como relação jurídica entre pessoas, desenvolvida por Bülow em 1868, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman e predomina nos códigos e leis processuais. Admite que o processo é um vínculo entre sujeitos (juiz, autor, réu), em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, conduta. Segundo esta teoria, o processo instaura a subordinação entre as partes e o juiz.

[...]

Hodiernamente, os seguidores de Bülow, escola instrumentalista de processo, concedem escopos metajurídicos (políticos, éticos e sociais) ao processo, como se este fosse instrumento a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para se alcançar a justiça. Dando múltiplas finalidades ao processo, tal escola atribui amplos poderes ao juiz, como se ele pudesse, a partir de sua experiência pessoal e ideologia própria, determinar o que é justo. Proclamam, utilizando um discurso tautológico, que o procedimento é a forma imposta ao fenômeno processual ou ao meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo, que por sua vez é o método ou finalidade abstrata de obter o provimento. (ALMEIDA, 2005, p. 62-63).

Dessa forma, o processo, visto como uma relação jurídica coloca a pessoa do juiz em um grau de superioridade perante as partes, as quais estão subordinadas, desde o início, aos seus comandos. Ora, num sistema jurídico vinculado a uma constituição que prima pelo exercício da democracia, não parece razoável a perpetuação de um modelo que parte do pressuposto de que as partes estão, desde o início, subordinadas ao comando de um órgão estatal (judiciário) que, repita-se, emana do povo.

Nesta ótica crítica, é possível asseverar que o modelo de processo como relação jurídica encontra um problema de incompatibilidade com a sistemática estabelecida pela Constituição Democrática de 1988, uma vez que o jurisdicionado não tem o dever de se curvar, indistintamente, ao poder judiciário, que é poder constituído pelo próprio povo, do qual o jurisdicionado, em tese, faz parte.

O jurisdicionado está vinculado apenas às decisões proferidas pelo órgão jurisdicional, e não ao próprio órgão. Conforme se verá adiante, o princípio democrático induz a noção de que, no âmbito da jurisdição, o cidadão tem o direito de acionar a justiça, pelo exercício do direito potestativo da ação, bem como o direito de fiscalizar a atividade jurisdicional, de modo a impedir que arbitrariedades sejam implementadas pelo julgador e, por fim, sujeitar-se, depois de transcorridas todas as possibilidades de discussão das questões postas em debate, ao *decisum* proferido pelo órgão de julgamento.

A noção de sujeição das partes ao órgão jurisdicional coloca em xeque o direito de fiscalização, pelo cidadão, da atividade jurisdicional, uma vez que não se pode fiscalizar aquele que lhe é hierarquicamente superior e que, por consequência, lhe impõe obrigações a serem cumpridas.

O modelo de processo, em debate, coloca o juiz em uma condição privilegiada perante as partes, graças à ideologia que prega a sapiência inata que torna o magistrado capaz de solucionar, por meio de seu entendimento extraído de sua própria subjetividade, os conflitos de interesses, desde que, no caso, a justiça seja alcançada. Nesta ótica, o juiz é o sujeito encarregado de promover a justiça, sendo o processo um instrumento para o alcance desta finalidade, e por esta razão, se as partes sujeitam-se ao processo, e este, por sua vez, é um instrumento nas mãos do juiz, a lógica é a de que as partes devem se curvar diante da figura do julgador.

Vieira (2014) afirma que o processo como relação jurídica gera efeitos nefastos ao exercício da democracia no âmbito do Poder judiciário:

As degenerações desse modelo processual que se dizia social, mas que, na verdade, mostrava-se como instrumento de dominação, desnaturou as perspectivas socializantes de garantia de aplicação do direito em larga escala (amplo acesso à jurisdição), fazendo surgir as decisões-modelo (padronizadas), que não cuidavam de analisar diretamente os casos concretos, apenas reproduzindo outras decisões anteriormente já proferidas. Esse arquétipo do processo como edificante de bem-estar social, por intermédio da atividade criadora dos órgãos jurisdicionais, favoreceu o aparecimento de decisões judiciais fundamentadas em finalidades metajurídicas, uma vez que a vontade do agente estatal privilegiado é que prevalecia (o processo reduzido a mero instrumento da jurisdição, que, por sua vez, era produto da atividade solitária do julgador). (VIEIRA, 2014, p. 16.)

Assim, é possível defender a assertiva de que o modelo de processo como relação jurídica é pautado na atividade solipsista do juiz, desprivilegiando-se a participação do cidadão na construção da decisão, uma vez que o magistrado, ao proferir a sua decisão, pode se utilizar de critérios não colocados em debate pelo jurisdicionado, podendo justificar tal prática à ideia de alcance da justiça. Desvincula-se da atividade jurisdicional a necessidade de analisar as teses jurídicas suscitadas pelas partes, bastando que o juiz se atenha às questões fáticas postas em discussão.

Mais uma vez, pela ótica instrumentalista (processo como relação jurídica), o cidadão, na condição de jurisdicionado, é tolhido do direito de participar da construção das decisões jurisdicionais, eis que a sua atividade se exaure no momento em que, nas oportunidades procedimentalmente estabelecidas, coloca em debate os seus argumentos, visto

que não existe a garantia de que tais argumentos serão enfrentados pelo magistrado no momento em que é elaborada a decisão judicial. Neste ponto é que se percebe o solipsismo na construção da decisão que torna autocrático o processo jurisdicional.

O modelo de processo como instrumento da jurisdição é, portanto, incompatível com o sistema democrático e, por isso, os operadores do direito, em geral, devem atentar-se aos parâmetros compatíveis com os ditames constitucionais vigentes.

Leal (2004) tece críticas importantes ao sistema processual entendido como relação jurídica, senão vejamos:

Agravam-se as tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectam o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz, para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a *jurisdição* hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo Processo. É, portanto, o Processo validador e disciplinador da *jurisdição* e não instrumento desta (LEAL, 2004, p. 88.)

O processo, nos moldes constitucionais, não pode ser entendido como um instrumento da jurisdição, pois reúne atributos e valores muito maiores que a simples atividade jurisdicional. O processo deve ser entendido como um instrumento para o alcance da democracia, consubstanciando-se pela participação efetiva do cidadão na construção do provimento jurisdicional, participação esta que se perfaz tanto pelo próprio direito de ação quanto pelo direito de discutir e ver todas as teses, colocadas em debate, apreciadas pelo órgão jurisdicional, depois de esgotadas todas as possibilidades de argumentação, no momento em que é proferida a decisão final.

Voltando-se os olhos à estrutura normativa brasileira, pode-se dizer que o sistema processual coletivo brasileiro é composto, em princípio, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e, dependendo do direito a ser tutelado/protegido, são aplicadas as normas específicas. Em matéria ambiental, por exemplo, utilizam-se as normas já mencionadas e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 8.938/81, etc. Subsidiariamente, utiliza-se o Código de Processo Civil (CPC). É importante ressaltar que a Lei de Ação Civil Pública entrou em vigor poucos anos antes da promulgação da Constituição, quando o país começava a superar o período de ditadura militar. Há também uma importante norma aplicada hoje ao direito coletivo brasileiro, a Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965, criada em pleno período ditatorial.

Não há como negar que as referidas normas são importantes para as tutelas ambientais no Brasil. No entanto, o enfoque da presente pesquisa é analisar o atendimento da legislação brasileira ao ideário da democracia participativa ambiental. E nesta senda, percebe-se que as referidas leis não estão aptas a caracterizar a justiça ambiental jurisdicional.

Analisando-se a Lei de Ação Civil Pública, visualiza-se claramente que o cidadão não está inserido no rol de legitimados para a sua propositura. E muito se defende esta realidade em razão de existir a Ação Popular, que é um instrumento acessível ao cidadão para, dentre outros direitos, proteger o meio ambiente. Talvez, numa primeira análise, se verifique que a existência da Ação Popular solucione a questão do acesso, pelo cidadão, à justiça para o tratamento coletivizado do direito ambiental. Porém, tal norma não proporciona a democracia participativa plena.

Pela leitura da Lei da Ação Popular, é notória a verificação de que o alvo da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio do Poder Público, evidenciando-se que a Ação Popular é, na verdade, um mecanismo voltado ao controle da Administração Pública, mesmo que seja em matéria ambiental. O objeto próprio da ação popular é o ato administrativo (BUENO, 2010. p.129). Não existe um esforço normativo em proteger, por iniciativa do próprio cidadão, os direitos metaindividuais de um modo geral.

Vê-se, portanto, que a Ação Popular não confere amplitude plena de acesso, pelo cidadão, à justiça, para a proteção de direito ambiental. Neste momento é que se verifica, com maior tangibilidade, a relevância do problema de pesquisa ora abordado. A garantia de acesso à justiça ambiental, no Brasil, é deficitária, em razão da ausência de mecanismos processuais que garantam, por iniciativa popular, a proteção ambiental em todos os aspectos.

A oportunidade de participação garantida no âmbito administrativo (através das já mencionadas audiências públicas) não encontra correspondência no âmbito jurisdicional, eis que, se um cidadão estiver diante de um ato lesivo ao meio ambiente que não tenha relação com qualquer ato administrativo, não tem a possibilidade de acessar a justiça, sem a participação de um intermediário, para garantir a proteção ambiental.

Denota-se que esta limitação decorre da visão de processo como relação jurídica, que tem em sua estrutura a ideia de que a participação do cidadão não é necessária para a formação ou construção da decisão jurisdicional. E sendo desnecessária a participação direta do cidadão, não haveria a necessidade de incluí-lo no rol de legitimados à propositura de qualquer tipo de ação coletiva para a proteção do meio ambiente.

6 A (IN)SUFICIÊNCIA DO MODELO REPRESENTATIVO NA TUTELA COLETIVA AMBIENTAL DEMOCRÁTICA

A definição de processo como mecanismo de efetivação da democracia consubstanciada pela participação do jurisdicionado na construção do provimento jurisdicional emerge dos pilares estabelecidos pela Constituição da República, a qual instituiu a nação brasileira em Estado Democrático de Direito. Segundo Vieira,

O termo Estado Democrático de Direito foi cunhado após a Segunda Guerra Mundial em contraposição aos Estados totalitários que predominavam até então, sendo este último aquele Estado em que a soberania era centrada na figura do governante, que tinha a imanente (providencial) função de promover o bem-estar e a felicidade dos súditos. Assim, tal configuração de Estado concentrava todo o poder nas mãos do soberano que, mesmo sem uma racionalidade teórica, detinha todo o comando do ordenamento jurídico. Tal modelo de Estado, vivenciado ainda durante os regimes nazifascistas, reificava e instituía o que Max Weber chamou de dominação pura (autoritária), em que a tradição, o mito e o direito impõem seus próprios significados, mas de forma inesclarecida. (VIEIRA, 2014, p. 47-48).

Verifica-se que o modelo de processo como relação jurídica, perpetuado até os dias atuais pela legislação processual brasileira, tem como fundamento a utilização do processo como instrumento de dominação, nos mesmos moldes assumidos pelos regimes totalitários. Ou seja, em que pese o país tenha vencido a ideia de tirania estatal, ao instituir o Estado Democrático de Direito, a sistemática processual permaneceu a mesma do regime totalitário. Percebe-se, mais uma vez, a incompatibilidade do modelo de processo adotado no nosso ordenamento jurídico, uma vez que, do mesmo modo em que o tirano detinha todo o poder estatal, com a finalidade ideológica de promover o bem-estar dos súditos, pelo sistema processual, entendido como relação jurídica, o juiz, detentor e destinatário do processo, é que incorporou a prerrogativa de atuar com vista à promoção da pacificação social, protagonizando uma atuação que deveria partir da própria sociedade.

Da noção de processo como relação jurídica decorre o sistema representativo, uma vez que, nele, o cidadão também é colocado em segundo plano. A comunidade jurídica tem menosprezado o fato da pormenorização da participação popular no âmbito da jurisdição, visto que, se as pessoas ou entidades arroladas como legitimadas na Lei de Ação Civil Pública podem agir em defesa do meio ambiente, a participação do cidadão, de forma isolada, não se faz necessária.

Contudo, como é possível imaginar um país democrático destituído de meios processuais acessíveis ao cidadão para a proteção de direitos metaindividuais ambientais? O

cidadão, que, de forma direta, e conforme já esboçado neste estudo, sofre os efeitos da degradação ambiental mas, por outro lado, não tem legitimidade para acionar, de forma plena, a Jurisdição estatal para viabilizar a proteção do seu direito. É, sem dúvida, um contrassenso.

Deve-se, deste modo, adotar um modelo de processo coletivo mais compatível com a sistemática constitucional brasileira e neste momento, cabe trazer a lume a discussão sobre a democracia participativa, remontando-se à ideia inicial de que todo o poder emana do povo, de modo que o exercício do poder pode se realizar de forma direta ou por meio de seus representantes eleitos.

O regime democrático estabelecido no país com a Constituição da República de 1988 é considerado jovem, considerando-se o tempo em que outros países espalhados pelo mundo já vêm adotando a democracia como regime estatal. Esta pode ser uma justificativa para a assertiva de que a cultura democrática da sociedade brasileira desde o início do período democrático, estabelecido no final da década de 1980, tem dado maior ênfase à democracia representativa, ficando de lado a figura da democracia participativa. Por outro lado, a democracia representativa, de certa forma, acaba por preservar interesses de uma classe elitizada que, imbuída de valores meritocráticos, se estabelece em sujeitos mais capacitados ao exercício das funções estatais em nome dos demais. Em outras palavras,

A hegemonização do modelo representativo de democracia carrega o contraste entre seu fundamento popular e sua concretização elitista. Mas outras questões não resolvidas pela universalização do sufrágio acentuam a indignação do sentido de cidadania a ser tomado como parâmetro na democracia contemporânea.

A tensão entre a liberdade (individual) e a igualdade (coletiva), posta em evidência na disputa ideológica entre liberalismo e socialismo, remanesce em aberto como uma questão meta-eleitoral, que a compreensão da democracia como método de formação de maiorias não o resolve. Nesse hiato, instala-se o *paradoxo da visão instrumentalista da representação*: pressupõe-se a opinião do povo, manifestada pelo voto, como fonte legítima da constituição da representação, mas aconselha-se o eleito a *insular-se* no exercício do mandato representativo, para que se preserve da influência indevida da opinião popular (GRETA, 2014, p. 39-40.)

Muito embora sua aplicação seja mais visível no âmbito dos poderes legislativo e executivo, torna-se relevante no momento em que se verifica que a democracia representativa não é suficiente para o exercício pleno da cidadania, principalmente pelo fato de que o exercício da democracia direta encontra o seu ápice, e, ao mesmo tempo, se exaure no momento do voto, passando, os representantes eleitos, a atuar, em nome do povo, até o término do mandato.

A partir da eleição do representante, o povo passa a assistir, nos bastidores, pelo período do mandato, os atos praticados pelo sujeito investido no cargo, sem a possibilidade, em tese, de se interferir na elaboração e condução das estratégias políticas adotadas pelo eleito. Daí surge a necessidade de se implementar, cada vez mais, a participação popular direta na implementação das políticas públicas e, principalmente, na atuação jurisdicional, a fim de que os atos estatais sejam praticados conforme as necessidades coletivas, desde os direitos que abrangem todo o Estado até aqueles mais peculiares que envolvem pequenos grupos ou minorias que sequer encontra representação perante as entidades estabelecidas para a proteção dos direitos transindividuais.

No âmbito do Judiciário, a participação também se torna necessária nas demandas coletivas ambientais, uma vez que não é garantido que o legitimado legal esteja, de fato, atendendo aos anseios daqueles que, de fato, estão sofrendo os efeitos das ações praticadas em detrimento do meio ambiente ou do desenvolvimento sustentável. Infere-se, deste modo, que qualquer procedimento jurisdicional coletivo perpetrado sem a participação popular, por mais que esteja amparado leis vigentes no ordenamento infraconstitucional brasileiro, será autocrática e descompassada da realidade democrática participativa prevista na Constituição Federal de 1988.

Nesta ótica, pode-se inferir que o ordenamento jurídico voltado às tutelas coletivas ambientais tem o dever de oportunizar ao cidadão a ampla possibilidade de colocar em debate os conflitos metaindividuais, conferindo-lhe o direito de atuar como legitimado extraordinário para a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Desta forma, é possível falar-se em construção participada do provimento jurisdicional em matéria coletiva, o que coaduna com a proposta democrática instituída pela Constituição da República e, ainda, com a nova *summa divisio*.

Assim, tanto o cidadão quanto as demais instituições democráticas legitimadas poderão, dentro de suas atribuições, atuar de forma plena no exercício da democracia.

Vê-se que a democracia direta, no âmbito da jurisdição, pode ser facilmente implementada, bastando que se deixe de lado a noção de que os direitos metaindividuais ambientais não possam ser protegidos pelo cidadão por meio do acesso à justiça.

Ressalte-se que o exercício da democracia participativa não diminui nem pormenoriza a democracia representativa, eis que ambas se complementam e convivem harmoniosamente, viabilizando o alcance pleno do princípio cidadão estabelecido no inciso II do artigo 1º da Constituição da República.

Dessa forma, a inafastabilidade do controle jurisdicional é primordial em um Estado democrático, neste sentido, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, garantiu o acesso a jurisdição.

A garantia do acesso aos tribunais foi atrás considerada como uma concretização do princípio estruturante do Estado de direito. Neste momento, trata-se apenas de estabelecer o conteúdo desta garantia jurídico-constitucional sob o ponto de vista dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2000.p. 479).

Se o processo é, portanto, uma relação jurídica, apresenta-se na ciência processual problemas análogos aos que surgiram e foram resolvidos, a respeito das demais relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de tudo, uma resposta à questão relacionada com os requisitos a que se sujeita a origem daquela. É necessário saber entre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato (BÜLLOW, 2003, p. 8).

Assim, os pressupostos processuais constituem a matéria do procedimento prévio e, conseqüentemente, entram em íntima relação com o ato final; final que consiste já na *litis contestatio* ou já numa *absolutio ab instantia* (rejeição da demanda por inadmissível; a *denegatio actionis* romana). Ambas as alternativas são nada mais que o resultado de um exame da relação processual, assim como a *condemnatio* ou *absolutio ab actione* resultam de uma investigação da relação litigiosa material (BÜLLOW, 2003, p. 11).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visualiza-se que a nova *summa divisio* constitucionalizada instaurou a necessidade de se analisar os direitos e garantias constitucionais sob dois enfoques, sendo eles o individual e o coletivo. A partir desta noção, infere-se que o acesso à justiça para a proteção do meio ambiente deve ser atendido sob estes dois parâmetros.

E partindo-se da premissa de que o acesso à justiça se consubstancia pela possibilidade de participação do cidadão na construção do provimento final, seja por meio de representantes normativamente constituídos, seja diretamente, é possível concluir que, sob o aspecto da proteção dos direitos ambientais metaindividuais, o acesso à justiça no Brasil ainda merece aprimoramentos tendentes a garantir que o cidadão tenha a oportunidade de optar por provocar as entidades existentes no país para a proteção do meio ambiente ou, de forma direta

e sem intermediários, pleitear a tutela jurisdicional para a garantia da proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

Tal assertiva se apresenta adequada em razão de o direito ambiental brasileiro já ter se configurado normativamente, no âmbito da Administração Pública, para viabilizar a plena participação popular, através, por exemplo, das já referenciadas audiências públicas.

Como visto, a justiça ambiental se perfaz no momento em que todos os envolvidos participam dos processos políticos de proteção ao meio ambiente, seja pelos mais favorecidos, seja pelas minorias e parcelas vulneráveis da sociedade que, diretamente, sofrem os efeitos da ingerência humana no meio ambiente. Deste modo, a justiça ambiental, no âmbito da jurisdição, se efetiva no momento em que o ordenamento jurídico não se utiliza de barreiras para garantir o exercício pleno do cidadão, na condição de legitimado extraordinário, do direito potestativo de ação.

Com efeito, as democracias representativas e participativas se complementam, e somente a coexistência de ambas é que o acesso à justiça ambiental e, sobretudo, a justiça ambiental, se concretizam. Assim, a presente pesquisa chega à conclusão de que a atual estrutura normativa, por estar fundamentada apenas no sistema representativo e por não garantir uma participação plena do cidadão na proteção jurisdicional do meio ambiente, não atende ao ideário democrático estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabendo aos operadores do direito criar mecanismos para que este problema democrático seja superado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público**. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, t. III.

BÜLOW, Oscar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN Editora, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol.1. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. **O processo de execução no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2014.

ZHOURI, Andréa. **Justiça ambiental, diversidade cultural e responsabilidade: desafios para governança ambiental**. Revista Brasileira de Ciências Sociais [online] 2008, Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10713666011>>. Acesso em: 14 dez. 2017.