

Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas (Org.)

Autores

Manoela Carneiro Roland

Luiz Carlos Silva Faria Junior

Alexandre Aguilar Santos

Ana Fiuza Soares

Felipe Fayer Mansoldo

Gustavo Luiz Ferreira Detomi

Igor Rodrigues Ribeiro

Lauren Canuto Vianna de Almeida

Letícia Vieira Barbosa

Lucas de Souza Oliveira

Maria Eduarda dos Santos Pereira

Rafael Jordan de Andrade Campos

Sarah de Melo Salles

Direitos Humanos e Empresas: O Estado da Arte do Direito Brasileiro

*Editar
2016*

Copyright by © HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas (Org.)
2016

Capa

Márcia Geruza

Revisão

Rogéria Carvalho

Projeto gráfico

André Luiz Gama

Editoração e impressão

Editar Editora Associada
(32) 3213-2529 / 3241-2670
Juiz de Fora - MG

Dados internacionais de catalogação na publicação

T763d HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas (Org.)

Direitos Humanos e Empresas: o Estado da Arte do Direito Brasileiro / HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas (Organizador), Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

ISBN: 978-85-7851-154-8

1. Fundamentos - Direito - Brasil.

CDD 340

CDU 34

Sumário

Apresentação Presentation	7
-----------------------------------	---

Capítulo 1 - Acesso à Justiça

Introdução	17
Marco Normativo e Institucional Nacional - O Acesso à Justiça no Brasil Atual.....	19
Quadro Estrutural do Judiciário.....	19
Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	25
PNDH3 e demais Programas Governamentais.....	26
O Novo Código de Processo Civil	28
Termo de Ajustamento de Conduta	31
Uso da Ação Civil Pública como Instrumento Promotor de Acesso à Justiça	35
Instrumento legal da Suspensão de Segurança.....	41
Capacitação do Judiciário em Direitos Humanos	44
O Poder Judiciário e as Empresas.....	47
Quarentena de Magistrados Aposentados	49
O Marco Normativo Internacional sobre acesso à Justiça	51
Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade	56
O Princípio da Centralidade do Sofrimento da Vítima	58
Conclusão.....	61
Referências bibliográficas.....	62

Capítulo 2 - Responsabilidade Civil da Pessoa Jurídica

Introdução	69
Aspectos Gerais sobre Responsabilidade Civil: Histórico, Elementos e sua Relação com os Direitos Humanos.....	70
Teoria do Risco e Responsabilidade Civil Objetiva.....	72
A Desconsideração da Pessoa Jurídica	77
A Dificuldade de Responsabilização dos Grupos Empresariais	79
A Responsabilidade Civil do Estado.....	81
Conclusão.....	82
Referências bibliográficas.....	83

Capítulo 3 - Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Introdução	87
A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Ordenamento Jurídico Pátrio	90
A Teoria da Dupla Imputação	92
A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica ao redor do Mundo.....	96
Conclusão.....	103
Referências bibliográficas.....	104

Capítulo 4 - Extraterritorialidade no Brasil

Introdução.....	105
A Extraterritorialidade no Direito Penal Brasileiro	109
Referências bibliográficas.....	114

Capítulo 5 - Trabalho Escravo

Introdução.....	115
Breve Histórico Legal da Ilícitude da Escravidão no Brasil e suas Raízes Históricas...	116
Trabalho Escravo, Trabalho Análogo ao Escravo e Precarização do Trabalho.....	118
As Ferramentas de Combate ao Trabalho Escravo e seu Desenvolvimento no Decorrer dos Anos.....	120
Gertraf/Conatrae e GEFM.....	121
A Lista suja do Trabalho Escravo	122
Os Planos Nacionais para a Erradicação do Trabalho Escravo.....	127
Os Bens Jurídicos Tutelados pelo Art 149 do Código Penal.....	129
Ameaças Legislativas.....	131
Legislação Internacional sobre Trabalho Escravo	136
Referências bibliográficas.....	141

Capítulo 6 - Povos e Comunidades Tradicionais

Introdução	143
O que são Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais	144
Marco Nacional de Proteção dos Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais	147
Marco Internacional de Proteção dos Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais	151
Consulta livre, prévia e informada	155
Propriedade e Demarcações de Terras	160
Demarcação de Terras.....	163
Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Estatuto do Índio de 1973.....	166
Ameaças Legislativas	166
Conclusão	167
Referências bibliográficas.....	168

Capítulo 7 - Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas

Introdução	171
Segurança Alimentar e Nutricional <i>versus</i> Soberania Alimentar <i>versus</i> Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas.....	174
Marco Normativo Nacional.....	178
Marco Normativo sobre uso de Agrotóxicos	182
Programa Nacional de Direitos Humanos 3 - PNDH 3.....	183
Marco Normativo Internacional	185
Ameaças Legislativas.....	187
(Des)regulamentação dos Transgênicos - PL 4148/2008 - PL 34/2015.....	187
(Des)regulamentação do uso de Agrotóxicos.....	188
PL 1687/15.....	188
PL 3200/15.....	189
Conclusão.....	190
Referências bibliográficas	192

Capítulo 8 - Direito a um Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado

Introdução	195
Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado	197
Marco Normativo Nacional de Proteção ao Meio Ambiente	198
Marco Normativo Internacional de Proteção ao Direito ao Meio Ambiente.....	200
Natureza Jurídica do Licenciamento Ambiental.....	201
Competência para licenciar no Brasil	204
Etapas do Licenciamento Ambiental	207
Licença Prévia	208
Licença de Instalação.....	210
Licença de Operação.....	211
Ameaças Legislativas ao Direito a um Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado.....	212
PEC 654/2015	212
PEC 65/2012.....	213
Lei nº 21.972/2016 do Estado de Minas Gerais	214
Conclusão.....	214
Referências bibliográficas.....	216

Capítulo 9 - Direito à Moradia, Propriedade e Posse

Introdução	219
Territorialidade	221
Direito à Moradia	223
Propriedade Privada e sua Função Social.....	226
Posse e Função Social da Posse.....	228

O Instituto da Desapropriação.....	230
Modalidades de Desapropriação	233
Desapropriação ordinária e violações de Direitos Humanos	237
Marco Normativo Internacional sobre Direito à Propriedade	238
Ameaças Legislativas.....	240
A MP 700	240
Ações Possessórias e o Caso dos Estudantes de São Paulo.....	242
Conclusão.....	243
Referências bibliográficas.....	244

Capítulo 10 - Defensores e Defensoras de Direitos Humanos

Introdução	247
Quem são Defensores de Direitos Humanos	249
Marco Normativo Nacional	250
O PNDH-3.....	251
Programa Nacional de Proteção aos Defensores e Defensoras de Direitos Humanos (PNDDH)	254
Marco Normativo Internacional	261
Referências bibliográficas.....	264

Capítulo 11 - Financiamento Público

Introdução	267
Breve Histórico do BNDES: o Desenvolvimento de Laços	268
A Atuação Concreta: impactos em Comunidades Provocados por Empreendimentos Financiados pelo Setor Público.....	272
A Financeirização da Natureza: a Política Ambiental do BNDES e o Impacto de suas Atividades no Meio Ambiente.....	275
O Marco Normativo Brasileiro sobre a Responsabilidade Ambiental do BNDES	277
Mecanismos de proteção às comunidades alvos da Política Ambiental do BNDES ...	279
Considerações Práticas sobre a Política de Financiamento do BNDES em Empreendimentos Geradores de Impactos Ambientais	281
Análise Crítica sobre a Falta de Transparência do BNDES.....	283
Considerações Finais	285
Referências bibliográficas.....	287

Apresentação | Presentation

O Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas, criado em 2012, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, com o apoio da Fundação Ford. Trata-se de uma organização acadêmica que desenvolve pesquisas, tanto teóricas, quanto a partir da sua experiência de inserção no campo ou territórios submetidos à atuação de empresas, notadamente, transnacionais, com o intuito de mapear as violações de Direitos Humanos perpetradas por esses atores. Nosso principal objetivo é produzir um conhecimento qualificado e estratégico para a proposição de novas ou fortalecimento medidas preventivas já existentes, assim como a busca de mecanismos efetivos de responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos.

A partir da década de 1970 essa problemática passa a ser paulatinamente integrada na pauta de movimentos sociais, organizações da sociedade civil, alguns centros acadêmicos, especialmente na Europa, e pelas Nações Unidas (ONU). Tal fato se deve ao crescente reconhecimento das empresas, notadamente transnacionais, como importantes violadores de Direitos Humanos, com destaque a sua atuação nos territórios do chamado Sul global. Entretanto, a luta pela responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos enfrenta diversos obstáculos que dizem respeito, tanto à onda de globalização dominante, especialmente na década de 1990, que pouco espaço concede às perspectivas críticas ao capital, quanto ao marco institucional de debate e negociação sobre o tema no âmbito das Nações Unidas, a qual sofre com a captura corporativa.

Desta forma, observa-se a contraposição de dois projetos no âmbito da ONU, no que concerne à busca de normatização para condicionar-se a atividade empresarial ao aparato regulatório dos

Direitos Humanos: um projeto eminentemente voluntarista, que se coaduna com a lógica da responsabilidade social empresarial; e as tentativas, em sua maioria impulsionadas pela sociedade civil internacional, de estabelecerem-se marcos normativos vinculantes às empresas, orientados, não pela concepção do risco inerente à atividade e pela maximização do lucro, mas que considerem o cumprimento dos Direitos Humanos como condicionantes necessárias do empreendimento.

Essa contraposição chegou ao seu ápice no final do século XX, quando o Pacto Global foi lançado pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, em 1999, e as Normas sobre Responsabilidade de Corporações Transnacionais e Outras Empresas de Negócios em Relação a Direitos Humanos foram desacreditadas no Conselho de Direitos Humanos, em 2003. Tais processos indicam já a tendência de vitória da perspectiva voluntarista e o descrédito de esforços que representem um marco de incidência normativa maior sobre a conduta das empresas, em matéria de Direitos Humanos, respectivamente.

Entretanto, o aprofundamento do cenário de violações sistemáticas de Direitos por parte das corporações transnacionais mantém a pressão sobre as Nações Unidas, a fim de que se concedam respostas eficazes para a responsabilização desses atores. Em contrapartida, Kofi Annan nomeia o Professor John Ruggie para o cargo de Representante Especial do Secretário Geral sobre Direitos Humanos, Empresas Transnacionais e outros negócios. Ruggie, de origem austríaca, e professor da Universidade de Harvard já havia participado da elaboração do próprio Pacto Global, em 1999, e no decorrer do seu primeiro mandato, de 2005 a 2008, divulga o famoso framework, Protect, Respect and Remedy, e faz a defesa do chamado “pragmatismo principiológico”.

A tríade apresentada por Ruggie, sintetiza a orientação em prol da manutenção da responsabilidade em proteger os afetados por violações de Direitos Humanos na figura do Estado; a necessidade de que as empresas meramente conheçam esses

parâmetros e de que sejam remediadas eventuais violações. Em suma, não há avanços substanciais na construção de novos parâmetros que reconheçam a responsabilidade das empresas transnacionais, e na instauração de um debate aprofundado sobre mecanismos que atendam aos desafios da presença desse novo ator na sociedade internacional, e que em face justamente do seu poder econômico e político, muitas vezes superiores ao dos Estados, tornaram-se um dos principais violadores de Direitos Humanos, na atualidade. A defesa do “pragmatismo principiológico”, por sua vez, serviu como uma espécie de “isolante”, contribuindo para se evitar possíveis embates, ou que não se explicitassem as contradições e conflitos inerentes às estratégias de atuação das empresas nos territórios, as quais promovem uma série de problemas políticos, sociais, econômicos e culturais, dentre outros. Em síntese, esse “esforço” das Nações Unidas não poderia ser ameaça mais contundente aos aspectos desumanos do capitalismo global e sua lógica neoliberal.

Como consequência, verifica-se a difusão de uma linguagem vaga, meramente principiológica, que se adapta à gramática empresarial, permitindo-se avaliações e negociações, sob o controle das próprias corporações, daquilo que deveria ser imposto como condicionantes ao empreendimento. Abre-se espaço, portanto, para a negociação dos direitos e garantias fundamentais, numa dinâmica no máximo compensatória, em meio a qual, tanto empresas, quanto afetados, seriam todos stakeholders, ou seja, interessados nos negócios empresariais, os quais deveriam ser preservados, até a ultima ratio, inclusive, mediante o sacrifício dos Direitos Humanos.

A fim de especificar as premissas resumidas em seu framework, John Ruggie publica, ao final do seu segundo mandato, em 2008, os 31 Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, que foram adotados por consenso¹ pelo

¹ Pode-se discutir a relatividade desse consenso, a partir da obra dos professores Surya Deva e David Bilchitz, intitulada “Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?” Cambridge Press, 2013.

Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2011. Não obstante, os Princípios não satisfizeram as demandas para se pôr fim ao marco de impunidade empresarial. Representam um marco genérico, que não oferece instrumentos concretos para a responsabilização empresarial, podendo-se mencionar, exemplificativamente, a falta de previsão sobre dispositivos de extraterritorialidade, essencial quando se fala em empresas transnacionais.

Conjuntamente ao lançamento dos Princípios foi criado um Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Empresas, com o intuito de auxiliar na sua implementação. Esse Grupo orientou, em 2012, os Estados a desenvolverem seus Planos Nacionais de Ação, a fim de inserirem os Princípios Orientadores em seus ordenamentos jurídicos internos. O Homa divulgou uma pesquisa, disponível em seu website (www.homacdhe.com), o qual analisa os Planos Nacionais até então existentes, com exceção do da Colômbia, revelando a mera reprodução de toda lógica voluntarista e principiológica, cooptada pelos interesses empresariais e pouco eficaz na prevenção de violações de Direitos Humanos por empresas, ou na responsabilização das mesmas.

Diante desse panorama de demandas não satisfeitas pela sociedade civil, representando a voz dos afetados por violações de Direitos Humanos, em setembro de 2013, Equador e África do Sul lideraram a construção de uma declaração assinada por mais de 80 países, na qual afirmam a importância de um instrumento vinculante que supere a debilidade dos Princípios Orientadores. Em junho de 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, além de renovar o mandato do Grupo de Trabalho, adotou a Resolução A/HRC/RES/26/9, intitulada “Elaboração de um Instrumento Internacional juridicamente vinculante sobre as empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos Direitos Humanos”. A primeira Sessão do Grupo de Trabalho Intergovernamental para a negociação do tratado ocorreu em julho de 2015, obtendo-se, com sucesso, a aprovação do plano de trabalho, apesar de várias tentativas de boicote, como o da

União Europeia, e com a eleição da Presidente, a representante permanente do Equador em Genebra, a embaixadora María Fernanda Espinosa Garcés.

O Homa realizou em abril de 2016 o seu III Seminário Internacional sobre Direitos Humanos e Empresas, contando com dezenas de palestrantes internacionais, membros de organizações não-governamentais, afetados por violações de Direitos Humanos, representantes do governo, assim como acadêmicos, tanto nacionais quanto internacionais, e inclusive com a presença da própria Embaixadora, Maria Fernanda Espinosa Garcés. Restou claro, em meio a diversos painéis e às discussões travadas na reunião conjunta da Aliança para o Tratado, a primeira realizada na América do Sul, uma rede que reúne mais de 600 organizações de todo o mundo, que o cenário atual de consolidação do campo acadêmico e de luta sobre o tema de “Direitos Humanos e Empresas”, congrega esforços teóricos em disputa, capazes de desafiar os fundamentos do Direito.

Dentre as dimensões em evidência, destaca-se a visão estadocêntrica do Direito Internacional, além do desafio de se estender toda a sistemática dos Direitos Humanos, em uma vertente concebida “de baixo para cima”, com ênfase no protagonismo dos próprios afetados pelas violações, para as negociações do tratado sobre Empresas e Direitos Humanos. Almejando-se trazer para o debate elementos revisitados, de forma criativa, de variados ramos do Direito, tais como o Direito Empresarial, Penal, Penal Internacional, Contratual e Processual, dentre outros.

Por outro lado, depara-se com a urgência, no caso brasileiro, de formulação de uma Política Nacional de Direitos Humanos para Empresas, implementando-se diversas previsões já existentes no Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH3), mas acima de tudo, estabelecendo-se um debate abrangente e representativo com a sociedade civil, defensores de Direitos Humanos, acadêmicos, e principalmente, afetados por violações

perpetradas pelas Empresas, que vá além das lacunas mantidas pelos Princípios Orientadores e sua perspectiva corporativa.

Assim, faz parte de nossos esforços acadêmicos e de militância para defesa dos Direitos Humanos, abarcarmos as discussões já em curso, principalmente nos processos de preparação para a incidência nas negociações do tratado sobre empresas e Direitos Humanos, assim como ao largo da Campanha para Desmantelamento do Poder Corporativo e Fim da Impunidade (www.stopcorporateimpunity.org). O campo epistemológico a ser reconhecido como “Direitos Humanos e Empresas” deve ser definido, em grande medida, a partir da experiência de luta de organizações e movimentos e seu diálogo com instituições acadêmicas, cujo um dos principais produtos já é o processo de elaboração do Tratado do Povos, também disponível no site da Campanha.

Em suma, sermos capazes de responder às demandas por responsabilização das empresas faz parte da afirmação histórica dos Direitos humanos, hoje, inegavelmente. No entanto, cabe a reflexão sobre como considerar a consolidação dos fundamentos dos Direitos Humanos, adotando-se uma postura de suspeita e crítica sob seu viés abrangente e universalista, advindo da matriz moderna liberal. Essa perspectiva liberal, por sua vez, não é suficiente para os milhões de afetados por violações de Direitos Humanos por empresas transnacionais, em todo o mundo, e notadamente, no chamado Sul Global. Como reconhece Costas Douzinas², a matriz moderna liberal dos Direitos Humanos, ao criar e estabelecer como parâmetro, o chamado “indivíduo universal”, sem gênero, cor, condição de classe e cultura, passível de ser compreendido dentro do espectro de proteção dos Direitos Humanos, adota uma lógica intrínseca de exclusão, pois ao mesmo tempo em que adota esse modelo de ser humano não real, exclui o ser humano concreto e “impróprio”, (como o imigrante sans papier o refugiado, ocupante de territórios degradados),

² Consulte as “Sete Teses sobre Direitos Humanos”, disponível em: <https://www.criticallegalthinking.com/author/costasdouzinas/>

normalmente vítima cotidianas das mais atrozes violações de Direitos. Tal fenômeno, ao mesmo tempo que se mantém ahistórico e despolitizador, naturalizando as desigualdades existentes nas diferentes sociedades globais, pode exercer, confortavelmente, o papel de um sustentáculo valorativo e moral, útil até, para o fortalecimento do próprio capitalismo global e sua vertente neoliberal. Assim, é essencial propormos a defesa dos Direitos Humanos, mas em um processo de afirmação crítico e transgressor das suas bases tradicionais, e que teria como principal ator propulsor dessas mudanças, o próprio afetado ou afetada por violações de Direitos Humanos.

Um dos principais diagnósticos obtidos no trabalho de elaboração do Estudo, bem abordado no decorrer do texto a seguir, é que é imprescindível, nos processos envolvendo demandas de Direitos Humanos, observar os Tratados, Acordos e demais documentos que tecem normas no Direito Internacional para proteção e efetivação dos Direitos Humanos e não somente os direitos fundamentais basilares da Constituição Federal de 1988 e o ordenamento interno.

E um ponto chave aqui defendido, principalmente para uma mudança de perspectiva a ser adotada pelo Poder Judiciário, e que atende à demanda de transformação da orientação, interpretação e aplicação dos Direitos Humanos, a partir da “base”, e com ênfase nos próprios afetados e afetadas por suas violações, é o da Centralidade do Sofrimento da Vítima no processo. Conceito esse cunhado em votos de Antônio Augusto Cançado Trindade para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como em seu voto separado para o marcante caso Ximenes Lopes versus Brasil, no qual utilizou de uma importante ótica humanista ao tratar do tema a partir de toda a carga emocional envolvida nos depoimentos.

Em consonância com as propostas de Cançado Trindade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve, então, ser concebido a partir da tríade “vitimização”, “sofrimento humano”

e “reabilitação das vítimas”. Conforme Trindade explica, o Direito Internacional, ao colocar os responsáveis por crimes em holofotes e deixar as vítimas às margens do processo, reproduz a mesma distorção que o Direito Penal doméstico dos países produziu durante sua evolução, ao deixar a vítima em posição marginal e se orientar a partir da figura do delinquente. (CORTEIDH, 2001).

Diante deste cenário, Trindade explica que é papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos se orientar de acordo com o sofrimento das vítimas, resgatando a posição central das mesmas no processo. O sofrimento das vítimas seria, então, o elemento mais importante na reparação das violações. Deve-se humanizar o processo de reparação, dando a devida atenção à perda daquelas e daqueles que foram separadas de seus parentes mais próximos, ressaltando o sofrimento tanto das vítimas diretas quanto das indiretas que são usualmente esquecidas. (CORTEIDH, 2001).

Essa abordagem é necessária, pois, o sofrimento humano vai além da dimensão pessoal, adquirindo também um caráter social, conforme revela Cançado Trindade, no Voto Separado no caso paradigmático dos “Meninos de Rua”⁴⁶:

O sofrimento humano tem uma dimensão tanto pessoal como social. Assim, o dano causado a cada ser humano, por mais humilde que seja, afeta a própria comunidade como um todo. Como o presente caso o revela, as vítimas se multiplicam nas pessoas dos familiares imediatos sobreviventes, que, ademais, são forçados a conviver com o suplício do silêncio, da indiferença e do esquecimento dos demais. (CORTEIDH, 2001)

Desta forma, surge a demanda por esse Estudo, a partir da participação do Homa no “GT Corporações”, formado por diversas organizações da sociedade civil brasileira defensoras de Direitos Humanos, para evidenciar algumas das principais falhas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais contribuiriam para a já mencionada “impunidade empresarial”. Entretanto, ele é elaborado com o intuito de auxiliar a formulação de estratégias,

e tanto para o aprimoramento do marco de proteção de Direitos Humanos a nível nacional, quanto na delimitação de nossas prioridades no que diz respeito ao que seria o conteúdo necessário de um tratado internacional sobre empresas e Direitos Humanos, do qual o Brasil fizesse parte.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho, além de se basear em uma pesquisa teórica sobre as principais fontes normativas existentes, contou também com a contribuição de diversas organizações da sociedade civil, que detém um vasto acúmulo na consolidação dessa agenda e na defesa de Direitos Humanos. E os principais pilares orientadores para a perspectiva de Direitos Humanos adotada no trabalho, foi o protagonismo dos afetados e afetadas por violações, como já mencionado, tendo como exemplificação teórica o princípio retratado da “centralidade do sofrimento da vítima”, e a desconstrução, não menos fundamental, do paradigma voluntarista, representado pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas e que dá ensejo a instrumentos capazes de servirem à negociação desvantajosa de Direitos Humanos das vítimas, ensejando, inclusive, empecilhos ao justo Acesso à Justiça e Devido Processo Legal, como será abordado no decorrer do texto.

Nesse sentido, essa publicação surge às vésperas da realização da segunda Sessão do Grupo de Trabalho Intergovernamental para negociação do Tratado, e esperamos que o cenário aqui retratado e sistematizado do ordenamento jurídico brasileiro seja uma dos elementos que possam dialogar com as lutas concretas enfrentadas por afetados e afetadas, movimentos sociais e diversas organizações da sociedade civil que são as principais responsáveis pelo avanço, tanto das bases que constituirão o conhecimento reconhecido dentro do domínio teórico de “Direitos Humanos e, quanto da agenda de negociações políticas com esferas governamentais nacionais e internacionais.

Manoela Carneiro Roland
Coordenadora do Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas

Capítulo 1

Acesso à Justiça³

Introdução

É consolidado e crescente o reconhecimento de variados Direitos Humanos e fundamentais, os quais perpassam por diferentes dimensões, proporcionando importantes garantias políticas, civis e sociais aos indivíduos e à coletividade. Dentre as novas espécies reconhecidas de direitos, tem tomado destaque em diversos espaços de discussão a necessidade de um sistema eficiente de acesso à justiça, de forma ampliada e igualitária, que vença as barreiras impostas pela desigualdade financeira, social e representativa. O protagonismo do tema, conforme explica Mauro Capelleti (1988), deriva da ausência de sentido no reconhecimento de tantos direitos sem proporcionar os efetivos mecanismos para garanti-los.

É importante destacar, no entanto, que a desejada ampliação e efetivação do acesso à justiça não se limita aos aspectos procedimentais, que tratam das garantias judiciais, como muita das vezes é tratada. Faz-se necessário o estabelecimento de mecanismos que proporcionem mudanças estruturais, que transpassem o âmbito judicial, que derrubem as barreiras do capital e do preconceito e alicercem a possibilidade da estabilização de um acesso efetivo e eficiente à justiça e de um ensino jurídico democrático e plural. Necessita-se que o sistema jurídico se direcione por meio de uma pauta inclusiva, guiada por

³Um agradecimento especial a Alexandre Sampaio, do International Accountability Project, pelas contribuições realizadas durante o processo de revisão do capítulo.

uma cultura de efetivação dos Direitos Humanos e não por uma cultura numérica neoliberal, que privilegia o capital e ultrapassa as barreiras da dignidade em prol de um lucro incessante para os atores econômicos.

A partir dessas premissas, busca-se aqui aferir de forma sucinta os problemas na efetivação da inviolável garantia do devido processo legal no território brasileiro, observando os problemas que impossibilitam o devido acesso à justiça, como a promiscua relação entre o judiciário e as empresas e o lapso representativo do magistério. Da mesma forma, pretende-se apontar alguns dos programas governamentais já existentes que buscam solucionar tais problemas, bem como as ameaças legislativas que arriscam aprofundá-los. Guiados por uma perspectiva de efetivação dos Direitos Humanos, busca-se também estabelecer possíveis caminhos a se tomar para uma ampliação democrática do acesso a justiça.

Ressalta-se, nesse sentido, a indispensabilidade de uma ótica que presa por efetiva interpretação conjunta dos dispositivos nacionais e internacionais, observando a devida importância das organizações internacionais e dos princípios internacionais em matéria de Direitos Humanos por elas consagrados, bem como da capacitação do Poder Judiciário em aplicá-los.

Por fim, também se faz extremamente necessária uma análise crítica de alguns instrumentos específicos amplamente utilizados no território e na jurisdição brasileira e que, por convergirem em consequências diretas para a efetivação de garantias fundamentais, merecem devido destaque. Nesse rol, possuem presença marcante problematizações acerca das vantagens e limitações da ação civil pública no acesso à justiça; dos Termos de Ajustamento de Conduta; e da utilização do instrumento legal da “Suspensão de Segurança”.

Marco Normativo e Institucional Nacional - O Acesso à Justiça no Brasil Atual

Quadro Estrutural do Judiciário

A fim de investigar o grau de efetividade dos direitos fundamentais na prestação de tutela jurisdicional, José Ricardo Cunha, juntamente com outros professores e alunos de consagradas instituições⁴, promoveu interessante investigação na primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Brasil. Esforços do tipo são demasiados importantes, visto que, conforme afirma o próprio autor, faz-se imperiosa a luta pela efetividade da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, já que este é o último guardião de tais direitos, e a esperança de proteção em relação a eles. (CUNHA, 2005)

Dada esta importância, faz-se necessário diagnosticar alguns dos problemas estruturais do Poder Judiciário, para compreendermos as dificuldades enfrentadas na busca pelo devido acesso à justiça no Brasil. Ressaltaremos, a seguir, algum destes problemas, como o lapso de representatividade, a ausência de cultura democrática e a captura pelo capital. Com o auxílio dos dados da supracitada pesquisa de José Ricardo Cunha e do Censo do Poder Judiciário⁵, publicado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça, busca-se demonstrar como estas falhas contribuem para a ineficiência seletiva do judiciário brasileiro.

⁴ O estudo foi desenvolvido por alunos e professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes (UCAM).

⁵ Censo do poder Judiciário, realizado em 2013 e publicado em 2014 pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional da Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em: 27.08.2016, às 18h38.

Gênero e Justiça

Enfrenta-se, de modo geral, um vívido machismo, que transpassa todos os níveis e dimensões de nossa sociedade. O sistema de justiça não está imune a ele e, assim como nas demais esferas de poder, protagoniza uma desigualdade estrutural de gênero.

Tais assimetrias não são particulares ao judiciário brasileiro, como evidencia Fabiana Severi, demonstrando que a média de mulheres nos tribunais máximos de justiça nos países da América Latina e Caribe foi de 22,6% em 2011. Com apenas 20% na época, o Brasil ficou em 26º lugar em meio aos 33 países da região. (SEVERI, 2016)

Ainda assim, os dados do Censo do Poder Judiciário realizado em 2013 mostram que a relação já foi ainda mais desigual. Os números revelam que houve um aumento na quantidade de mulheres na magistratura brasileira durante as duas últimas décadas. Em contraposição ao percentual de mulheres aferido entre os anos de 2012 e 2013, igual a 35,9%, entre 1955 e 1981, eram apenas 21,4% de mulheres na carreira.

No entanto, apesar do aumento – significativo, mas ainda insuficiente – as mulheres ainda enfrentam diversas barreiras quando inseridas no magistério. Ao considerar a carreira da magistratura como um todo, percebe-se que quanto mais alto o cargo ou a função exercida, mas profunda se apresenta a desigualdade e menor é o número de mulheres. (SEVERI, 2016)

A pesquisa de Ricardo Cunha apresenta o mesmo espectro, demonstrando a partir da área analisada que, apesar do recente aumento de juízas mulheres, também foi aferida, principalmente na primeira instância, uma maioria de juízes homens, totalizando percentual de 60%. (CUNHA, 2005).

Por fim, cabe destacar outro importante argumento apresentado por Severi, que destaca o percentual expressivo de 64% de juízas que compreendem que as mulheres enfrentam

maior dificuldade em relação aos homens em conciliar a vida pessoal com as atividades profissionais. A professora evidencia como os dados dialogam com pesquisas que demonstram que frequentemente as mulheres carregam sozinhas o cuidado com os filhos e as responsabilidades familiares. (SEVERI, 2016)

Estes apontamentos ajudam a perceber a dimensão estrutural do problema, que não se limita a aspectos particulares. Observa-se, na verdade, um patriarcalismo institucionalizado em nossa sociedade, que cria diariamente incontáveis barreiras para todas as mulheres, entre elas a dificuldade no acesso a justiça que, quando ocorre, é supervisionado por uma maioria de homens, quase sempre incapazes de compreender como diversos processos são impregnados de machismo e misoginia.

Raça e Justiça

Os resultados da primeira fase da pesquisa de Ricardo Cunha foram alarmantes no que tange a questão étnico-racial. Observa-se uma grande distanciação do perfil dos juízes e juízas para o perfil geral da população brasileira. Há uma imensa exclusão da população preta e parda da carreira de magistratura, evidenciada pelo seguinte contraste: enquanto pretos e pardos representam 44,6% da população brasileira, 86% dos juízes pesquisados são autodeclarados brancos. Em reforço, se apresentam os dados do supracitado e mais recente Censo do Judiciário, que atestam que apenas 29,1% dos magistérios são negros – pretos e pardos são somados neste percentual – e que a presença de indígenas é ínfima, não chegando a 1%.

Tal disparidade torna-se ainda mais preocupante quando a pesquisa de Cunha atesta que a cor, ou raça, que mais frequentemente utiliza as normativas internacionais de Direitos Humanos é a parda – a minoritária –, sendo a branca – a majoritária – a que apresenta menor probabilidade de uso. Isso evidencia um processo de conscientização vivido na pele: os poucos que conseguiram vencer as intempéries do racismo

diariamente institucionalizado em nossa sociedade e ocupam cargos na magistratura agem com maior consciência crítica e preocupação com as desigualdades sociais, mostrando-se mais compatíveis com o entendimento de que as normativas internacionais são grandes aliadas. Fica, portanto, ressaltada a necessidade de aproximação do judiciário para com a sociedade. A necessidade de coloração do judiciário, de permeação deste órgão por todas e todos para que ele se confirme como apto a solução de conflitos entre desiguais.

Cabe destacar, por fim, que iniciativas como a Resolução Nº 203⁶ do CNJ, que reserva aos negros 20% das vagas ofertadas nos concursos públicos para provimento de cargos na magistratura, são muito importantes e representam sim um avanço. No entanto, elas ainda não são suficientes. Conforme demonstra Fabiana Severi, até antes do Censo e da Resolução promovidos pelo CNJ, não havia sequer interesse nas informações sobre cor e raça concernentes ao tema, demonstrando o descaso pela importância destas informações. (SEVERI, 2016)

Isso comprova que os poucos passos à frente ainda são recentes, se encontrando no início de uma longa caminhada em busca da igualdade de raças não só no âmbito judicial, mas em toda a sociedade.

A Influência Econômica e Ausência de Cultura Democrática no Judiciário

Em 1996, o Banco Mundial publicou o *Documento Técnico 319*⁷, que apresentava recomendações de reformas aos judiciários nacionais, principalmente aos da América Latina e Caribe. As diretrizes do referido documento foram norte para a reforma do judiciário no Brasil e em diversos outros países.

⁶ Resolução Nº 203 de 23/06/2015, de origem na presidência. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2974>>. Acesso em: 27.08.2016, às 19h10.

⁷ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 02.09.2016, às 22h52.

É necessário ressaltar que, com o supracitado documento, torna-se evidente que para o Banco Mundial o desenvolvimento econômico é o objetivo principal da reforma do Judiciário. Percebe-se que a proposta de fundo do órgão é transformar o Poder Judiciário em um protetor dos princípios econômicos a serem implementados pelo Brasil, conforme explicam Frederico Thales de Araújo Martos e José Antonio de Faria Martos. Os autores ainda demonstram que as propostas evidenciam a intenção de aplicação da ideologia neoliberal do Banco Mundial no magistério. (ARAÚJO MARTOS; FARIA MARTOS, 2013)

Essa influência é um exemplo marcante de como a agenda da política econômica neoliberal, a qual privilegia o mercado em relação ao Estado e vem atuando de forma globalizada, transpassa também o Poder Judiciário, deixando como uma de suas consequências a dificuldade no acesso à justiça das vítimas de violações de direitos humanos. Flávia Carlet faz importantes considerações a respeito da influência desta cultura neoliberal no sistema de justiça brasileiro:

“Neste projeto de globalização, o direito hegemonicamente vigente tem se colocado a serviço desta agenda, a quem tem garantido preferência e proteção efetiva, sobretudo através do sistema jurídico estatal. O resultado disso, sobretudo no Brasil, tem se refletido na ausência de uma cultura jurídica democrática, traduzida não apenas no crescente afastamento entre o sistema judiciário e as demandas de prestação jurisdicional - notadamente das camadas populares -, como também na formação legalista dos magistrados, num sistema judicial voltado à segurança jurídica dos negócios e da economia, na incompreensão das atuais exigências sociais e na baixa aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal”. (CARLET, 2008)

Urge, portanto, a necessidade de superação da lógica do modelo do sistema jurídico atual, que, por pautar-se

essencialmente em valores neoliberais, se encontra em uma armadilha burocrática. Isso reproduz uma cultura processual de altas metas, que invisibiliza as vítimas no sistema de justiça ao transformar o processo em um dado meramente numérico-quantitativo. Dessa forma, uma onda de burocracias falhas inunda todo o processo e afoga a dimensão pessoal do sofrimento das vítimas.

Estas falhas também são fruto daquilo que Faria Júnior, Vianna e Santos (2015) chamaram de tripla dimensão da deficiência estrutural do “sistema de justiça” para compreender, se relacionar e julgar demandas que envolvam violações de Direitos Humanos, principalmente as cometidas por empresas. Como observamos, o perfil do Judiciário não corresponde representativamente ao da população e se mostra incapaz de compreender e se conectar com as demandas, principalmente as de direitos Humanos, tendo em vista tanto o pouco domínio da temática, que fica patente na falta de aplicação de dispositivos cabíveis, quanto o desinteresse na aplicação dos Direitos Humanos quando esta prejudicar os atores econômicos.

Da mesma forma, o “julgar” será deficiente, visto que as vítimas são quase sempre pessoas afastadas da técnica jurídica, estando sempre abaixo, simbolicamente, das demais partes do processo, e não possuindo poder político e econômico para influenciar nas decisões dos magistrados.

Diante desse espectro, os autores defendem uma necessária mudança de paradigma no funcionamento do Judiciário, entendimento com o qual convergimos, pois o cenário descrito deixa evidente para quem funciona a ineficiência do judiciário: o abarrotamento de processos e a forma com qual eles são tratados ditam o ritmo acelerado de desaparecimento da figura da vítima no processo e contribuem imensamente para a impunidade das empresas, a qual cresce exponencialmente e torna-se cada vez mais escandalosa.

Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

A carta magna do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988, reconhece a importância de um devido processo legal por meio do inciso LIV de seu Art. 5º, que assevera:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988, Art. 5º)

Os princípios do contraditório e da ampla defesa também são contemplados pelo documento, conforme dita o inciso LV do Art. 5º:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988, Art. 5º)

Ambos possuem tal local de destaque, em meio às garantias fundamentais invioláveis, por possuírem papéis essenciais na manutenção de um acesso democrático e horizontal à Justiça, um dos preceitos de um Estado Democrático de Direito.

O princípio do contraditório prevê que, durante o processo de julgamento da lide, a fim de resolver o conflito da forma mais justa possível, todas as partes sejam ouvidas. Extremamente ligado ao contraditório, se encontra o princípio da ampla defesa. Este, por sua vez, prevê a possibilidade das partes do processo de utilizar todos os meios lícitos dos quais elas se dispõem para apresentar sua defesa e produzir as provas que desejam.

PNDH3 e demais Programas Governamentais

A Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), criada em 2003, costumava ser o órgão do Ministério da Justiça a responsável pela elaboração e execução de políticas públicas de ampliação do acesso à justiça no Brasil, agindo como um “órgão de articulação entre o Executivo, o Judiciário, o Legislativo, o Ministério Público, governos estaduais, entidades da sociedade civil e organismos internacionais com o objetivo de propor e difundir ações e projetos de aperfeiçoamento do Poder Judiciário”⁸.

Por meio da SRJ, o Ministério da Justiça possuía, ainda, diferentes programas que visavam promover políticas públicas de ampliação e a efetivação do acesso à justiça, os quais seguem listados no quadro a seguir:

Programas do Ministério da Justiça para ampliar o Acesso à Justiça	
Programa	Descrição
Justiça Comunitária	Política de incentivo à Justiça Comunitária ⁹ .
Casa de Direitos	Projeto que visa facilitar o acesso à justiça em comunidades em situações de vulnerabilidade socioeconômica ¹⁰ .
CEJUS	Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, destinado a oferecer substratos para a elaboração de políticas públicas ¹¹ .
ENAM	Escola Nacional de Mediação e Conciliação, a qual trata de dois institutos já consagrados pelo novo Código de Processo Civil e pela Lei 9.099 ¹² e que são de grande importância para o estabelecimento de uma justiça mais célere ¹³ .

⁸ Informações extraídas do portal oficial do Ministério da Justiça brasileiro. Para mais informações, acesse: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/institucional>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h14.

⁹ Para mais informações sobre o projeto, acesse: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/justica-comunitaria>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h14.

¹⁰ Para mais informações sobre o projeto, acesse: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/casa-de-direitos>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h13.

¹¹ Para mais informações sobre o projeto, acesse: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/cejus>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h12.

¹² Lei nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais – primordialmente destinados a realização de audiências de conciliação, visando incentivar acordos e contribuir para a celeridade da justiça – e dá outras providências.

¹³ Para mais informações sobre o projeto, acesse: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/enam>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h09.

A SJR teve grande influência, ainda, na aprovação da PEC de Reforma do Judiciário¹⁴ e em diversos projetos de lei que tratavam sobre o tema. No entanto, em prol do equilíbrio fiscal, a Secretaria foi extinta no início de 2016. Suas atribuições foram transferidas para a Secretaria Nacional de Justiça, caracterizando uma grande perda institucional do órgão que guiou os poucos avanços obtidos na última década em relação ao tema, como os supracitados programas, que não são atualizados no portal oficial desde a extinção e parecem estar suspensos.

Em contra partida, o terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – também conhecido por PNDH3 – também trata do assunto, por meio do Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência. A Diretriz 17 deste eixo, mais especificamente, procura estabelecer a promoção de um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos.

Segundo informações do site oficial do Governo Federal, O PNDH3, instituído pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, e atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010, “apresenta as bases de uma Política de Estado para os direitos humanos e é marcado pela indivisibilidade e interdependência de seus dispositivos, estruturando-se em torno de Eixos Orientadores, Diretrizes, Objetivos Estratégicos e Ações Programáticas”¹⁵. No entanto, pelo menos no que concerne o acesso à justiça, esses objetivos estão longe de ser verdadeiramente alcançados, mesmo com as previsões expressas do programa.

Observa-se, portanto, que os poucos esforços do Governo ainda estão longe de se mostrarem suficientes para a promoção

¹⁴ Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, por alterar e acrescentar diversos artigos a constituição relacionados com vários setores do Poder Judiciário, ficou conhecida como a Reforma do Judiciário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h47.

¹⁵ Informações extraídas do portal oficial “Observatório do PNDH-3”. Para mais informações, acesse: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h07.

de uma verdadeira ampliação das precariedades atualmente enfrentadas e mesmo assim, ainda vem sendo reduzidos. Urgem, dessa forma, medidas mais específicas e abrangentes, que, além de incentivar diferentes meios de resolução de conflitos, possibilitem a correção das desigualdades enfrentadas pelas pessoas em condição de vulnerabilidade, as quais possuem suas garantias fundamentais violadas em prol de uma política de resultados vazios.

O Novo Código de Processo Civil

O tema da ampliação do acesso à justiça é amplamente discutido na atualidade brasileira, ganhando destaque devido à entrada em vigor, no dia 18 de Março de 2016, de um novo Código de Processo Civil (CPC)¹⁶. O Código foi elaborado sob a coordenação de Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

Celso de Mello, também ministro do STF, resumiu bem em uma das seções plenárias do tribunal quais são as mudanças pretendidas com o novo dispositivo, afirmando que:

“O projeto de lei ora aprovado consagra novas instituições e mecanismos que permitirão soluções jurisdicionais e resoluções alternativas de disputas mais ágeis e céleres, compatibilizando o tempo processual com as exigências impostas pelas necessidades sociais e pelo interesse público, em ordem a propiciar não só maior acessibilidade do cidadão ao sistema de jurisdição estatal ou aos modelos alternativos de composição dos litígios mediante conciliação, arbitragem ou mediação, mas conferir, também, real efetividade à cláusula constitucional que assegura a todos os cidadãos o direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas.¹⁷”

¹⁶ Código de Processo Civil vigente no Brasil, instaurado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. O dispositivo revogou o Código que já vigia há mais de 40 anos, instaurado em 11 de Janeiro de 1973 pela Lei nº 5.869.

¹⁷ Para mais informações sobre o discurso de Celso de Mello, acesse: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/celso-mello-cpc-democratizar-acesso-justica>>. Acesso em: 13.06.2016, às 20h13.

Desse modo, dando maior destaque a meios alternativos de transação – como as conciliações e as mediações – e, da mesma forma, reafirmando o compromisso constitucional de prestação estatal de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos¹⁸, o novo Código de Processo Civil pretende criar meios para vencer dois grandes problemas na efetivação da justiça no Brasil: o tempo e o custo.

Observa-se também no dispositivo a tentativa de conferir maior prestígio à defensoria pública, a qual citada poucas vezes pelo código anterior, agora é tema de um capítulo completo. Nesse ponto, o texto do novo CPC mostra-se de acordo com a Constituição Federal, a qual prevê por meio de seu Art. 134 que:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados [...]¹⁹. (BRASIL, 1988, Art. 134º)

No entanto, apesar destas importantes e expressas previsões legais acerca da demasiada importância dos defensores públicos na promoção do acesso à justiça para todas e todos, o número desses operadores é consideravelmente baixo em relação aos demais agentes públicos, judiciais e essenciais à justiça, conforme comprovam dados do Atlas de Acesso à Justiça²⁰, documento publicado pelo Governo Federal em 2014.

¹⁸ O Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ainda sobre o tema, trata também a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro 1950, a qual estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

¹⁹ Além da previsão Constitucional, cabe lembrar as previsões da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual “Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 13.06.2016, às 20h08.

²⁰ Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj_2014.pdf>. Acesso em: 24.02.2016, às 15h39.

Cabem ressalvas, também, aos perigos que guardam os mecanismos conciliatórios, principalmente quando existem empresas envolvidas no processo. Esses grandes atores econômicos, devido sua influência e seu capital, possuem um poder de decisão imensamente maior do que qualquer vítima frente ao Estado. Essa assimetria faz com que os resultados provenientes destes mecanismos conciliatórios sejam revestidos de um sentimento ilusório que algo foi acordado horizontalmente, mas na verdade as decisões foram verticalmente impostas pelas empresas.

Esses artifícios carregam, dessa forma, o grande perigo de marginalização daquelas que devia ter protagonismo no espaço de decisão: as vítimas. Estas restam, quase sempre, nem sequer ouvidas nos processos de decisão que ditarão como serão suas vidas dali pra frente.

Um grande exemplo dessa situação se extrai do acordo assinado entre representantes dos poderes públicos federal, do Espírito Santo e de Minas Gerais com a mineradora Samarco, BHP Billiton e Vale a respeito das tragédias ocorridas após o vazamento da Barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais. O Termo de Ajustamento de Conduta, forma de acordo que analisaremos no tópico seguinte, foi firmado sem qualquer participação popular.

Argumentos em prol da celeridade e eficiência da autocomposição são comumente utilizados por parte daqueles que defendem a composição desses acordos. No entanto, conforme MILANEZ e GIFFONI PINTO apontam:

“[...]celeridade e efetividade não são naturalmente obtidas a partir da assinatura destes acordos”. Dependem fundamentalmente da participação social dos grupos atingidos, principais interessados na recuperação dos danos, grupos estes quase sempre pertencentes aos de menor renda, minorias étnicas e com menos poder de se fazerem ouvir na esfera pública. Dependem também de fiscalização rigorosa do poder público e controle social de seus

desdobramentos, sob risco de seus prazos serem adiados por anos e anos por meio de termos aditivos, prejudicando seriamente a proposta de celeridade”. (2014)

Dessa forma, apesar de apresentar alguns avanços, a aprovação de um novo Código de Processo Civil se mostra pouco eficiente no que tange uma necessária ampliação do acesso à justiça, escondendo perigos e apresentando deficiências que não o permite possuir os meios necessários para tratar do assunto de forma mais efetiva.

Termo de Ajustamento de Conduta

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) foi adicionado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei Federal nº 8.069 de 1990. No mesmo ano, foi acrescentado à Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85) que os órgãos públicos legitimados poderiam tomar dos possíveis interessados “Termo de Ajustamento de Conduta” às obrigações legais. (VIÉGAS et. al., 2014)

Atualmente o instituto ganhou previsão expressa no Novo Código de Processo Civil, no art. 174, III (BRASIL, 2015). Importante salientar também as recomendações da antiga Secretaria de Direitos Humanos²¹ que, em contraposição, dizem respeito ao tema:

“Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência

²¹ Importante salientar que uma das medidas do governo interino de Michel Temer foi vincular tal Secretaria ao Ministério da Justiça e Cidadania, perdendo aquela o *status* de Ministério. Acreditamos que tal medida signifique um desprestígio à temática de Direitos Humanos, podendo comprometer o cumprimento de diretrizes constantes dos antigos Planos Nacionais. Entretanto, só o tempo poderá demonstrar as consequências efetivas da mudança. De todo modo,

Diretriz 17: Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos.

Objetivo estratégico III: Utilização de modelos alternativos de solução de conflitos. Ações programáticas:

- a) Fomentar iniciativas de mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização.
- b) Fortalecer a criação de núcleos de justiça comunitária, em articulação com os estados, o Distrito Federal e os municípios, e apoiar o financiamento de infraestrutura e de capacitação.
- c) Capacitar lideranças comunitárias sobre instrumentos e técnicas de mediação comunitária, incentivando a resolução de conflitos nas próprias comunidades”. (PNDH-3, 2003)

Viégas et. al. ainda nos demonstra que:

“Segundo Abelha (2004), a ideia de se “legitimar” órgãos públicos à propositura de compromissos de ajustamento deveu-se à concepção de que entes com personalidade jurídica (como o IBAMA, o PROCON, o Ministério Público etc.) “são aqueles que lidam direta e diariamente com a realidade dos direitos da sociedade, experimentando todos os dias, em concreto, a necessidade de pacificação social pela via extrajudicial”” (2014, p. 118)

O TAC pode ser considerado como uma via desburocratizada e mais ágil para que se atenda às demandas de determinados grupos que tenham seus direitos violados. Tal termo, porém, apesar das recomendações do Plano Nacional de Direitos Humanos e da vigência do mesmo do novo Código de Processo Civil, tem sido usado de forma errônea de forma a gerar vantagens maiores não mais para o atingido, e sim para o violador.

Há forte resistência em sede doutrinária em se considerar o instrumento como uma forma de “negociação” entre o

legitimado a propor a ação coletiva e o violador do dano, em que ambos fariam concessões mútuas. Sua natureza jurídica, portanto, seria de *transação “especial”*, já que os interesses envolvidos não permitiriam tais concessões, tratando-se apenas de um compromisso em que o causador do dano se compromete a adotar medidas para repará-lo (ou minorá-lo) e “ajustar sua conduta” às exigências legais. Existe, inclusive, a exigência de sanções caso tal celebrante descumpra o pactuado.

Se no plano teórico os doutrinadores conseguem conferir racionalidade ao procedimento, há casos que demonstram as fragilidades do TAC, que pode ser desvirtuado. O caso TKCSA (THYSSENKRUPP-Companhia Siderúrgica do Atlântico) é emblemático nesse aspecto. A empresa opera desde 2008 sem a licença ambiental concedida pelo INEA (órgão ambiental do Estado do Rio de Janeiro) e se vale de um TAC celebrado com tal instituição²², cujo prazo foi prorrogado através de três termos aditivos. Organizações não-governamentais como o PACS apontam a mitigação das condições originariamente previstas, o que significaria uma flexibilização das obrigações socioambientais devidas por parte daquele megaempreendimento²³.

A empresa também conta com um TAC realizado junto ao MPT (Ministério Público do Trabalho) para seu funcionamento, ainda que conte com várias denúncias de violações aos direitos dos trabalhadores²⁴.

Há que se ponderar que existem precedentes sobre a impossibilidade de suprimento da ausência de licença ambiental pela mera existência de um TAC. Cite-se como exemplo o seguinte julgado:

²² Celebrado em 2012 entre a empresa e o Estado do Rio de Janeiro, através do INEA (Instituto Estadual de Ambiente), SEA (Secretaria de Estado do Ambiente) e CECA (Comissão Estadual de Controle Ambiental).

²³ Para mais informações, acessar <<http://www.pacs.org.br/files/2012/12/carta.pdf>> e <<http://www.pacs.org.br/files/2013/01/CSA.pdf>>.

²⁴ Idem.

“APELAÇÃO CÍVEL Nº 682.754-7 DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E CONCORDATAS DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL COMPEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA JULGADA IMPROCEDENTE - AUTO DE INFRAÇÃO GERADO EM DECORRÊNCIA DE AUSÊNCIA DE LICENÇA DE OPERAÇÃO - A EXISTÊNCIA DE TAC NÃO SUPRE A NECESSIDADE DE LICENÇA DE OPERAÇÃO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.70 DA LEI FEDERAL Nº 9.605/98 E DO ART. 44 DO DECRETO FEDERAL Nº3.179/99 - DESCABIMENTO - AUTO DE INFRAÇÃO FUNDAMENTADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - MULTA DEVIDAMENTE APLICADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ARTIGO 14 DA LEI 6.938/81 - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA - DANO COMPROVADO - EMPRESA QUE OPERA CONTÊINERES - TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE - APLICAÇÃO MULTA MANTIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Relatora: Des. Lélia Samardã Giacomet. Processo: 682754-7. Acórdão: 39839. Fonte: DJ: 583. Data de Publicação: 03/03/2011. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 15/02/2011.” (BRASIL, 2011)

A própria legislação oferece, portanto, elementos para uma interpretação que permitiria uma resolução diversa para casos como o da TKCSA. Entretanto, não é o que prevalece em relação aos megaempreendimentos.

Mais recentemente, o caso do rompimento da barragem controlada pela empresa Samarco em Mariana, que causou um dos maiores desastres ambientais da história recente no país também foi objeto de TAC²⁵. Em análise abalizada sobre o ocorrido, centro de pesquisa acadêmico PoEMAS (Política,

²⁵ Mais informações em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/12/samarco-nao-assina-termo-de-compromisso-proposto-pelo-mp.html>> e

<http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/01/dossie_samarco_a4_13_01_161.pdf>.

Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade) avalia que houve disparidade de poder concedido à fundação violadora, bem como pouca representatividade das comunidades atingidas e mesmo de órgãos do próprio Judiciário, destacando-se a ausência do Ministério Público Federal e dos MPs estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo, envolvidos diretamente com a questão.

Alguns autores afirmam que o Ministério Público deve sempre integrar os TACs porque este órgão é o responsável por defender os interesses sociais indisponíveis. Outro fundamento para a interveniência do Ministério Público refere-se aos TAC que vêm substituir uma Ação Civil Pública. Segundo Carvalho Filho (2009) a participação do Ministério Público em um TAC seria obrigatória quando se tratar de TAC celebrado no curso da Ação Civil Pública (WALCACER *et. al.*, 2002, apud VIÉGAS *et. al.*, 2014), como é o caso presentemente analisado²⁶.

Ressalta-se ainda que ficou a cargo da Fundação (Samarco) eleger quem seriam os atingidos e qual seria a indenização devida.

Portanto, sob uma perspectiva crítica, os TACs podem ser encarados como um instrumento de baixa efetividade, que permite o esvaziamento dos conflitos, reduzindo-os a meras questões técnicas, na medida em que se prestam a conferir uma roupagem formal que permite a flexibilização de normas e continuidade do dano. Geralmente costumam estabelecer condutas de reparação inócuas, como construção de escolas ou doação a fundos com função social sem que as vítimas sejam reparadas pelos danos por elas sofridos.

Uso da Ação Civil Pública como Instrumento Promotor de Acesso à Justiça

O Estado Democrático de Direito tem por seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e

²⁶Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2016-Coment%C3%A1rios-Acordo-Samarco.pdf>>.

solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento socioambiental, a paz e a democracia (LEITE, 2012). Desta necessidade básica de ampliação do acesso à justiça, surge a ação civil pública no Brasil.

Trata-se de um instrumento que busca tutelar direitos coletivos e difusos através da responsabilização patrimonial de seus violadores. Como a resposta jurídica aos danos causados não era satisfatória da perspectiva puramente individual, já que o prejuízo causado a um indivíduo singular pela conduta do infrator poderia ser pequeno²⁷ ou faticamente incomensurável²⁸, surgiu a necessidade de criar um mecanismo que pudesse oferecer uma resposta capaz de desestimular tais práticas.

O que é a Ação Civil Pública

Disciplinada pela Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, a ação civil pública faz parte dos mecanismos de tutela coletiva adotados pelo direito brasileiro, sob grande influência principalmente do direito italiano e das *class actions* do ordenamento americano. Ainda que considerado um sistema adequado, o instituto aguarda por atualizações que dependem de vontade política e mobilização parlamentar e encontram barreiras nos interesses dos grandes litigantes individuais.

²⁷ Citemos o seguinte exemplo: uma grande empresa do setor alimentício comercializa por R\$ 5,00 uma unidade de seu produto em embalagens de 500g que, na verdade, contêm apenas 490g. Um único consumidor perde, por produto adquirido, R\$ 0,10, valor pequeno que dificilmente seria buscado em juízo. Mesmo o dano provocado costuma ser imperceptível, a menos com o auxílio de uma balança. Em compensação, se as vendas desse produto ocorrem em larga escala, há um ganho econômico considerável por parte do agente econômico a partir dessa prática de má-fé, que requer uma resposta eficaz por parte do ordenamento jurídico.

²⁸ Citemos como exemplo um caso de contaminação de uma vasta área pesqueira por derramamento de petróleo, que provoque a mortandade de cardumes típicos da região. É quase impossível delimitar o prejuízo sofrido a cada pescador individualmente considerado, sendo necessário recorrer a uma estimativa. Há a solução jurídica, mas o *quantum* dificilmente corresponde à realidade fática.

Com a referida ação, a legislação brasileira procura tutelar especialmente: o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio “artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, a ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social. Trata-se de expressamente de rol não exaustivo, tendo tal mecanismo a intenção de proteger qualquer outro direito difuso ou coletivo (BRASIL, 1985, art. 1º).

Vantagens e Limitações da Ação Civil Pública

O projeto de lei 5139/2009, anterior ao próprio Código de Processo Civil hoje já vigente, tentou disciplinar a matéria das ações coletivas em nova lei, sem que nunca fosse aprovado. Anos mais tarde, a tentativa foi de iniciativa do Senado no Projeto nº 282 de 2012, que alteraria a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Também esta modernização da legislação restou sem sucesso e encontra-se arquivada. O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015), por sua vez, nada traz de novo sobre as ações coletivas em específico.

A ação civil pública possui o mérito de tentar responder à complexidade das relações sociais identificando um conflito que não seria satisfatoriamente resolvido através de um tratamento judicial meramente “atomizado”, isto é, restrito a uma relação entre indivíduos. Confere-se um “tratamento molecular” devido ao conteúdo da matéria litigiosa, permitindo que uma coletividade possa ser representada em juízo²⁹ (DIDIER, 2014, p. 31).

Entretanto, o fato do Direito ter se aberto a tal possibilidade não significa ter ocorrido automaticamente o empoderamento das comunidades, já que a desigualdade econômico-financeira

²⁹ Anteriormente tais conflitos eram resolvidos através da figura do litisconsórcio, pelo qual se permitia a união de diversos sujeitos num mesmo polo processual. Porém, a decisão proferida não transcendia a esfera dos participantes desse processo, razão pela qual tratava-se de resposta insuficiente.

entre os litigantes persiste, bem como fragilidades institucionais que impedem uma reparação efetiva em favor das vítimas, em especial daquelas atingidas por violações massivas de Direitos Humanos.

O reconhecimento das ações coletivas não foi capaz de superar a predominante lógica individualista de demandas, que desarticula as coletividades, servindo, principalmente, aos grandes litigantes, isto é, aqueles que detêm vasto número de ações tramitando (tais como grandes empresas em relações consumeristas).

Os grandes violadores de direitos se beneficiam da morosidade do Judiciário, causado especialmente pelas sucessivas possibilidades recursais que se abrem aos litigantes bem assessorados tecnicamente e paralisam os feitos em nome de questões procedimentais, dificultando uma responsabilização efetiva. Some-se a isso a insegurança jurídica provocada por análises divergentes por parte de julgadores, que geram precedentes em diversos sentidos para situações virtualmente idênticas e pouco contribuem para a concretização da justiça.

Configura-se como um grande entrave, portanto, a longa duração dos processos. Isso acaba desestimulando o ajuizamento das ações civis públicas e fomentando a descrença sobre a possibilidade de resolução da controvérsia.

Atribui-se à ação civil pública natureza de garantia constitucional fundamental, pois funda-se na tutela dos direitos coletivos elencados no Título II, Capítulo I, da CF/1988, não podendo esta ser restringida ou eliminada da Carta Magna, possuindo aplicabilidade imediata e *erga omnes*, imprescritibilidade formal e substancial³⁰ e

³⁰ Aplicabilidade imediata significa que uma determinada norma não requer um prazo (vacância) para passar a ser efetiva (vigente). Por sua vez, aplicabilidade *erga omnes* quer dizer que os efeitos de uma determinada norma ou decisão não são limitados às partes do processo, valendo “perante todos”, ou seja, para toda a sociedade. Por imprescritibilidade formal se entende na prática o fato de a ação poder ser ajuizada a qualquer tempo e por imprescritibilidade material se entende na prática o fato da responsabilidade pelos danos não se extinguir com o mero decurso de tempo.

prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e valores jurídicos em pauta (ALMEIDA, 2010, p. 241-272).

É preciso que se tenha sempre como norte a efetivação do acesso – individual e metaindividual – de grupos vulneráveis, como consumidores, trabalhadores, crianças, adolescentes, idosos, os subalternizados em geral, não apenas ao aparelho judiciário e à democratização das suas decisões, mas, sobretudo, a uma ordem jurídica justa.

Há quem defenda como condição necessária para tanto a formação de uma nova mentalidade, que culmine com uma autêntica transformação cultural não apenas dos juristas, juízes e membros do Ministério Público e demais operadores jurídicos, mas, também dos governantes, dos empresários, dos ambientalistas e sindicalistas. A efetivação do acesso coletivo à justiça exigiria, sobretudo, um “pensar coletivo”, que seja consentâneo com a nova ordem política, econômica e social implantada em nosso ordenamento jurídico a partir da Carta Magna de 1988 (LEITE, 2010).

Por outro lado, pode-se vislumbrar nessa desigualdade fática um reflexo da lógica que mantém as bases da estrutura social dividida entre classes, sendo necessário modificar tal forma de organização para que essa disparidade desapareça.

Seja qual for o ponto de vista, é certo que a realização do direito ao acesso à justiça passa por um Judiciário mais bem preparado para lidar com tais questões, em especial violações de direitos humanos por entes empresariais, que trazem um desequilíbrio processual latente à demanda, reflexo da desigualdade material que vivenciamos. Esta preparação encontra respaldo constitucional no art. 93, IV³¹. O magistrado esclarecido, bem e

³¹ O dispositivo constitucional citado prevê lei complementar que versará sobre a disponibilização de “cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”. Entretanto, o atual Estatuto da Magistratura é

continuamente formado, incentiva a participação pública dos interessados e favorece a ampliação do acesso à ordem jurídica justa (BANNWART JÚNIOR, *et al.*, 2014).

Em um movimento de constitucionalização do processo, o acesso à justiça torna-se princípio amplamente aplicado, bem como norma introdutória e norteadora da atuação no Judiciário. Além disso, será entendido como Direito Humano (art. 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos e art. 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos) e direito fundamental (art. 5º, inciso XXXV, CF/88). Existe uma lacuna no que tange aos argumentos de Direitos Humanos na efetivação do acesso à justiça por meio de mecanismos como a ação civil pública. Daí se extrai a diretiva 74 do Fórum Justiça³², versando sobre

“Investimento em pesquisa e extensão voltadas aos Direitos Humanos e às demandas de direitos dos grupos vulnerabilizados e dos movimentos sociais, prezando por demandas coletivas e de direitos difusos e, da mesma forma, a prática legislativa em favor de seu empoderamento” (LAVIGNE *et. al.*, 2015, p.19).

Conclui-se, portanto, que a ação civil pública guarda em si grande potencial na resolução de demandas de Direitos Humanos por se tratar da tutela coletiva por excelência no ordenamento pátrio, ainda que sofra de limitações legislativas amarradas por interesses políticos e pela própria barreira cognitiva dos operadores do Judiciário em utilizá-la.

anterior à própria Constituição. A entidade competente para o estabelecimento de diretrizes para tais cursos, segundo Resolução 159 do CNJ, é a Escola Nacional de Formação de Magistrados que até tem manifestado preocupação quanto às questões envolvendo as ações coletivas e os litigantes habituais.

³² Trata-se de uma organização criada por iniciativa de defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro, que procura atuar em parceria com movimentos da sociedade civil, discutindo a política judicial e os principais entraves para uma democratização do sistema de justiça brasileiro.

Instrumento legal da Suspensão de Segurança

A suspensão de segurança é um instrumento processual cujas origens remontam a um período de exceção, o Estado Novo. Nasce com a primeira lei que disciplina o mandado de segurança³³ (Lei 191/1936), que previa a possibilidade da suspensão de uma decisão contrária ao Poder Público caso fosse lesiva ao “interesse público” (JUSTIÇA GLOBAL *et.al.*, p.5).

O referido instituto concretiza-se no período da ditadura militar no Brasil, com a edição da Lei n. 4.348 de junho de 1964, permitindo que o presidente de um tribunal, por decisão monocrática, pudesse suspender uma decisão favorável ao particular (mesmo que meramente liminar, o que não era previsto de forma expressa anteriormente), quando a mesma pudesse ocasionar grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas.

Curiosamente, é no período democrático – em 1992 – que a suspensão de segurança ganha maior amplitude através da Lei n. 8437/1992, alcançando os feitos que versam sobre direitos coletivos, alcançando as ações civis públicas, ações cautelares inominadas contra o poder público e ações populares³⁴.

Atualmente, é disciplinado pelo art. 15 da Lei 12.016/2009, que condensou em um único diploma legal o tratamento do mandado de segurança individual e coletivo (BRASIL, 2009). No âmbito do STF e do STJ, há ainda a previsão expressa do art. 25 da lei 8.038/90, reforçando o cabimento do pedido naqueles tribunais (BRASIL, 1990). O Regimento do STJ especifica o procedimento em seu artigo 271 (BRASIL, 2016).

Permite-se que um presidente do tribunal ao qual caiba o recurso de uma determinada decisão (liminar ou não) concedida contra qualquer pessoa jurídica de direito público a suspenda,

³³ Paradoxalmente, um instituto que visa garantir os direitos individuais contra ilegalidades praticadas por agentes públicos.

³⁴ Até porque a ação civil pública surge no ordenamento brasileiro somente em 1985, como visto anteriormente.

caso entenda que ela possa causar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Portanto, este instituto trata da possibilidade da pessoa jurídica de direito público buscar, como a própria nomenclatura expressa, a suspensão da eficácia tanto da medida liminar quanto da decisão que concedia a segurança ao particular.

No âmbito da chamada “doutrina clássica nacional”, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, dentre outros, o princípio da supremacia do interesse público proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição da sobrevivência e do asseguramento deste último, consoante leciona Mello, como sendo verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público (2005, p. 58).

O contexto histórico do instituto da suspensão de segurança demonstra que sua criação e aperfeiçoamento se deram em momentos de avanço dos interesses do capital e fortalecimento do Poder Executivo Federal (inclusive em regimes de governo não ditatoriais).

Assim, para além das formas jurídicas, há uma captura corporativa do Estado, bem como do “interesse público”. Essa captura tem por escopo evitar que as pessoas acessem o sistema de justiça para impedir que os projetos do neodesenvolvimentismo sejam judicialmente questionados. Ainda que o instituto tenha sido utilizado em prol de interesses efetivamente públicos, sua origem e seu aprimoramento têm conexões diretas em benefício do capital e contra a efetivação de direitos humanos e do papel do Poder Judiciário (SANTOS *et. al.*, 2015).

Uma vez deferida a suspensão de segurança, a parte contrária fica sem possibilidade real de reverter a decisão, até o trânsito em julgado da sentença. A MP 2.180-35/2001³⁵,

³⁵ Art. 4º (...) - § 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. § 4º - Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer

que cresceu e alterou dispositivos da Lei 8.437/92, estrangula a possibilidade de recurso da parte prejudicada pelo deferimento da exceção de segurança que, em última análise, seria apreciada pelo mesmo presidente que concedeu a suspensão.

Isso viola expressamente diversas garantias fundamentais, na medida em que a utilização do instituto tem servido à manutenção de grandes projetos de infraestrutura que ignoram normas socioambientais ou áreas reivindicadas por indígenas ou quilombolas (SANTOS *et. al.*, 2016, p. 26).

A demora do Poder Judiciário em resolver definitivamente os litígios significa, não raras vezes, o perecimento do direito. Casos como a Usina Hidrelétrica de Barra Grande, construída no Vale do Rio Pelotas, entre Rio Grande do Sul e Santa Catarina são emblemáticos nesse aspecto, já que uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região suspendeu decisão de primeiro grau concedida no curso de Ação Civil Pública movida por parte de organizações de direitos humanos e permitiu que o Ibama concedesse a licença de operação do empreendimento, mesmo com a omissão de informações acerca de danos irreversíveis à Mata Atlântica remanescente no curso do processo de licenciamento ambiental (JUSTIÇA GLOBAL *et.al.*, 2014).

Na jurisprudência, o tema ainda é criticado de forma insipiente. Em vitória do Coletivo Margarida Alves, em 2015,

de eventual recurso especial ou extraordinário. § 5º - É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. § 6º - A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. § 7º - O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. § 8º - As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. § 9º - A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.”

com relação ao caso Izidora no STJ, prolatou-se decisão que determina não ser possível o ato remoção do Estado por violar direitos humanos³⁶.

Portanto, não é sem razão que o relatório apresentado por diversas organizações durante o 150º período ordinário de sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em março de 2014, recomenda que a Comissão:

“1. Analise o instrumento processual brasileiro “Suspensão de Segurança” à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência apropriada e, ao final, declare que a existência e utilização desse instrumento é uma clara violação ao mencionado tratado e jurisprudência aplicável ao Brasil.

2. Solicite ao Estado Brasileiro, com base no artigo 2o da Convenção Americana de Direitos Humanos, que derogue o instrumento de Suspensão de Segurança, por ser um instrumento que contraria normas de dito tratado.” (JUSTIÇA GLOBAL *et.al.*, 2014, p. 28)

Capacitação do Judiciário em Direitos Humanos

O quarto e último capítulo das *Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça Das Pessoas Em Condição de Vulnerabilidade*³⁷ é inteiramente dedicado à promoção de eficácia das regras anteriormente propostas pelo documento. Ao realizar leitura atenta das quinze regras presentes neste capítulo, ressalta-se importante questão a partir do texto da Regra 94, transcrito a seguir:

³⁶ Dregistro=201501067185&data=20151016&formato=PDF>.

³⁷ Relevante documento também conhecido por 100 Regras de Brasília e produzido no ceio da XVI Conferência Judicial Ibero-americana. Discorre-se sobre o tema no tópico 1.4.1 do presente trabalho. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 27.08.2016, às 15h58.

(94) Adotar-se-ão iniciativas destinadas a fornecer uma adequada formação a todas aquelas pessoas do sistema judicial que, devido à sua intervenção no processo, têm um contacto com as pessoas em condição de vulnerabilidade.

Considera-se necessário integrar o conteúdo destas Regras nos diferentes programas de formação e atualização dirigidos às pessoas que trabalham no sistema judicial. (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008)

Tal regra elucida bem uma importante exigência para a eficiência de um processo judicial: o sistema de justiça precisa estar capacitado de acordo com as diretrizes propostas. Acrescenta-se, ainda, a necessidade de capacitação do judiciário em matéria de Direitos Humanos e Fundamentais, a qual é de extrema importância para o estabelecimento de uma justiça justa e igualitária, que respeite as pessoas em condição de vulnerabilidade.

Neste ponto, a já citada investigação realizada por José Ricardo Cunha na primeira instância de uma Comarca do Estado do Rio de Janeiro mostra-se novamente relevante. São levantados importantes dados que ajudam a compreender a relação dos magistérios com os Direitos Humanos.

Foi constatada a presença de uma mentalidade que vai de encontro às posições doutrinárias mais recentes, as quais reconhecem a possibilidade de aplicação dos direitos humanos não só em temas que tangem a ordem pública, mas também nas relações privadas. Comprova-se por meio de uma maior utilização das normativas internacionais em sentenças nas Varas Criminais em relação às Varas Cíveis e de Fazenda Pública, disparidade observada a partir de uma análise comparativa das mesmas. (CUNHA, 2005)

Quanto à justiciabilidade dos direitos humanos, de uma forma geral, conforme afirma Ricardo Cunha:

“Evidenciou-se, ao longo da pesquisa, um instigante paradoxo: se, por um lado, os juízes demonstram concepções arrojadas acerca dos direitos humanos e da aplicabilidade, em tese, de suas normas garantidoras, por outro, poucos são os que efetivamente aplicam normas que versem sobre tais direitos, mormente em se tratando da utilização específica dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA. Isso pode ser justificado a partir da constatação de que 40% dos juízes nunca estudaram Direitos Humanos, e apenas 16% deles sabem como funcionam o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos interamericano e o das Nações Unidas. Mesmo assim, a grande maioria, 73% dos magistrados, afirma que, se houvesse oportunidade, gostaria de participar de cursos sobre direitos humanos.” (CUNHA, 2005, p. 169)

Ao observar os alarmantes dados acima expostos, fica evidente a necessidade de uma devida capacitação do sistema judicial em matéria de direitos humanos, os quais se configuram como os principais meios de promoção de uma vida digna a todos e todas. É essencial, portanto, a promoção de ações que informem e contribuam para com os magistrados em sua formação jurídica, bem como o estabelecimento de um ensino plural, igualitário e colorido em raças e oportunidades nas universidades.

Não há como se pensar um sistema de Justiça em separado dos Direitos Humanos. A dignidade da pessoa humana é o fim ao qual se destina os mecanismos judiciais e a legislação. Dessa forma, é substancial que o Judiciário compreenda e aplique as normas internacionalmente consagradas e os acordos ratificados. É imprescindível a presença de juízes e magistrados capazes de decidir sobre essa matéria de maneira eficaz, sem que os Direitos Humanos fiquem prejudicados diante das artimanhas exclusivamente procedimentais que obstaculizam um verdadeiro e amplo acesso à Justiça e que invisibilizam a vítima por meio do próprio processo.

Necessita-se, portanto, de uma maior aproximação do judiciário em relação às pessoas afetadas. O sistema de justiça

precisa ser compreendido não como uma vitrine de justiça, mas como um espaço de justiça, no qual todos que são participantes do processo se conheçam e se sensibilizem pela condição de vulnerabilidade das vítimas. Um espaço no qual efetivamente e eficazmente se proteja direitos humanos.

O Poder Judiciário e as Empresas

Mais de 40% dos milhões de processos que tramitam no Judiciário brasileiro relacionam-se com as grandes empresas e com o setor financeiro, ressaltando a importância de dedicar um olhar cuidadoso às relações entre as empresas e o Poder Judiciário, destacando suas promiscuidades.

Como são os principais usuários do judiciário, os agentes econômicos utilizam-se de táticas escusas para alcançarem resultados favoráveis em suas demandas, colocando em cheque a independência e a autonomia de decisão das juízas e juízes. Entre essas estratégias, ganha destaque o patrocínio de eventos para a magistratura. (PIVATO, 2015)

Em entrevista concedida à Associação de Controle do Tabagismo (ACT), Antônio Sergio Escrivão Filho explicou os perigos que estes patrocínios carregam, demonstrando porque se deve proibir esse tipo de relação:

“Porque os patrocínios representam uma forma de investimento financeiro indireto que visa a produzir sucesso nas ações judiciais de grandes empresas que usualmente figuram como patrocinadoras ou promotoras de eventos para magistrados. De fato, de um modo geral os patrocinadores de eventos possuem centenas de ações judiciais em curso, que serão decididas pelo público alvo dos eventos aos quais vinculam sua imagem e mensagem institucional, investindo, assim, em uma relação privilegiada de proximidade, ainda que simbólica, com os magistrados”. (FILHO, 2013)

Em resposta ao alarde da sociedade civil e às denúncias constantes a respeito da promiscuidade deste tipo de relação entre o judiciário e as empresas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 2013, a Resolução 170. O documento limita a 30% o patrocínio destes eventos, não o proibindo totalmente. A resolução ainda determina que os magistrados apenas possam participar destas convenções patrocinadas por atores privados caso se encontrem na posição de palestrante, conferencista, debatedor, moderador ou presidente de mesa. Se for o caso, as juízas e juizes poderão ter as despesas de locomoção e hospedagem pagas pelo evento. (PIVATO, 2015)

Em contraste, o texto original da proposta de Resolução pretendia que a proibição fosse total, entendimento com o qual concatenamos, principalmente devido aos evidentes riscos a importantes valores democráticos que elas carregam, como a independência e a autonomia do judiciário.

No entanto, conforme explica Antônio Sérgio Escrivão Filho (2013), apesar de persistirem a dificuldade de observância das diretrizes postuladas pelo CNJ e a referida falta de proibição total, a resolução deve ser tomada como um avanço no tema, devido ao próprio reconhecimento por parte do órgão dos prejuízos provenientes destas relações. O advogado acrescenta, ainda, a “ressalva de que este percentual diz respeito somente aos eventos realizados pelos órgãos do próprio Poder Judiciário, de modo que para os eventos realizados por associações de juízes e empresas, a vedação é total.” (FILHO, 2013)

Dessa forma, cabe destacar, por fim, que é necessário expandir tal, não tomando como suficiente a resolução do CNJ. Também é de suma importância fazer com tal avanço se dê com o apoio e a participação de todas e todos interessados no processo, incluindo vítimas e sociedade civil, para garantirmos que mais decisões verticais, patrocinadas e duvidosas sejam tomadas.

Quarentena de Magistrados Aposentados

Em 2015 o Senado Federal aprovou, por meio do Projeto de Lei (PLS) 476/2015, o prazo de dois anos de quarentena – ou seja, de descompatibilização – para os membros do Ministério Público e magistrados que desejarem participar de eleições como candidatos. A proposta foi enviada à câmara, onde tramita até o momento.

O projeto modifica a Lei Complementar 64/1990 (Lei de Inelegibilidade) visando garantir que os magistrados não usem a estrutura do Poder Judiciário como um trampolim político, tomando decisões mais palatáveis ao eleitorado para não se comprometer politicamente.

A discussão é importante por tangenciar a possibilidade de instrumentalização do judiciário, impedindo o devido acesso à justiça. Dessa forma, o estabelecimento de, pelo menos, algum prazo para aquelas e aqueles que desejaram concorrer a um cargo eletivo parece ser razoável.

Nessa esteira, também cabe ressaltar a questão da possibilidade de atuação como advogado dos magistrados após a aposentadoria. O tema é delicado devido à influência que esses juízes irão possuir sobre aqueles que, até certo momento, eram seus pares. O problema se aprofunda ainda mais caso considerarmos tal possibilidade em relações aos ex-ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal (STF).

A influência decorrente da experiência como julgador da mais alta corte brasileira é inegável e, caso um ministro ou ministra atue como advogado, torna-se evidente a possibilidade da diminuição simbólica da outra parte no processo, principalmente se tratando de casos em instancias inferiores. Dessa forma, a possibilidade de atuação da advocacia por ministros do STF, primordialmente a empresarial, coloca-se desarrazada em meio ao cenário jurídico-político Brasileiro, pois prejudicaria o princípio da igualdade das partes.

Outro tema importante a cerca dos julgadores e julgadoras que compõem a cúpula alta do Judiciário diz respeito à forma com a qual eles e elas chegaram lá. Tramita no Senado Federal uma ameaça legislativa que trata justamente da forma de escolha de ministros para o STF, a Proposta de Emenda a Constituição (PEC) 32/2015.

A PEC modificaria pontos relevantes do sistema atualmente adotado, como a supracitada quarentena, que seria modificada para estabelecer cinco anos de ilegitimidade. Da mesma forma, modificariam os critérios de seleção, acrescentando as atuais exigências – notável saber jurídico; idade superior 35 anos de idade e inferior a 65; e reputação ilibada – a necessidade de 15 anos de carreira na atividade jurídica e criação de uma lista prévia de nomes a ser entregue ao presidente, elaborada por uma comissão. Por fim, a mudança mais drástica, que dita o tom da PEC, seria o estabelecimento de mandatos, limitando a permanência dos ministros no Tribunal a dez anos.

A proposta deve ser vista sob um olhar cuidado, pois pode incorrer na falsa esperança de resolução do tema e, na verdade, perpetuar as estruturas conservadoras e excludentes que delimitam o processo de escolha dos ministros. Com efeito, destacamos a postura de Antônio Sérgio Escrivão Filho, que explica bem em uma de suas entrevistas o que devemos esperar da atuação de um Ministro ou Ministra do STF, sugerindo forma pertinente de seleção:

Em tempos de judicialização da luta por direitos humanos, os movimentos sociais esperam que um ministro do STF tenha comprovado e efetivo compromisso com a efetivação dos direitos humanos, identificando a legitimidade dos movimentos sociais como sujeitos coletivos de direitos no processo democrático brasileiro. Esperam também que a própria composição do STF seja melhor representativa da diversidade de raça e gênero de nosso país, o que poderia ser atingido com mudanças na forma de indicação dos ministros pela Presidência da República.

Tais mudanças poderiam estabelecer o compromisso com os direitos humanos como critério objetivo para a indicação, e que implementassem mecanismos de transparência e participação social no procedimento de escolha presidencial, tornando pública a lista de nomes oficialmente sondados e analisados, e convocando consulta e audiência pública para debater as indicações. (FILHO, 2013)

O Marco Normativo Internacional sobre acesso à Justiça

O fortalecimento do Estado Neoliberal e do capitalismo, no âmbito da globalização do final do século XX, facilitou o protagonismo das grandes empresas no cenário mundial. Essas companhias, exercendo a atividade empresarial, tornaram-se as principais agentes violadoras de Direitos Humanos, com potencial violador maior do que o próprio Estado, historicamente concebido como o maior responsável pelo esvaziamento de direitos.

Frente à perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é importante apontar que seus princípios e normas foram incorporados em âmbito nacional. Com o fim dos regimes ditatoriais pelos quais passavam alguns países, como é o caso do Brasil, adquiriu também grande influência na elaboração das Constituições Democráticas. Dessa forma, os Direitos Humanos permeiam o ordenamento jurídico positivado através dos direitos fundamentais e a própria compreensão de democracia e cidadania.

Ressalta-se que o princípio da norma mais favorável à vítima – que assegura a prevalência da norma que mais eficazmente proteja os Direitos Humanos – possui o objetivo de aprimorar e reforçar, e nunca diminuir ou debilitar o grau de proteção e a efetividade das constitucionalmente consagradas, como demonstra Flávia Piovesan (2013).

Ao consolidar parâmetros mínimos para a defesa da dignidade da pessoa humana, principalmente quando as instituições nacionais mostram-se falhas ou omissas, os tratados internacionais mostram-se protetores dos Direitos Humanos. Dessa forma, o conceito de cidadania tornou-se mais amplo e extenso, após ser redefinido no âmbito nacional em face à do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Atualmente, pode-se afirmar que a realização integral dos direitos da cidadania, compreende o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente previstos. (PIOVESAN, 2013)

É indispensável, portanto, dar atenção não somente ao ordenamento interno e aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos em casos que tratam de Direitos Humanos, mas também aos Acordos, Tratados e outros documentos que produzem normas no Direito Internacional para proteção dos Direitos Humanos.

Sob uma perspectiva de enfoque ao Direito Internacional, observa-se que importantes dispositivos também deram atenção à proteção da garantia do devido acesso à justiça. Em seu Art. 8º, a Declaração Universal de Direitos Humanos dita que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

Da mesma forma, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, dispõe em seu Art. 8º que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente [...]”; além de especificar, por meio do mesmo artigo, diversas garantias judiciais que devem ser protegidas. De forma ampliada, por meio do Art. 25º, que define as diversas necessárias proteções judiciais, assevera também que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (CADH, 1969)

Ao analisar os supracitados artigos da Convenção Americana, observa-se dois estágios essenciais que necessitam ser protegidos para a efetivação de um devido acesso a justiça. No primeiro, evidenciado pelo Art. 25º, busca-se certificar que todas as pessoas que tiverem seus direitos violados tenham acesso a recurso perante um tribunal competente. No entanto, não basta a simples efetivação do recurso. É necessário que, quando efetivado, o processo proteja as devidas garantias judiciais de todas e todos. Sobre essa matéria, trata o Art. 8º da Convenção, o qual, por sua vez, evidencia o segundo estágio aqui definido.

Destaca-se, portanto, a necessidade de uma interpretação conjunta e indissociável entre os Artigos 25º e 8º da Convenção Americana, afim do estabelecimento do acesso à justiça *lato sensu*, na qual ambos os estágios anteriormente citados são protegidos, conforme defende o eminente jurista A. A. Cançado Trindade, então juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁸, nos votos separados para as sentenças dos casos *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia*³⁹ e *Ximenes Lopes versus Brasil* (21.12.2005)⁴⁰. (CORTEIDH, 2006)

³⁸ Atualmente, o professor Antônio Augusto Cançado Trindade é juiz do Tribunal Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU).

³⁹ Voto separado no caso *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia*, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2006 sobre mérito e reparações. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_140_ing.doc>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h50.

⁴⁰ Voto separado no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2006 sobre mérito e reparações. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_149_ing.doc>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h56.

O caso acima referido, do caso “Damião Ximenes Lopes”, é exemplo marcante da ineficiência do sistema de justiça público brasileiro, o qual se afoga em ondas de procrastinação, clara afronta ao direito à pronta prestação jurisdicional, um dos pressupostos do acesso à justiça *lato sensu*. O processo penal que tratava dos fatos ocorridos com Damião Ximenes Lopes, que foi torturado e morto em uma casa de repouso da previdência pública, chegou a completar mais de quatro anos sem sequer a emissão da sentença de primeira instância. (CORTEIDH, 2006)

Situações absurdas como a acima descrita evidenciam a indispensabilidade da devida efetivação dos princípios internacionais e a necessidade de avaliação pela Corte Internacional, ou seja, de uma responsabilização internacional do Estado, que foi reconhecida pelo Brasil neste caso.

No entanto, observa-se que o Brasil não se apresenta tão aberto ao uso destes importantes instrumentos internacionais. A Emenda Constitucional nº 45⁴¹, ao modificar o parágrafo terceiro do Art. 5º do texto constitucional, representou grande retrocesso ao caminho de abertura de efetivação dos princípios internacionais. O texto prevê que apenas terão relevância constitucional aqueles dispositivos internacionais que se submeterem a aprovações em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional. Ao claramente privilegiar um formalismo desnecessário e perigoso, coloca-se em risco a efetivação de diversos direitos fundamentais⁴².

Torna-se notável, portanto, a necessidade de uma maior abertura na tradição brasileira para buscar maior efetivação

⁴¹ Op. cit. supra n. (09).

⁴² Em seu voto separado na sentença do caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, Cançado Trindade sugere a seguinte bibliografia para um histórico circunstanciado do parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira, com as referências devidas às fontes documentológicas: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 597-643; A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 2000, pp. 1-214; G.R. Bandeira Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002; Sílvia M. da Silveira Loureiro, *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2005.

dos diversos Direitos Humanos defendidos internacionalmente por entidades como a Organização das Nações Unidas. Somente desta forma poderemos garantir de forma efetiva os direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, vencendo as diversas dificuldades enfrentadas por pessoas em condição de vulnerabilidade.

A fim de garantir a efetivação desses direitos, Cançado Trindade ainda aponta como necessária a inserção do direito ao acesso à justiça *lato sensu*, ou seja, em sentido amplo, no *jus cogens* internacional. Dessa forma, tal garantia ganharia mais força, por tornar-se imperativa e, portanto, inderrogável pela vontade das partes, conforme dita o artigo 53 da Convenção De Viena Sobre O Direito Dos Tratados:

[...] Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (ONU, 1969)

Cançado Trindade posicionou-se algumas vezes nesse sentido enquanto juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como em seus votos separados nos casos *López Álvarez versus Honduras*⁴³, *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia*⁴⁴, *Baldeón García versus Perú*⁴⁵ e *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai*⁴⁶.

⁴³ Pars. 53-55 do Voto separado no caso *López Álvarez versus Honduras*, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2006 sobre mérito e reparações. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_141_ing.doc>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h40.

⁴⁴ Op. cit. supra n. (22), pars. 63-65.

⁴⁵ Pars. 10 do Voto separado no caso *Baldeón García versus Perú*, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2006 sobre mérito e reparações. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_147_ing.doc>. Acesso em: 13.06.2016, às 22h00.

⁴⁶ Pars. 36 do Voto separado no caso *Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai*, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2006 sobre mérito e

Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade

As Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, também conhecidas como 100 Regras de Brasília, foram aprovadas pela XVI Conferência Judicial Ibero-americana, realizada em 2008 na capital brasileira. O documento foi elaborado por um Grupo de Trabalho constituído na própria conferência e contou com o apoio de organizações de diversos países, as quais começaram o processo para a aprovação dos seus respectivos governos, incluindo o Brasil. O texto pode oferecer importantes substratos e parâmetros para o estabelecimento de um acesso democrático e ampliado à justiça, os quais se pretende aqui destacar.

O documento é dividido em quatro capítulos, buscando contribuir em cada um deles com aspectos que, além de levantar reflexões acerca dos problemas no acesso à justiça para pessoas em condição de vulnerabilidade, também reúnem recomendações para que estes sejam solucionados.

O primeiro capítulo, além de especificar a finalidade de todo o texto – “garantir as condições de acesso efetivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade” –, destina-se a identificar tanto seus beneficiários quanto seus destinatários. O documento observa diversos grupos em condição de vulnerabilidade, elencando-os em dez tópicos. No entanto, apresenta pesara lacuna: não problematiza adequadamente as situações de vulnerabilidades relacionadas à raça.

Nesse ponto, apresentam-se relevantes as 100 Diretrizes para um Modelo de Justiça Integrador⁴⁷, elaboradas pela organização Fórum Justiça⁴⁸, a partir de um acúmulo das 100

reparações. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_146_ing.doc>. Acesso em: 13.06.2016, às 22h04.

⁴⁷ Disponível em: <<http://forumjustica.com.br/seminariosfj2015/wp-content/uploads/2015/07/Livro-100-Diretrizes-Portugu--s-1.pdf>>. Acesso em: 07.06.2016, às 10h:29m.

⁴⁸ “O Fórum Justiça (FJ) se apresenta como um espaço aberto a organizações e

Regras de Brasília. Dezoito das 100 diretrizes são direcionadas ao tema Raça, instruindo ao fim delas para que a lacuna deixada pelas 100 Regras de Brasília seja preenchida com as diretrizes previstas na Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata⁴⁹.

Em contraste com tal falha, o documento acerta em abordar a discriminação que a mulher sofre, evidente causa de vulnerabilidade ao acesso à justiça. O tema é tratado por meio das regras 17 a 20, nas quais se evidencia o problema, busca-se conceituar a discriminação e a violência e, por fim, se propõe as mudanças necessárias. As discussões a cerca do preconceito de gênero ganharam ainda mais força com a publicação *General recommendation on women's access to justice*⁵⁰, por parte do Comitê de Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres da Organização das Nações Unidas (ONU). O documento, outro importante instrumento que aborda a ampliação do acesso à justiça, busca promover participação igualitária da mulher no judiciário e em qualquer outro mecanismo de implementação da lei, política essencial para a boa governança de um Estado democrático e plural.

Após elencar seus beneficiários e seus destinatários, apresentam-se no Capítulo seguinte as regras disponíveis para defender o direito destas pessoas quando elas necessitarem utilizar o sistema do judiciário. Por fim, após apontar também regras destinadas a proteção de todos os componentes de um processo judicial, apresenta no quarto e último Capítulo os

movimentos sociais, setores acadêmicos, estudantes, bem como agentes públicos do sistema de justiça e outros atores que se mostrem interessados em discutir justiça como serviço público.” Informações extraídas do portal oficial da organização. Para mais informações, acesse: <<http://www.forumjustica.com.br/pb/>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h06.

⁴⁹ Adotada em 8 de Setembro de 2001, em Durban, África do Sul.

⁵⁰ Recomendações gerais em Acesso a Justiça de Mulheres, documento publicado em 23 de Julho de 2015. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_7767_E.pdf>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h03.

meios de promoção de eficácia de todas as regras anteriormente propostas. Dessa forma, observa-se que o documento é abrangente e transpassa pelos pontos necessários para defesa daqueles em condição de vulnerabilidade.

A partir destas informações, ficam claras as possibilidades de melhoria na proteção do direito a justiça no Brasil a partir de uma possível implementação das 100 Regras de Brasília. Tal processo seria adequadamente guiado pelas 100 Diretrizes para um Modelo de Justiça Integrador, que complementam as 100 Regras, fortalecendo-as e corrigindo as possíveis falhas. Dessa forma, esperam-se posições do Brasil que caminhem nesse sentido, a exemplo de países como o Paraguai, que ratificou o documento por meio da Acordada nº633-10⁵¹.

Outro instrumento de uso relevante no processo de ampliação do acesso a justiça no Brasil são os *United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*⁵², que também oferecem substratos para a efetivação destas garantias fundamentais.

O Princípio da Centralidade do Sofrimento da Vítima

É imprescindível, como foi aferido, nos processos envolvendo demandas de Direitos Humanos, observar os Tratados, Acordos e demais documentos que tecem normas no Direito Internacional para proteção e efetivação dos Direitos Humanos e não somente os direitos fundamentais basilares da Constituição Federal de 1988 e o ordenamento interno.

⁵¹ Decisão da Corte Suprema de Justiça do Paraguai. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/images/contenido/acordadas/acordada633.pdf>>. Acesso em: 07.06.2016, às 16h01.

⁵² “Princípios e Orientações das Nações Unidas em acesso à assistência jurídica nos Sistemas Criminais de Justiça”, publicados em 2013 pelo Escritório de Drogas e Crimes da ONU. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h58.

É importante destacar também que ao abordar Direitos Humanos sob a ótica do Direito Internacional, deve-se observar sempre a centralidade do sofrimento da vítima no processo, outro conceito cunhado em votos de Antônio Augusto Cançado Trindade para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como em seu voto separado para o marcante caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, no qual utilizou de uma importante ótica humanista ao tratar do tema a partir de toda a carga emocional envolvida nos depoimentos.

Em consonância com as propostas de Cançado Trindade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve, então, ser concebido a partir da tríade “vitimização”, “sofrimento humano” e “reabilitação das vítimas”. Conforme Trindade explica, o Direito Internacional, ao colocar os responsáveis por crimes em holofotes e deixar as vítimas às margens do processo, reproduz a mesma distorção que o Direito Penal doméstico dos países produziu durante sua evolução, ao deixar a vítima em posição marginal e se orientar a partir da figura do delinquente. (CORTEIDH, 2001)

Diante deste cenário, Trindade explica que é papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos se orientar de acordo com o sofrimento das vítimas, resgatando a posição central das mesmas no processo. O sofrimento das vítimas seria, então, o elemento mais importante na reparação das violações. Deve-se humanizar o processo de reparação, dando a devida atenção à perda daquelas e daqueles que foram separadas de seus parentes mais próximos, ressaltando o sofrimento tanto das vítimas diretas quanto das indiretas, que são usualmente esquecidas. (CORTEIDH, 2001)

Essa abordagem é necessária, pois, o sofrimento humano vai além da dimensão pessoal, adquirindo também um caráter social, conforme revela Cançado Trindade, no Voto Separado no caso paradigmático dos “Meninos de Rua”⁵³:

⁵³ Voto separado no caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2001 sobre reparações. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_77_ing.doc>. Acesso em: 31.05.2016, às 15h40.

O sofrimento humano tem uma dimensão tanto pessoal como social. Assim, o dano causado a cada ser humano, por mais humilde que seja, afeta a própria comunidade como um todo. Como o presente caso o revela, as vítimas se multiplicam nas pessoas dos familiares imediatos sobreviventes, que, ademais, são forçados a conviver com o suplício do silêncio, da indiferença e do esquecimento dos demais. (CORTEIDH, 2001)

Destacam-se, ainda, os problemas da lógica de reparação utilizada no sistema. Tudo se reduz à fixação de montantes indenizatórios e as relações em si são comercializadas pelos *homo oeconomicus* da sociedade atual, como Trindade explica no parágrafo 35 do supracitado voto no caso dos “Meninos de Rua”.

Dessa forma, Cançado demonstra a importância central da vítima em reparações não pecuniárias, que visam à restituição de integridade, a realização de justiça e a luta com contra a impunidade. Busca-se, portanto, uma reparação que não se limite apenas às reparações por danos materiais e morais – meras indenizações –, e sim uma reparação integral dos danos sofridos, de forma que se adeque ao fator mais importante do processo: o sofrimento das vítimas. (CORTEIDH, 2001)

Esta ótica que perpetua a contribuição do Direito Internacional dos Direitos Humanos na humanização do Direito Internacional foi reiteradamente assinalada nos Votos Separados de Cançado Trindade em Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como observado nos casos *Bámaca Velásquez versus Guatemala*⁵⁴ e *Blake versus Guatemala*⁵⁵, além dos já citados *Ximenes*

⁵⁴ Votos separados no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Mérito (2000) e Reparações (2002). Disponíveis, respectivamente, em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_70_ing.doc> e <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_91_ing.doc>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h26.

⁵⁵ Votos separados no caso *Blake versus Guatemala*, sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Mérito (1998) e Reparações (1999). Disponíveis, respectivamente, em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_36_ing\[1\].doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_36_ing[1].doc)> e <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_48_ing.doc>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h30.

Lopes versus Brasil e Villagrán Morales e Outros versus Guatemala. No mesmo sentido, o Voto Concordante no Parecer da Corte Interamericana sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal (1999)*⁵⁶.

Conforme demonstra Marcus Pinto Aguiar (2014) esse tendência de valorização da posição central do ser humano do Direito Internacional também tem sido levada com protagonismo por Cançado Trindade à Corte Internacional de Justiça, onde atua como juiz no mandato de 2009 a 2018. Isso se revela, por exemplo, por meio do paragrafo 197 deste voto proferido em apartado por Cançado na Corte Internacional de Justiça:

Segundo meu entendimento, esta é uma das características básicas do novo *jus gentium* de nossos tempos. Afinal, cada ser humano é um fim nele mesmo ou nela mesma, e, individual ou coletivamente, tem a capacidade de gozar da “liberdade de opinião e de viverem a salvo do termo e da necessidade”, como proclamado no preambulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (parágrafo 2º). Cada pessoa humana tem o direito de ter respeitada sua dignidade, por fazer parte da humanidade. O reconhecimento deste fundamental princípio da humanidade é uma das maiores e irreversíveis realizações do *jus gentium* de nossos tempos. Ao final da primeira década do século XXI, é chegado o tempo de auferir as consequências do manifesto não cumprimento deste fundamental princípio da humanidade. (ONU, 2010 *apud* PINTO AGUIAR, 2014, p. 41).

Conclusão

A partir das discussões propostas, ficam evidentes os diversos obstáculos enfrentados na busca pela efetivação de um amplo acesso a justiça no Brasil, ressaltados pelo distanciamento

⁵⁶ Parecer da Corte Interamericana sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* de 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.doc>. Acesso em: 07.06.2016, às 15h:43.

e descaso dos órgãos institucionais em relação às vítimas de violações de direitos humanos.

Como vimos, o marco normativo e institucional nacional ainda é frágil, evidenciando a despreocupação do congresso e do governo nacional em relação ao tema. Os poucos instrumentos previstos que possuem potencial de mudança são negligenciados e limitados, como as ações civis públicas. Por fim, pouco se discute ainda sobre a comum utilização de perigosos artifícios jurídicos, como os Termos de Ajustamento de Conduta e a Suspensão de Segurança.

Os instrumentos internacionais que abordam o tema são importantes aliados na mudança deste panorama. É de suma importância observar e utilizar de forma atenta os diversos artifícios aos quais, apesar de termos acesso, ainda são negligenciados, como as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. Necessita-se ainda, institucionalizar a ampla utilização do marco internacional de Direitos Humanos, proporcionando a devida capacitação dos agentes do Poder Judiciário, a fim de estabelecer um sistema de justiça guiado pela devida efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Estes são importantes caminhos a se seguir em direção à ampliação do acesso à justiça no Brasil, buscando a concretização de um sistema realmente justo e inclusivo, que se pautar de acordo com o sofrimento da vítima e não privilegie os interesses do capital.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Marcus Pinto. **Acesso à Justiça nos Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 241-272.

ARAÚJO MARTOS, Frederico Thales de; FARIA MARTOS, José Antonio de. **A Influência Do Banco Mundial Na Reforma Do Poder Judiciário E No Acesso À**

Justiça No Brasil. In: **Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Rubia Carneiro Neves, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. – Florianópolis: FUNJAB, 2013.

ARMEDE, Juliana Felicidade. **Execução Penal e o Microsistema da Tutela Coletiva**. São Paulo: PUC-SP, 2009. Dissertação em Direito Processual Penal - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

BANWART JÚNIOR, Clodomiro José; BANWART, Michele Christiane de Souza; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Formação e aperfeiçoamento de magistrados em matéria de Direitos Humanos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 22-28, jan./abr. 2014

BELLINETTI, Luiz Fernando; LUIZÃO, José Mauro. **Suspensão da execução de medidas judiciais deferidas para a tutela de interesses ambientais**. SCIENTIA IURIS, Londrina, v.18, n.1, p.91-114, julho de 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, passim.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Externa do Rompimento de Barragem na Região de Mariana - MG (Cexbarra). **Relatório Preliminar**. Dezembro de 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do poder Judiciário**. Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 170**, de 26 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_170_26022013_11032013152838.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 203**, de 23 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2974>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. **Emenda Constitucional n° 45**, de 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 mai. 1990.

_____. Lei Complementar n° 80, de 12 de janeiro de 1994. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jan. 1994.

_____. Lei n° 1.060, de 05 de fevereiro 1950. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 fev. 1950.

_____. Lei n° 12016, de 07 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 ago. 2009.

_____. Lei n° 13105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Lei n° 191, de 16 de janeiro de 1936. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 jan. 1936.

_____. Lei n° 4348, de 26 de junho de 1964. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 jun. 1964.

_____. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 jul. 2006.

_____. Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

_____. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 mai. 1990.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 set. 1990.

_____. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

_____. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 01 jul. 1992.

_____. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2001.

_____. Ministério da Justiça. **Atlas De Acesso à Justiça**: Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça. Brasília, Secretaria De Reforma Do Judiciário, 2014.

_____. **Proposta de emenda à constituição nº 32**, de 2015. Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=162236&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. **Projeto de lei do Senado nº 476 (Complementar)**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=172255&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. **Projeto de lei nº 5139/2009**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 mar. 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=68CE5194EB6C60B673C67E3DD0637A40.proposicoesWeb1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. Regimento Interno STJ. **Diário de Just da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 out. 1980.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Em Mandado De Segurança Nº 48.316** - MG. Brasília, DF, 17 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3953**. Brasília, DF, 20 abr. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível Nº 682.754-7** da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Curitiba, PR, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARLET, Flávia. Boaventura analisa Justiça brasileira e defende revolução democrática. **Carta Maior**, 11 jan. 2008. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Boaventura-analisa-Justica-brasileira-e-defende-revolucao-democratica/5/13958>>. Acesso em: 03 set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20ª ed., 2009.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Regras De Brasília Sobre Acesso À Justiça Das Pessoas Em Condição De Vulnerabilidade**. Brasília, 2008.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. 22 de novembro de 1969.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Voto Separado de Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Mérito, reparações e custas. Julgamento de 4 de julho de 2006.

_____. **Voto Separado de Antônio Augusto Cançado Trindade no caso "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros vs. Guatemala)**. **Reparações e custas**. Julgamento de 26 de maio de 2001.

CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR – Revista Internacional De Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 3, Jan/2005.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Volume 4. 9ª edição, Bahia: Editora Jus Podivm, 2014.

FARIA JUNIOR, Luiz Carlos Silva; VIANNA, Lauren Canuto; SANTOS, Maria Eduarda Pereira. O "Sistema de Justiça" Brasileiro e sua Ineficiência para o Julgamento de Demandas Relativas às Violações de Direitos Humanos Cometidas por Empresas: O Caso do Porto do Açú. In: II Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas, 2015, Juiz de Fora. **Anais eletrônicos...** Juiz de Fora: HOMA, 2015. Disponível em: <<https://seminariosinternacionaisdireitoshumanoseempresas.files.wordpress.com/2015/10/o-sistema-de-justic3a7a-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. **Termo de ajuste de conduta celebrado com o Ministério Público do Trabalho**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011. Dissertação de Mestrado em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FILHO, Antônio Sergio Escrivão. **Entrevista: Patrocínios privados a eventos ameaça independência do Poder Judiciário**. ACT - Aliança de Controle do Tabagismo. Boletim, Edição 90. 2013. Disponível em: <<http://www.actbr.org.br/comunicacao/boletim-act-90#perfil>>. Acesso em: 03 set. 2016.

JUSTIÇA GLOBAL; JUSTIÇA NOS TRILHOS; SDDH; TERRA DE DIREITOS; ISA; AIDA. **Situação do direito ao acesso à justiça e a suspensão de decisões judiciais (ação de suspensão de segurança) no Brasil**. Relatório apresentado durante o 150º período ordinário de sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Washington, DC, março de 2014.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; SILVA, Vinícius Alves Barreto (Org.); BATISTA, Gislaine Menezes (Sist.). **100 Diretrizes para Modelo de Justiça Integrador**. *Acúmulo do Fórum Justiça*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/100-DIRETRIZES-PARA-MODELO-DE-JUSTICA-INTEGRADOR.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. (Org.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 1ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 1, p. 149-158.

MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª edição. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2010 (Temas atuais de direito processual civil; volume 4).

MILANEZ, Bruno; PINTO, Raquel Giffoni. **Considerações sobre o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta firmado entre Governo Federal, Governo do Estado de Minas Gerais, Governo do Estado do Espírito Santo, Samarco Mineração S.A., Vale S. A. e BHP Billiton Brasil LTDA**. Brasil, abril de 2016. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/documentos/noticias/documentos_-_poemas_2016_-_comentarios_acordo_samarco.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS (MAB). **Tragédia anunciada**. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/noticia/trag-dia-anunciada>. Acesso em: 18 abr. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. 1969.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

_____. **Princípios e Orientações das Nações Unidas em acesso à assistência jurídica nos Sistemas Criminais de Justiça**. 2013.

_____. **Recomendações gerais em Acesso a Justiça de Mulheres**. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIVATO, Luciana C. F.. *Empresas e Judiciário: patrocínio de eventos da magistratura e a autonomia dos juízes*. **Empresas e violações de direitos humanos: ESSE LUCRO NÃO É DIREITO**. Terra de Direitos - Organização de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Vers%C3%A3o-5-boletim-empresas-e-violacoes-internet.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2016.

RODAS, Sérgio. Para Celso de Mello, novo CPC vai democratizar acesso à Justiça. **Consultor Jurídico**, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/celso-mello-cpc-democratizar-acesso-justica>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAMARCO. **Fazer o que pode ser feito**. Disponível em: http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2015/12/DossieSamarco_09_152.pdf. Acesso em: 18 abr. 2016.

SANTOS, Layza Queiroz; GOMES, Erina Batista. **Suspensão de segurança, neodesenvolvimento e violações de direitos humanos no Brasil**. Terra de Direitos, fevereiro de 2015. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2016/02/suspensao-e-seguranca.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. **Negociação e acordo ambiental: o termo de ajustamento de conduta (TAC) como forma de tratamento de conflitos ambientais**. Rodrigo Nuñez Viégas, Raquel Giffoni Pinto, Luis Fernando Novoa Garzon. - Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014.

ZANETTI JR., Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Bahia: Editora JusPODIVM, 2012. P. 309-325.

RODAS, Sérgio. Para Celso de Mello, novo CPC vai democratizar acesso à Justiça. **Consultor Jurídico**, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/celso-mello-cpc-democratizar-acesso-justica>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Capítulo 2

Responsabilidade Civil da Pessoa Jurídica

Introdução

O desenvolvimento da figura da “pessoa jurídica” remonta ao Direito Romano, especialmente no contexto de expansão territorial do Império, mas a expressão só veio a ser utilizada como tal no início do século XIX, pelo alemão Heise e tornou-se popular através da obra de Savigny. Embora tradicional, nem todos os ordenamentos se valem dessa terminologia, empregando outros termos, como “pessoa coletiva” – em Portugal – e “*personne morale*” – na França (FIUZA, 2014, p. 175).

A existência de sua autonomia patrimonial, que permite resguardar o patrimônio dos sócios em caso de fracasso da atividade, exerceu papel fundamental no capitalismo, tendo em vista ter provocado uma diminuição sensível dos riscos do investidor, estimulando os empreendimentos.

Nos primórdios, porém, a responsabilidade civil serviu para substituir a era em que os conflitos eram resolvidos com base na vingança privada. Trata-se de um mecanismo que procurou limitar a reação humana aos danos que porventura fossem infligidos.

A *Lex Aquilia*, datada do final do século III a.C., é apontada como o primeiro diploma em que a responsabilidade do autor de um dano independia de uma obrigação anteriormente assumida entre as partes, ou seja, fixada em razão de um delito. Aponta-se como a precursora da chamada culpa aquiliana, ou extracontratual.

Vale ressaltar, no entanto, que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas só se difundiu na legislação e na prática da Idade Média, se mantendo até aproximadamente a metade do século XVIII, quando surgiram opositores a tal postura. Savigny, por exemplo, alegava que uma pessoa artificial não poderia agir ilícitamente, sendo tal fato imputável somente aos seus representantes ou administradores (CAVALCANTI, 1979, p. 327).

Vigia à época a tese de responsabilização civil baseada na culpa, sendo este um elemento psicológico de difícil aplicabilidade a um ente destituído de vontade própria. Por outro lado, a crescente complexidade de relações das quais participavam tais entes indicaram a necessidade de se fixar um critério objetivo, capaz de tornar menos dificultoso o ressarcimento da vítima pelos danos causados por essas organizações.

Atualmente, porém, o Direito depara-se com mais um desafio, qual seja, a construção de uma forma de responsabilização adequada à estrutura dos grupos empresariais, capaz de satisfazer aos anseios das vítimas.

Antes de tratar desse tema é necessário, porém, abordar as linhas gerais do instituto da responsabilidade civil, bem como seu desenvolvimento e os diferentes âmbitos de sua incidência.

Aspectos Gerais sobre Responsabilidade Civil: Histórico, Elementos e sua Relação com os Direitos Humanos

Num primeiro momento, a responsabilidade civil se estruturava em termos da genérica teoria do contrato, sendo identificadas as espécies de responsabilidade a partir de um critério que levava em consideração aquele acordo de vontades.

Assim, costuma-se diferenciar a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual. A primeira ganharia espaço com o descumprimento de obrigação definida previamente, ou

seja, seria a adimplência a respeito do cumprimento de obrigações. Por outro lado, a extracontratual resultaria do inadimplemento normativo, da violação de um dever ou da prática de um ato ilícito (FILHO, 2010).

Outra divergência entre tais figuras é que enquanto na responsabilidade contratual não é necessária a comprovação da culpa do inadimplente, bastando somente provar o inadimplemento⁵⁷, na responsabilidade extracontratual, por sua vez, caberia à vítima provar a culpa do agente.

Todavia, a imputação de responsabilidade civil com base na apuração da culpa passou a ser contestada por parte da jurisprudência, pois representava uma resposta insuficiente quando levadas à ponderação o vínculo dos compromissos sociais no que tange os direitos fundamentais.

O aparecimento de danos não reparáveis de acordo com os moldes tradicionais de responsabilidade civil é mais um fator que propicia a revisão nos parâmetros de responsabilização. As relações de então voltavam-se para a relação causal que as ensinasse e deixavam sem proteção situações onde a indefinição da autoria impedisse a devida imputação e o fechamento do ciclo de responsabilização (MATTOS, 2012, P. 60).

O respeito à pessoa humana, sem se levar em conta o seu patrimônio, é admiti-la como legítima, como possuidora de valor por si própria, ou seja, como fundamento da cidadania. Em outras palavras, é reconhecer a pessoa humana como cidadã. Além disso, por tudo exposto, os direitos humanos se qualificam por sua obrigatoriedade recaída aos Estados e não em outros indivíduos.

Nesse sentido, tal característica de forma alguma implica em desconhecer as repercussões que as relações com outros indivíduos têm para o gozo e exercício desses direitos e que também traz consigo obrigações específicas para o Estado enquanto garantidos desses mesmos direitos.

⁵⁷ Nesse cenário, o devedor possui o ônus de provar a inexistência de sua culpa ou qualquer excludente do dever de indenizar.

Conferiu-se, assim, a possibilidade de reparação às violações da cidadania e iniciou-se um novo direito redimensionado pelos direitos humanos e que superou a contratualidade das relações humanas. O respeito à pessoa humana em si é uma consequência decorrente dos valores que a mesma possui simplesmente por existir.

A ligação entre a responsabilidade civil e os direitos humanos, por meio do reconhecimento da cidadania para atribuição de culpa ou dolo ou responsável permite pensá-la como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais tornando-a compromisso ético dos institutos jurídicos que são responsáveis por ela.

Por essa razão, diversas teorias foram elaboradas para a construção de um tipo de responsabilidade que não se submetesse a um critério meramente subjetivo. É necessário abordar as diferentes teorias do risco, apontadas como o fundamento basilar da responsabilidade objetiva.

Teoria do Risco e Responsabilidade Civil Objetiva

Como vimos, através de construções jurisprudenciais⁵⁸ os tribunais brasileiros começaram a mitigar a teoria da culpa em certas situações, ainda na vigência do Código Civil de 1916.

Era necessária uma verdadeira ginástica interpretativa que ampliava artificialmente o conceito de culpa para abranger situações que, em tese, exigiriam das vítimas do dano o pesado encargo de demonstrar a existência de tal elemento para que pudessem obter a reparação.

A legislação começou, então, a prever hipóteses específicas em que a responsabilidade não dependeria de tal elemento e se amparou, para tanto, em uma corrente desenvolvida especialmente na França, por Raymond Salleiles e Louis Josserrand.

⁵⁸ Isto é, decisões judiciais que se baseavam no texto da lei e procuravam interpretá-lo para corrigir as distorções que advinham de sua literalidade.

Trata-se da teoria do risco, desenvolvida no final do século XIX contra a concepção meramente subjetiva da responsabilidade civil (isto é, baseada na culpa). Essa teoria serviu de base para a construção da responsabilidade objetiva e, como era de se esperar, tal construção provocou forte reação à época, sendo utilizado em seu desabono o costumeiro argumento de que a mudança provocaria sensível prejuízo e estagnação às atividades econômicas (SALLES, 2011, p. 69).

Diversas foram as concepções que derivaram da ideia de risco, sendo as mais conhecidas a teoria do risco profissional (ou da atividade), a teoria do risco proveito, a teoria do risco criado e a teoria do risco integral, além da teoria do risco administrativo, que fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado (TARTUCE, 2012, p. 477).

A teoria do risco da atividade era considerada pela doutrina como muito restrita, pois seu âmbito de abrangência abarcaria somente os acidentes de trabalho (PEREIRA, 2007, p. 561), impondo ao empregador o dever de indenizar os acidentes ocorridos com seus empregados.

A teoria do risco proveito, por sua vez, indicaria que aquele que obtivesse uma vantagem do fato que originasse o dano teria o dever de reparar a vítima. Porém, o proveito não seria exclusivo daquele que criou o risco e tal teoria ainda teria a desvantagem de impor à vítima o encargo de demonstrar a vantagem auferida pelo agente (SALLES, 2011, p. 70).

Finalmente, a teoria do risco criado não restringiria o dever de reparar o dano àqueles que obtivessem uma vantagem, sendo tal fato irrelevante. Importaria a natureza da atividade e seu potencial de criar riscos para terceiros (SALLES, 2011, p.70).

Além de ter servido de base a diversas construções jurisprudenciais, há quem defenda sua adoção pela legislação especial, sendo o Código de Defesa do Consumidor o exemplo mais lembrado.

É também a partir da teoria do risco criado que se interpreta costumeiramente a previsão do art. 927 do Código Civil em vigor (STOCO, 2007, p. 161)⁵⁹, que estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (SALLES, 2011, p. 110). O dispositivo prevê que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dessa forma, conviveriam lado a lado no sistema jurídico brasileiro situações em que a responsabilidade civil se fundaria ora na teoria subjetiva, ora na teoria objetiva. Essa cláusula geral trouxe para o plano geral a tendência objetivista que já era tendência na legislação especial e na jurisprudência precedente, que estabelecia exceções à regra geral da responsabilidade subjetiva prevista no código anterior.

No tocante à conduta humana adequada aos preceitos de responsabilidade civil subjetiva com a universalidade da norma, contando com a imediata identificação do dano e do seu causar, fixando-se a opinião segunda a qual o dano seria derivado de alguma violação contratual, atualmente, por outro lado, não mais isso aconteceria. Hodiernamente, desse modo, o que se pode observar são prejuízos com autoria e tamanho indefinidos, muitas vezes desvinculados da vontade do autor do dano, como a incapacidade da teoria da culpa na atualidade seriam os danos ambientais.

Não sendo capaz de atender às demandas de legitimidade do instituto da responsabilidade civil, os danos ambientais

⁵⁹ Há quem vislumbre, porém, a adoção da teoria do risco da atividade neste caso específico.

acarretaram revisão na teoria da culpa. No que diz respeito a responsabilização, o dano assumiria papel secundário ao descobrimento da figura ativa ou do agente volitivo – o autor do dano – a quem seria imputada a responsabilidade.

Há vozes doutrinárias que se insurgem contra a teoria do risco integral, por considerá-la muito radical, já que existem interpretações no sentido de que o dever de indenizar se manteria mesmo nos casos de inexistência do elemento “nexo causal”.

Existe, portanto, controvérsia sobre a adoção de tal teoria pela nossa legislação em matéria de transporte aéreo, energia nuclear e dano ambiental (CASTRO *apud* SALLES, p. 70), baseadas em diversas interpretações dos dispositivos da Lei nº 7.565/87, da Lei nº 6.453/77 e do art. 225, §3º da Constituição Federal, que tratam respectivamente dos temas.

Cumprе salientar, porém, que em matéria ambiental o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria do risco integral, segundo a qual o agente causador do dano não pode invocar quaisquer excludentes de responsabilidade civil como o caso fortuito ou a força maior para se eximir do dever de reparação às vítimas.

Há diversas decisões nesse sentido⁶⁰, mas no tocante à violação de Direitos Humanos por empresas, é ilustrativo citar o caso do vazamento de cerca de 2 bilhões de litros de resíduos de bauxita provocado pela mineradora Rio Pomba Cataguases Ltda no Rio Muriaé, em 2007, deixando cerca de 4.000 famílias desabrigadas segundo o noticiário da época⁶¹.

⁶⁰ Vide, exemplificativamente, REsp 1.373.788-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 6/5/2014; REsp 1.354.536-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/3/2014; REsp 1.346.430-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2012. Poderiam ser citados diversos outros julgados, mas estes foram selecionados estes por terem sido citados em Informativos Oficiais de Jurisprudência.

⁶¹ Vide <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,barragem-rompe-e-deixa-quatro-mil-desabrigados-em-minas,20070110p14873>> e <<http://oglobo.globo.com/brasil/memoria-ha-oito-anos-vazamento-de-lama-toxica-17979226>>.

DIREITO AMBIENTAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANO AMBIENTAL PROVOCADO PELA EMPRESA RIO POMBA CATAGUASES LTDA. NO MUNICÍPIO DE MIRAÍ-MG. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-CDO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Em relação ao acidente ocorrido no Município de Mirai-MG, em janeiro de 2007, quando a empresa de Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda., durante o desenvolvimento de sua atividade empresarial, deixou vaziar cerca de 2 bilhões de litros de resíduos de lama tóxica (bauxita), material que atingiu quilômetros de extensão e se espalhou por cidades dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, deixando inúmeras famílias desabrigadas e sem seus bens (móveis e imóveis): a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados; e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo a que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. Com efeito, em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável (EDcl no REsp 1.346.430-PR, Quarta Turma, DJe 14/2/2013). Ressalte-se que a Lei 6.938/1981,

em seu art. 4º, VII, dispõe que, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, está “a imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”. Mas, para caracterização da obrigação de indenizar, é preciso, além da ilicitude da conduta, que exsurja do dano ao bem jurídico tutelado o efetivo prejuízo de cunho patrimonial ou moral, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus*, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas. Assim, a ocorrência do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito em si, de sorte que nem todo ato desconforme com o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de forma relativamente significativa, sendo certo que determinadas ofensas geram dano moral *in re ipsa*. Na hipótese em foco, de acordo com prova delineada pelas instâncias ordinárias, constatou-se a existência de uma relação de causa e efeito, verdadeira ligação entre o rompimento da barragem com o vazamento de 2 bilhões de litros de dejetos de bauxita e o resultado danoso, caracterizando, assim, dano material e moral. REsp 1.374.284-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014.

O STJ não aceitou a argumentação da empresa, que invocava diversas excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar e se valeu, para tanto, da teoria do risco integral.

Há também hipóteses em que se justifica desconsiderar a estrutura formal da pessoa jurídica em favor de uma efetiva responsabilização, casos que serão trabalhados no próximo tópico.

A Desconsideração da Pessoa Jurídica

Trata-se de mais um mecanismo destinado a ampliar o espectro de responsabilização para evitar a impunidade provocada pelo abuso da estrutura da pessoa jurídica.

Hodiernamente, o desenvolvimento da sociedade de consumo, a coligação de sociedades mercantis e o controle individual de grupos econômicos tem mostrado que a distinção entre a sociedade e seus integrantes, em vez de consagrar regras de justiça social, tem servido de cobertura para a prática de atos ilícitos, de comportamentos fraudulentos, de absolvição de irregularidades, de aproveitamentos injustificáveis, de abusos de direitos.

Tendo em vista que os integrantes da pessoa jurídica passaram a instrumentalizar o princípio da separação patrimonial como se se tratasse de um véu protetor, era preciso criar um instrumento jurídico hábil a ilidir os efeitos daquela cobertura.

Como em dadas ocasiões a mesma razão inspiradora de um instituto guarda consigo o germe da oposição, o direito norte americano engendrou a doutrina da *disregard of legal entity*, segundo a qual se deve desconsiderar a personalidade do ente moral quando, em prejuízo de terceiros, houver por parte dos dirigentes a prática de ato ilícito, abuso de poder ou, genericamente, infração de dispositivo legal.

Nestas circunstâncias, operar-se-ia levantando ou perfurando o véu - *lifting or piercing the veil* - para alcançar o sócio, o gerente, o diretor, o administrador, e trazê-lo à realidade objetiva da responsabilidade (COMPARATO, 2014). Em oposição, portanto, à velha regra *societas distat a singulis*, foi construída uma nova concepção em que o juiz deixa de aplicar a tradicional regra da separação entre a sociedade e seus sócios.

A denominada *disregard doctrine*, significa, em sua essência, um meio que visa a restauração da situação em que chama à responsabilidade e impõe punição a uma pessoa física que seria o autêntico obrigado ou verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato. Todavia, não se trata de decretar a nulidade ou a desconstituição da pessoa jurídica, mas sim de forma episódica, proclamar-lhe a ineficácia, continuando a personalidade jurídica a subsistir para todo e qualquer ato.

A aplicação da desconsideração não pode ser indistinta, demandando a análise do caso concreto para se configurar. Objetivando a proteção da sociedade e dos indivíduos, alvos de injustiças, excessos, abusos e violações, a desconsideração intenta alcançar os responsáveis por atos inconformes, que restariam encobertos pela ficção da personalidade jurídica, inviabilizando a responsabilização, a restauração, a restituição e provocando uma assimetria de relação entre os entes físicos e os chamados entes morais, dotados de prerrogativas audazes acerca de liberdade de atuação.

Todavia, se não há maiores dificuldades quando é possível identificar de plano o agente causador do dano, a responsabilidade civil se torna especialmente tormentosa quando estamos diante de figuras como os grupos empresariais. Torna-se necessário adentrar em um tópico específico sobre os mesmos.

A Dificuldade de Responsabilização dos Grupos Empresariais

O fenômeno da concentração de sociedades de personalidade jurídica autônoma na forma de grupos econômicos deu-se com o advento da globalização, tendo em vista a busca por uma maior eficiência produtiva e conseqüente diminuição dos custos de transação, com a alocação de empresas em lugares estratégicos, mas sob um comando centralizado (VILLA VERDE, 2016).

O grupo de sociedades seria, nas palavras de Antônio Engrácia Antunes (2005):

Técnica revolucionária de organização jurídica da empresa moderna, o grupo pode ser definido [...] como um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica (sociedades-filhas, “subsidiaries”, “Tochtergesellschaften”, “filiales”, “filiali”), se encontram subordinadas a uma direcção

económica unitária exercida por outra sociedade (sociedade-mãe, “groupheadquarters”, “Muttermgesellschaft”, “cappo-gruppo”, “société-mère”). (ANTUNES, 2005, p. 35)

A partir dessa conceituação, pode-se dizer que o modelo dos grupos societários se configura como unidade econômica no contexto do mercado, sendo, formalmente, um conjunto de sociedades com individualidade jurídico-organizativa e patrimonial (ANTUNES, 2005, p. 47). Ou seja, a formação do grupo se pauta na ausência de uma personalidade jurídica e patrimonial una, sendo marcado, essencialmente, pela união de centros autônomos de relações jurídicas com patrimônio próprio, unidas pela direção econômica ou pelo controle, que pode ser exercido por outra sociedade.

O modelo concentracionista se expandiu e foi amplamente adotado por empresas poderosas no cenário mundial, sendo as empresas multinacionais a expressão máxima do fenômeno dos grupos econômicos. No Brasil, a mesma lógica se segue, com a constituição das 200 empresas maiores empresas nacionais sob a forma da organização grupal (MULLER, 2005, p.13).

A problemática relacionada à configuração de sociedades empresárias na forma de grupos se coloca no fato de ter sido o ordenamento jurídico brasileiro, responsável por conferir regulação e tratamento para as empresas, confeccionado tendo como base a sociedade constituída de forma isolada, como centro autônomo de relações jurídicas e detentora de patrimônio próprio (NEGRI *et. al.*, 2015).

A regulação destinada a tratar de grupos de empresas surgiu na década de 60, com o II Plano de Desenvolvimento Nacional (II PDN), sendo criada em seguida a lei que trata das sociedades anônimas (Lei 6.404/76). É este o diploma normativo responsável pela regulação dos grupos de empresas, através do instituto de concentração empresarial de grupos, sendo este utilizado em poucos casos na prática, e de forma artificial, inspirado no modelo dual alemão (grupos de fato e de direito).

O tratamento destinado a grupos econômicos pautado em uma lei, que tem o objetivo dispor e dar soluções a entes com personalidades autônomas, se mostra inadequado, na medida em que as empresas plurissocietárias não são aptas a se encaixarem na situação jurídica vigente, se organizando e operando de forma alheia ao disposto legalmente, lançando mão de contratos para sua formação (MULLER, 2005).

Essa ausência de regulação jurídica satisfatória para os grupos de empresas no ordenamento brasileiro se reflete na dificuldade de identificação e delimitação da responsabilidade pelas violações de direitos humanos perpetrados por empresas que compõe esta forma de organização. Isso porque a forma como os grupos são formados, se de fato ou de direito, é determinante para saber que tipo de responsabilidade eles possuem diante de um caso que enseja a responsabilização.

A Responsabilidade Civil do Estado

Inicialmente, a responsabilidade civil do Estado inexistia, prevalecendo a teoria da intangibilidade do soberano, progressivamente substituída pela ideia de Estado de Direito (CARVALHO FILHO, 2007, p. 488) que, em tese, submeteria todos ao império da lei.

Como reflexo da doutrina civilista da culpa, passou-se a adotar a responsabilidade do Estado quando os seus agentes atuassem com *culpa*, mas somente se houvesse um ato de gestão. O Estado não seria responsabilizado nos casos de atos de império, já que estes decorreriam do poder soberano (CARVALHO FILHO, 2007, p. 488).

Superada essa etapa, a doutrina começou a admitir a chamada *teoria da culpa administrativa*, que abandonava a distinção entre atos de império e gestão em favor de uma concepção que não dispensava o elemento da culpa, mas não exigia a identificação do agente que provocou o dano (culpa anônima ou falta do serviço, por inexistência, mau funcionamento ou retardamento).

Finalmente, a responsabilidade objetiva se consolidou, baseando-se na teoria do risco administrativo, dispensando a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso (CARVALHO FILHO, p. 489). Referida teoria foi abarcada pelo legislador e pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma das atribuições de efeitos adquiridos pelo Estado é a responsabilidade pelos danos causados por seus agentes, quando no exercício de suas atividades. Em 1950, também no Supremo Tribunal Federal já se discutia a respeito da reparação do dano puramente moral em andamento no Brasil, abrindo caminho, triunfando na doutrina e ganhando parte dos códigos. O dano é, então, compreendido como resultado da agressão ao bem tutelado juridicamente e resultado necessário para que a responsabilidade civil se realize plenamente.

A Constituição Federal de 1988 materializa a responsabilidade objetiva do Estado por meio do §6º do artigo 37, expondo, assim, a existência do direito de regresso contra o responsável pelo dano. Desse modo, a responsabilidade reafirma ainda mais a exigência do cumprimento aos princípios da legalidade e da eficiência, devida à Administração Pública e a seus servidores.

A consequência da submissão dos agentes públicos ao ordenamento jurídico, característica durável do Estado de Direito, representa a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Destarte, para o surgimento da obrigação do Estado em indenizar o indivíduo basta existir o ato lesivo causado à vítima, sem o seu concurso, pela Administração, não sendo exigindo qualquer falta do serviço público, nem culpa dos seus agentes.

Conclusão

Se a responsabilização objetiva do Estado - ao menos no plano teórico - já está consolidada e há instrumentos como a desconsideração da pessoa jurídica, que permitem coibir o

abuso da estrutura formal do ente, o grande desafio é estender os mecanismos de responsabilidade à figura dos grupos empresariais, complexos arranjos que merecem uma atenção mais detida por parte do legislador.

A partir do exposto, verifica-se a importância da revisão do ordenamento jurídico vigente destinado a tratar da sociedade empresária, com a elaboração de um instrumental jurídico apto a prever a dinâmica empresarial atual, em que os grupos de empresas são protagonistas. Um modelo, ainda que casuístico, respeitando a natureza real, híbrida e instável, como acredita Teubner, poderia ser uma saída, de modo a analisar as particularidades de casos concretos, imputando, assim, a responsabilidade de acordo com a singularidade de cada ente (NEGRI *et. al.*, 2015).

Afinal, se ao Estado cabe o papel primário de observância dos Direitos Humanos, é necessário se adaptar aos novos tempos, em que entes mais poderosos que os estatais figuram no cenário. O desenvolvimento de um mecanismo de responsabilização capaz de responder aos anseios das vítimas das ações levadas a cabo por parte dos grupos empresariais é, talvez, o grande desafio contemporâneo do Direito.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho. **Interpretações quanto à aplicação da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público**. 2009. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/13045:interpretacoes-quanto-a-aplicacao-da-responsabilidade-civil-das-pessoas-juridicas-de-direito-publico](https://jus.com.br/artigos/13045/interpretacoes-quanto-a-aplicacao-da-responsabilidade-civil-das-pessoas-juridicas-de-direito-publico)>. Acesso em 14 de julho de 2016 às 15:35.

ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório**. Revista Direito GV, vol. 01, n. 02, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35228/34028>>. Acesso em 16.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF: ARE 977.998/SP**, Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28977998%2ENUMER%2E+OU+977998%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z526ogc>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ: REsp 1.374.284-MG**, Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=teoria+do+risco+integral+e+direito+ambiental&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURÍDICO>>. Acesso em: 13 jul. 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 18ª ed., 2007.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2000.
- CAVALCANTI, José Paulo. **Pessoa jurídica: Representação ou teoria orgânica**. Estudos em homenagem ao Prof. Orlando Gomes, 277-335. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Curso de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- FERRARI, Paola Nery. **A responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 9. ed., 2010.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MULLER, Viviane. **Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976**. In: Revista Direito GV, vol. 01, n. 02, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1>>. Acesso em 16.07.2016.
- NEGRI, S. M. C. A., VERDE, R. G. V., FERREIRA, L. F., **Arranjos empresariais plurissocietários e a violação de direitos humanos: análise do instrumental jurídico utilizado em casos envolvendo o Porto do Açú**. 2015. Disponível em: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/02/Arranjos-Empresariais-Plurissocieta%CC%81rios-e-a-Violac%CC%A7a%CC%83o-de-Direitos-Humanos.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.
- O Estado de São Paulo. **BARRAGEM rompe e deixa quatro mil desabrigados em Minas**. 2007. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,barragem-rompe-e-deixa-quatro-mil-desabrigados-em-minas,20070110p14873>>. Acesso em: 13 jul. 2016.
- O Globo. **MEMÓRIA: há oito anos, vazamento de lama tóxica**. 6 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/memoria-ha-oito-anos-vazamento-de-lama-toxica-17979226>>. Acesso em: 13 de jul. 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 3. Contratos. Atualizador: Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 12ª ed., 2007.
- _____. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 25ª ed., 2012.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA, Galdiana dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12619>. Acesso em 14 de julho de 2016 às 14:12

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed. rev. ampl. e atual., 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Método, 2ª ed. rev. e ampl., 2012.

TEUBNER, Gunther. **Unitas Multiplex**: a organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito FGV, junho 2005; volume 1; nº 2; páginas 77 a 109.

VILLA VERDE, Rômulo Goretti. **A responsabilidade dos grupos de sociedade ilustrada por um estudo de caso**: aspectos nacionais e internacionais. 58f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

Capítulo 3

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Introdução

A lógica do modelo econômico capitalista verifica hoje um fenômeno de hipertrofia das empresas, que ostentam agigantada influência na sociedade, delineando seus padrões e provocando diversos efeitos sobre a configuração contemporânea. As discussões com enfoque nas relações destes entes jurídicos com os Direitos Humanos se tornaram pauta importante entre diversos setores da academia e da sociedade civil. O tema é extremamente atual e adquire crescente protagonismo entre as discussões elencadas pela Organização das Nações Unidas.

O fato de o poderio econômico e político dos entes empresariais se mostrar sucessivamente mais expressivo desencadeou, como triste consequência, um notável crescimento das violações de direitos por crimes cometidos pelas empresas. O impacto assaz negativo da atuação de algumas corporações, a nível supranacional, trouxe consigo diversas consequências jurídicas, e dentre elas se encontra mudança importante entre os clássicos entendimentos do Direito Penal, provocando discussões e reinterpretações acerca da possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

No contexto em que as ideologias econômicas de escopo liberal permeiam uma sociedade circunstancialmente individualista, prezando pela máxima do livre-arbítrio e da chamada liberdade de atuação, o Direito Penal se caracteriza enquanto instrumento

de proteção do indivíduo, imunizando-o contra o arbítrio do Estado. No entanto, à medida que o modelo trouxe consigo lesões em massa, o que até então era eminentemente individualista, começou a conceber repercussões sociais e transindividuais decorrentes de seus resultados.

A política criminal puramente repressiva que tem sido amplamente defendida pelo populismo penal, principalmente através dos recursos midiáticos e nos espaços políticos das estruturas de governo, opera num ciclo vicioso: as notícias dos crimes cometidos são veiculadas com forte apelo emocional, disseminando uma sensação de insegurança. Neste ponto é que entram os políticos, atuando num cenário de clamor popular por medidas penalizadoras que estabeleçam a ordem social. Ao final, tem-se uma mídia repleta de espectadores, políticos que editam medidas repressivas em busca de montantes de votos e uma população inteiramente manipulada.

A política criminal é resultado da escolha feita pelo Estado para atuar sobre as variantes do crime e sobre o criminoso. O jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma tomada de posição frente ao fato social, ou seja, de uma resolução. Não se trata de encontrar solução para determinadas questões, posto que esta é reservada a sanar problemas técnicos, mas de optar por um caminho, dentre tantos outros igualmente possíveis. Nesta toada cumpre ressaltar que, diante de teorias jusfilosóficas que partem do abolicionismo penal e vão até a ideia de um penalismo máximo, o mais congruente é que o Direito Penal seja incidente em última circunstância, apenas como *ultima ratio* (último recurso), em casos em que não seja suficiente a solução proposta por nenhuma outra opção, política ou jurídica, por necessidade ou adequação.

Segundo o criminologista Juarez Cirino dos Santos (2007), são os objetivos reais do discurso jurídico crítico do Direito Penal que permitem compreender o significado político desse setor do ordenamento como centro de controle da estratégia de controle

social nas sociedades contemporâneas. Nas formações sociais capitalistas, a lógica da produção e da circulação material da vida alicerçam os fenômenos sociais na base econômica e na luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que condicionam o desenvolvimento da vida em sociedade.

Os objetivos declarados do Direito Penal transmitem uma aparência de neutralidade do sistema criminal de justiça. No entanto, essa neutralidade é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas nos modos de produção que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes dominantes, com correspondente exclusão das classes subordinadas. A política do controle social que atua na lógica dos objetivos declarados (neutros) que encobertam os objetivos reais (de fulcro econômico-hegemônico) engloba diversas organizações da sociedade civil, como a empresa, a escola, os partidos políticos, os sindicatos, a igreja e a família, e acaba por refletir a dinâmica da desigualdade social no corolário das leis. Diante disso, é necessária extrema vigilância para que o Direito Penal não seja instrumentalizado como uma máscara para um Estado opressor que, manipulado por aqueles detentores de poder e influência, concretiza os interesses das classes dominantes em detrimento das demandas dos substratos mais desfavorecidos, o que pode trazer consequências desastrosas como a criminalização dos movimentos sociais, elencando uma enorme contradição existencial de que o mesmo Direito que dá a voz é aquele que silencia.

O doutrinador Rodrigo Iennaco de Moraes (2006), no estudo do Direito Penal Clássico Romano, elencou que a inadmissibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas remonta a *Feuerbach* e *Savigny*. Hodiernamente, o argumento de que a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei e, como tal, não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal parece não mais vigorar pacificamente, dividindo as correntes teóricas e o comportamento dos legisladores, bem como de

todos os envolvidos na tutela dos direitos dos indivíduos e da coletividade, que buscam se adequar à realidade em constante metamorfose.

Partindo de uma perspectiva de proteção dos Direitos Humanos, pretende-se discutir as mudanças ocasionadas pela superação do paradigma analítico que envolve o conceito de crime, ou seja, conduta (ação ou omissão) que contraria o disposto por uma norma, sendo passível de sanção, enquanto elemento exclusivo e essencialmente humano, trazendo à tona a possibilidade de responsabilização do ente coletivo na seara penal. A abordagem a partir dos dispositivos presentes do Direito positivo brasileiro e no âmbito internacional que tratam sobre o tema, intentando ressaltar a forma com a qual eles tem sido interpretados nos tribunais nacionais, objetiva analisar quais seriam os melhores caminhos para a necessária e efetiva responsabilização das pessoas jurídicas no Brasil e a consequente maior proteção de garantias fundamentais das vítimas.

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Ordenamento Jurídico Pátrio

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma gama de mudanças para o cenário político-jurídico brasileiro, mirando na estabilidade política e econômica, além de visar manter-se virtuosa pelas adaptações em favor da cidadania e das garantias sociais. Com conteúdo que incluía as demandas de vários setores, no objetivo de entrincheirar direitos, proteger interesses, distribuir poderes e realizar promessas, a nova Carta Magna brasileira delineou objetivos de mudança, tendo o Direito Penal sido campo afetado de maneira significativa. Exemplo disso que dialoga com o objetivo do presente texto é a criação da possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

A previsão constitucional, no que tange à responsabilização mais severa e efetiva das entidades empresariais por intermédio

da seara penal, se limita ao espectro específico de crimes contra o meio ambiente. Por meio do parágrafo terceiro do Art. 225, o texto dita que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988, Art. 225. §3º)

Em consonância à previsão do artigo transcrito supra, o legislador infraconstitucional se ocupou de tratar da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito positivo brasileiro em casos de crime contra o meio ambiente, regulando-a pela Lei 9.605/90, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, que por meio de seu Art. 3º que impera:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas, administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. (BRASIL, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

Conforme transcrito, a referência às pessoas jurídicas não foi feita de forma aleatória, mas como uma escolha política diante da ineficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicada aos antes morais. O texto da lei também se preocupa em adaptar as penas previstas pelo inciso XLVI⁶² do Art. 5º da Constituição Federal à realidade das pessoas jurídicas, estabelecendo por meio do seu Art. 22 que as penas restritivas de direito das mesmas serão: a) a suspensão parcial ou total de

⁶² Segundo a previsão constitucional, a lei regulará a individualização da pena no Brasil e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

atividades; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Nesse sentido, ao analisar sistematicamente a constituição e a Lei 9.605/90, chegamos a um entendimento acerca da postura do legislador que não coaduna com um entendimento clássico obtido a partir de uma interpretação do Código Penal, que inviabilizaria a punição pela falta de previsão em qualquer dispositivo. Aberta a premissa para a possibilidade de responsabilização, criou-se grande debate acerca de como se daria a imputação destes entes, e se esta imputação se daria obrigatoriamente de forma conjunta com o administrador ou não. Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal pronunciaram-se acerca do tema e firmaram entendimentos que analisaremos a seguir.

A Teoria da Dupla Imputação

A jurisprudência brasileira passou a aceitar a existência de uma culpabilidade própria, no campo penal, para a pessoa jurídica mediante a comprovação de três elementos: 1) que a violação decorra de deliberação do representante legal ou contratual da pessoa jurídica; 2) que o autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica. Todavia, face ao princípio da dupla imputação, deve-se especificar claramente quais os elementos integram a responsabilidade social da pessoa jurídica, para que se possa diferenciar dos elementos da culpabilidade do autor material.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em diversas oportunidades, demonstrou seu entendimento no sentido de admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais. No entanto, segundo o tribunal, é essencial que haja imputação simultânea da pessoa jurídica e da pessoa física que a representa. O motivo é explicado pelo Ministro Gilson Dipp no

Recurso Especial nº 564960/SC⁶³, o qual afirma que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio”.

O voto mencionado consiste em precedente para decisões posteriores, embasando a tese de condenação. É relevante também elucidar que a doutrina não é homogênea com relação às explicações atribuídas à existência da pessoa jurídica no mundo fático. A corrente afirmativista, ou seja, que aceita a existência do ente moral, se ramifica em três principais teorias, a saber:

TEORIA DA FICÇÃO	TEORIA DA REALIDADE OBJETIVA	TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA
Considera a existência da pessoa jurídica sem realidade social, apenas no plano abstrato por meio da técnica jurídica.	Ao contrário da teoria da ficção, considera a existência da pessoa jurídica como ente de existência e atuação social, negando a prática jurídica.	Na tentativa de equilibrar a teoria da ficção e a da realidade objetiva, admite a atuação social da pessoa jurídica, porém como fruto da prática jurídica.

Apesar de o Código Civil brasileiro de 2002 adotar a Teoria da Realidade Técnica, o que fica claro, por exemplo, ao tratar que o início da existência da pessoa jurídica de direito privado se dá com inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, percebe-se que o STJ adota a Teoria da Ficção, a qual afirma que a pessoa jurídica não possui vontade, consciência e culpabilidade. O tribunal, portanto, realiza uma interpretação mais restritiva do dispositivo constitucional.

Ainda perquirindo a linha jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, entende que não há obrigatoriedade de dupla imputação (da pessoa jurídica e

⁶³ Voto do Exmº Sr. Ministro Gilson Dipp ao Recurso Especial (Resp) nº 564960/SC, 5ª Turma, DJ de 13/06/2005. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_564960_SC_02.06.2005.pdf?Signature=eAVLyQMx76pcqAUZCk0gfOUAWHw%3D&Expires=1466289057&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=9fe3ccb7afd9832967f4e6d75a9668a4. Acesso em 18 de Junho de 2016.

da pessoa física do representante legalmente constituído) nos casos de responsabilização penal da pessoa jurídica. O entendimento fica evidente no relato do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário (RE) 628.582/RS⁶⁴, em que o ministro relator levantou, através da tese jurídica embasada no Direito Constitucional, de Uadi Lammêgo Bulos⁶⁵:

(...) no preceito em análise, há uma espécie de autonomia punitiva entre os cometimentos ilícitos praticados pelo homem, enquanto cidadão comum, e os delitos exercidos por empresas. Ambos não se imiscuem, pois estão sujeitos a regimes jurídicos diversos.

No caso em tela, a posição assertiva do STF, enquanto órgão jurisdicional máximo, a favor da responsabilização penal da pessoa jurídica, fez com que o tribunal mantivesse a decisão monocrática, enviando os autos para a execução da condenação da empresa Global Village Telecom Ltda. a uma pena de 100 (cem) dias-multa por ter operado sem a devida licença ambiental entre o período compreendido entre 11/7/03 a 12/12/07, incurso no delito previsto no art. 60 da Lei nº 9.605/98, c/c o art. 29, caput, do Código Penal.

Acerca da colocação do STF sobre a pena da pessoa física e da pessoa jurídica não estarem intrinsecamente atreladas em caráter de interdependência, o relato da Ministra Rosa Weber no Recurso Especial (REsp) 548181/PR⁶⁶ elenca diversos pontos esclarecedores. A magistrada trata a interpretação

⁶⁴ Voto do Exmº Sr. Ministro Dias Toffoli ao Recurso Extraordinário (RE) nº 628.582/RS, 1ª Turma, DJ de 22/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1677060>. Acesso em 18 de junho de 2016.

⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional - 8. Cd. Rev. E amp. De acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁶ Voto da Exma Sra. Ministra Rosa Weber ao Recurso Extraordinário (RE) nº 628.582/RS, 1ª Turma, DJ de 22/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1677060>. Acesso em 18 de junho de 2016.

da norma disposta no Art. 225, § 3º da Constituição Federal como inequívoca, tanto pela clareza do “mandato expreso de criminalização”⁶⁷, tanto pela própria dicção da lei, em que o legislador constituinte referiu-se aos “infratores” como sendo pessoas físicas ou jurídicas, colocando a expressão entre vírgulas e, logo depois, dispôs que as referidas pessoas estariam sujeitas a sanções tanto penais quanto administrativas, restando clara a sujeição das pessoas jurídicas à responsabilização penal.

Ainda no mesmo Recurso, a Ministra argumenta em favor da superação da linha de pensamento que condiciona a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, visto que seria incabível subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física, pois não haveria coerência em, por exemplo, absolver uma empresa infratora por força da absolvição de uma pessoa física. Conclui-se nesta linha, que apesar de também admitir a responsabilização na órbita penal da pessoa jurídica, o STF o faz deixando para análise do caso concreto, ponderando a necessidade ou não de imputação de penalidade também à uma pessoa física e, no caso positivo, quem seria a pessoa a ser responsabilizada, o que se faz muito complicado em diversas hipóteses, como na configuração dos grandes complexos empresariais formados por operações como fusão ou cisão, via de exemplo.

O fato de o STF vir adotando a Teoria da Realidade, a qual afirma que a pessoa jurídica possui vontade própria e que, portanto, pode ser responsável pelas suas ações, é levantado por alguns estudiosos como fonte de perigo de maior relativização por parte das primeiras instâncias, que podem sucumbir mais facilmente ao poder e a influência de grandes empresas e não responsabilizar determinadas pessoas físicas mesmo quando a necessidade de imputação é evidente.

O entendimento não prospera se considerado que, dada a instância superior do Supremo Tribunal Federal, o fato deste

⁶⁷ Prado, Luiz Regis. Crimes contra o ambiente, 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27),

emanar decisões no sentido de reforçar a responsabilização individualizada da pessoa jurídica e da pessoa física gera precedentes e serve de embasamento no processo decisório. O fato acaba por consistir em uma progressiva caminhada em prol da inflexibilidade das punições, acarretando em chancela a favor do maior rigor punitivo àquelas empresas que rompem com a ordem normativa, acompanhando a tendência da doutrina criminal mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias.

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica ao redor do Mundo

Com o processo de mundialização da economia, a influência das empresas no contexto pós-industrial aumentou drasticamente, o que potencializou sua capacidade de interferência na sociedade, fazendo com que as atuações das pessoas jurídicas fossem encaradas de forma mais minuciosa e por olhos mais atentos e detalhistas.

Sérgio Salomão Shecaira (2003), ao tratar da questão das mutações legais no sentido de acompanhar a dinamicidade do contexto fático global, em que o enrijecimento no tratamento das infrações cometidas por empresa se faz uma propensão generalizada. Ressaltada a importância do aspecto histórico da formação das leis, tem-se que processo histórico-evolutivo é, nada menos, que determinante para o processo de interpretação de um conteúdo legal:

Vê-se, claramente, que as modificações constitucionais não aconteceram na regra geral (que continua a ser a responsabilidade pessoal), mas em tópicos excepcionais, em áreas mais sensíveis, em que o poderio das empresas tornou-se incontrolável com os instrumentos tradicionais de direito penal. (...) [o constituinte] alterou nossa tradição recente

nos exatos pontos (direito econômico e ecológico) em que as principais legislações estrangeiras também o fizeram, como no caso de Portugal e da Holanda. Não é, pois, um movimento isolado, afastado do que ocorre em nosso redor. (SHECAIRA, 2003, p. 139).

A tendência mundial que abarca a responsabilização penal da pessoa jurídica ganhou fôlego no contexto pós Segunda Guerra Mundial, sendo que os primeiros países a aderirem foram os de sistema *Common Law*.⁶⁸ Shecaira atribui o pioneirismo à Inglaterra, primeiro país a se industrializar no mundo, e aos Estados Unidos da América, atualmente o mais industrializado⁶⁹. Diversos diplomas, em nível de Comunidade Europeia, incentivaram a responsabilização dos entes coletivos como medida para frear o aumento da criminalidade empresarial. Nesse sentido, lembra Assunção (2013, p. 33) que em 1977 o “Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou a Resolução 2 sobre a importância do direito penal no combate aos crimes ambientais”. Essa resolução é apenas um exemplo da tentativa da União Europeia de aconselhar os Estados membros sobre a necessidade de imposição de punição na esfera criminal para as pessoas jurídicas.

A Comissão Internacional de Juristas publicou, em 2015, um estudo acerca da necessidade e as opções para um novo instrumento internacional sobre Empresas e Direitos Humanos. Dentre os diversos assuntos abordados, encontra-se a constatação da inexistência na atualidade de um regime legal internacional acerca da responsabilidade empresarial por violações de Direitos Humanos. Em seu estudo, a Comissão detecta dois principais instrumentos jurídicos internacionais que estabelecem previsão de responsabilidade legal das sociedades comerciais, sendo eles o Protocolo Opcional para a Convenção dos Direitos da Criança na

⁶⁸ Configuração mais comum em países anglo-saxônicos, em que o Direito se baseia mais na Jurisprudência que na letra da lei.

⁶⁹ cf. Shecaira, 2003, pp. 47-51; Tiedemann, 1999, p. 26.

Venda de Crianças e Pornografia Infantil – OPSC⁷⁰, que elucida em seu artigo 3(4) a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica e a Convenção do Conselho Europeu acerca da Proteção Ambiental através do Direito Penal⁷¹, a qual também possibilita a responsabilização penal da pessoa jurídica em seu artigo 9º, porém ainda não está em vigor.

O artigo 3(4) da OPSC se apresenta da seguinte forma:

Sujeito às provisões do seu ordenamento jurídico interno, cada Estado deverá executar medidas, quando apropriadas, para estabelecer a responsabilização de pessoas jurídicas em violações delimitadas no parágrafo 1º do presente artigo (exploração sexual, transferência de órgãos, trabalho forçado, adoção ilegal de crianças, prostituição infantil, tal responsabilização poderá ser penal, civil ou administrativa. (tradução livre)

Já a Convenção do Conselho Europeu acerca da Proteção Ambiental através do Direito Penal traz a seguinte previsão:

Artigo 9º

1 – Cada Estado deverá adotar as medidas apropriadas necessárias a fim de habilitar a imposição de sanções penais ou administrativas ou medidas acerca de pessoas jurídicas que cometeram as violações mencionadas nos artigos 2 ou 3, seja por seus órgãos, membros ou outro representante.

2 – A responsabilidade da pessoa jurídica dentro do parágrafo 1o deste artigo não exclui sanções penais contra pessoa física (tradução livre)

⁷⁰ Vide Protocolo Opcional para a Convenção dos Direitos da Criança na Venda de Crianças e Pornografia Infantil, adotado na Assembleia Geral sob a resolução A/RES/54/263 de 25 de maio de 2000, de caráter vinculante desde 18 de janeiro de 2002. O artigo 3(4) do referido Protocolo acrescenta ao modelo anteriormente adotado na Convenção da ONU acerca do Crime Organizado e na Convenção contra corrupção, entre outras.

⁷¹ Comissão Internacional de Juristas – ICJ. Necessidades e Opções para um Novo Instrumento Internacional no campo de Direitos Humanos e Empresas. Junho de 2014. Página 18.

O fato de ambos os instrumentos, discutidos e transpostos no contexto internacional, disporem sobre a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, é um ponto extremamente relevante. No entanto, considerando que não há nenhum outro instrumento legal internacional que exigem a responsabilização da pessoa jurídica (sendo que um deles ainda está em vigor, mostrando que a previsão ainda é bastante escassa), deve-se considerar que o caminho a ser percorrido ainda é longo, para que a possibilidade seja a porta de entrada para trazer à tona responsabilização efetiva das empresas, em todas as esferas devidas e cabíveis, nos limites de suas competências.

O Direito Comparado é rico de indícios de que legisladores de todo o mundo vem tentando se engajar no sentido de frear e repreender, por meio de força legal, as ações desvirtuadas das empresas. Desde o século XIX, as Cortes inglesas reconhecem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por crime praticado por seus integrantes ou empregados⁷². Além da Inglaterra, Holanda, França, Bélgica, Suíça, Estados Unidos são exemplos de países que adotam tal responsabilidade, sendo que o ordenamento francês foi aquele no qual se espelhou o legislador pátrio.

Na França, desde 1992 e especialmente a partir do Código Penal de 1994, admite-se amplamente, conforme art. 121-2 do mencionado diploma legal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica para todo e qualquer tipo de crime. Dessa forma, conforme demonstra Rodrigo Iennaco de Moraes, apesar de consagrar a mesma tendência observada em diversos países europeus – notadamente a Holanda, Noruega, Inglaterra, e Escócia – a França possui um dos poucos Códigos Penais a admitir expressamente as hipóteses de responsabilidade penal das pessoas jurídicas⁷³.

⁷² Como se observa em *Birmingham and Gloucester Railway Co.* 1842 3 QB 223, 114 ER 492.

⁷³ IENNACO, 2005, p. 75

Na península Ibérica, a Espanha sofreu grande mudança com uma reforma legislativa em 1995, na qual foi inserido no Código Penal um rol taxativo de medidas repressivas a delitos praticados por pessoa jurídica em hipótese de responsabilização. O Código Penal português, por sua vez, estabelece que só as pessoas físicas podem ser responsabilizadas criminalmente, salvo disposição em contrário, sendo que a responsabilização do ente moral só é admitida em casos especificamente previstos na lei (IENNACO, 2005). Encarando o panorama com olhar otimista, o surgimento da possibilidade na lei se faz o início de uma longa caminhada no que, até então, era ideia avessa ao legislador.

Exemplo de que o processo de adesão segue seu caminho é os Estados Unidos, que apesar de num primeiro momento se adotar o modelo inglês, essa responsabilidade passou a ser admitida de maneira mais ampla, inclusive com pronunciamento da Suprema Corte norte americana acerca do tema:

[...] o Direito não pode fechar os seus olhos para os fatos de que a grande maioria das atividades econômicas nos tempos modernos é conduzida por empresas, de que particularmente todo o comércio entre os Estados está inteiramente em suas mãos, e de que conceder a elas imunidade de qualquer punição, em decorrência da velha e explodida doutrina de que uma empresa não pode delinquir, iria tornar indisponíveis os únicos meios de efetivamente regular a matéria e de corrigir os abusos praticados.⁷⁴

Na América Latina, a responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece, primeiramente, no Código de Defesa Social de Cuba, cuja entrada em vigor ocorreu em 1958. No artigo 5º, o referido Código dispõe que as disposições neles contidas se aplicam às pessoas radicadas em Cuba ou no Exterior, desde que o delito haja sido cometido em território cubano, ou, embora cometido no estrangeiro, nele produza efeitos. E no artigo 16 está previsto poderem as pessoas jurídicas ser responsabilizadas

⁷⁴ Caso New York Central & Hudson River R.R v. US, 212 U.S 481, 1901

criminalmente, nos casos elencados no Código, ou em leis especiais, por infrações cometidas na área de sua atuação, quando praticadas por representantes ou acordo de associados.

Na legislação cubana, o artigo 52 enumera as principais penas aplicáveis à pessoa jurídica: dissolução, fechamento temporário, proibição de realizar determinadas operações ou negócios, e multa. Também estão previstas penas acessórias, a saber: a vigilância da autoridade, a caução de probidade, a publicação de sentença, e o confisco dos instrumentos e produtos do crime.

Destarte todos os pontos elencados, resta elucidado o largo alcance de que a necessidade de punir a pessoa jurídica de forma mais severa, recorrendo à esfera penal, deve se concretizar respaldado pela legislação, dotada de coercibilidade. No entanto, diversos países como Alemanha e outros filiados à cultura romano-germânica (como a maior parte da América Latina, Ásia e Europa Continental, salvando-se Portugal, Brasil e França, por exemplo) ainda caminham na direção oposta, ou por considerar a matéria referente ao Direito Administrativo ou por ainda encontrar dificuldades em vencer o lobby empresarial.

No Brasil, o Ministério Público do Rio de Janeiro atua em dois processos criminais ajuizados pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, o GAECO, contra a empresa ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico (TKCSA). A TKCSA funciona sem licença ambiental por meio de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Assinado em 2012 entre a Secretaria Estadual do Ambiente, a Comissão Estadual de Controle Ambiental, o Instituto Estadual de Ambiente e a Thyssenkrupp CSA, o documento foi objeto de dois aditivos e previu medidas compensatórias, além de inúmeras melhorias na estrutura da companhia. As 134 medidas previstas pelo termo visam evitar, entre outras irregularidades, condutas perigosas para a saúde da população vizinha e dos trabalhadores.

Desde 2010, quando começou a operar na região de Santa Cruz, zona oeste do Rio de Janeiro, a TKCSA funciona ilegalmente,

tendo em vista que a empresa não passou por um processo de licenciamento ambiental, bem como um TAC não substitui uma licença de funcionamento e operação. As atividades da empresa impactaram, direta e indiretamente, de forma extremamente representativa o ecossistema da região: a contaminação da terra, da água e do ar causa doenças respiratórias, de pele, oftalmológicas na população, e o sistema público de saúde local não está preparado para atender esses casos. A queixa mais recorrente refere-se ao fenômeno conhecido como “Chuva de Prata”, que é resultado da produção do aço pela indústria e produz um pó prateado o qual é inalado e entra em contato com a pele. Os impactos sobre os rios, matas e bichos foram tão desastrosos que até mesmo o número de postos de trabalho criados pela empresa não conseguiram compensar o número de pescadores locais prejudicados com a poluição do rio.

Apesar de ter sido um caso paradigmático na discussão das violações de Direitos Humanos por empresas no Brasil e ser responsável pela mobilização de diversos segmentos da sociedade civil e do envolvimento das instituições, a ação penal ainda não obteve resultados significativos no sentido de a punição auferida atingir o seu fim de fazer cessarem os danos causados, bem como viabilizar um reparo das consequências decorrentes da beligerância do Estado para com um empreendimento que é demasiado grandioso e proporcionalmente perigoso. Por fim, o que se verifica é um estado de permanência de um “licenciamento às avessas”, em que o poder público autoriza o início de determinada atividade ou empreendimento, sejam quais forem os custos para a população, para em seguida analisar, mitigar e compensar os impactos ambientais. Isso mostra que o recurso de utilizar a lei penal fazendo-a um mecanismo mais rígido e teso de punição e desestímulo para o quadro de violações ocasionadas por instituições empresariais ainda tem muito que se desenvolver e um longo caminho a ser percorrido até que sua aplicabilidade atinja o formato ideal.

Conclusão

Entre os fundamentos que contemplam a não penalização da pessoa jurídica, pode-se referir uma relativa insuficiência ou quase inadequação do Direito Penal clássico para lidar com os injustos penais na sociedade moderna, como revelam, ilustrativamente, as inúmeras condutas ilícitas, de efetiva lesão a bens jurídicos de expressão, que emergiram no âmbito do direito econômico-financeiro, na seara ecológica e ambiental, em organizações estruturadas e organizadas de forma estável, e ainda no âmbito das organizações empresariais.

A partir de uma análise dos dispositivos já positivados nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, inclusive no Direito Positivo Brasileiro, e da interpretação de nossos Tribunais Superiores acerca deles, percebe-se que ainda é necessária grande evolução acerca do tema, restando evidenciado que as possibilidades de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil ainda são frágeis e limitadas, sendo os casos em que as punições ainda são tomadas como casos ainda isolados.

O atual quadro de violações se faz tão gravoso que clama por mecanismos de contenção, e mais que isso, de repressão ainda mais sólida, por intermédio da pena. A necessidade de melhoria nesse aspecto decorre da evidente fragilidade atual das possibilidades de proteção das vítimas de violações de direitos por parte de empresas, visto que, torna-se cada vez mais difícil e insuficiente a responsabilização penal da pessoa física para a prevenção de crimes ambientais ou de qualquer outra natureza.

A realidade contemporânea, responsável por nutrir a sociedade massificada de consumo e do capital, tem presenciado diversos episódios em que o sacrifício de Direitos Humanos são a moeda que enriquece empresas, sendo um direito convertido em lucro para organizações poderosas e influentes. Na tentativa de mudar dada configuração, faz-se eficaz o preenchimento dos poros usados pelas empresas para o cometimento de crimes

tendo, do outro lado, a impunidade ou até a punição irrisória. A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem como reforço a essa frente de luta, atuando como um importante instrumento de efetivação de Direitos Humanos, sendo interessante contribuindo na reversão da influência que atribui discricionariedade de ação, bem como o poderio excessivo dos grandes entes econômicos.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição Republicana Federativa Brasileira**. 1988.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1943.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** - 8. Cd. Rev. e amp. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

Prado, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**, 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

Comissão Internacional de Juristas – ICJ. **Necessidades e Opções para um Novo Instrumento Internacional no campo de Direitos Humanos e Empresas**. 2014.

Moraes, Rodrigo Iennaco de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 557-560.

CIRINO DOS SANTOS, Juez. **Manual de Direito Penal - Parte Geral** (2ª edição revista e atualizada). 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Caso TKCSA. Disponível em: <<http://paretkcsa.org/>>. Acesso em 10 de Setembro de 2016.

Capítulo 4

Extraterritorialidade no Brasil

Introdução

Em várias ocasiões, vítimas de violações de direitos humanos cometidas por corporações transnacionais de diversas localidades, percebem a incapacidade, e até mesmo falta de interesse de seus países em prover uma responsabilização efetiva pelos abusos perpetrados. Esse cenário é uma consequência direta de alguns dos efeitos negativos trazidos pela globalização da economia.

Em uma tentativa de centralizar a discussão ao entorno das vítimas, é necessário buscar medidas regulatórias alternativas a fim de promover a responsabilização, superando os obstáculos regularmente enfrentados pelos Direitos Humanos. Nesse sentido, um dos melhores instrumentos disponíveis para melhorar a responsabilização por violações cometidas, passa pelo exercício da jurisdição extraterritorial pelos Estados onde estão localizadas as matrizes dessas corporações.

Cada Estado possui soberania sobre seu território e competência para legislar e aplicar as leis internamente, além de participar da formação de leis de Direito Internacional envolvidas, geralmente, por um viés político. Por conseguinte, torna-se inviável que, salvo exceções expressas, um Estado soberano exerça sua autoridade sobre outro.

A extraterritorialidade é justamente a exceção a essa regra, ocorrendo quando um ente fixado em um país é regido pelas normas de outro que não o de sua base territorial, não

respondendo, mesmo que parcialmente, às normas do território onde se estabeleceu fisicamente. Sendo assim, pode-se concluir que um Estado pode exercer sua jurisdição extraterritorialmente, o que ocorre em algumas situações específicas.

O surgimento de empresas transnacionais interfere na ordem previamente estabelecida de cada Estado exercer a soberania exclusivamente sobre seu território, na medida em que tem-se empresas de um país se fixando em outro por meio de subsidiárias, sucursais ou filiais, que reportam diretamente à empresa matriz localizada em outro país, alterando-se toda a lógica.

Essa situação fática cria uma questão legal sobre qual o regime jurídico se enquadrariam essas empresas estrangeiras estabelecidas em território nacional, e uma questão social, no que tange ao motivo pelo qual essas empresas vieram se fixar nesses países, levando em conta que geralmente a empresa é proveniente de um país desenvolvido e as subsidiárias são instaladas em países do sul global.

A decisão sobre o regime jurídico aqui aplicável deve levar em consideração a cultura e toda a sociedade do país em que irão se instalar, evitando qualquer tentativa de “colonização moderna” ou imposição do país estrangeiro sobre o outro. Vale lembrar que a instalação de transnacionais é vantajosa por trazer, em alguma medida, desenvolvimento econômico para o país, mas esse desenvolvimento deve ser analisado sob a perspectiva de seu impacto real e de suas consequências, principalmente no âmbito social.

A jurisdição extraterritorial em matéria de concorrência é um exemplo de extraterritorialidade muito utilizado na atualidade, levando em consideração que multinacionais podem, por meio de sua conduta, ser lesivas à concorrência dos países em que forem se fixar. Para evitar isso os países criam legislação extraterritorial de proteção da concorrência, como leis antitruste cujo alcance vai além do território nacional.

Essas leis têm natureza protecionista, sendo a preocupação de cada uma limitada ao mercado interno ou com a proteção à concorrência do seu mercado, exclusivamente. Como o processo legislante ocorre em âmbito nacional, mas gera efeitos fora do território do país, em Estados que não participaram do processo legislativo, podem ocorrer conflitos ocasionais.

O princípio da territorialidade é dividido em dois: Territorialidade Subjetiva, na qual o Estado tem jurisdição sobre os atos praticados internamente mesmo que a consumação deles tenha se dado no exterior; e Territorialidade Objetiva, ou Teoria dos Efeitos, em que se faz uma interpretação extensiva do conceito anterior, onde o Estado tem também jurisdição sobre os atos praticados no exterior, mas que tenham produzido efeitos internamente, aplicando-se uma ficção jurídica para alargar a competência. (FIORATI; MAZUOLLI, 2003)

O conflito de competências se resolve pela análise da produção de efeitos, tendo sido maior num país ou no outro. É discutida a possibilidade de aplicação da Teoria dos Efeitos no mundo, sendo necessária a análise do arcabouço legal de cada país para verificar sua aplicação, mas no Brasil resta clara sua aplicação, como pode-se ver pela redação dada ao art. 2º e 36 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011⁷⁵, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁷⁶ e dispõe o seguinte:

⁷⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em 18.04.2016, às 12h23.

⁷⁶ O SBDC é formado pelos seguintes órgãos da Administração Pública: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (CADE). Tais entes atuam tanto no controle de estruturas, que analisa fusões, aquisições, joint ventures e outras transações que resultem concentração econômica ou de qualquer modo possam afetar a livre concorrência, quanto no controle de condutas, que objetiva reprimir as infrações à ordem econômica. A SEAE emite pareceres econômicos não vinculativos a respeito de transações sujeitas ao controle das estruturas e possui poderes gerais de monitoramento de preços em diversos setores da economia. Quanto ao controle de condutas, apesar da SEAE não ser obrigada a emitir parecer em um dado processo, o órgão opta por se manifestar nos casos de maior relevância. O CADE é uma autarquia que exerce as funções de tribunal administrativo, decidindo na esfera administrativa todas as questões relacionadas ao controle de estruturas

“Art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional **ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.**” (Grifo nosso).

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.” (BRASIL, 2011)

O art. 2º inclui expressamente as práticas que possam produzir efeitos no território brasileiro, tendo elas ocorrido internamente ou não. Além disso, o caput do art. 36 não limita de qualquer maneira os “atos”, mantendo-os, inclusive, com a maior abrangência possível (independente de culpa), permitindo a atuação do Estado extraterritorialmente com relação a atos praticados fora do domínio territorial, mas que tenham gerado efeitos, ou possam gerar, internamente na ordem econômica. Neste sentido, resta clara, pela análise desses dois artigos, a posição escolhida pelo Estado brasileiro no que se refere à Teoria dos Efeitos.

Os Estados Unidos da América propuseram que esses efeitos, para serem passíveis de gerar tal prerrogativa para o Estado, devem ser diretos, significativos e previsíveis.

Vale ressaltar que segundo o princípio da territorialidade, os atos, para serem de competência do Brasil, devem produzir algum efeito sobre o território, se isso não ocorrer não devem ser analisados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Aplica-se então a lei antitruste quando os atos produzirem efeitos reais ou potenciais no país.

e de condutas além de ser o órgão investigador de condutas anti-competitivas e emitir pareceres jurídicos não vinculativos no que diz respeito ao controle de estruturas e de condutas. A Constituição Federal Brasileira garante a revisão judicial de qualquer decisão oriunda de um processo administrativo. (MARTINEZ, 2006)

A Extraterritorialidade no Direito Penal Brasileiro

O Brasil traz em seu ordenamento, além da Lei 12.529/2011, disposições sobre extraterritorialidade no art. 7º do Código Penal, que trata da Extraterritorialidade na Lei Penal:

“Art. 7º. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II – os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

b) houve requisição do Ministro da Justiça.” (BRASIL, 1940)

O art. 7º enumera situações nas quais o Brasil se reserva o direito de julgar fatos praticados fora do território nacional. Fala-se em extraterritorialidade incondicionada no caso do inciso I pela aplicação do ordenamento pátrio ainda que o conflito já tenha sido conhecido e julgado pelo outro país e independente de seu julgamento, ou seja, o fato de outro país já ter até mesmo julgado o conflito, não é um fator condicionante para a aplicação do ordenamento pátrio, que se dará de forma independentemente.

As hipóteses do inciso II e do §3º, já dizem respeito a fatos que só serão julgados pela lei penal brasileira se cumpridos os requisitos das alíneas “a” a “e” do §2º, ou seja, deve ocorrer o previsto nas alíneas “a” a “e” para que possa se aplicar a lei brasileira, sendo elas condicionantes para tal aplicação, tendo-se aqui a extraterritorialidade condicionada. No caso do §3º soma-se a essas condições das alíneas “a” a “e” do §2º, as alíneas “a” e “b” do §3º tendo-se aqui a extraterritorialidade hipercondicionada por depender, a aplicação da lei brasileira, da ocorrência dos eventos previstos nas alíneas “a” a “e” do §2º e dos eventos das alíneas “a” e “b” do §3º, sendo duplamente condicionada, então hipercondicionada. O Código define ainda sobre a pena cumprida no estrangeiro:

“Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Com relação a territorialidade o Código Penal dispõe que:

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável à lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.” (BRASIL, 1940)

Aqui fica determinado aos crimes cometidos em aeronaves e embarcações públicas ou a serviço do país, se aplica a lei brasileira, bem como às embarcações e aeronaves brasileiras e estrangeiras privadas que estejam dentro do espaço territorial⁷⁷ brasileiro.

Sobre a extradição, a Constituição determina que não se configura, podendo ocorrer em caso de crime comum para o naturalizado e no caso do crime de tráfico de entorpecentes apenas, garantindo, em regra, um direito constitucional a não extradição do brasileiro nato:

“Art. 5º. LI. - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

⁷⁷ Compõe o território brasileiro: além do espaço territorial continente, contamos com o mar territorial (12 milhas a partir da costa) no qual exercemos soberania exceto quando há trânsito inocente e pacífico de navio mercante com bandeira, que respeitará as normas civis e penais de sua bandeira. A zona contígua, 12 milhas a partir do fim do mar territorial, não é de soberania de nenhum Estado, cabendo ao Brasil apenas ter jurisdição legal para fins alfandegários e de demais fiscalizações como de saúde, imigração e trânsito no mar territorial. A zona de exploração econômica é de 200 milhas a partir do mar territorial.

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;" (BRASIL, 1988)

Também no que se refere a extradição, o Tribunal Penal Internacional por meio do Estatuto de Roma dispõe:

"Artigo 101. Regra da Especialidade

1. Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.

2. O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no parágrafo 1 o ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o artigo 91, informações complementares. Os Estados Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

Artigo 102. Termos Usados Para os fins do presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno."

O princípio da Jurisdição Universal diz respeito à defesa da humanidade nos crimes que a afetam, como em crimes de guerra, transcendendo barreiras como as do território, tempo, jurisdição ou espaço, no qual qualquer Estado pode processar os responsáveis por tais crimes⁷⁸.

⁷⁸ "The principle of universal jurisdiction, in sum, entails the non applicability of statutory limitations in relation to crimes which affect humanity itself, thus transcending the traditional principle of territoriality of criminal law; universal jurisdiction is in a way shared by all States, and any of them can prosecute those responsible for such crimes, as member of the international community (CANÇADO TRINDADE, 2005, p. 435)" Disponível em: <<http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2777/2563>>. Acesso em 19.04.2016, às 12h52.

Decisões do Tribunal Penal Internacional, ao qual o Brasil se submeteu através da assinatura do Estatuto de Roma, tem caminhado para a direção de que no que diz respeito a crimes contra Direitos Humanos sejam seguidos os princípios do direito internacional e, principalmente, a justiça universal, que inclusive pode servir para suprir lacunas do Estatuto⁷⁹.

Faz-se necessária então uma visão do direito internacional não como um empecilho à soberania de cada país, mas como um fortalecedor dessa e dos Direitos Humanos, não devendo haver barreiras físicas, temporais ou legais para sua proteção e disseminação dada sua fundamental posição na sociedade.

Este importante marco legislativo tem um papel excepcional para a proteção dos Direitos Humanos, por meio da responsabilização de condutas cometidas em caráter extraterritorial. Ela possibilita a imputação de responsabilidade na medida em que separa os atores e os liga a seus atos, indicando quando se tem a ação de determinado país e quando se tem a de outro para que possa ser possível verificar a jurisdição competente para o julgamento das violações e, eventualmente, permitir que este julgamento ocorra pelas duas jurisdições, o que aumenta as chances de responsabilização, reforçando também a proteção aos Direitos Humanos.

Essa separação é fundamental para a futura imputação de responsabilidade por permitir a efetiva atribuição da mesma para os culpados, na medida em que o escopo de proteção se alarga com a real possibilidade de punição. A atuação de um país na esfera territorial de outro em razão de competência para julgamento por si só já aumenta o alcance aos bens jurídicos tutelados nacionalmente, uma vez que a extraterritorialidade imputa também obrigações aos Estados onde ficam localizadas as matrizes das corporações, tendo elas a possibilidade de agir quando um ente de sua nacionalidade viola Direitos Humanos em outro país.

⁷⁹ Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2777/2563>>. Acesso em 19/04/2016.

A extraterritorialidade ainda permite a garantia da aplicação das leis nacionais e de direitos fundamentais a nível global como os Direitos Humanos, procedendo de forma a efetivar princípios como a segurança jurídica e assegurar a tutela dos bens jurídicos mais fundamentais para a sociedade. Portanto, deve ser visualizado seu caráter protecionista e garantidor, que traz consigo a possibilidade de responsabilização de entes como as transnacionais, tão necessário no cenário mundial de globalização e complexas relações empresariais e sociais.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. **Decreto-lei no 2.848**, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011.

CUNHA, Rogério de Vidal; VAZ, Heron Ungaretti. O Tribunal Penal Internacional E O Princípio Da Jurisdição Universal: Análise Do Caso Al Bashir. **INTERTEMAS - Revista jurídica da Toledo de Presidente Prudente/SP**, v. 15. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/INTERTEMAS>>. Acesso em: 03 set. 2016.

DE VIDAL CUNHA, Rogério; VAZ, Heron Ungaretti. O tribunal penal internacional e o princípio da jurisdição universal: análise do caso Al Bashir. **INTERTEMAS- ISSN 2176-848X**, v. 15, n. 15, p. 177-187, 2011. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2777/2563>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

FIORATI, Jete Jane; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Novas vertentes do direito do comércio internacional**. Jete Jane Fiorati e Valério de Oliveira Mazzuoli, coordenadores. Barueri, SP: Manole, 2003.p.94-100.

LEOPOLDINO, Juliana. **Regime Jurídico Das Sociedades Transnacionais E Extraterritorialidade Das Leis**. 2008. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076053.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 1047-1075, 2006. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67733/70341>>. Acesso em 18 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma. 1998.

Capítulo 5

Trabalho Escravo

Introdução

O trabalhador em situação de vida precária, em estado de vulnerabilidade econômica e não vendo outra saída, vai até áreas que ofereçam emprego como grandes fazendas. Quando se hospedam em pensões acabam por aceitar que os gatos – contratadores que fazem o intermédio entre os empregadores e os peões – “comprem” suas dívidas de estalagem, assumindo assim uma dívida com o gato pela qual trabalhará para pagar, ou é por eles aliciado diretamente, sendo levados assim ao local de trabalho, onde percebem que a realidade é diferente da prometida e já contraem a dívida do transporte, que aumenta exponencialmente como as outras que irá contrair a seguir: da alimentação – deplorável, não sendo a água nem tratada em vários casos –, dormitório – sem condições básicas até mesmo de higiene-, material de trabalho básico e qualquer outro item que irá comprar dos próprios gatos, com preços fora da realidade. Os gastos são anotados, mas os valores são dificilmente mostrados aos trabalhadores.

O trabalhador vai se endividando cada vez mais, e a dívida acaba superando o valor a ser recebido já que é recorrente que o gato descumpra o contrato feito oralmente. Quando reclama das condições laborais ou ameaça deixar a propriedade, capatazes, geralmente armados, repelem qualquer tentativa. O empregador frequentemente justifica sua atividade dizendo que os trabalhadores já estão acostumados com as condições, e que estão ainda vivendo de forma igual ou melhor do que na miséria anterior ao trabalho. Assim nasce o trabalho escravo moderno.

Esse texto se destina ao estudo do trabalho escravo no Brasil: suas origens, o perfil formado historicamente desse trabalhador, a evolução e involução legal no que diz respeito ao tema, o arcabouço legal internacional quanto ao assunto, as ferramentas de combate ao trabalho escravo, suas diferentes modalidades, a análise dos planos nacionais para a erradicação do trabalho escravo, os projetos de lei em discussão, entre outros – tudo isso dentro do contexto da lógica da propriedade e da relação capitalista de produção, que possuem influência massiva no processo de escravidão bem vivo até hoje, restando evidente as semelhanças do quadro brasileiro atual com o quadro do Brasil colônia.

Breve Histórico Legal da Ilícitude da Escravidão no Brasil e suas Raízes Históricas

A abolição da escravidão no Brasil se deu de forma gradual, sendo que a transformação legal do regime escravocrata em um ilícito se deu no período imperial, tendo seu início em 4 de setembro de 1850, com a Lei nº 581, mais conhecida como Lei Eusébio de Queirós que estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos e africanas. Em 28 de setembro de 1871 a Lei do Ventre Livre, ou Lei nº2.040, libertou as crianças nascidas de pais escravos(as). Essa medida foi seguida pela Lei nº3.270, conhecida também como Lei Saraiva-Cotegipe ou ainda Lei dos Sexagenários, de 28 de setembro de 1885, que libertava os poucos escravos que chegavam aos 60 anos de idade. Foi a Lei Áurea ou Lei Imperial nº3.353 que aboliu formalmente a escravidão no Brasil em 13 de maio de 1888.

Após a Lei Áurea, em 1940, o Código Penal Brasileiro, vigente até a atualidade, tipificou no art. 149 a conduta: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

A Lei nº10.803 de 11 de dezembro de 2003 alterou a redação do art. 149, instituiu multa, além de penalidade pela violência aplicada, e incluiu o §1º e incisos I e II, bem como o §2º e seus respectivos incisos:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

A abolição formal da escravatura no Brasil no período imperial, iniciada em 1850 e culminando com a Lei Áurea de 1888, acarretou uma série de problemas sociais. A questão é que a liberdade foi concedida, mas não foram concedidas as oportunidades ou circunstâncias para que ela fosse plenamente exercida.

Em 1887, o relatório anual do Ministério da Fazenda contabilizou 723.419 escravos no país. O novo homem livre, marginalizado numa sociedade oligárquica, latifundiária, patriarcal, conservadora e racista (com a preocupação de se fazer um “branqueamento” na população por meio dos imigrantes), saiu dos engenhos, garimpos, senzalas, sem instrução, emprego,

dinheiro, moradia, ou qualquer condição mínima de subsistência, criando-se um polo de miséria, e fazendo com que tivessem que se submeter a circunstâncias análogas à sua anterior para sobreviver, ou seja, num país como um todo totalmente despreparado para a abolição. Esse quadro ainda é piorado pelos aproximadamente 1,13 milhões de imigrantes que constavam no Brasil pós a abolição e que viviam sobre o regime servil, havendo uma abundância de mão de obra imigrante de baixo custo, compatível com o sistema capitalista, convertendo aqueles que eram escravos em uma multidão de reserva industrial.

A Lei Imperial nº 3.353 pôs fim à sociedade escravista e aos elementos estatais que a sustentavam, mas certamente não pôs fim ao trabalho escravo.

Trabalho Escravo, Trabalho Análogo ao Escravo e Precarização do Trabalho

A distinção entre o trabalho escravo e o análogo ao escravo reside na postura do Estado frente a modalidade. O trabalho escravo é institucionalizado pela sociedade escravagista e pelo Estado, que provê elementos para a sua sustentação e funcionamento dentro do ordenamento social, jurídico e político.

Já o trabalho análogo ao escravo não conta com o suporte estatal, não possuindo o Estado, elementos legais que sustentem uma economia baseada em trabalho não remunerado. Em um caso temos uma atividade lícita/oficial e no outro ilícita/não-oficial.

O Brasil escravagista possuía a escravidão de forma legalizada, uma situação de direito, sendo permitido o domínio de alguém sobre outrem, enquanto o art. 149 prevê a submissão de um por outro, uma situação de fato, que por sinal é típico, punível e culpável.

A precarização do trabalho já é uma figura cuja definição pode ser dada por José Sérgio Leite Lopes como:

O surgimento da noção de precarização parece estar associado às modificações na organização da produção no período pós-fordista, dos anos de 1980 em diante, no sentido de diminuir custos e subtrair direitos da força de trabalho. O termo estaria também correlacionado às novas práticas de terceirização – passagem de atividades supostamente não essenciais à finalidade da empresa; passadas a outras empresas, empresas terceiras, com diminuição de direitos dos trabalhadores, com a frequência de contratos temporários de mão de obra. (LOPES, 2011)

Ou seja, é o meio encontrado por empregadores de diminuir seu custo de produção ao diminuir seus gastos com os direitos trabalhistas e os próprios trabalhadores, muitas vezes delegando a terceiros por meio do fenômeno da terceirização ou optando por regimes trabalhistas que sejam menos tributados.

Sobre a terceirização e sua relação com o trabalho escravo e a precarização do trabalho, Leonardo Sakamoto escreveu:

Casos famosos de flagrantes de trabalho escravo surgiram por problemas em terceirizações ilegais em que o governo federal e o Ministério Público do Trabalho puderam responsabilizar grandes empresas pela exploração. Consideraram que havia responsabilidade solidária por se constatar terceirização de atividade-fim. (SAKAMOTO, 2015).

Ele chama atenção para o Projeto de Lei nº 4330/2004, já aprovado na Câmara e aguardando apreciação pelo Senado, que aumenta a terceirização para as atividades fim das empresas do setor privado, e o grande impacto que a aprovação dessa lei pode gerar no combate ao trabalho escravo e a precarização do trabalho.

As mazelas sociais arraigadas no Brasil dão lugar ao trabalho escravo moderno, composto, majoritariamente, por pessoas negras e pobres, que somavam e somam uma multidão. Há registros datados de 1910 de trabalhadores em condições análogas à escrava

nos seringais da Amazônia, em sua maioria migrantes nordestinos em servidão por endividamento. Apenas na década de 1970 tem-se o início das denúncias da escravidão contemporânea, relativas aos trabalhadores (as) com dívidas impagáveis.

As Ferramentas de Combate ao Trabalho Escravo e seu Desenvolvimento no Decorrer dos Anos

Em 1975, foi fundada a Comissão Pastoral da Terra (CPT), que ajuda peões e peoas, posseiros(as), índios(as), migrantes e demais pessoas que lutam por liberdade e dignidade no sistema fundiário capitalista, servindo à causa dos(as) trabalhadores(as) rurais, muitas vezes submetidos à condições análogas à de escravo, e sendo um suporte para a organização dessas vítimas em grupos que tem como objetivo o mútuo apoio e também o combate ao trabalho escravo.

A organização é responsável por inúmeras denúncias de trabalho escravo e pela criação de um instrumento forte e efetivo: a Campanha Nacional de Combate e Prevenção ao trabalho escravo (“De Olho Aberto para não Virar Escravo”). Três anos após sua criação, a CPT denunciou a fazenda Vale do Rio Cristalino, da empresa transnacional Volkswagen, no Pará, gerando uma visibilidade internacional para o problema, mas não seu impedimento, já que o problema persiste atualmente.

O caso da tentativa de assassinato de José Pereira no Pará – quando em 1989, o menino de 17 anos tentava fugir da fazenda na qual vivia em condições análogas à escravidão por dívida, tendo sido alvejado e tomado um tiro no olho, perdendo a visão do mesmo - foi emblemático para o país.

Em 1994 o Brasil foi denunciado à Organização dos Estados Americanos (OEA), através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela CPT, pelo Centro Pela Justiça e o Direito

Internacional (CEJIL) e pela organização não governamental *Human Rights Watch*, mais especificamente pelo seu braço *Americas Watch*, sob as alegações de desinteresse e ineficácia das investigações e no processo.

No ano seguinte o Brasil reconheceu a existência do trabalho escravo contemporâneo no território nacional bem como sua responsabilidade internacional, assinando um acordo de solução amistosa com as peticionárias, e assumindo compromissos sobre a punição e julgamento dos autores do crime, reparações pecuniárias, mudanças legais, medidas de prevenção, fiscalização, punição e conscientização contra o trabalho escravo. Foi criado assim o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf) – para planejar as ações de combate ao trabalho escravo, que foi substituído em 2003 pela Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae) – e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM).

Gertraf/Conatrae e GEFM

O Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego acabou sendo um instrumento importante e eficaz para o combate ao trabalho escravo, como ressaltou a ONG Repórter Brasil em 2006, mas vale ressaltar que em novembro de 1999 a CPT escreveu sobre o trabalho da Equipe Móvel, reconhecendo seus bons resultados mas também tecendo uma crítica, em especial, à falta de sigilo, que compromete gravemente as investigações, e à política que garante a impunidade e incentiva a reincidência.

Também reconhecendo tais problemas a Repórter Brasil relembra que, por exemplo, em 2001 mais da metade das denúncias da CPT no sul do Pará não foram apuradas; que a falta de sigilo tem comprometido o sucesso das operações e a segurança dos envolvidos; que a falta da polícia federal tem dificultado muito o processo.

A Repórter Brasil, veiculando em 2002 a análise do frei Xavier Plassat, aponta:

Quando falamos em mau funcionamento do Gertraf, aludimos ao fato de que este só tem atuado como fórum periódico onde se fala de trabalho escravo, mas nunca como instância de efetiva coordenação da ação do poder público – instância portanto executiva. Apesar do nome ‘grupo executivo’, o Gertraf não é nem deliberativo nem operacional. Mudar sua estrutura para conselho também não vai sanar esse vício. (PLASSAT, 2002)

O frei ainda destaca no mesmo artigo:

Causa estranheza e indignação a constatação de que a taxa de atendimento às denúncias encaminhadas tenha caído nesses três anos de 57% (2003) para 33% (2004) e 29% (2005) – ficando numa média de 40% nesse período. Isso mostra que foi deixado sem fiscalização um número crescente de casos. (PLASSAT, 2002)

Ainda em 2003, foi aprovada a Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, alterou a redação do art. 149 do Código Penal criando uma maior segurança jurídica sobre o conceito de “trabalho análogo ao escravo” e sua pena.

A Lista suja do Trabalho Escravo

Foi embrionariamente criada em novembro de 2003 a partir da Portaria nº 1.234, definindo que:

Art. 1º O Ministério do Trabalho e Emprego encaminhará, semestralmente, relação de empregadores que submetem trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou os mantêm em condições análogas à de trabalho escravo aos seguintes órgãos, com a finalidade de subsidiar ações no âmbito de suas competências. (BRASIL, 2003)

Essa Portaria logo foi revogada pela de nº 540, de 15 de outubro de 2004, que criou no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à escrava, como prevê o art. 1º, estando essa decisão sujeita à decisão administrativa final (observadas a primeira e a segunda instâncias) sobre o auto de infração da fiscalização que identificou a ocorrência do crime, respeitadas ampla defesa e devido processo legal, como dispõe o art. 2º.

É previsto ainda que o MTE deverá atualizar o Cadastro semestralmente, devendo a Fiscalização do Trabalho monitorar os cadastrados por um período de dois anos, podendo excluir o cadastrado caso: não haja reincidência; as multas provenientes da ação fiscal tenham sido pagas; forem quitados os débitos trabalhistas e previdenciários. Esse cadastro ficou mais conhecido pelo nome “lista suja do trabalho escravo”.

A Lista, considerada pelas Nações Unidas um dos principais instrumentos de combate à esse crime, funciona da seguinte maneira: ela dá publicidade sobre os empregadores que utilizam mão de obra análoga à escrava e, subsidiariamente, as empresas que assinaram o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, cumprem com o acordo lá proposto de

2. Definir restrições comerciais àquelas empresas e/ou pessoas identificadas na cadeia produtiva que se utilizem de condições degradantes de trabalho associadas a práticas que caracterizam escravidão. (PACTO NACIONAL DO TRABALHO ESCRAVO, 2005)

A Portaria Interministerial nº 2 de 12 de maio de 2011 do MTE e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República revogou e atualizou a anterior. No entanto, em atendimento a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5209) movida pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias,

durante o plantão de recesso do Supremo Tribunal Federal (em 23/12/2014), o Ministro Ricardo Lewandowski suspendeu a Portaria por decisão liminar. O MTE interpôs Agravo Regimental contrário a decisão do Ministro em 15/01/2015, o qual foi indeferido o pedido de reconsideração.

Então a ONG Repórter Brasil, com base nos artigos 10, 11 e 12 da Lei de Acesso à Informação (12.527/2012) e no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pediu uma relação aproximada da lista suja que reporta os casos entre dezembro de 2012 e dezembro de 2014, que foi recebida em 06/03/2015, como informa a Repórter Brasil.

Em 31 de março do mesmo ano foi editada a Portaria Interministerial MTE e SDH nº2, que revogou a portaria anterior e recriou o cadastro com base na Lei de Acesso à Informação (Lei 15.257 de 2011) em que:

[...] aprimora, atualiza e aperfeiçoa os critérios de inclusão no Cadastro, além de delimitar temporalmente seu alcance. Reafirma a observância ao devido processo legal dos autos de infração lavrados nas ações fiscais – condição inarredável para constar na publicação, e simplifica os critérios para exclusão do Cadastro. (MTE e SDH, 2014)

No entanto, apesar de ter sido revogada a portaria anterior e recriado o cadastro, a liminar do Ministro Lewandowski continua vigente. Segundo o Ministério do Trabalho e Previdência Social a questão é que sua vigência está vinculada à decisão do mérito da liminar do STF da ADI 5209, não havendo publicação de um novo cadastro enquanto a liminar estiver vigente. No entanto, enquanto essa liminar vigora a Repórter Brasil juntamente com o InPACTO solicitaram, com base na Lei de Acesso à Informação mais uma vez, os dados dos empregadores autuados em decorrência de caracterização de trabalho análogo ao de escravo e que tiveram decisão administrativa final, entre maio

de 2013 e maio de 2015, com a formação de uma nova “Lista de Transparência sobre Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil”, recebida em 03/09/2015, como informa a Repórter Brasil.

Essa lista já ensejou a censura de informações por parte do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre um resgate de trabalhadores em condições análogas às de escravo na fazenda Graciosa em Xinguara (PA), que resultou no resgate de 23 trabalhadores, que aconteceu a partir das informações da nova lista, mas a censura já foi suspensa, continuando o documento a ter caráter público, apesar de não constar nos sites oficiais do governo e não possuir a estabilidade ideal para sua importância no combate ao trabalho escravo.

Outra questão enfrentada para o combate a esse crime é o risco corrido pelos fiscais. O maior exemplo é, talvez, o episódio conhecido como Chacina de Unaí, na qual em uma operação de fiscalização no município de Unaí em Minas Gerais foram assassinados o motorista Aílton Pereira de Oliveira e os três auditores fiscais do trabalho Néelson José da Silva, João Batista Soares Lage e Eratóstenes de Almeida Gonçalves, enquanto investigavam denúncias de trabalho escravo na região. É um processo com litisconsórcio passivo, no qual quase 12 anos após o crime o ex-prefeito da cidade Antério Mânica foi a júri popular em 05/11/2015, onde foi condenado pela Justiça Federal, cabendo ainda o recurso. O Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo, 28 de janeiro, foi criado em homenagem às vítimas dessa chacina.

A Portaria Interministerial nº4 de 11 de maio de 2016 explana as normas referentes ao Cadastro de Empregadores que tenham sujeitado trabalhadores a condições análogas à de escravo. A disposição com o objetivo de publicizar o Cadastro de Empregadores, na verdade, resulta do direito à informação, previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988, ao assegurar que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse coletivo ou particular, os quais devem ser prestados no prazo antevisto em lei, sob pena de

responsabilidade, com exceção das informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

No que tange o Direito Internacional, a Portaria Interministerial mencionada tem como fundamentos: a Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho, de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório, promulgada pelo Decreto 41.721/1957; a Convenção 105 da OIT, de 1957, sobre a abolição do trabalho forçado, promulgada pelo Decreto 58.822/1966; a Convenção sobre a Escravatura de Genebra, de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, promulgada pelo Decreto 58.563/1966, o qual também promulgou a Convenção Suplementar sobre a abolição da escravatura, de 1956; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto 678/1992.

O Portaria também prevê a disponibilização do Cadastro de Empregadores deve ser acessada no endereço eletrônico do Ministério do Trabalho, divulgando os trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravos na relação entre pessoas físicas e jurídicas (artigo 2º da Portaria Interministerial 4/2016).

Cabe destacar também, a respeito do tema em estudo, a previsão no sentido de que a União pode, com a devida participação da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho, e vista a imprescindível autorização, participação e representação da Advocacia-Geral da União para a prática do ato, celebrar Termo de Ajustamento de Conduta ou acordo judicial com o administrado sujeito a constar no Cadastro de Empregadores, objetivando de sanar as irregularidades, da adoção de medidas preventivas e promocionais para evitar a futura ocorrência de novos casos de trabalho em condições análogas à de escravo e reparar os danos causados, tanto no mercado de trabalho quanto no âmbito de atuação do administrado (artigo 5º da Portaria Interministerial 4/2016).

É relevante destacar que o artigo 14 da Portaria Interministerial 4/2016 revogou expressamente a Portaria

Interministerial 2, de 31 de março de 2015. Assim, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, julgou-se prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.209/DF pela perda superveniente do objeto, cassando-se a medida cautelar antes deferida, conforme decisão proferida pela ministra Relatora Cármen Lúcia, em 16.05.2016.

Conclui-se que apesar dos questionamentos que se pode fazer a medida legislativa em questão administrativa, ela, indubitavelmente reforça a o sentido da concretização do trabalho decente no Brasil. Agora, o que deve ser evitado dentre os inúmeros desafios do combate ao trabalho escravo é a resistência do legislador em aprovar medidas contrárias à pratica, assim como a ineficiência do judiciário que dificulta a responsabilização dos culpados. Deve ser também reconhecida a grande demanda para serem providos os meios eficientes de combate pelo Estado.

Os Planos Nacionais para a Erradicação do Trabalho Escravo

O 1º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo foi publicado em 2003, tendo sido elaborado pela Comissão Especial do antigo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), atual Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), desde 2014, com a Lei 12.986/14, que inaugurou o Programa Nacional de Direitos Humanos - 3 (PNDH-3).

Seu objetivo foi combater o trabalho escravo por meio da prevenção, acusação e monitoramento. Pode-se dizer que obteve sucesso na conscientização dos trabalhadores, mas não produziu grandes efeitos quanto a impunidade dos empregadores e a proposta de reforma agrária e novos empregos nas áreas fornecedoras de mão de obra escrava, como aponta o relatório da Relatora Especial sobre Formas Contemporâneas de Escravidão do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Também em 2003 a Conatrae - Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, composta por governo, sociedade civil e observadores, foi estabelecida, tendo como função o aperfeiçoamento e a implementação do plano nacional, e atuando hoje acompanhando, monitorando e coordenando as ações do 2º Plano Nacional. Foram promovidas nesse mesmo ano, campanhas sociais para a erradicação do trabalho escravo e formada a Lista Suja pelo governo. A OIT avaliou que o plano atingiu 68,4% dos seus objetivos, total ou parcialmente, como indicado pelo 2º Plano Nacional.

O 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo foi lançado e produzido pela Conatrae em 2008, contendo 15 ações gerais, 16 ações de enfrentamento e repressão, 16 ações de reinserção e prevenção, 9 ações de informação e capacitação e 10 ações específicas de repressão econômica, totalizando 66 ações. Entre as ações previstas, por exemplo, podem ser citadas a proposta de alteração da pena mínima do art. 149 do Código Penal de dois anos para quatro; o apoio à reforma agrária e geração de emprego e renda em regiões com altos índices de trabalho escravo como prioridade; ser mantida a divulgação sistemática do cadastro de empregadores que utilizaram mão-de-obra escrava em mídia de grande circulação e rádios comunitárias e incentivar sua consulta para os devidos fins (o que está seriamente comprometido com a suspensão da Lista Suja); dentre outros.

Outro mecanismo criado pelos planos nacionais foram os Coetraes - Comissões Estaduais para a Erradicação do Trabalho Escravo, se juntando aos Planos Estaduais como instrumento de coordenação da implementação das políticas propostas, considerando que o 2º Plano Nacional encoraja a criação de planos no âmbito estadual e a cooperação intragovernamental. Em 2010 a Secretaria de Direitos Humanos fez uma avaliação do 2º Plano Nacional, constatando que mais de 50% das metas haviam sido alcançadas total ou parcialmente.

Os Bens Jurídicos Tutelados pelo Art 149 do Código Penal

Art 149 do Código Penal de 1940 até 11 de dezembro de 2003

Art 149 do Código Penal após a Lei nº10.803 de 11 de dezembro de 2003

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

A mudança do art. 149 pela Lei nº 10.803 de 11 de dezembro de 2003 foi impulsionada pelo reconhecimento público do trabalho escravo contemporâneo pelo governo, fundamental para o combate a escravidão. O texto normativo anterior deixava brechas para que tais crimes fossem tidos como ilícitos trabalhistas, e não ilícitos penais, levando em conta que a

disposição anterior do art. era sintética, dependendo mais de interpretação, mas ficando definido para a doutrina majoritária que o bem jurídico tutelado era o da liberdade.

A mudança do dispositivo, cujo crime hoje é de competência da Justiça Federal, gera, primeiramente, uma especificação dos modos de execução, definidos no caput e §1º do artigo:

- Trabalho forçado;
- Jornada exaustiva;
- Trabalho em condições degradantes;
- Trabalho com restrição de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto;
 - Cerceamento do uso de qualquer meio de transporte para manter o trabalhador no local de trabalho;
 - Vigilância ostensiva no local de trabalho;
 - Retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador para mantê-lo no local de trabalho.

A relação jurídica em que o tipo penal pode ocorrer é apenas a relação trabalhista, como sugerem os termos “trabalhador”, “preposto”, “empregador” e “local de trabalho”, restando claro que o sujeito ativo deverá ser o empregador e o passivo o trabalhador.

No que se refere aos bens jurídicos tutelados, a doutrina se divide como mostra José Claudio Monteiro de Brito Filho Bitencourt (2009, p. 398-399), por exemplo, indica que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual, o *status libertatis* e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Para o autor, reduzir alguém à condição análoga à de escravo é deixar a pessoa completamente submissa a outrem.

Greco (2008, p. 545), por seu turno, afirma que o bem jurídico é a liberdade da vítima, mas, também, a vida, a saúde e a segurança do trabalhador. No mesmo sentido, de ser tutelada a

liberdade, que chama de pessoal, é o pensamento de Prado (2008, p. 63). O autor também aponta para a jurisprudência do STF que indica que os bens seriam a liberdade e a dignidade da pessoa humana, exemplificados na ementa do acórdão proferido no Inquérito 3.412/AL.

A liberdade aqui deve ser compreendida no seu conceito mais amplo, como não apenas a liberdade de locomoção mas a pessoal. Já a dignidade é a da pessoa humana, não meramente dignidade, o que, em uma visão Kantiana, é aquela de direito do homem por ele ser um fim em si mesmo - e então ser merecedor de direitos por possuir o atributo da dignidade - e não um meio, característica dos seres não racionais, que podem então ser instrumentalizados. É justamente para evitar que ao trabalhador seja atribuída a qualidade “preço”, que o art. 149 penaliza o trabalho escravo.

Ameaças Legislativas

A PEC do trabalho escravo (PEC 57-A) ou Emenda Constitucional 81 de 5 de junho de 2014 tem origem na Proposta de Emenda Constitucional - PEC 438/2001 e aguardava votação na Câmara dos Deputados em 2º turno desde 2004. Muito aguardada, sua aprovação era inclusive uma das metas do 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Ela alterou o art. 243 da Constituição Federal da seguinte maneira:

Art. 243 (antes da EC 81). As **glebas** de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente **destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos**, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e **reverterá em benefício**

de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Art. 243 (pós EC 81). As **propriedades rurais e urbanas** de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas **ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei** serão expropriadas e **destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular**, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e **da exploração de trabalho escravo** será confiscado e **reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.**

A nova redação do artigo aumenta sua área de aplicação ao substituir *glebas* por *propriedades rurais e urbanas*, sendo mais abrangente, além de incluir na penalidade de expropriação as propriedades que fazem o uso do trabalho escravo, criando uma nova penalidade para essa ação.

Seu grande problema é que ela, para ser aplicada, depende de regulação legal posterior que defina o que é “trabalho escravo”, se vinculando pelas palavras *na forma da lei*, descon siderando toda a doutrina, jurisprudência e legislação já existentes sobre o tema. Também dependendo dessa regulação para a criação do fundo especial com destinação específica. A Emenda também destina qualquer bem de valor econômico que advenha das propriedades expropriadas à reforma agrária e programas de habitação popular, gerando o descontentamento dos ruralistas.

Essa questão pode gerar retrocessos para a tão esperada aprovação dessa Emenda Constitucional, já que a dependência de outra lei a deixa vulnerável. A criação de um novo conceito de “trabalho escravo” pode abrir brechas para um conceito que

se aproxime mais da realidade do Brasil colonial que da atual, criando uma grande dificuldade de aplicação. Assim como pode acontecer na regulação do fundo especial ao qual se destinará todos bens de valor econômico derivados da prática de trabalho escravo ou tráfico de drogas, que deve ser feita com cautela para que seja alcançada a destinação pretendida dos meios.

O Projeto de Lei do Senado nº 432 de 2013 propõe justamente um conceito que se distancia do encontrado no art. 149 do Código Penal de trabalho análogo ao escravo, fazendo justamente essa aproximação com a realidade passada ao excluir do conceito a jornada exaustiva e as condições degradantes de trabalho, um verdadeiro retrocesso, que é o oposto do que se esperava dessa Emenda.

Há aqui de se questionar se não seria melhor usar no art. 243 da Constituição a terminologia *trabalho análogo ao escravo* do que *trabalho escravo na forma da lei*, para que não se perdesse conceitualmente os avanços alcançados com a Lei nº 10.803 de 11 de dezembro de 2003, que alterou a redação do art. 149 do Código Penal ao expandir e definir melhor o conceito de trabalho análogo ao escravo. Isso pode ocorrer porque quando se condiciona um conceito à criação de uma nova lei, ela pode alterar totalmente esse conceito, e aqui se pretende justamente condicionar o conceito de trabalho escravo a uma lei, quando se tem a redação “*trabalho escravo na forma da lei*”, que pode acarretar em grandes perdas conceituais. Mas se fosse utilizada essa terminologia aqui sugerida e fosse mantido o conceito de trabalho análogo ao escravo criado pela lei 10.803/2003, quem poderia saber, na nossa conjuntura política e social ainda – mesmo que de forma menor ou menos aparente - latifundiária, patriarcal, conservadora e racista, se essa Emenda seria um dia aprovada.

O Projeto de Lei do Senado nº432 de 2013, de autoria do senador Romero Jucá do PMDB-RR, visa modificar o conceito, e portanto a aplicabilidade, da modalidade “trabalho escravo”

e regular a destinação específica do fundo especial prevista no art. 243. Parágrafo único, depois da EC 81/2014. A medida tem a pretensão de, ao conceituar trabalho escravo, excluir do âmbito dessa lei o que se aplica no art. 481 do Código Penal ou algumas causas de admissibilidade, hoje no rol taxativo do artigo, que se enquadram no tipo penal como atividade análoga à escrava, para que à essas causas não se aplique a expropriação.

Objetiva-se aqui a retirada da “jornada exaustiva” e das “condições degradantes de trabalho”, encontradas no caput para que também sejam reduzidas as terras sujeitas à expropriação pela prática do crime, como prevê a EC 81/2014. Observa-se então, uma tentativa de aproximação do conceito de trabalhador escravo pré - Lei Áurea para os tempos atuais.

A aprovação desse Projeto de Lei é um grande retrocesso para o país, deixando as milhares de vítimas que ainda vivem nas zonas urbana e rural sob tais degradantes circunstâncias, despidas de proteção legal em nome de interesses econômicos.

O Projeto de Lei está atualmente em tramitação e em posse da relatoria. Ele foi Encaminhado à Secretaria-Geral da Mesa em 09/12/2015, em virtude de aprovação do Requerimento nº 1401, de 2015, em Plenário, de urgência para a matéria, estando pronto para deliberação do plenário no dia 02/02/2016, quando no dia seguinte foi extinta a tramitação em regime de urgência a requerimento do líder do PPS Cristovam Buarque, Requerimento nº 11, de 2016, de iniciativa das Lideranças.

A matéria retornou então à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para exame, estando desde o dia 26/02/2016 com o atual Relator Paulo Paim. Vale observar que essas ações legislativas ocorreram em época de intensas discussões e repercussão midiática da crise política, tirando o assunto de evidência.

Projeto de Lei 2130 de 1996: Busca caracterizar como infração contra a ordem econômica a utilização de mecanismos ilegítimos para a redução dos custos de produção. Está atualmente

arquivado. O Brasil havia se comprometido perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a efetuar todos os esforços para a aprovação dessa lei como uma medida de prevenção no combate ao trabalho escravo.

Lei do Estado de São Paulo nº14.946 de 28 de janeiro de 2013: Lei do deputado Carlos Bezerra Jr representa um grande avanço no combate ao trabalho análogo ao escravo por efetivamente prever punições às empresas envolvidas diretamente e às beneficiárias indiretas envolvidas com escravidão, que irão: perder a inscrição no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); ser fechadas e impedidas de realizar qualquer transação formal; ter os sócios envolvidos impedidos de entrar com nova inscrição por dez anos. A lei, além de efetivamente proibir que a empresa continue a exercer a atividade econômica, pune e responsabiliza não só os diretamente afetados como os indiretamente, evitando inclusive, como consequência, a concorrência desleal no comércio. É talvez a legislação mais importante desde a Lei Áurea, criando um ótimo precedente, que deveria ser utilizado em todo o país.

Projeto de Lei 2022 de 1996: de autoria de Eduardo Jorge do PT de São Paulo, o projeto objetiva impossibilitar a formação de contratos entre órgãos e entidades da Administração Pública e empresas envolvidas, direta ou indiretamente, com trabalho escravo, sendo também vedado a estas a participação em licitações daqueles. A aprovação desse projeto de lei é inclusive objeto das ações específicas de repressão econômica do 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Atualmente está apensado ao Projeto de Lei 1292 de 1995, que está por sua vez aguardando parecer.

Carta Compromisso: Tem a função de servir de instrumento para incluir no âmbito das eleições o combate ao trabalho escravo. É de iniciativa da Comissão Nacional Para Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), devendo ser convidados para assinar o documento todos os candidatos à presidência, pelos

governos estaduais e distrital, suas respostas são publicadas no site www.compromissopelaliberdade.org.br, sendo também dessa forma um canal entre os candidatos e a sociedade civil e um instrumento de fiscalização de cumprimento das políticas prometidas. Ela foi utilizada nos pleitos de 2006, 2008, 2010 e 2012, gerando como resultado políticas públicas de combate à escravidão como o lançamento de Planos Estaduais e aprovação de leis sobre o crime.

Legislação Internacional sobre Trabalho Escravo

Foi apenas após a Constituição Federal de 1988 que o Brasil passou a adotar uma postura mais receptiva aos tratados e convenções internacionais e, conseqüentemente, ao Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. O novo texto normativo constitucional trouxe, após um período ditatorial de mais de 20 anos, uma democracia emergente que prezou por uma série de garantias e princípios relativos à primazia dos Direitos Humanos e sua proteção. Além disso, havia a necessidade de uma imagem concernente com essa nova realidade perante a comunidade internacional, carecendo de recepção pelo país de uma série de tratados e convenções internacionais.

O reconhecimento da competência da Corte Interamericana pelo Brasil se deu apenas em 1998, a partir das metas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) de 1996 de cooperação com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Vale ressaltar que o reconhecimento da jurisdição da Corte se deu para as denúncias de violações ocorridas após o Decreto Legislativo nº89 de 1998. Como a Corte não trata de um tribunal penal, não possuindo caráter cogente, as ações ali interpostas não substituem as ações penais internas.

Em 24 de fevereiro de 1999 a Comissão Interamericana concluiu, aprovando um relatório, sobre a admissibilidade e o

mérito do caso José Pereira abordado anteriormente, relatando que o Brasil era responsável por violações à Declaração Americana sobre os Deveres e Direitos do Homem, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, fazendo recomendações ao país. O caso obteve uma solução amistosa por um acordo firmado com as petionárias em 2003, sendo criados no âmbito governamental uma série de órgãos e comissões como a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo-CONATRAE. O caso emblemático levou o governo a pagar uma indenização de R\$ 52.000,00 a vítima José Pereira (por meio da Lei nº10.706 de 30 de julho de 2003), gerando um importante precedente.

Em termos de legislação internacional, vale destacar o conceito dado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o trabalho escravo:

Toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. O que diferencia um conceito do outro é a liberdade. Quando falamos de trabalho escravo, falamos de um crime que cerceia a liberdade dos trabalhadores. Essa falta de liberdade se dá por meio de quatro fatores: apreensão de documentos, presença de guardas armados e 'gatos' de comportamento ameaçador, por dívidas ilegalmente impostas ou pelas características geográficas do local, que impedem a fuga.

A OIT é a principal fonte de convenções normativas sobre violações de direitos trabalhistas, sendo, portanto, uma importante instituição para o combate à todas as formas de trabalho escravo.

Legislação Internacional sobre Trabalho Escravo
Vigência no Brasil
Convenção nº 29 da OIT de 1930.

Trabalho forçado: dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, etc.

Em vigor pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29/05/1956, do Congresso Nacional e pelo Decreto nº 41.721, de 25/06/1957.

Convenção 105 da OIT de 1957.

Abolição do trabalho forçado: proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão-de-obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.

Em vigor pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30/04/1965, do Congresso Nacional e pelo Decreto Nº 58.822 de 14/07/1966.

Convenção nº 95 da OIT de 1949

Dispõe sobre a proteção ao salário, devendo ser ele pago regularmente, não sendo permitidas formas de pagamento que privem o trabalhador de deixar o emprego.

Em vigor pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29/05/1956, do Congresso Nacional e do Decreto nº 41.721, de 25/06/1957.

Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça 1945

Apesar de não dispor diretamente sobre a escravidão, a Carta estabelece compromissos plurilaterais de união em relação à vários objetivos, como a construção de uma sociedade justa, igualitária e livre, além de reconhecer a competência e jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Em vigor pelo Decreto nº 19.841 de 22/10/1945.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Artigo 3º

Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4º

Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.

Assinada pelo Brasil na data de sua adoção e proclamação pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.

Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

Artigo XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Em vigor, apesar de ser meramente uma carta de intenções.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Em vigor pelo Decreto nº678 de 06 de novembro de 1992. Reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana pelo Decreto Legislativo nº89 de 1998.

Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Primeiro e Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Artigo 8º. Ninguém será mantido em escravatura. A escravatura e o tráfico de escravos são proibidos sob todas as formas. Ninguém pode ser submetido a servidão.

a) Ninguém será constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório;

b) A alínea anterior não poderá ser interpretada no sentido de proibir, em países em que certos crimes podem ser punidos com pena de prisão acompanhada de trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados imposta por um tribunal competente;

Em vigor pelo Decreto nº592 de 6 de julho de 1992. Protocolos Facultativos aprovados pelo Decreto Legislativo nº311 de 2009.

Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 1956.

Tem como objetivo abolir por completo a servidão por dívida e o trabalho forçado.

Em vigor pelo Decreto Legislativo nº 66 de 30/11/1965 e pelo Decreto Presidencial nº 58.563 de 1º de junho de 1966.

Convenção sobre a Escravatura de 1926, e emendada pelo Protocolo Aberto à assinatura de 1953.

Define a escravidão como: condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, alguns ou todos os atributos do direito de propriedade. Nela é possível verificar uma equiparação entre trabalho escravo e trabalho forçado.

Em vigor pelo Decreto Legislativo nº 66 de 30/11/1965 e pelo Decreto Presidencial nº 58.563 de 1º de junho de 1966.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998.

O Tribunal Penal Internacional funciona como corte complementar da jurisdição penal nacional, agindo no caso de omissão interna.

Artigo 7º- Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

c) Escravidão;

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

Em vigor pelo Decreto Legislativo nº112 de 06/06/2002 e pelo Decreto nº4.388 de 25/09/2002.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de Outubro de 1988.

_____. Lei 10.706. 30 de Julho de 2003.

_____. Lei 12.527. 12 de Novembro de 2011.

- _____. **Decreto 678**. 6 de Novembro de 1992
- _____. **Decreto 4.388**. 25 de Setembro de 2002
- _____. **Decreto 19.841**. 22 de Outubro de 1945.
- _____. **Decreto 41.721**. 25 de Junho de 1957
- _____. **Decreto 58.563**. 1º de Junho de 1966
- _____. **Decreto 58.822**. 14 de Julho de 1966
- _____. **Decreto Legislativo 24**. 29 de Maio de 1956
- _____. **Decreto Legislativo 66**. 14 de Julho de 1965.
- _____. **Decreto Legislativo 89**. 3 de Dezembro de 1988.
- _____. **Decreto Legislativo 112**. 6 de Junho de 2002
- _____. **Decreto Legislativo 311**. 16 de Junho de 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I**, 316 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 2005.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Inoperância da Repressão ao Trabalho Escravo. Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 38, p. 73-77, apr. 2000. ISSN 1806-9592. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n38/v14n38a05.pdf>>. Acesso em: 25.03.2016, às 01h39.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. 22 de novembro de 1969.

DE BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho em condições análogas à de escravo: os bens jurídicos protegidos pelo artigo 149 do Código Penal Brasileiro**. Revista Jurídica da Presidência, v.15, n.107, p.587-601, 2014.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **A defesa do interesse da união em erradicar formas contemporâneas de escravidão no Brasil**. Boletim científico-Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano I, n. 4, p. 133-151, 2002.

LOPES, José Sérgio Leite. **Notas sobre a precarização do trabalho no Brasil**. RRET-Revista da Rede de Estudos do Trabalho, Marília, SP, ano, v. 5, p. 01, 2011. Disponível em: < http://www.estudosdotrabalho.org/8_%208%20%20Articulo%20Leite%20Lopes.pdf > Acesso em: 17/04/201.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende, PRADO, Adonia Antunes, GALVÃO, Edna Maria. **Privação de Liberdade ou Atentado à Dignidade: escravidão contemporânea**, fls. 42

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

MARINGONI, Gilberto. **O destino dos negros após a escravidão**. IPEA Desafios do Desenvolvimento. Ano 8. Edição 2011. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28&Itemid=23 >. Acesso em 23.03.2016, às 11h12.

SAKOMOTO, Leonardo. **O Brasil vai desistir de combater o trabalho escravo?**. 2015. Disponível em <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2015/04/24/o-brasil-vai-desistir-de-combater-o-trabalho-escravo/> Acesso em 19.04.2016

SAKOMOTO, Leonardo. **Quem vai pagar pelo prejuízo de engraquecer o combate ao trabalho escravo?**. 2015. Disponível em <http://reporterbrasil.org.br/2015/02/quem-paga-pelo-enfraquecimento-do-combate-ao-trabalho-escravo/>. Acesso em 18.04.2016, às 14h15.

Capítulo 6

Povos e Comunidades Tradicionais

Introdução

O trabalho em questão tem o objetivo de expor os instrumentos legais presentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando, desde sua Constituição, os institutos usados para a defesa e efetivação dos direitos indígenas e das comunidades tradicionais. O texto também expõe os instrumentos internacionais, estabelecidos por acordos, convenções e declarações entre os membros das Nações Unidas, como o Pacto de San José da Costa Rica e A convenção 169 da OIT.

Além do conteúdo normativo, expõe-se aqui temas importantes para a apreciação do tema. Tópicos como marco temporal para a demarcação de territórios; acesso à justiça e o Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), pautando-os tanto na legislação quanto na jurisprudência de tribunais brasileiros e da Corte Inter Americana de Direitos Humanos (CIDH). Assim como se apresenta críticas ao não cumprimento desses direitos pelo governo brasileiro e os projetos de lei no Congresso, como a PL 215, que ameaçam ainda mais os direitos conquistados até agora.

Com uma cultura e direito pautados em uma tendência europeia e burguesa, a formação do país tratou de excluir sistematicamente sua população nativa e as comunidades tradicionais, como quilombolas e ribeirinhos, situação que tem seus efeitos predominantes até hoje. Espera-se que esse documento sirva de ajuda na luta contínua pelo respeito e

afirmação dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. A situação hoje é a de constantes ataques vindos de todas as camadas da sociedade. Essa relação, como consequência, não é harmônica.

O que são Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais

Para uma melhor delimitação do tema, é necessário, inicialmente, a especificação do objeto a ser tratado no texto: as comunidades indígenas e as tradicionais. Essa diferenciação é necessária, pois não é rara a confusão entre as duas.

Na definição de comunidades indígenas, destaca-se a realizada pela Fundação Nacional do Índio, a qual expõe os critérios necessários para a classificação da comunidade como indígena, derivados da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Estatuto do Índio de 1973. Em suas próprias palavras:

A Convenção 169 da OIT, (...) sobre Povos Indígenas e Tribais é um dos mais importantes documentos na defesa desses povos. Foi promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, em seu artigo 1º afirma que: “1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou

tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Já o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) define, em seu artigo 3º, indígena como “...todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.”

Focada, inicialmente nos povos indígenas, o texto da convenção apresenta, de maneira complementar, a definição de povos tribais. A divisão feita não é imune a críticas, visto que foi feita de forma imperativa e compartimentalizada, não correspondendo com os costumes e tradições destes povos.

Como se pode perceber, também, não são claramente especificadas as comunidades tradicionais na proteção. A problemática deve-se ao fato de que se deve ou não se relacioná-los com as comunidades tradicionais tais como quilombolas, ribeirinhos, comunidades de fundo de pasto, faxinalenses, entre outros.

A Convenção 169 define, principalmente, três critérios fundamentais para determinar os grupos aos quais ela se aplica⁸⁰: a existência de condições sociais, culturais e econômicas diferentes de outros setores da sociedade nacional; a presença de uma organização social regida total ou parcialmente por regras e tradições próprias, e a autoidentificação.

A própria jurisprudência internacional, mais especificadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos abordou a discussão. Um caso exemplificativo em que a corte reconheceu a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT ao povo quilombola Samaraka, do Suriname. Um trecho da decisão com a argumentação:

⁸⁰Artigo 1º da Convenção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 02.06.2016

La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo. (Caso Saramaka Vs. Suriname, 28/11/2007)⁸¹.

Assim, o Brasil, ao retificar a Convenção e após a instituição da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais⁸², pelo Decreto nº 6.040, de fevereiro de 2007, define comunidades e povos tradicionais de forma semelhante à Convenção, assegurando por correlação esses direitos a essas pessoas respeitando a construção jurisprudencial internacional. Assim, os povos e comunidades tradicionais podem ser correlacionados às características presentes no texto.

Assim ficou estabelecido na Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais:

Art. 3º. Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e

⁸¹ Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 02.06.2016, às 16h19

⁸² Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 02.06.2016, às 16h25

transmitidos pela tradição; II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Marco Nacional de Proteção dos Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais

A Constituição de 88, também conhecida como Constituição cidadã, garantiu grandes conquistas para os indígenas e para as comunidades tradicionais. Foi a primeira a reconhecer seus direitos e tratá-los com status constitucional, assegurando uma mínima proteção contra violações a seus direitos, realidade comum dentro do País. São alguns exemplos previstos na carta constitucional⁸³:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

⁸³ Entre outros artigos presentes na Constituição podem ser destacados: Art. 22, inciso XIV; Art.40, inciso XVI; Art.109, inciso XI; At. 129, inciso V; Art.176, parágrafo primeiro; Art. 209, parágrafo segundo; Art. 215, Parágrafo primeiro; Art.231 e Art. 232. 178 Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 111, de 2003, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Eduardo Siqueira Campos, Segundo Vice-Presidente, no exercício da Presidência da Mesa do Congresso Nacional, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda constitucional nº 32, combinado com o art. 12 da Resolução nº 1, de 2002-CN, promulgo a seguinte Lei: Art. 1º Fica criada, como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. (...) Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.678.htm>. Acesos em: 07.06.2016

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[..]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver. (BRASIL, 1988, Art. 215 e 216)

A partir das garantias presentes na Constituição Federal, esses agentes passaram a possuir defesas legais para se protegerem. Além da desta, outras leis foram criadas em âmbito nacional para a defesa e garantia de direitos a essas comunidades como a Lei 10.678, de 3 de maio de 2003, a qual entre outras atribuições cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; o Estatuto da Igualdade Racial⁸⁴; Estatuto do Índio⁸⁵ e a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais⁸⁶. Este último sendo responsável pela

⁸⁴ Art. 2º. É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais. Art. 3º. Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira. (...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>

⁸⁵ 179 180 Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal). Art. 47. É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão. (...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm> Acesso em: 02.06.2016

⁸⁶ Art. 1º As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar

conceituação de povos tradicionais além de outras conquistas a essas comunidades. Todas, expandindo essa proteção jurídica feita pelo estado brasileiro. Vale citar também a criação e manutenção da FUNAI (Fundação Nacional do Índio). Segundo a sua própria definição, ela foi “criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967⁸⁷, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil. Segue trecho da lei, especificando a atuação do órgão governamental:

Art. 1º. Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada “Fundação Nacional do Índio”, com as seguintes finalidades: I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas; II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização; III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais

os seguintes princípios: I - o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade; II - a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais deve se expressar por meio do de pleno e efetivo exercício da cidadania;(…) Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/decreto/d6040.htm> Acesso em 03.06.2016

⁸⁷ 182 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 03.06.2016

indígenas; IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios; V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional; VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista; VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio. Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

Vale citar, também que na busca pela implementação e maior efetividade na proteção dos direitos humanos dentro do território nacional, o governo, por meio do Decreto Nº 7.037/2009⁸⁸, adotou a terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), resultado de um amplo processo participativo entre governo e sociedade civil. O programa incorpora resoluções da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, além de propostas aprovadas em mais de 50 conferências temáticas, promovidas desde 2003.

Dentre as medidas concernentes aos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais contidas no PNDH-3 estão: garantir que os grandes empreendimentos e os projetos de infraestrutura resguardem os direitos dos povos indígenas e comunidades quilombolas e tradicionais, conforme previsto na Constituição Federal e nos tratados e convenções internacionais; assegurar às comunidades quilombolas a posse dos seus territórios, acelerando a identificação, o reconhecimento, a demarcação e a titulação desses territórios, respeitando e preservando os sítios de alto valor simbólico e histórico; e integrar políticas de geração de emprego e renda e políticas sociais para o combate à pobreza rural dos agricultores familiares, assentados da reforma agrária, quilombolas, indígenas, famílias de pescadores e comunidades tradicionais⁸⁹.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 20.05.2016, às 12h25.

⁸⁹ Entre algumas das medidas, pode-se citar: Diretriz 4, objetivo estratégico I, ação programática i: Garantir que os grandes empreendimentos e os projetos de infraestrutura

Contudo, o PNDH-3, desde seu lançamento, tem enfrentado forte oposição das camadas mais conservadoras da sociedade. Devido a isso, muitos recuos em seu projeto inicial foram feitos devido à pressão opositora. Diversos programas acerca das comunidades indígenas e tradicionais continuam sem sua devida implementação ou até nenhuma.

Devido a esse cenário, é importante problematizar a eficácia do formato de Plano Nacional para implementação e efetivação de políticas públicas de proteção e defesa dos Direitos Humanos assegurados nacional e internacionalmente.

Outras leis referentes ao tema em escopo nacional, como o Decreto nº 4.887, de 20/11/2003 serão abordados no subtópico sobre demarcação de terras.

Marco Internacional de Proteção dos Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais

Em âmbito internacional, o marco normativo de proteção dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais se fortaleceu através dos séculos XX e XXI, após a criação da ONU. O Brasil, como membro, participou na elaboração e

resguardem os direitos dos povos indígenas e de comunidades quilombolas e tradicionais, conforme previsto na Constituição e nos tratados e convenções internacionais. Diretriz 4, objetivo estratégico I, ação programática j: Integrar políticas de geração de emprego e renda e políticas sociais para o combate à pobreza rural dos agricultores familiares, assentados da reforma agrária, quilombolas, indígenas, famílias de pescadores e comunidades tradicionais. Diretriz 7, plano de ação III, ação programática d: Garantir demarcação, homologação, regularização e desintrusão das terras indígenas, em harmonia com os projetos de futuro de cada povo indígena, assegurando seu etnodesenvolvimento e sua autonomia produtiva. Diretriz 9, objetivo estratégico II, Ação programática a: Assegurar a integridade das terras indígenas para proteger e promover o modo de vida dos povos indígenas. Diretriz 9, objetivo estratégico II, Ação programática b Proteger os povos indígenas isolados e de recente contato para garantir sua reprodução cultural e etnoambiental. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programanacional-de-direitos-humanos-pndh-3>>. Acesso em: 20.05.2016, às 14h18.

ratificação de diversos tratados e convenções internacionais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁹⁰; do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹¹; do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁹² são alguns exemplos dentro do tema), integrando-os ao seu ordenamento, e conseqüentemente trazendo efeitos jurídicos. No fim do texto, está presente um anexo contendo os principais marcos internacionais dentro do tema além dos já destacados.

Cabe aqui analisar alguns dos mais relevantes, como o Pacto de San José da Costa Rica e a Convenção dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais.

Realizado em 1969, na cidade de San José, Costa Rica, o pacto de mesmo nome tornou-se um marco na proteção de direitos humanos no continente americano, garantindo de uma série de importantes direitos, como a cultura, vida, propriedade e proteção judicial e alcançou a ratificação de 25 países americanos⁹³, entre eles o Brasil⁹⁴. Garantias que, mesmo não sendo diretamente pensadas para a defesa dessas comunidades, tornaram-se instrumentos de defesa contra futuras agressões.

Além disso, é indispensável citar a criação, dentro do Pacto de São José, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A Corte tornou-se um importante instrumento internacional de Direitos Humanos, registrando no decorrer dos anos, inúmeros casos de defesa e proteção dos Direitos Humanos.

⁹⁰ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em 04.06.2016.

⁹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 04.06.2016.

⁹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 04.06.2016.

⁹³ Entre os países que não ratificaram pode-se citar: Estados Unidos; Canadá e Guiana. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm> Acesso em: 03.06.2016

⁹⁴ Apesar de ter entrado em vigor em 1972, foi ratificado pelo Brasil apenas em 1992, entrando no ordenamento brasileiro a partir do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

A partir dela, sedimentou-se em nível internacional, jurisprudências em diversos aspectos⁹⁵188 sobre Povos e Comunidades Tradicionais. Vários povos indígenas convivendo no território dos países signatários utilizaram-se desse instrumento, levando uma grande quantidade de casos à Corte.

Já a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho “deve ser considerada como um instrumento para a inclusão social de 40 milhões de pessoas que tem sido “as mais esquecidas” no caminho ao desenvolvimento da América Latina” (OIT).

Adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, trouxe importantes avanços nos direitos dos povos indígenas e tribais, tornando-se um documento de grande importância, e sendo hoje referência legislativa internacional. Foi, além disso, considerada um grande avanço em contraste com a Convenção anterior (168)⁹⁶ a qual ia em direção contrária a respeito dos direitos desses povos.

Nela, direitos como a autodeterminação dos povos⁹⁷, o reconhecimento de suas terras⁹⁸ e à consulta livre, prévia,

⁹⁵ Como exemplos, os casos da Comunidade Mayagna (sumo) awas tingini Vs. Nicarágua. Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Caso Yatama Vs. Nicarágua. Povo Saramaka Vs. Suriname. Caso Chitay Nech e Outros Vs. Guatemala. Caso comunidade indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corteinteramericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 07.06.2016, às 12h02

⁹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2682.htm>. Acesso em: 01/09/2016 às 16h30.

⁹⁷ Artigo 7º. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 06.06.2016.

⁹⁸ Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas

informada e de boa-fé, está sendo base do documento, foram assegurados. Existe agora, o desafio de regulamentação pelos países signatários. O Brasil, por exemplo, ainda não regulamentou, sendo bem problemático o seu processo de regulamentação.

O país assinou o documento apenas em 2002, após uma década de debate, através do Decreto Legislativo 143, em vigor desde 2003, na forma de lei ordinária. A demora muito se deu por influência de setores mais conservadores da sociedade brasileira, temendo a perda de parcela de suas terras no processo da lei.

O processo de implementação das disposições da Convenção no ordenamento brasileiro ainda suscita um intenso debate, devendo-se, principalmente, à questão da extensão da sua incidência. Especialmente no caso quilombola, existem jurisprudências de âmbito nacional e internacional apresentando argumentos favoráveis⁹⁹, além da própria CIDH que já abordou o assunto em seus julgamentos¹⁰⁰.

por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados. Artigo 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 06.06.2016.

⁹⁹ Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA //Sentencia T-955/03 - Colômbia

¹⁰⁰ Como exemplos, os casos da Comunidade Mayagna (sumo) awas tingini Vs. Nicarágua. Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Caso Yatama Vs.

Consulta livre, prévia e informada

Uma das grandes conquistas dentro da Convenção 169 foi a garantia do direito à consulta livre, prévia e informada aos povos e comunidades tradicionais. Essa foi a primeira vez que essa matéria foi citada em âmbito internacional, representando um enorme avanço dentro da temática dos Direitos Humanos. A partir daí, é utilizada como uma importante ferramenta política para as comunidades indígenas e tradicionais em sua defesa contra violações a seus direitos no mundo inteiro, em especial na América Latina.

Assim ele é observado na Convenção:

Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. (BRASIL, 2004)

Nicarágua. Caso Chitay Nech e Outros Vs. Guatemala. Caso comunidade indígena Xákmok Kásek Vs.Paraguai. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs.Ecuador. Disponíveis em: Acesso em: 07.06.2016.

De acordo com o Instituto Socioambiental¹⁰¹:

A consulta prévia como direito dos povos e como princípio de relacionamento político destes com os Estados nacionais foi incluída em repetidas oportunidades no texto da Convenção 169 da OIT, como um princípio geral e transversal da atuação do Estado com relação aos povos interessados. Em seu artigo 6º, está definida o que podemos considerar a cláusula geral da consulta, que descreve de forma sucinta seus principais elementos: 1) os eventos nos quais a consulta deve ser cumprida (medidas administrativas e legislativas que afetam diretamente os povos indígenas e tribais); 2) a oportunidade para sua realização (antes da adoção de qualquer decisão); 3) os interlocutores legítimos para a execução da consulta (as instituições representativas dos povos interessados); 4) a qualificação do processo consultivo (mediante procedimentos adequados às circunstâncias e de boa-fé); e 5) o objetivo final da consulta (chegar a um consenso). Sendo fundamentada no direito a autodeterminação dos povos, previsto em inúmeros documentos internacionais, percebe-se no texto da Convenção 169, o objetivo da consulta: o consentimento das comunidades, fundamental para a realização e continuação dos projetos que produzem impactos diretos ou indiretos aos territórios ou aos modos de vida praticados por elas.

Através desse processo de consulta, dá-se maior poder e legitimidade para esses agentes, considerando um consenso sem coerção, anterior ao evento relacionado à decisão e totalmente informado, por parte das comunidades. A partir disso, garantindo direitos como a autodeterminação e evitando o ataque a diversos outros como a cultura, a saúde, a memória e até a vida.

Assim, esse direito foi aos poucos sendo solidificado na legislação e jurisprudência internacional, sendo novamente citado na Declaração das Nações Unidas sobre Povos indígenas

¹⁰¹Disponível em: https://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e#consulta Acesso em: 03.06.2016.

em 2007, qual foi além em suas determinações sobre o tema¹⁰² e aparecendo em julgamentos da CIDH, como no Caso Saramaka vs. Suriname¹⁰³ na qual se pretendia a construção de uma barragem dentro das terras de uma comunidade quilombola, em que o tribunal considerou a obrigação do Estado em garantir a participação efetiva em conformidade com seus costumes e tradições em qualquer construção, investimento, exploração ou extração planejados dentro de seu território.

Em julgamentos nacionais, o direito à consulta livre, prévia e informada também vem sido evocado. Exemplo seria o caso em que a FUNAI junto com o Ministério Público entraram na Justiça contra as obras de pavimentação e melhorias em uma rodovia no Estado do Maranhão, em que não houve a consulta às comunidades habitantes da região.

Cabe aqui um trecho da decisão da juíza¹⁰⁴:

(...)Dentre as regras da Convenção 169 da OIT que são invocados pelo autor ministerial, ora apelante, ressaltem-se as seguintes, no que concerne a presente demanda: a) o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas; b) o direito de participação dos povos indígenas, pelos menos da mesma maneira assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetam; c) o direito dos povos indígenas decidirem

¹⁰² Como por exemplo: Artigo 32 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos. 17 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas 18 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo

¹⁰³ Idem (2)

¹⁰⁴ ao 195 Para acessar a decisão completa: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24813022/agravo-deinstrumento-ag-20646120134010000-ma-0002064-6120134010000-trf1/inteiro-teor-112365087>>. Acesso em:02.06.2016

suas prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, implantação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional lhes afetem diretamente. (...) Como já vimos, as regras do artigo 6º da Convenção instituíram a obrigação do Estado incorporar a denominada consulta prévia ao procedimento legislativo ou administrativo quando da edição de medidas autorizando ou permitindo a exploração de recursos naturais em terras indígenas. No citado artigo, a consulta prévia deve atender a requisitos mínimos para ser considerada válida, nos termos da Convenção 169 da OIT. As exigências fundamentais que a consulta instalada pelo Estado deve observar: 1) a oitiva da comunidade envolvida prévia, anterior à autorização do empreendimento; 2) os interlocutores da população indígena ou tribal que será afetada precisam ter legitimidade; 3) exige-se que se proceda a uma pré-consulta sobre o processo de consulta, tendo em vista a escolha dos interlocutores legitimados, o processo adequado, a duração da consulta, o local da oitiva, em cada caso, etc; 4) a informação quanto procedimento também deve ser prévia, completa e independente, segundo o princípio da boa-fé; 5) o resultado da participação, opinião, sugestões quanto as medidas, ações mitigadoras e reparadoras dos danos causados com o empreendimento será refletida na decisão do Estado.

Mesmo tendo o Brasil assinado e ratificado a Convenção 169, incorporando-a ao ordenamento jurídico nacional, e alguns magistrados e magistradas estarem já se utilizando das disposições em suas decisões, percebe-se o flagrante desrespeito ao direito à consulta livre, prévia e informada como padrão na realização de grandes empreendimentos no país. Diversas obras realizadas pelo governo, ou em parcerias público-privadas ocorrem sem a devida concretização das garantias internacionais e/ou internas previstas.

Casos como a demarcação das terras e as expectativas quanto à exploração de silvinita pela empresa Potássio do Brasil S/A

em Autazes no estado de Amazonas¹⁰⁵, da construção da Usina Hidrelétrica em São Luiz do Tapajós¹⁰⁶, e tantos outros, mostram a frequência preocupante dessas violações.

Em ambos os casos, as obras começaram a ser realizadas sem nenhum consentimento ou consulta às comunidades locais. Assim, as comunidades tentam recorrer na Justiça por seus direitos violados, cabendo normalmente ao Ministério Público (MP) a responsabilidade de averiguação.

Um grande problema observado em casos como esses é o fato de que com a demora dentro dos trâmites judiciais, levando um longo tempo para que a demanda seja julgada, muito danos, às vezes definitivos, são provocados à região e conseqüentemente às comunidades.

Um dos principais problemas encontrados na instituição do direito à consulta livre, prévia, informada e de boa fé diz respeito à sua dimensão interpretativa e de construção de significados e sentidos. Seguindo os ditames do capital, esse instrumento de autodeterminação dos povos, é, constantemente, “confundido” com a simples informação aos povos e comunidades tradicionais sobre a situação que os afeta, ou com a realização de um evento, normalmente assumindo a forma de audiência pública, desconsiderando-se a dimensão do consenso, parte fundamental do conceito jurídico, e todo o processo de deliberação, inclusive o tempo necessário para que esta ocorra.

Diante desse cenário de desconstrução e subversão do conceito de direito à consulta livre, prévia e informada, o povo Munduruku após um largo ciclo de conversas e articulações entre o Movimento Munduruku Ipeg Ayu, as associações Da'uk, Pusuru, Wuyxaximã, Kerepo e Pahyhyp, o Ministério Público Federal (MPF) e organizações da sociedade civil, dentre elas a FASE, desenvolveram em 2015 um documento intitulado

¹⁰⁵196 Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=8653&action=read>. Acesso em: 06.06.2016

¹⁰⁶ Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/2016/02/11/megaprojetos-do-tapajos-ilusoes-por-tras-da-promessas-de-desenvolvimento/>>. Acesso em: 06.06.2016

Protocolo de Consultas Munduruku¹⁰⁷, no qual eles estabelecem como as consultas devem se dar e em que medidas de materializa o direito à consulta livre, prévia e informada.

Em suas próprias palavras:

Nós, o povo Munduruku, queremos ouvir o que o governo tem para nos falar. Mas não queremos informação inventada. Para o povo Munduruku poder decidir, precisamos saber o que vai acontecer na realidade. E o governo precisa nos ouvir. Antes de iniciar a consulta, exigimos a demarcação da Terra Indígena Sawré Muybu. Sabemos que o relatório está pronto. Temos vídeo da Presidência da Funai admitindo que a demarcação não ocorre por conta da hidrelétrica. O governo não está agindo com a boa fé que exige a consulta (Convenção n. 169, artigo 6º). Jamais aceitaremos ser removidos. E sabemos que a Constituição está ao nosso favor! Exigimos também que o governo proteja os parentes isolados que vivem em nossa terra e garanta o direito de consulta dos outros povos atingidos por seus projetos, como os Apiaká e os Kayabi. E, finalmente, exigimos que as comunidades ribeirinhas que serão atingidas pelas barragens no rio Tapajós (como Montanha e Mangabal, Pimental e São Luiz) tenham seu direito à consulta garantido, de modo adequado e específico à realidade delas. Assim como nós, os ribeirinhos também têm direito a uma consulta própria.

Propriedade e Demarcações de Terras

A Constituição de 88 também prestou atenção especial à situação das terras das comunidades indígenas e tradicionais e suas eventuais demarcações. Em uma realidade política controlada pelo agronegócio, mineradoras e construtoras, a tutela constitucional do assunto tornou-se essencial na proteção e efetivação de direitos dessas populações, sendo a primeira na história do país a reconhecer seus direitos, especialmente o direito à terra e seu usufruto.

¹⁰⁷ Disponível em: <<http://fase.org.br/wp-content/uploads/2016/01/munduruku-final-2.pdf>>. Acesso em: 19.05.2016, às 16h34.

Sobre o direito à terra, a Constituição resgatou uma interpretação que já existia desde 1680, que trata do direito originário. Isso quer dizer que o direito dos povos indígenas sobre a terra já existe, ele vem em primeiro lugar. Isso quer dizer também que, ao provar que um lugar é tradicionalmente ocupado por uma comunidade indígena, não importa o que exista sobre a área, seja um parque florestal, seja uma propriedade particular, estes deixam de existir e a terra é devolvida à comunidade ou ao povo indígena. (CIMI, 2015)¹⁰⁸

Percebe-se na letra constitucional que a efetivação desses direitos é posta, dentro do ordenamento brasileiro, sobre a responsabilidade do poder Executivo:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[...]

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (BRASIL, 1988, Art.68)

¹⁰⁸ 199 Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pec2015/cartilha.pdf>, p. Acesso em 07.06.2016

Na esfera internacional, esse assunto também é tratado. A Convenção 169 da OIT, nos seus artigos 14 e 15¹⁰⁹ e o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 21¹¹⁰, criam proteções às comunidades e obrigações aos Estados signatários.

A CIDH também tem sido um importante instrumento de proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais no que diz respeito à demarcação de terras. Em diversos julgamentos¹¹¹, a corte baseia-se no direito à propriedade para evitar remoções e garantir um resultado protetor de Direitos Humanos.

É necessário explicitar que o conceito de propriedade utilizada pela Comissão se difere do comumente associado à propriedade privada, tratando-se de fato de uma propriedade comunal, muito mais apropriada a dinâmica e sociedade indígena do que um conceito artificialmente imposto derivado de uma ideologia burguesa liberal.

Na decisão do caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awastzintzi VS. Nicarágua, percebe-se a argumentação da Comissão¹¹²:

¹⁰⁹ 200 Idem (17).

¹¹⁰ 201 Artigo 21 - Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

¹¹¹ 202 Idem (2).

¹¹² No mesmo caso o Tribunal disse: "Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações", posição que pode ser facilmente estendida às comunidades tradicionais.

Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29. B da Convenção – que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua.

Demarcação de Terras

A partir do Estatuto do Índio em 1973, em seu artigo 19¹¹³ reconheceu-se formalmente o processo administrativo da demarcação de terras, com o principal objetivo de garantir aos indígenas o seu direito à terra, sendo regulado pelo poder Executivo. Também, a Constituição Federal em seu artigo 231¹¹⁴,

¹¹³ 204 Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. § 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitoria ou à demarcatória.

¹¹⁴ 205 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação

trouxe, agora para nível constitucional, essa proteção. Sua última alteração ocorreu através do decreto 1.775, de janeiro de 1996.

Terra indígena¹¹⁵, segundo a FUNAI é “uma porção do território nacional, de propriedade da União, habitada por um ou mais povos indígenas, por ele(s) utilizada para suas atividades produtivas, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Trata-se de um tipo específico de posse, de natureza originária e coletiva, que não se confunde com o conceito civilista de propriedade privada.”¹¹⁶

No caso das comunidades tradicionais, é possível inferir a semelhança com a situação indígena. Sendo o mesmo processo de demarcação observado na delimitação de áreas quilombolas, por exemplo. Claro que, adiciona-se leis específicas para a situação como o Decreto nº 4.887, de 20/11/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos; e o Decreto nº 6.040, de 7/2/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (abrangendo comunidades extrativistas, ribeirinhas, ciganos etc.), sustentada no tripé cultura/identidade/territorialidade.

do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

¹¹⁵ Atualmente existem 462 terras indígenas regularizada que representam cerca de 12,2% do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal. Tal concentração é resultado do processo de reconhecimento dessas terras indígenas, iniciadas pela Funai, principalmente, durante a década de 1980, no âmbito da política de integração nacional e consolidação da fronteira econômica do Norte e Noroeste do País.

¹¹⁶Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoed/demarcacao-de-terrasindigenas?limitstart=0#>>. Acesso em: 06.06.2016

Uma grande ameaça a esse direito está na figura da teoria do marco temporal. A teoria propõe uma distorcida interpretação da Constituição Federal, definindo que só poderiam ser consideradas terras tradicionais aquelas que estivessem sob posse dos indígenas na data de 5 de outubro de 1988. Um caso em que essa concepção foi utilizada é o da revisão dos limites da Terra Indígena (TI) Yvy Katu (Porto Lindo), do povo Guarani e Kaiowá¹¹⁷208. No dia 11/05/2016, uma vitória importante veio para as comunidades ao STF ter negado o recurso de um fazendeiro sobre o processo de demarcação acima citado, referendando uma decisão tomada em 2010 e garantindo uma vitória contra a tese ruralista cujo objetivo é restringir a interpretação do que a Constituição Federal define como “ocupação tradicional”.

Caso paradigma do enfrentamento para demarcação de Terras Indígenas no Brasil é o caso da “Raposa Serra do Sol”¹¹⁸ que

¹¹⁷ Localizada no Município de Japorã (MS). Em 1991, os limites da reserva, demarcada em 1928, foram revisados e se reconheceu que ela correspondia a 9.454 hectares. Um fazendeiro questionou a demarcação com um embargo declaratório que afirmava, com base na tese do marco temporal, que os novos limites reconhecidos não correspondiam ao “conceito de ocupação tradicional”, pois os indígenas não estariam lá em 5 de outubro de 1988. (Instituto Socioambiental) Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=164624&id_pov=37>. Acesso em 02/06/2016

¹¹⁸ 209 Necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações”, posição que pode ser facilmente estendida às comunidades tradicionais. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacaointernacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>> Caso de demarcação de terra indígena envolvendo índios e “arrozeiros” – produtores de arroz. Segundo o Ministério da Justiça, o processo de demarcação da área como reserva indígena se iniciou na década de 1970 e os “não índios de boa fé” que ocupavam aquele espaço foram devidamente indenizados ou reassentados. Todavia, um pequeno grupo de produtores de arroz que se instalaram na década de 1990 permanece resistente à demarcação da terra indígena, continuando a invadir as terras indígenas já demarcadas.

mesmo após decreto presidencial e intenso debate jurídico, ainda permanece em conflito, com produtores de arroz não reconhecendo o processo jurídico que culminou na demarcação das terras.

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Estatuto do Índio de 1973

A Convenção 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais é um dos mais importantes documentos na defesa desses povos. Foi promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, em seu artigo 1º afirma que:

1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Ameaças Legislativas

Atualmente existem projetos legislativos tramitando na Câmara dos deputados e no Senado Federal que visam dificultar e restringir os direitos já assegurados das comunidades indígenas e tradicionais.

Destaca-se aqui a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 215¹¹⁹, já citada anteriormente, de proposição de Almir Sá - PPB/RR, tendo o objetivo de transferir a responsabilidade das demarcações do poder Executivo para o Legislativo, o que, considerando a enorme influência de setores ruralistas no congresso nacional, resultará em um retrocesso histórico na luta por esses direitos além da aplicação da interpretação jurídica do marco temporal a partir da Constituição de 88.

Além disso, outros PLs se apresentam no cenário legislativo como o Projeto de Lei PL 490/2007¹²⁰ de Homero Pereira - PR/MT em que Estabelece que as terras indígenas serão demarcadas através de leis. A PL 1610/1996¹²¹ de Romero Jucá - PFL/RR a qual dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo 1º, e 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal. A PLP 260/1990¹²² do senador Carlos Patrocínio - PFL/TO a qual dispõe sobre a exploração das riquezas materiais do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas. Regulamenta dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Conclusão

Ao se analisar a situação posta, percebe-se a necessidade de uma postura ativa da sociedade civil na busca pelos direitos desses povos. Mesmo apresentando diversos instrumentos legais e jurisprudências para a proteção e efetivação de seus direitos, é visível a fragilidade e o perigo que comunidades indígenas e tradicionais enfrentam diariamente em suas lutas. O interesse

¹¹⁹ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 31.05.2016, às 19:11

¹²⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311&ord=1>>. Acesso em: 08.06.2016, às 14h20

¹²¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16969>>. Acesso em: 08.06.2016, às 14h24

¹²² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21623&ord=1>> Acesso em 08.06.2016, às 14h29

privado, muitas vezes disfarçado em público cria barreiras e dificuldades para esses povos, tentando diminuir suas conquistas como o direito à consulta livre, prévia, informada e o direito à terra.

Diversos projetos de lei tramitam dentro do Congresso brasileiro ameaçando direitos historicamente conquistados, com o condão de mudar para pior toda a dinâmica de demarcação, consulta e garantia de direitos aos povos indígenas e comunidades tradicionais, que hoje já é problemática.

O Estado não deve ser retirado dessa luta, também é seu dever a garantia dos direitos fundamentais às comunidades. A efetivação do acesso à Justiça, aumentando a capacidade de defesa através do Ministério Público ou das Defensorias Estaduais é prioritária e urgente. Espera-se que, após ter apresentado alguns dos pontos de importância no tema, esse texto sirva de auxílio para defensores de direitos humanos e ONGs.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.
- Brasil. **DECRETO Nº 6.040**, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2007. Diário Oficial da União, Poder Executivo, DF, 8 fev. 2007.
- _____. **Decreto nº 678**, Diário oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de nov. de 1992.
- _____. **Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 dez. 1973.
- BRASIL. **LEI Nº 10.678**, DE 23 DE MAIO DE 2003. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 maio 2003.
- BRASIL. **LEI Nº 12.288**, DE 20 DE JULHO DE 2010. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21.jul.2010.
- BRASIL. **LEI Nº 5.371**, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1967. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 dez.1967 e retificado em 12 dez 1967.
- Brasil. **Projeto de Emenda Constitucional 215**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 28.03.2000.
- Brasil. **Projeto de Lei Complementar 260**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 29.10.1990.
- Brasil. **Projeto de Lei 1610**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 11.03.1996.
- Brasil. **Projeto de Lei 490**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 20.03.2007.
- CIMI. **PEC 215**: Ameaça aos Direitos dos Povos Indígenas, Quilombolas e Meio

- Ambiente, 2015. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pec2015/cartilha.pdf>>.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. 31 de ago. de 2001.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. 28 de nov. de 2007.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. 22 de nov. de 1969.
- FUNAI. **Quais os critérios utilizados para a definição de indígena?** Disponível em:<[://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97pergunta-3](http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97pergunta-3)>. Acesso em: 05.06.2016 às 15h35
- FUNAI. **Legislação Fundamental**. Disponível em:<<http://www.funai.gov.br/index.php/legislacao-fundamental>>, Acesso em: 04.06.2016 às 17h40.
- IBIS. **Guidelines for Implementing the Right of Indigeuous peoples to free, prior and informed consent**. Denmark: 2013
- Instituto Sócio- ambiental. **Convenção 169 da OIT**: os direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais. Disponível em em:< https://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oitno-brasil/a-convencao-169-da-oit> Acesso em: 25.05.2016 às 21h50.
- Instituto Sócio Ambiental. **O que é e o que não é o direito de Consulta Livre, Prévia e Informada**. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e>. Acesso em: 26.05.2016 às 09h10.
- Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 13 set. 2007
- Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional de Direitos e Políticos**. 19 dez. 1966.
- Organização das Nações Unidas. **Pacto internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 19 dez. 1966.
- Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 169**. 7 de jun. 1989.
- Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 168**. 17 de out. 1991.
- PIB/SocioAmbiental. **Lista de ataques ao direito indígena à terra**. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/ameacas-conflitos-epolemicas/lista-de-ataques-ao-direito-indigena-a-terra>>. Acesso em: 02.06.2016 às 13h07
- UNESCO. **Convenção Relativa a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural**. 16 de Nov.de 1972.
- UNESCO. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. 2005.

Capítulo 7

Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas¹²³

Introdução

O desenvolvimento da economia brasileira foi historicamente pautado no modelo de agro-exportação da monocultura latifundiária – antes resumida no sistema de “plantation” –, focando no mercado de commodities. A concentração de terras se mostra como um processo onipresente no desenrolar da história brasileira, desde a demarcação das sesmarias no século XVIII, a Lei de terras em 1850¹²⁴ e evoluindo até a idade contemporânea. A apropriação privada da terra, na América Latina, sempre se antecipou ao seu cultivo útil.

A partir da década de 1980, com a implantação de políticas neoliberais, o agronegócio se consolida como principal eixo da economia brasileira, a qual continua sendo orquestrada pelas demandas dos grandes conglomerados econômicos internacionais. Apesar da divisão internacional do trabalho já se apresentar de forma robusta na realidade nacional, a exportação de gêneros agrícolas continuou em destaque. No primeiro semestre de 2015, por exemplo, o agronegócio ficou com a parcela significante de 46% do total das exportações brasileiras¹²⁵.

¹²³ Um agradecimento especial a Lucas Prates, da FIAN - Brasil, pelas contribuições feitas durante o processo de revisão do capítulo.

¹²⁴ Estabelecia a compra, venda ou doação como as únicas formas de acesso à terra, e criava um sistema cartorial de registro que tornava quase impraticável ao lavrador a legalização de sua possessão.

¹²⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1661855-agronegocio-segue-ganhando-relevancia-nas-exportacoes-do-brasil.shtml>>. Acesso em 15.05.2016, às 17h25.

A modernidade criou um paradoxo que se evidencia cada vez mais: nunca antes o planeta produziu tantos alimentos e jamais tantas pessoas estiveram privadas, proporcionalmente, do acesso ao alicerce de sua sobrevivência. E não se resume a isto, um terço da produção mundial é jogada no lixo, mais de 1.4 bilhões de pessoas estão acima do peso e mais de 900 milhões dormem com fome todas as noites. A vasta maioria desses 900 milhões são pequenos agricultores e trabalhadores que, ironicamente, possibilitam a distribuição de alimentos para cerca de 2-3 bilhões de pessoas ao redor do mundo¹²⁶.

Pode-se afirmar que umas das causas desse fenômeno é o controle da produção e distribuição em uma mesma matriz, aliada, como de praxe, à especulação financeira. Empresas oligoporizaram o mercado de tal forma que estima-se que menos de cinquenta transnacionais detêm o controle majoritário da produção de sementes, insumos agrícolas e da produção e distribuição de alimentos no mundo¹²⁷. Ao reduzir o espaço amostral para apenas os alimentos e bebidas industrializados, esse número cai para dez.

O direito à alimentação passa a ser regido pelo capitalismo globalizado, vinculando sua garantia às leis capitalistas do lucro e acumulação, dessa forma, somente aqueles com renda terão acesso à possibilidade de compra de alimentos.

Não se pode omitir dessa complexa equação o fator da concentração de renda, que se revela de forma mais pujante nos países do hemisfério sul. Como brilhantemente escreveu Galeano (2013, p.18): “Mas aqueles que ganharam só puderam ganhar porque perdemos: a história da América Latina (e do continente Africano) integra a história do desenvolvimento do capitalismo mundial”.

¹²⁶ Relatório Oxfam - “Behind the Brands”. 2013. Disponível em: <https://www.oxfamamerica.org/static/media/files/Behind_the_Brands_Briefing_Paper_Final.pdf>. Acesso em 20.05.2016, às 10h15.

¹²⁷ Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2011/03/25/soberania-alimentar-uma-necessidade-dos-povos-artigo-de-joao-pedro-stedile-e-horacio-martins-de-carvalho/>>. Acesso em 15.05.2016, às 17h50.

O agronegócio brasileiro representou uma fatia de 23% no Produto Interno Bruto (PIB) nacional de 2015, ante 21,4% em 2014, de acordo com a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA)¹²⁸. A essa fatia é dada a nomenclatura de “PIB do agronegócio”, que mede a geração de riquezas em todas as cadeias do setor agropecuário, desde a produção de insumos até as indústrias de alimentos, passando pela produção nas fazendas.

Ocorre, ainda, a apropriação de commodities oriundas do Sul, de modo a agregar valor à elas e vendê-las novamente ao seu local de origem. Por exemplo, o mesmo café que sai do Brasil em grãos com destino à Europa muitas vezes retorna ao país em cápsulas, com um valor muito superior – apropriado inteiramente pelas indústrias estrangeiras¹²⁹.

A artificialização da agricultura pelo crescente uso de insumos de origem industrial, a agroindustrialização dos alimentos, a padronização mundial dos hábitos alimentares da população e a manipulação industrial para a oferta de alimentos com sabores, odores e aparências similares aos naturais, aliados ao aumento da oligopolização dos controles corporativos das cadeias produtivas alimentares, nos indica, entre outros fatores, que inversamente à construção de uma soberania alimentar, se caminha para uma tirania da dieta alimentar, homogeneizada e manipulada, em busca apenas de altos lucros para as grandes corporações agroindustriais.

Diante desse quadro entende-se ser necessário tratar do Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas como parte do complexo campo de disputa dos Direitos Humanos e Empresas. O direito à alimentação é visto como essencial para o exercício de outros direitos básicos à existência humana, como a vida, a dignidade da pessoa humana.

¹²⁸ Disponível em: <<http://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/pib-agronegocio-ganha-participacao-economia-brasileira-2015-60015>>. Acesso em 15.05.2016, às 17h40.

¹²⁹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1661857-exportar-cafe-em-capsula-e-exemplo-para-agregar-valor-e-manter-lucros.shtml>>. Acesso em 15.05.2016, às 17h35.

Assim, o domínio desse campo pelas grandes transnacionais, desde a produção até a distribuição, gera consequências nefastas para a humanidade.

Compreendendo esse direito de maneira ampla, ele possui várias temáticas que poderiam ser tratadas, mas que pela limitação desse trabalho não poderão ser aprofundadas. Isto posto, pretende-se focar no tema dos transgênicos e dos agrotóxicos no marco normativo brasileiro.

Segurança Alimentar e Nutricional *versus* Soberania Alimentar *versus* Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas

Em 1996, a FAO – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação –, realizou a Cúpula Mundial de Alimentação, conferência na qual foram aprovados a Declaração de Roma e um Plano de Ação destinados a combater a fome no mundo. Nessa esteira, revisitou-se o conceito de “segurança alimentar e nutricional”, sendo definido como a forma de

“garantir a todos condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, com base em práticas alimentares saudáveis, contribuindo, assim, para uma existência digna, em um contexto de desenvolvimento integral da pessoa humana”.¹³⁰

As críticas a esse conceito se dão na medida em que as políticas de segurança alimentar só se preocupam em garantir alimentos sem se importar onde e como são produzidos, favorecendo o agronegócio e contribuindo para inviabilizar a agricultura camponesa. A mera oferta de alimentos, por exemplo, pode ser atendida através da importação ou

¹³⁰ Comitê Nacional para a Cúpula Mundial de Alimentação, 1996.

produção em larga escala de alimentos produzidos no sistema de monocultura. Ainda nessa esteira, entende-se que tal conceito não questiona a qualidade dos alimentos – podendo ser transgênicos ou orgânicos – nem a padronização alimentar que está sendo sorrateiramente imposta pelos conglomerados empresariais do agronegócio.

Entende-se que dimensão “alimentar” do conceito se refere aos processos de disponibilidade (produção, comercialização e acesso ao alimento) e a dimensão “nutricional” diz respeito mais diretamente à escolha, ao preparo e consumo alimentar e sua relação com a saúde e a utilização biológica do alimento¹³¹.

¹³¹ Segundo Relatório de 2010 da Associação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos, as dimensões alimentar e nutricional do conceito Segurança Alimentar e Nutricional contém os seguintes elementos. Disponível em: <http://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf>. Acesso em: 30.08.2016, às 14h20.

“A dimensão alimentar – produção e disponibilidade de alimentos que seja:

- a) suficiente para atender a demanda;
- b) estável e continuada para garantir a oferta permanente, neutralizando as flutuações sazonais;
- c) autônoma para que se alcance a autossuficiência nacional nos alimentos básicos;
- d) equitativa para garantir o acesso universal às necessidades nutricionais adequadas para manter ou recuperar a saúde nas etapas do curso da vida e nos diferentes grupos da população;
- e) sustentável do ponto de vista agroecológico, social, econômico e cultural com vistas a assegurar a SAN das próximas gerações.

A dimensão nutricional – incorpora as relações entre o homem e o alimento, implicando na:

- a) escolha de alimentos saudáveis;
- b) preparo dos alimentos com técnicas que preservem seu valor nutricional e sanitário;
- c) consumo alimentar adequado e saudável;
- d) boas condições de saúde, higiene e de vida para melhorar e garantir a adequada utilização biológica dos alimentos consumidos;
- e) promoção dos cuidados com sua própria saúde, de sua família e comunidade;
- f) acesso aos serviços de saúde de forma oportuna e com resolutividade das ações prestadas;
- g) promoção dos fatores ambientais que interferem na saúde e nutrição como as condições psicossociais, econômicas, culturais, ambientais.”

Atualmente, entende-se que a segurança alimentar e nutricional perpassa pelos interesses estratégicos de segurança nacional, envolvendo temas como migrações, refugiados, disputas políticas, entre outros.

Apoiando-se nas lutas das pessoas trabalhadoras do campo e da cidade, surge um novo conceito, a soberania alimentar. Seu alicerce reside na premissa de que um povo, para ser efetivamente livre, precisa ser soberano. Essa soberania recai também sobre a alimentação.

A Via Campesina define “Soberania Alimentar” como

“o direito dos povos a definir suas próprias políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimentos, que garantam o direito à alimentação a toda a população, com base na pequena e média produção, respeitando suas próprias culturas e a diversidade dos modos camponeses de produção, de comercialização e de gestão, nos quais a mulher desempenha um papel fundamental”¹³².

Como próprio de conceitos sociais, a soberania alimentar não se apresenta de forma estanque, sofrendo a plasticidade inerente à dinâmica social. Assim, após o Fórum Mundial de Soberania Alimentar em 2007, na África, acrescentou-se ao conceito exposto a esfera do dever, apresentando-se, dessa forma, não só como um direito. Assim, “toda população que deseja ser livre e autônoma tem a obrigação de produzir seus próprios alimentos. Portanto, é mais do que um direito, é uma determinação, uma condição política”¹³³.

É imperioso ressaltar que a soberania alimentar deve sempre estar atrelada à soberania política dos povos, constituindo processos paralelos porém inter-relacionados.

¹³² Disponível em: <<http://viacampesina.org/es/index.php/temas-principales-mainmenu-27/soberanalimentary-comercio-mainmenu-38/314-que-es-la-soberania-alimentaria>> Acesso em 03.06.2016, às 14h.

¹³³ João Pedro Stédile, na cartilha “Soberania Alimentar, os Agrocombustíveis e a Soberania Energética”, da Via Campesina Brasil.

A inserção da temática alimentar e nutricional em um trabalho que tem por objetivo construir um retrato do marco normativo sobre Direitos Humanos e Empresas no Brasil exige a compreensão do tema como intrinsecamente ligado às dinâmicas econômicas e ao enfrentamento às atividades das empresas transnacionais do ramo e como um Direito Humano, parte do marco conceitual e normativo dos Direitos Humanos no Brasil e internacionalmente.

Dessa forma, compreende-se como fundamental identificar o campo de enfrentamento na área alimentar e nutricional como Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas, inserindo as disputas e os processos de construção de políticas públicas dentro de uma abordagem dos Direitos Humanos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu artigo 11, reconhece o direito a um padrão de vida adequado, incluindo a alimentação adequada e o direito de estar livre da fome.

Desde a promulgação do PIDESC até o início da década de 2000 foi-se consolidando como conceito o “Direito à Alimentação” – primeiro como tal e, posteriormente, como “Direito Humano à Alimentação Adequada”. Este último pode ser definido como

“um **direito humano** inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a **alimentos** seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade **adequadas e suficientes**, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva.” (BURITY *et al*, 2010, p.15)

Buscando explicar melhor o núcleo material do Direito à Alimentação Adequada, em 1999 o Comitê da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) elaborou o Comentário Geral n. 12 (CG N° 12), referindo-se da seguinte forma ao artigo 11 do PIDESC:

“O direito à alimentação adequada se realiza quando todo homem, mulher e criança, sozinho ou em comunidade com outros, tem **acesso físico e econômico, ininterruptamente, a uma alimentação adequada** ou aos meios necessários para sua obtenção”. (CDESC, 1999)

Ocorre que, mesmo com o CG N° 12, muitas brechas legais ainda restaram no tocante ao referido conceito do direito à alimentação adequada. Por exemplo, com o CG N° 12 não se tocou expressamente em algumas dimensões fundamentais de tal direito, como, por exemplo: a supracitada soberania alimentar e questões de gênero. Partindo dessa percepção, a sociedade civil internacional vem elaborando, desde o final da década de 1990, um novo conceito, mais amplo e que abarca todas as questões já citadas pelo CG N° 12, além da soberania alimentar, gênero e a questão nutricional em perspectiva¹³⁴. Tal conceito vem se consolidando na última década como o Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas (DHANA)¹³⁵.

Assim, uma abordagem de Direitos Humanos sobre a Segurança Alimentar e Nutricional entende o Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas como inerente à pessoa humana e indispensável à realização de outros direitos.

Marco Normativo Nacional

Diante de pressões da sociedade civil organizada, em 2006 foi promulgada a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e

¹³⁴ Esta nova forma de abordar a questão nutricional se refere às potencialidades ou capacidades (capabilities) que o alimento deve permitir ao ser humano que o ingere. Em outras palavras, dentro de um processo alimentar completo, a questão nutricional em perspectiva seria aquela referente aos potenciais possibilitados pelo alimento ao ser humano, para que este possa efetivamente gozar de sua vida (VALENTE, Flavio L. S.. Towards the Full Realization of the Human Right to Adequate Food and Nutrition. In: Development, 2014, 57(2), pp. 155-170).

¹³⁵ VALENTE, Flavio L. S.. Towards the Full Realization of the Human Right to Adequate Food and Nutrition. In: Development, 2014, 57(2), pp. 155-170.

Nutricional – Lei 11.346/2006. A LOSAN, em seu artigo 1º, institui o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, originalmente uma das propostas da sociedade civil, que reconhece que a realização do Direito Humano à alimentação adequada requer ações públicas que devem ser participativas, articuladas e inter-setoriais.

Tal direito relaciona-se com a capacidade de superar as dificuldades de acesso, físico e econômico, ao alimento adequado. Dessa forma, cada grupo, família ou indivíduo deve exercer o direito de se alimentar, com dignidade, na medida em que forem superadas as dificuldades para produzir, armazenar, distribuir, adquirir e consumir alimentos adequados e saudáveis. Assim, os diferentes segmentos, grupos e indivíduos têm demandas diversas para a garantia desse direito¹³⁶.

A partir da Emenda Constitucional 64/2010, a alimentação passa a ser incluída no rol do art. 6º da Constituição Federal, assegurando, assim, o Direito Humano à alimentação. Dessa forma, o governo brasileiro possui a obrigação de efetivar este direito à luz da Constituição e, portanto, com esboço no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, infere-se que, ao elencar a alimentação no rol do art. 6º, positiva-se o direito a uma alimentação de qualidade, segura, saudável, acessível e satisfatória, ou seja, reconhece-se, constitucionalmente, a necessidade da garantia à alimentação e nutrição adequadas.

O Direito à alimentação adequada¹³⁷, de acordo com a LOSAN, é garantido através da Política Nacional de Segurança Alimentar Nutricional, cujo principal instrumento é o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Ressalta-se dois

¹³⁶ Lei 11.346/2006 disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/acesso-a-informacao/institucional/conceitos/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional>>. Acesso em 22.05.2016, às 19h.

¹³⁷ Art. 2º. da Lei 11.346/2006. A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

princípios que se revelam ao longo da LOSAN, a participação social e a intersectorialidade.

O SISAN abriga institucionalidades que visam garantir esses princípios. Assim, a Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional¹³⁸, instância máxima de deliberação do SISAN, que reúne a cada 4 anos cerca de 2 mil pessoas, e o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional¹³⁹, órgão de assessoramento da Presidência da República, são institucionalidades para garantia da participação social na Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) e a Câmara Interministerial de SAN e suas congêneres visam garantir o princípio da intersectorialidade.

Destaca-se, ainda, o Decreto 7272/2010 da Presidência da República, que define as diretrizes e objetivos da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN, dispõe sobre a sua gestão, mecanismos de financiamento, monitoramento e avaliação, no âmbito do SISAN, e estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional¹⁴⁰. O Decreto ainda faz menção à instituição de fóruns tripartites (constituído por representantes dos governos Federal, Estadual e Municipal) e bipartites (composto pelos representantes governamentais dos estados e municípios) para a interlocução e pactuação das políticas e planos de segurança alimentar e nutricional.

Destaca-se, ainda, a Lei 11.105/2005¹⁴¹, que objetiva regulamentar os Organismos Geneticamente Modificados – OGMs – e seus derivados, coloquialmente conhecidos como

¹³⁸ Sendo 1/3 representantes governamentais, de todos os níveis administrativos (federal, estadual e municipal) e 2/3 representantes da sociedade civil, apresentam as diretrizes e proposições para a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

¹³⁹ Cuja presidência é da sociedade civil e a composição é de 2/3 de representantes da sociedade civil e 1/3 de representantes governamentais.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm>. Acesso em: 22.05.2016, às 17h.

¹⁴¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 15.07.2016, às 17h.

transgênicos. São denominados transgênicos pois possuem em seu genoma uma ou mais sequências de DNA de outras espécies de organismos, no caso, de outras espécies de plantas, introduzidas por meio de técnicas de engenharia genética.

A Lei em tela traz algumas alterações na regulamentação acerca dos transgênicos, bem como ratifica a criação da CTNBio - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - e suas competências, que são ainda completadas, além de criar o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS - e o Sistema de Informação de Biossegurança - SIB¹⁴².

O espírito da lei se encontra no fomento à pesquisa biocientífica, de modo a acelerar o desenvolvimento biotecnológico nacional e internacional, atuando, simultaneamente, como um freio de biossegurança, com o intuito de prevenir riscos biológicos, evitando impactos ambientais indesejáveis e consequências negativas para a saúde humana.

Com a utilização da Lei de Biossegurança são necessários diversos procedimentos técnicos de biossegurança, e assim a avaliação dos produtos transgênicos deve envolver as seguintes variáveis: “a) quantidade provável do alimento a serem consumidas pela população, incluindo o consumo médio e o extremo; b) descrição do alimento e do seu processo produtivo; c) histórico e qualquer possível efeito adverso à saúde humana relacionada ao organismo que está sendo modificado geneticamente; d) descrição do processo de modificação genética; e) avaliação de possíveis efeitos adversos como os nutricionais, toxicológicas ou microbiológicos do alimento modificado; f) avaliação de dados obtidos com pessoas alimentadas com alimento transgênicos em condições controladas” (PESSANHA apud VIEIRA, 2003).

Veda-se às pessoas físicas as práticas relacionadas aos transgênicos. Assim, os profissionais da biogenética são obrigados a trabalhar apenas em estabelecimentos devidamente

¹⁴² Além disso, ocorreu a revogação expressa da Lei n.º 8.974/95, da Medida Provisória n. 2.191-9/01 e dos artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814/03.

autorizados pela CTNBio, resumidos às pessoas jurídicas de direito público ou privado¹⁴³. Quanto à rotulagem, a Lei inova ao fazer referência à sua obrigação no produto que contenha alimento transgênico, independente de sua quantidade¹⁴⁴.

Marco Normativo sobre uso de Agrotóxicos

No que tange a temas mais específicos no eixo da soberania alimentar, pontua-se a lei de agrotóxicos. O arcabouço jurídico nacional possui a Lei 7802/11 como principal marco normativo no âmbito da regulamentação do uso de agrotóxicos. Antes dessa lei, os agrotóxicos eram regulados por um sistema disperso de normas, que tinha como base o Decreto 24.114/1934, o qual tratava da defesa sanitária vegetal, alheio ao grau de toxicidade dos agrotóxicos e, portanto, frouxo em termos de regulamentação. Aliado ao incentivo governamental de uso de químicos na agricultura, bem como à revolução verde, consolidou-se no Brasil a prática hegemônica do uso de agrotóxicos na produção.

No ano de 1982, descobre-se que as águas da principal fonte de abastecimento de água potável de Porto Alegre, o Rio Guaíba, estavam contaminadas por resíduos de agrotóxicos. Este fato possibilitou que um conjunto de organizações, liderados pela Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural (AGAPAN) se mobilizassem e, a partir de um longo processo de luta e pressão social aos parlamentares, fosse aprovada no dia 02 de dezembro de 1982 a lei estadual de agrotóxicos (Lei 7747/82).

Após a aprovação da Lei Estadual de Agrotóxicos do Rio Grande do Sul, vários outros estados da federação seguiram o exemplo e construíram suas legislações estaduais¹⁴⁵, tendo por base a Lei gaúcha.

¹⁴³ Art. 2º, caput e parágrafo 2, Lei 11.105/2015.

¹⁴⁴ Art. 40, Lei 11.105/2015.

¹⁴⁵ Dentre elas podemos citar: a Lei Paranaense nº 7.827/83; a Lei Paulista nº 4.002/84 (2); a Lei nº 6.452/84 de Santa Catarina (3); as Leis Estaduais do Rio de Janeiro nº 801/84 e nº 1.027/86 (4); a Lei Estadual do Mato Grosso nº 4.638/84 (5); a Lei Estadual de Minas Gerais nº 9.121/85; dentre outras.

Somente em 1989, diante das pressões sociais em torno da questão ambiental, intensificadas pelo assassinato de Chico Mendes em 1988, o anteprojeto da lei de agrotóxicos é retomado. Após cerca de 50 dias em tramitação na Câmara, é encaminhado para o Senado e aprovado em 6 de julho de 1989 e sancionado pelo Presidente 5 dias depois, resultando na Lei 7802/89. É a primeira lei de caráter específico sobre agrotóxicos, inaugurando um novo sistema normativo para o tema, fruto de um longo e árduo processo de lutas sociais, culminando na incorporação de várias demandas no corpo da lei.

Programa Nacional de Direitos Humanos 3 – PNDH 3¹⁴⁶

O PNDH - 3 se estrutura em torno de seis eixos, e nessa temática destaca-se o “Eixo II – Desenvolvimento e Direitos Humanos”, o qual enfoca a inclusão social e a garantia do exercício amplo da cidadania, garantindo espaços consistentes com as estratégias de desenvolvimento local e territorial e buscando um modelo de crescimento sustentável. Dentro do eixo mencionado, observa-se o “Item 4 - Efetivação de modelo de desenvolvimento sustentável, com inclusão social e econômica, ambientalmente equilibrado e tecnologicamente responsável, cultural e regionalmente diverso, participativo e não discriminatório”.

Tal item visa assegurar e propor políticas públicas de desenvolvimento com inclusão social, bem como o fortalecimento de modelos de agricultura familiar e agroecológica (subitens I e II). Inseridos nesse âmbito, destaca-se os temas de combate à fome, segurança alimentar e nutricional, reforma agrária e economia solidária, cooperativismo, fomento a micro e pequenas empresas, manejo florestal comunitário; O fomento a debates sobre os

¹⁴⁶ Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>>. Acesso em 14.05.2016, às 12h. Ressalta-se que as últimas atualizações do site foram feitas no início de maio de 2016, não abarcando, assim, as recentes transformações retrógradas no quadro político nacional. A posse do vice Presidente Michel Temer, como Presidente, ocorreu no dia 12 de maio de 2016.

efeitos negativos da monocultura, como eucalipto, soja e cana de açúcar; A implantação de políticas sociais de geração de empregos e renda para o combate à pobreza rural e urbana, incluído os assentados de reforma agrária, agricultores familiares, catadores de recicláveis e população em situação de rua; Políticas públicas de fomento à aquicultura e à pesca sustentáveis, com foco nos povos e comunidades tradicionais, aliada à ampliação de crédito e infraestrutura; Fortalecimento da legislação e fiscalização para evitar a contaminação dos alimentos e do meio ambiente causados pelos agrotóxicos¹⁴⁷.

No Relatório de implementação do PNDH-3, produzido pelo governo federal em 2015¹⁴⁸, são apresentados uma infinidade de programas federais executados dentro do Eixo II, Item 4, conforme citado anteriormente. O relatório não aponta os resultados por subitens e ao descrever os programas, não aponta de maneira objetiva o andamento específico destes, não mencionando a quantidade de recursos aplicados na maioria e não considerando número de beneficiados em vários programas.

Dentro deste eixo e item, o relatório inclui o Programa Brasil sem Miséria, o Bolsa Família, o Programa de Aceleração do Crescimento, o Programa Minha Casa, Minha Vida, junto do Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais, Programa Nacional de Documentação da Trabalhadora Rural, dentre outros.

Essa metodologia de avaliação de resultados imprecisa e contraditória, corrobora as declarações de insatisfação de vários movimentos sociais e Organizações Não Governamentais, quanto à fraca aplicação do Programa, apesar de reconhecerem a sua importância.

¹⁴⁷ O site do Observatório do Programa Nacional de Direitos Humanos possui uma ferramenta que possibilita o acompanhamento das ações propostas bem como dos órgãos nacionais designados para a execução das mesmas. Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br>>. Acesso em 09.07.2016, às 12h08.

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/outros-temas/pdf/RelatriodeImplementaodoPNDH3.pdf>>. Acesso em 09.07.2016, às 12h07.

Marco Normativo Internacional

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê em seu artigo XXV a alimentação como um direito humano necessário para assegurar saúde e bem-estar. O Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, instrumento que dá juridicidade à declaração – ratificado pelo Brasil –, assegura em seu artigo 11, I, o direito à alimentação, ainda reconhecendo a importância essencial da cooperação internacional.

Importante marco internacional para o Direito Humano à alimentação e nutrição adequadas foi a Cúpula Mundial da Alimentação da FAO, ocorrida em 1996. O Plano de Ação da Cúpula levou à designação de Relator Especial sobre Direito à Alimentação na ONU, e à elaboração do Comentário Geral n. 12, que estabeleceu definições e disposições específicas sobre o Direito Humanos à Alimentação Adequada.

Em 2002 foi constituído um Grupo Intergovernamental na FAO, que aprovou em 2004, as Diretrizes Voluntárias sobre Direito à Alimentação, que estabelecem uma série de propostas de ação para os Estados¹⁴⁹.

Em uma dimensão regional, o Protocolo de São Salvador, de 1988, protocolo facultativo do Pacto de São José da Costa Rica, dispõe em seu art. 12 sobre a alimentação e nutrição adequadas, e no art. 17 trata do direito à alimentação do idoso¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Disponível em: <<http://www.fao.org/3/b-y7937o.pdf>>. Acesso em: 02.09.2016, às 10h33.

¹⁵⁰ “Art. 12. **Direito à alimentação.** 1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. 2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.”;

“Art. 17. **Proteção de pessoas idosas.** Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a: Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e

Na Carta Africana sobre os Direitos e o Bem Estar da Criança, de 1990, há, no artigo 14, disposição sobre o direito ao fornecimento de nutrição adequada e água potável, abordando o aleitamento materno como fundamental medida para a nutrição adequada das crianças¹⁵¹ ¹⁵². Também no Protocolo à Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, no que se refere

assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios;” Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 02.09.2016, às 10h34.

¹⁵¹ “Art. 14. Saúde e Serviços de Saúde. 1. Toda criança tem o direito de desfrutar do melhor estado de atingível físico, mental e espiritual de saúde; 2. Estados Partes na presente Carta comprometem-se a exercer a plena aplicação desse direito e, em especial tomará medidas:

- (a) para reduzir a taxa de mortalidade infantil e da criança;
- (b) assegurar a prestação de assistência médica necessária e os cuidados de saúde a todas as crianças com ênfase para o desenvolvimento dos cuidados primários de saúde;
- (c) para garantir o fornecimento de uma alimentação adequada e água potável;
- (d) para combater a doença e à desnutrição, no âmbito dos cuidados primários de saúde através da aplicação de tecnologia apropriada;
- (e) para assegurar uma adequada dos cuidados de saúde à gestante e lactantes;
- (f), para desenvolver a prevenção sanitária e de educação da vida familiar e a prestação de serviço;
- (g) para integrar programas de serviços básicos de saúde em planos de desenvolvimento nacional;
- (h) a assegurar que todos os sectores da sociedade, em especial, aos pais, crianças, líderes comunitários e comunidade os trabalhadores são informados e apoiados na utilização de conhecimentos básicos de saúde e nutrição infantil, as vantagens do aleitamento materno, higiene e saneamento ambiental e a prevenção de acidentes domésticos e outros;
- (i) assegurar a participação significativa de organizações não-governamentais, comunidades locais e da população beneficiária no planeamento e gestão de um programa básico de serviço para as crianças;
- (j) de apoio através de meios técnicos e financeiros, a mobilização de recursos da comunidade local no desenvolvimento dos cuidados primários de saúde para as crianças.” Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/child/>>. Acesso em: 02.09.2016, às 10h40.

¹⁵² Sobre a temática da nutrição adequada e do aleitamento materno na África e as violações cometidas pela Nestlé, ver o trabalho da International Baby Food Action Network. Disponível em: <<http://www.ibfan.org>>. Acesso em: 02.09.2016, às 10h28.

aos direitos da mulher na África, de 2003, há disposição sobre alimentação e nutrição adequadas no artigo 15¹⁵³.

Ameaças Legislativas

Aprende-se, pelo o exposto, que o Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas abarca um campo vasto e diverso, aumentando, assim, as ameaças a sua efetivação. Evidencia-se uma série de Projetos de Lei que colocam em jogo este direito, concentrados, majoritariamente, nos temas de regulamentação de transgênicos e agrotóxicos.

(Des)regulamentação dos Transgênicos - PL 4148/2008 - PL 34/2015

No que tange aos transgênicos, o PL 4148/2008, proposto pelo Deputado Luís Carlos Heinze (PP – RS), congressista da Bancada Ruralista, prevê que os produtores de alimentos não necessitam informar ao consumidor sobre a presença de componentes transgênicos quando esta se der em porcentagem inferior a 1% da composição total do produto alimentício. O texto derruba as Leis 10.814/2003 e 11.105/2005, que estabelecem a obrigatoriedade dessa informação por meio de um símbolo estampado no rótulo: um T amarelo.

Em 28 de abril de 2015, o projeto de lei foi colocado em votação na Câmara dos Deputados e aprovado com 320 votos e 135 contra e agora segue para apreciação no Senado sob o número de PL 34/2015¹⁵⁴. Desde 23/03/2016 está na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária.

¹⁵³ “Art. 15. **Right to Food Security.** a) provide women with access to clean drinking water, sources of domestic fuel, land, and the means of producing nutritious food; b) establish adequate systems of supply and storage to ensure food security.” Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/#15>>. Acesso em: 02.09.2016, às 10h44.

¹⁵⁴ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120996>>. Acesso em 28.05.2016, às 18h.

Caso o projeto de lei seja aprovado, a população corre sério risco à saúde, na medida em que não será mais possível ter certeza sobre a presença de transgênicos em alimentos por meio da rotulagem, exceto em caso de teste laboratorial específico.

Atualmente, cerca de 92,4% da soja e 81,4% do milho do País são de origem transgênica¹⁵⁵. É essa produção crescente e acelerada que leva para a mesa do consumidor um alimento disfarçado ou camuflado que não informa sua real procedência.

De acordo com o Código do Consumidor, a informação sobre o que se está adquirindo ao comprar e consumir um produto é um direito. O Brasil não pode subordinar sua produção agrícola aos interesses de grandes multinacionais, mas sim à soberania alimentar do povo brasileiro.

(Des)regulamentação do uso de Agrotóxicos

Tramitam no Congresso Nacional mais de 50 Projetos de Lei que visam modificar de alguma forma a Lei de Agrotóxicos (Lei 7802/89), apontando para uma clara tendência de desmonte e enfraquecimento do sistema normativo de agrotóxicos. Pode-se destacar dois Projetos de Lei que apresentam uma ameaça mais imediata, o PL 1687/15¹⁵⁶ e o PL 3200/15¹⁵⁷.

PL 1687/15

O PL 1687/15 tem sua origem no PL 679/2011 do Senado, proposto pela Senadora Ana Rita (PT-ES). O projeto inicial no Senado possuía o objetivo de incentivar pesquisas e a produção

¹⁵⁵ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Dados disponíveis em: <<http://www.idec.org.br/mobilize-se/campanhas/fim-da-rotulagem-dos-alimentos-transgenicos-diga-no>>. Acesso em 15.07.2016, às 18h.

¹⁵⁶Inteiro teor disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295930&ord=1>>. Acesso em 30.05.2016, às 15h55.

¹⁵⁷Inteiro teor disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1996620>>. Acesso em 30.05.2016, às 15h50.

de agrotóxicos não sintéticos, com o intuito de criar a Política Nacional de Apoio ao Agrotóxico Natural. No entanto, foram feitas três propostas de textos substitutivos, alterando o verdadeiro objetivo do PL.

Assim, o texto final garante mais investimentos para a produção de agrotóxicos e repasse de verbas para empresas. Após aprovado no Senado, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados com o número de PL 1687/15.

PL 3200/15

O PL 3200/15, proposto pelo Deputado Covatti Filho (PP-RS), busca revogar as leis 7802/89 (Lei de Agrotóxicos) e 9974/2000, desmontando por completo o arcabouço jurídico de agrotóxicos.

Este projeto visa a criar um novo sistema de agrotóxicos. Ressalta-se as seguintes propostas: i) alteração do termo “agrotóxico” para “produto defensivo fitossanitário e de controle ambiental”; ii) passa-se a admitir um grau de risco aceitável em relação às características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas dos agrotóxicos; iii) limita-se a competência dos estados, Distrito Federal e municípios no que diz respeito a legislar sobre os agrotóxicos; iv) cria-se a Comissão Técnica Nacional de Fitossanitários (CTNFito), espécie de “super órgão” que concentra as competências relativas à regulamentação de agrotóxicos que é atualmente dividida entre a ANVISA, o IBAMA e o MAPA¹⁵⁸; v) as decisões dos órgãos registrantes de agrotóxicos (ANVISA, IBAMA e MAPA) passam a ser vinculadas aos pareceres da CTNFito; entre outros.

O PL está atualmente apensado ao PL 1687/15, o que disfarça seu conteúdo, pois configura como uma mudança muito mais nociva e radical que o PL 1687/15. E está, ainda, em regime de tramitação de prioridade, tornando os prazos reduzidos.

¹⁵⁸ Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Em suma, os agrotóxicos são biocidas e, se aprovados os PLs mencionados *supra*, seu teor toxicológico seria consideravelmente aumentado. Como consequência poderia se observar não só a contaminação da produção, mas, também, dos lençóis freáticos, solo, animais, e meio ambiente como um todo, fora a precarização da saúde dos trabalhadores do campo.

Assim, resta claro que o PLs em questão, extremamente permissivos, atendem brilhantemente aos interesses das grandes corporações de agrotóxicos e sementes bem como dos grandes latifundiários do agronegócio, enfraquecendo a já árdua luta em prol da soberania alimentar das populações.

Conclusão

A busca pela apropriação de terras agricultáveis no Brasil não apenas compromete os biomas no país como fazem do seu povo, em particular os camponeses, povos indígenas, ribeirinhos, quilombolas e extrativistas, meros objetos a serem descartados de seus territórios para darem lugar aos interesses de lucro do agronegócio.

Como já vem sendo amplamente divulgado pela Campanha permanente contra os Agrotóxicos e pela Vida, desde 2008 o Brasil tornou-se o maior consumidor de agrotóxicos do mundo, tendo uma média de consumo anual de 5,2 litros *per capita*. Além disso, uma série de pesquisas científicas nacionais e internacionais apontam que o aumento vertiginoso de casos de câncer está intimamente relacionado com a qualidade dos alimentos que consumimos. Sendo que nas regiões cujo consumo de agrotóxicos aumentou constatou-se também a elevação de taxas de pessoas com problemas de saúde.

A introdução de transgênicos na natureza expõe a biodiversidade nacional a sérios riscos, como a perda ou alteração do patrimônio genético de plantas e sementes e o aumento dramático no uso de agrotóxicos. A hegemonia de uma

espécie transgênica pode destruir rapidamente a diversidade interna da espécie natural, empobrecendo-a e tornando-a mais suscetível a todo tipo de problema. O topo deste processo é a clonagem, que permite a criação de centenas de indivíduos iguais, como é o caso das matas de eucalipto. Se um indivíduo for afetado por alguma doença, todo o conjunto o será, uma vez que a diversidade entre eles foi eliminada. Além disso, ela torna a agricultura e os agricultores reféns de poucas empresas que detêm a tecnologia e põe em risco a saúde tanto de agricultores quanto de consumidores.

O gene batizado de “Terminator” (exterminador) torna estéril a segunda geração de sementes usadas na agricultura. É uma técnica que incapacita geneticamente a germinação de uma semente. A eficácia do novo método já foi demonstrada em sementes de algodão e fumo, sendo que entre as culturas prioritárias para seu desenvolvimento estão o arroz, o trigo, o sorgo e a soja.

O principal interesse econômico nessa técnica é impedir que o fruto ou grão de uma variedade comercial se torne uma semente, exterminando assim o potencial reprodutivo daquela planta. Os agricultores, que então seriam obrigados a adquirir novas sementes a cada safra, deixariam ainda de exercer o papel que vêm desempenhando há mais de dez mil anos: o trabalho de melhoramento das variedades realizado através de cruzamentos e seleção de sementes.

A liberação dos transgênicos introduz o monopólio da semente por parte de empresas como a Monsanto¹⁵⁹, às quais os agricultores deverão pagar royalties pelas sementes. Essa é uma das questões de fundo que está em jogo na liberação dos transgênicos no Brasil.

É imprescindível ressaltar que por trás das estatísticas de super-safras, das cifras de milhares de toneladas exportadas, dos

¹⁵⁹ Monsanto é a maior produtora de herbicidas do mundo, e está entre as cem empresas mais lucrativas dos EUA.

gráficos de aumento de produção e produtividade de produtos do agronegócio se escondem indicadores de aumento da pobreza, da desigualdade social, do desemprego e precarização das condições de trabalho, dos conflitos no campo e de desequilíbrios ambientais.

Em contrapartida, o Direito Humano à Alimentação e Nutrição Adequadas dá prioridade à produção e consumo local de alimentos, proporcionando ao país o direito de proteger seus produtores locais das importações baratas e controlar a produção. Garante que os direitos de uso e gestão de terras, territórios, água, gado, sementes e biodiversidade estejam nas mãos de quem produz e não do setor empresarial. Assim, a proteção e promoção deste direito, em uma perspectiva a partir da Soberania Alimentar é, e deve ser entendida como uma das respostas mais potentes à atual crise alimentícia, de pobreza e climática.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Lei 11.346/2006** - Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/aceso-a-informacao/institucional/conceitos/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional>>.

_____. **Decreto 7272/2010 da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm>.

_____. **Lei 11.105/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>.

_____. **Lei 7802/11**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/outros-temas/pdf/RelatriodeImplementaodoPNDH3.pdf>>.

BURITY, Valéria; *et al.* **Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010. Disponível em: <http://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf>.

FAO. **Diretrizes Voluntárias sobre Direito à Alimentação**. 2004. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/b-y7937o.pdf>>.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Ed. 2013.

PESSANHA, apud VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; JUNIOR, Pedro Abel Vieira. Ob. cit., p. 71-72. 2003.

OEA. Protocolo de São Salvador. 1988. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>.

ONU. **Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral N. 12.** Genebra: ONU, 1999. Disponível em: <<http://www.sesc.com.br/mesabrazil/doc/Direito%20humano%20%C3%A0%20Alimenta%C3%A7%C3%A3o-Seguran%C3%A7a-alimentar.pdf>>.

_____. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948.

_____. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.** 1966.

OXFAM. **Behind the Brands.** 2013. Disponível em: <https://www.oxfamamerica.org/static/media/files/Behind_the_Brands_Briefing_Paper_Final.pdf>.

UA. **Carta Africana sobre os Direitos e o Bem Estar da Criança.** 1990. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/child/>>.

_____. **Protocolo à Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos.** 2003. Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/#15>>.

VIA CAMPESINA BRASIL. **Soberania Alimentar, os Agrocombustíveis e a Soberania Energética.**

Capítulo 8

Direito a um Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado

Introdução

O desenvolvimento das economias do norte global, assim como as do sul, se deu às custas não somente da classe operária, mas como também de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este “desenvolvimento” – ou “des-envolvimento”¹⁶⁰ – foi sempre guiado, ainda que cegamente, por interesses hegemônicos, de cunho político e econômico, estando firmemente enraizado na “ética” do capital.

Dessa forma, o campo ambiental está em constante estruturação, sendo constituído por diferentes grupos sociais com trajetórias, visões de mundo e interesses contraditórios que lutam pela legitimação de seus discursos e práticas, compondo uma dinâmica conflituosa envolvendo sociedade civil, Estado e empresas (ZBOROWSKI, 2008). Como reflexo desse mecanismo, o meio ambiente, desde o processo colonial,

¹⁶⁰ Este processo teve seu ritmo acelerado pela implementação das diretrizes liberalizantes e privatizantes do ‘Consenso de Washington’ na década de 90 e por políticas desenvolvimentistas, impulsionadas a partir do início dos anos 2000, e que integravam a estratégia de inserção competitiva da economia brasileira num cenário internacional em reconfiguração. Essa nova conjuntura conjugava elementos como a emergência dos BRICS e o peso destas economias no aumento do volume da demanda e dos preços das commodities, abrindo espaço para uma alavancagem violenta de megaprojetos de ocupação e controle de territórios. Subordinando as condições de vida às lógicas econômicas impostas pelo Estado para atender aos interesses privados, nacionais e internacionais. Um Estado que se legitima através da combinação do crescimento econômico com políticas sociais paliativas. Assim, percebe-se um modelo econômico que, na verdade, *deixa de envolver* a população e os territórios e, por isso, a utilização do termo “des-envolvimento”.

é tomado como uma reserva infinita de matéria prima. Afirma-se, sempre, que é possível conciliar proteção ao “meio ambiente” e “desenvolvimento” no marco capitalista, porém, a prática denuncia essa falácia.

O Direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, de acordo com a lógica dos direitos fundamentais, é considerado como um direito de terceira dimensão, incluído no âmbito dos direitos coletivos e difusos e foi incorporado na Constituição Federal através do art. 225¹⁶¹, caracterizando, assim, um direito positivado.

No entanto, as tentativas de incorporação desse direito em marcos normativos e políticas nacionais sempre o desvinculou da discussão dos Direitos Humanos, encarando-o somente como algo técnico e facilmente suprido através de políticas ineficazes de proteção ambiental, as quais permitem a negociação e financeirização do meio ambiente.

A implantação de grandes projetos industriais, de infraestrutura, as obras para os megaeventos, dentre outros exemplos, trazem consigo uma grande potencialidade de violação de Direitos Humanos na medida em que transforma e impacta os arredores do empreendimento de forma praticamente irreversível, destruindo tanto a natureza quanto modos de vida tradicionais.

O avanço de grandes projetos se faz acompanhado de maneira indissociável da intensificação das lógicas de exclusão social, marginalização de populações tradicionais e empobrecidas, criminalização da resistência, violência e militarização (PACS, 2016). Populações enfrentam a imposição da violência “legítima” do estado, que, em nome da sanha desenvolvimentista, viola direitos, hipoteca territórios e inviabiliza outras alternativas de futuro. As alternativas são negadas em nome do “progresso”, da manutenção do “crescimento” e da “modernização”.

¹⁶¹ “Art. 225. CF/88. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07.07.2016, às 13h43.

Carregado de ideologia, este discurso inviabiliza e exclui os que não cabem em sua visão de mundo e de futuro, os encerrando em “zonas de sacrifício”¹⁶² por todo o território: sejam mulheres, índios, ribeirinhos, quilombolas, pescadores ou ecossistemas. Daí a afirmação de que apesar de se configurar como Direito Constitucional e Direito Humano, o Direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado não é garantido na prática, devido à incompatibilidade com o modelo desenvolvimentista capitalista global, o qual, por óbvio, não tangencia em aspecto algum a lógica dos Direitos Humanos, mas dissimula um respeito a esses direitos a partir do discurso da Responsabilidade Social Corporativa e do Capitalismo Verde.

Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado

Com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem direito a uma vida digna. Não basta manter-se vivo – existir, apenas – é preciso que se viva com qualidade, o que implica uma conjunção de fatores como saúde, educação e produto interno bruto, segundo padrões elaborados pela Organização das Nações Unidas. Ressalta-se que em tal classificação, a saúde do ser humano alberga o estado dos elementos da natureza, como água, solo, ar, flora, fauna e paisagem.

Uma vez consagrado constitucionalmente, entende-se que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado se encaixa em uma dimensão tríplice, tanto individual, quanto social e intergeracional. Individual porque, admitindo-se como pressuposto de uma qualidade de vida digna, é de interesse de cada sujeito considerado individualmente. Social, na medida em que se coloca como um bem de uso comum do povo e, assim, difuso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado compõe o

¹⁶² O termo surgiu nos Estado Unidos quando um movimento de justiça ambiental associou a concentração espacial dos males ambientais do desenvolvimento ao processo mais geral que produz desigualdades sociais e raciais no país.

patrimônio coletivo. E, por fim, intergeracional, entendendo que a geração contemporânea, historicamente situada no presente, deve defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações futuras.

Não se admite, em nome do direito em tela, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para consumo privado, pois sua realização individual fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social.

Marco Normativo Nacional de Proteção ao Meio Ambiente

Dentro do quadro econômico-social brasileiro, não surpreende que a primeira política nacional de peso a assegurar algum tipo de freio à exploração do meio ambiente, juntamente com determinados aspectos de equilíbrio ecológico, tenha surgido somente em 1981, com a Lei 6.938, de 31 de agosto¹⁶³, inaugurando a Política Nacional de Meio Ambiente, tendo por objetivo

[...] a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. (BRASIL, 1981, Art. 2º. Lei 6938/81)

E, ainda assim, demorariam mais sete anos, com a promulgação da Carta Magna em 1988, para o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado ser positivado no rol dos direitos fundamentais, garantido à coletividade uma das essencialidades à vida.

Com esse novo marco, surge a necessidade de recursos capazes de efetivarem essa garantia. Para tanto, a referida lei em seu art.

¹⁶³Lei 6938/81, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 07.07.2016, às 13h46.

6º, institui e estrutura o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), tendo como órgão superior o Conselho de Governo, com a função de assessorar a Presidência da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais, e como órgão deliberativo e consultivo o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), a fim de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Dessa forma, foi atribuída ao CONAMA a competência de estabelecer os procedimentos necessários ao licenciamento ambiental¹⁶⁴.

Cabe destaque ao Art. 9º. inciso IV, combinado com o Art. 10 da lei 6938/81.

Art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: IV. o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (BRASIL, 1981, Arts. 9º. IV; e 10. Lei 6938/81)

Estes artigos, ancorados em dispositivos constitucionais como o Art. 170. inciso VI, e parágrafo único¹⁶⁵, e o Art. 225. §1º,

¹⁶⁴ Art. 8º. Compete ao CONAMA: I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

¹⁶⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

inciso V¹⁶⁶, da Carta Magna, preveem o licenciamento ambiental como um dos seus mais importantes instrumentos, visando a atuação preventiva Estatal para a salvaguarda do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Marco Normativo Internacional de Proteção ao Direito ao Meio Ambiente

A expansão dos instrumentos de Direitos Humanos no pós Segunda Guerra Mundial abriu o debate na seara internacional acerca do que consistira de fato os “Direitos Humanos”. Por decorrência lógica, era apenas uma questão de tempo para que o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado fosse inserido nesse rol, uma vez que, como mencionado anteriormente, é viabilizador essencial de uma vida digna.

Apesar da diversidade normativa ambiental existente no ordenamento jurídico brasileiro, as ratificações dos Tratados Internacionais devem servir como verdadeiras fontes do direito ambiental pátrio, pois várias têm sido as formas de incorporação e absorção pela legislação brasileira.

Dentro dos documentos internacionais existentes acerca do meio ambiente, destaca-se aqueles assinados e ratificados pelo Brasil, a saber, A Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – como fruto da ECO 92 –, o Protocolo de Kyoto, a Agenda 21, a Declaração de Estocolmo, a Convenção de Viena para proteção da Camada de Ozônio.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁶⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Natureza Jurídica do Licenciamento Ambiental

O licenciamento ambiental encontra-se na esfera do direito administrativo, sendo um dos desdobramentos do poder de polícia do Estado. É através dele que a Administração Pública busca exercer o controle de atividades empresariais nocivas ao meio ambiente, a fim de que o direito de empreender não exceda os limites de um meio ambiente sadio e a garantia de uma qualidade de vida digna.

Este, encontra sua definição normativa disposta no inciso I do Art. 1º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA, com a seguinte redação:

Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (CONAMA, 1997, Art. 1º. I. Res. 237/1997)

Desta maneira, caracteriza o conjunto de atos que, compondo um processo administrativo que tramita perante o órgão ambiental competente, e que almeja, ao final, a concessão da licença ambiental devida, seja ela a licença prévia, a licença de instalação ou a licença de operação.

A resolução em questão vislumbra algumas etapas a serem obedecidas quando da instauração do processo de licenciamento ambiental¹⁶⁷, deixando em aberto a possibilidade dos estados

¹⁶⁷ Pode-se citar algumas etapas conforme o Art. 10. Res. 237/1997. CONAMA:

- Definição pelo órgão ambiental competente dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

e municípios instituírem procedimentos próprios, desde que preservem o disposto pelas normas gerais da união, como a lei 6.938/1981.

Dois instrumentos devem, obrigatoriamente, anteceder as três etapas do licenciamento, são eles o estudo de impacto ambiental (EIA) e o relatório de impacto ambiental (RIMA), ambos criados pelo Decreto 99.247/90 da Presidência da República¹⁶⁸.

O EIA é apresentado sob a forma de relatório científico, redigido em linguagem técnica, sendo destinado, principalmente, aos analistas ambientais para fins de complementação de lacunas e elucidação de pontos controversos. Engloba análises de impactos no meio físico, biológico socioeconômico.

O RIMA, por sua vez, é a síntese das conclusões técnicas do EIA, em linguagem comum, supostamente destinado ao público leigo, devendo apresentar de forma explícita as vantagens e desvantagens que o empreendimento acarretará, num lapso temporal de cinco a dez anos, tanto do ponto de vista ambiental como de suas implicações socioeconômicas (OLIVEIRA, 1999).

A resolução n. 001/86 do CONAMA¹⁶⁹ veio com o propósito de elucidar “as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da

-
- Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor;
 - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do Sisnama, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas;
 - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente integrante do Sisnama, uma única vez;
 - Audiência Pública, quando couber;
 - Solicitação de esclarecimentos e complementações, pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas;
 - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;
 - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença;

Resolução disponível em: <www.ibama.gov.br/phocadownload/category/36-p?download=1071%>. Acesso em 07.07.2016, às 13h47.

¹⁶⁸ Art. 17. § 2º, Decreto n. 99.274/1990, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm>. Acesso em 07.07.2016, às 13h50.

¹⁶⁹ Resolução n. 001/86 do CONAMA, disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em 07.07.2016, às 13h52.

Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente”, sendo utilizada para guiar a elaboração tanto do EIA quanto do RIMA. É importante ressaltar que são documentos diferentes, com fins distintos, não podendo um ser substituído pelo outro.

O EIA e o RIMA apresentam falhas suntuosas, como sua contratação pelo próprio empreendedor, trazendo consigo um vício de conteúdo já na origem, destacando-se um claro conflito de interesses na sua elaboração.

Isto posto, a quase totalidade dos EIAs e RIMAs produzidos possuem falhas e lacunas claras, e sistematicamente identificadas pelo ministério público em várias ações judiciais, através do GATE (Grupo de Apoio Técnico Especializado)¹⁷⁰, por organizações não governamentais e fundações públicas que acompanham diversos processos de licenciamento ambiental.

De acordo com Relatório da FIOCRUZ¹⁷¹ sobre o licenciamento da TKCSA (Thyssenkrup – Companhia Siderúrgica do Atlântico) na Baía de Sepetiba: “Exemplos de lacunas são, quando não ausentes, estimativas de poluição e possíveis cenários de exposição que desconsideram os piores cenários possíveis” (FIOCRUZ, 2014).

Além disso, os Estudos de Impacto Ambiental quase sempre não consideram os efeitos e impactos sinérgicos do empreendimento em relação com os outros já instalados na região ou em processo de instalação.

Prática que tem se tornado muito comum no licenciamento é a fragmentação do projeto em várias fases, ou unidades, e o seu licenciamento em separado, que, com a consequente supressão

¹⁷⁰ Grupo especializado composto por quadro técnico, como geógrafos, biólogos, dentre outros profissionais, criado com o objetivo de assessorar o Ministério Público na fiscalização de processos de licenciamento e no oferecimento de denúncias por crimes ambientais.

¹⁷¹ Análise Atualizada dos Problemas Socioambientais e de Saúde Decorrentes da Instalação e Operação da Empresa TKCSA. Rio de Janeiro. FIOCRUZ. 2014. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B_Q46NIMG2WfeXNxc0sxZnQ0aEO/edit?pref=2&pli=1.p20>. Acesso em 30.03.2016, às 17h45.

da análise de efeitos sinérgicos do projeto nos Estudos e Relatórios de impacto em todos os processos de licenciamento, cria uma aparência de que o empreendimento se encontra dentro dos limites normativos estabelecidos pelo SISNAMA.

Exemplo deste modelo de licenciamento fragmentado é o Sistema Minas-Rio, que liga um complexo minerário em Conceição do Mato Dentro, Minas Gerais, ao Porto do Açu, em São João da Barra, Rio de Janeiro, através de um mineroduto de 525 km¹⁷². Nesse caso, o processo de licenciamento foi fragmentado em 3 partes, de modo a descaracterizar o seu impacto de grandes proporções e, inclusive, alterar o órgão competente para o licenciar, conforme trataremos a seguir.

Competência para licenciar no Brasil

O Constituição Federal determina que é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e municípios a proteção do meio ambiente, o combate à poluição em qualquer de suas formas e a preservação das florestas, fauna e flora. Assim, consoante com esse federalismo cooperativo, a lei 6.938/81 estabeleceu a competência comum para o licenciamento ambiental. A resolução n. 237/97 do CONAMA busca regulamentar essa competência¹⁷³.

¹⁷² Para maiores informações, consulte o relatório de violações de Direitos Humanos no Porto do Açu. Disponível em: < <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/03/VIOLAÇÕES-DE-DIREITOS-HUMANOS-POR-EMPRESAS-O-CASO-DO-PORTO-DO-AÇU.pdf> >. Acesso em 07.07.2016, às 14h14.

¹⁷³ Art. 4º. Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

Entende-se, portanto, que mesmo no caso de competência estritamente federal, a licença ambiental somente será concedida após considerações técnicas apresentadas pelos órgãos ambientais do Estado e do respectivo município e, ainda, dos demais órgãos competentes da esfera federal envolvidos no procedimento de licenciamento.

Retornando aos casos TKCSA e Sistema Minas-Rio, no que tange à competência do licenciamento, deveria ser o IBAMA o órgão responsável, pois configura-se como um empreendimento de larga escala – a maior siderúrgica da América Latina e um empreendimento que se dá em mais de um estado da federação –, abarcando áreas de propriedade da União, com drásticas

V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

§1º. O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§2º. O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

Art. 5º. Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2o da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Art. 6º. Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

alterações do território e elevados impactos ao meio ambiente. No entanto, os órgãos que efetuaram o licenciamento foram estaduais.

Não está se querendo dizer que o processo de licenciamento conduzido pelo IBAMA, órgão federal, seria capaz de cumprir com a sua função precípua, qual seja, de proteger o meio ambiente de maneira integral, inclusive em sua dimensão social.

No entanto, apontar a fraude à competência para o licenciamento ambiental como um padrão aponta para uma prática sistemática que visa a impedir uma análise de impactos global e sinérgica, fora as considerações sobre a captura das agências ambientais pelas empresas.

Caso emblemático dessa dinâmica é o caso TKCSA, no qual a empresa realizou uma “doação” de R\$4,6 milhões para a reforma do prédio do INEA, órgão que está procedendo com o licenciamento ambiental da empresa no estado do Rio de Janeiro¹⁷⁴.

Como se verificará a seguir, o problema do procedimento de licenciamento ambiental no Brasil é estrutural e vai muito mais além do órgão que o realiza, dizendo respeito a sua inserção em um quadro normativo não construído com base em uma perspectiva de Direitos Humanos, mas sim conciliatória das demandas do capital com a proteção possível aos direitos fundamentais.

Etapas do Licenciamento Ambiental

De acordo com os Arts. 8º e 10 da Resolução n. 237/97 do CONAMA bem como o Art. 19 do Decreto 99247/90 da Presidência da República, o processo de licenciamento ambiental se desdobra

¹⁷⁴ Informação contida no Relatório do PACS (Instituto de Políticas Alternativas para o Cone Sul), “Responsabilidade Social pra quê e pra quem?”, disponível em: <<http://www.pacs.org.br/files/2015/09/Cartilha-Responsabilidade-Social1.pdf>>. Acesso em 07.07.2016, às 16h57.

em três etapas, cada uma culminando, ou não, na concessão da respectiva licença, seja prévia, de instalação ou de operação.

É essencial frisar que caracterizam-se como *etapas*, ou seja, uma licença, em tese, não pode ser liberada antes de cumprir os requisitos necessários e, por óbvio, incapaz de ser liberada antes da anterior. No entanto, essa exigência tem sido flexibilizada constantemente em nome do “desenvolvimento”.

No caso TKCSA, as licenças prévias do empreendimento foram concedidas apesar das inúmeras omissões presentes nos estudos de impacto ambiental. A providência que deveria ter sido tomada pelo INEA seria solicitar que o Estudo fosse refeito considerando os pontos levantados nas audiências públicas e pareceres do Ministério Público, realizando novas audiências públicas em que seriam discutidas as alterações do projeto e ainda necessárias adequações às normas ambientais, e se não fossem possíveis as adequações, que o projeto não se materializasse.

Hoje a TKCSA opera, ou seja, detém licença de operação, sem ter cumpridos requisitos das licenças prévias e de instalação, a partir da assinatura de TACs (Cap.1).

Sobre os TACs, esses raramente se mostram efetivos, na medida em que estabelecem condutas de reparação inócuas, como construção de escolas, doação a fundos com função social, etc. Dessa forma, a suposta reparação se mostra em desacordo com a violação perpetrada, não a solucionando em si, e tampouco reparando os danos sofridos pela vítima. São ações materialmente inexpressivas que, em determinados casos, chegam a habilitar a empresa a obter determinada licença, seja ela prévia, de instalação ou operação, pois, formalmente, o empecilho foi solucionado pelo TAC.

Com isso, na hipótese de judicialização da questão, um Juízo dificilmente manterá o empreendimento inoperante depois de todo o processo de instalação e operação estar efetivado na prática, fora todo o desprendimento de recursos já injetados.

Licença Prévia

A licença prévia é concedida pelo órgão ambiental competente na fase preliminar do planejamento do empreendimento, caso as exigências sejam atendidas, como, por exemplo, a avaliação da localização e concepção do empreendimento, atestando sua viabilidade ambiental, bem como estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

O EIA e o RIMA devem ser elaborados e necessariamente exigidos antes da licença prévia, pois configuram pré-requisitos para a concessão da mesma. As determinações que resultarem desses documentos devem constar na licença prévia, principalmente aquelas que versarem sobre os pontos básicos a serem observados no Projeto Executivo, que será analisado na fase seguinte do licenciamento. Salienta-se que essa licença não autoriza o início das obras, tampouco o das atividades, funcionando apenas como uma chancela ao início do planejamento do empreendimento.

Assim, a licença prévia se revela como um parecer acerca da viabilidade ambiental e social do projeto, levando em conta sua localização e seus possíveis impactos, daí sua importância na concreção dos princípios constitucionais da precaução e prevenção.

Conforme elucida o artigo 18, inciso I da resolução n. 237 do CONAMA, o prazo de validade da licença prévia deverá ser, no mínimo, igual ao estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento, não podendo ser superior a cinco anos.

É nessa fase do processo de licenciamento que as populações afetadas devem ser consultadas, sendo exposto e explicado o conteúdo do RIMA, de forma clara e participativa, a fim de que participe do processo da possível instalação do empreendimento.

As audiências públicas possuem o potencial de configurarem um importante instrumento democrático, garantindo a participação da comunidade e da sociedade civil como um todo na discussão dos impactos que o empreendimento pode causar, podendo alterar o curso da instalação.

Entretanto, o mecanismo real das audiências públicas é diverso de sua concepção. As audiências ocorrem em horários tardios e são conduzidas de forma tendenciosa, não concretizando a finalidade democrática e participativa para a qual foi criada, colocando a comunidade em uma situação de vulnerabilidade superior à que já está naturalmente submetida.

Além disso, o fato das audiências públicas não serem deliberativas, mas somente consultivas, retira deste instrumento a sua potencialidade de realmente influenciar nos rumos do projeto sendo licenciado, inclusive de impedir a sua consecução caso as comunidades impactadas não concordem com a instalação e operação do empreendimento.

O ideal seria uma atuação integrada com órgãos públicos independentes, como universidades e centros de pesquisas com foco no assunto, podendo, ainda, ocorrer a produção de contra-pareceres por organizações e técnicos escolhidos pela comunidade.

A exemplo do caso da TKCSA, em Santa Cruz, as três audiências públicas realizadas foram conduzidas em áreas que tradicionalmente sofrem com a ação de grupos de milicianos e era grande a presença de seguranças privados e armados ligados a esses grupos, ameaçando os que se opunham ao empreendimento. Como se não bastasse esse cenário, a mesa foi composta por representantes das empresas ERM e Ecologus, responsáveis pelos estudos de impacto ambiental da siderúrgica e do terminal portuário, pelo Subsecretário da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico

(SEDE-RJ) e representantes da TKCSA, com ausência de representantes do Ministério Público e do IBAMA. As perguntas feitas pelo público eram pré-selecionadas e ocorriam somente após a apresentação do empreendimento de não menos que três horas e uma posterior apresentação do parecer da FEEMA/INEA de uma hora (VIÉGAS, 2007)¹⁷⁵.

Assim, as comunidades acabam sendo silenciadas, fato inadmissível para uma população que será potencialmente atingida pelo empreendimento. Apesar das resistências locais de moradores, pescadores artesanais, mulheres, ribeirinhos, entre outros e do engajamento de movimentos sociais, organizações, sindicatos e universidades em um processo contínuo de denúncia, o desenrolar do processo de licenciamento ambiental, e o que ele representa em seu conjunto, vem se concretizando ao largo do conhecimento da maior parte da sociedade, viabilizando-se à margem do debate público e da participação popular em instâncias decisórias.

Licença de Instalação

A licença de instalação, por sua vez, autoriza a instalação do empreendimento, dando validade à estratégia proposta para o enfretamento das questões ambientais durante a fase da construção.

É expedida após a fixação das condicionantes da licença (medidas mitigatórias) e a elaboração do Projeto Executivo, que se configura como uma reestruturação do projeto

¹⁷⁵VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. Conflitos Ambientais no Rio de Janeiro: um estudo dos casos do projeto da Usina Termelétrica (UTE) de Sepetiba e do projeto da Companhia Siderúrgica do Atlântico (CSA). Dissertação de Mestrado, 2007. Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia (PPGSA), Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS), Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Disponível em: <www.bvseps.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=880>. Acesso em 07.07.2016, às 17h28.

original, de forma mais detalhada e consoante com os padrões de qualidade ambiental estabelecidos em lei. Ressalta-se que qualquer alteração na planta ou nos sistemas instalados necessita de uma avaliação formal do órgão licenciador.

Guiada pelo art. 19 do Decreto 99.247/90 e art. 8º, inciso II da Resolução n. 237/97 do CONAMA, essa licença permite o início das obras, porém, se as condicionantes não forem cumpridas na forma estabelecida, a licença poderá ser suspensão ou cancelada¹⁷⁶. A duração máxima da validade da licença de instalação é de seis anos, conforme o art. 18, inciso II, resolução n. 237/97 do CONAMA.

Licença de Operação

A fim de se autorizar, ou não, a operação do empreendimento, inicia-se o processo de requerimento da licença de operação. Depois de instalada a atividade, o órgão administrativo ambiental competente deve vistoriar o empreendimento, verificando se todas as exigências constantes nas licenças anteriores foram cumpridas, e avaliando se os sistemas de controle e monitoramento ambiental propostos são eficazes.

O prazo de validade da licença de operação deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, quatro anos e, no máximo, de dez anos¹⁷⁷. De forma ideal, a licença deverá durar enquanto durarem os programas de controle ambiental.

Assim como a licença de instalação, a licença de operação poderá ser suspensão ou cancelada caso as condicionantes determinadas para a operação do empreendimento não sejam cumpridas.

¹⁷⁶ Art. 19, inciso I, resolução n. 237/97, CONAMA.

¹⁷⁷ Art. 18, inciso III, resolução n. 237/97, CONAMA.

Ameaças Legislativas ao Direito a um Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado

PEC 654/2015

Na contramão da conscientização internacional de proteção ao meio ambiente e em meio ao cenário de nacional da tragédia ambiental causada pelo rompimento da barragem da empresa Samarco, no interior de Minas Gerais, o Senador Romero Jucá (PMDB-RR) conseguiu aprovar um pedido de urgência para a aprovação do projeto de lei de sua autoria, o PL 654/2015¹⁷⁸.

O projeto em questão propõe a criação de um procedimento de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados “estratégicos” e de “interesse nacional”. A proposta visa concretizar o “licenciamento *fast track*” – caminho expresso, previsto na Agenda Brasil do Senador Renan Calheiros (PMDB-AL), a qual consiste em um pacote de medidas, aplaudidas pelas bancadas conservadoras, para a “modernização” do país e a saída da crise econômica.

O projeto de lei busca apresentar ações capazes de mitigar o complexo regramento das normas ambientais, encarada pela ala desenvolvimentista como um verdadeiro entrave ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Pelo texto do PL, o órgão licenciador teria somente sessenta dias¹⁷⁹ para analisar o projeto e os estudos ambientais apresentados e solicitar esclarecimentos. Após essa fase, teria mais sessenta dias para tomar sua decisão. O governo poderia definir quais empreendimentos estariam sob o regime desse novo licenciamento especial, abarcando estradas, hidrovias, ferrovias, portos, hidrelétricas e obras de telecomunicações.

¹⁷⁸ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 10.04.2016, às 16h25.

¹⁷⁹ Art. 5º, incisos V e VI. PL 654/15.

Acelerar o processo de licenciamento ambiental configura uma verdadeira barbárie, na medida em que não permite uma análise profunda e criteriosa dos impactos ambientais e sociais do empreendimento, passando por cima de procedimentos que, apesar de defeituosos, contribuem mais para a proteção ambiental do que um licenciamento supostamente célere.

PEC 65/2012

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado aprovou no dia 27 de abril de 2016, sem alarde, uma Proposta de Emenda à Constituição que simplesmente rasga a legislação ambiental aplicada em processos de licenciamento de obras públicas. A PEC 65¹⁸⁰, proposta em 2012 pelo senador Acir Gurgacz (PDT-RO) e relatada atualmente pelo senador Blairo Maggi (PR-MT), estabelece que, a partir da simples apresentação de um EIA pelo empreendedor, nenhuma obra poderá mais ser suspensa ou cancelada. Na prática, isso significa que o processo de licenciamento ambiental deixa de existir. Atualmente, a PEC está pronta para deliberação e, posteriormente, votação no Senado. A PEC acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental; dispõe que a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, a qual não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.

Observa-se, dessa forma, a busca pela desburocratização das formas de tratamento dos conflitos e a implementação de instrumentos considerados mais céleres e de menor custo administrativo, que, na verdade, auxiliam na expansão de projetos que condicionam o futuro de territórios e modos de vida definidos sem consulta, sem participação e sem a ponderação de alternativas do caminho a ser seguido.

¹⁸⁰ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em 29 de abril de 2016 às 19h30.

Lei nº 21.972/2016 do Estado de Minas Gerais

Pouco após o desastre de Mariana, com o rompimento da barragem de Fundão, da empresa Samarco (Vale e BHP Billiton), o governador do estado de Minas Gerais aprovou na Assembleia Legislativa projeto de lei que flexibiliza o sistema de licenciamento ambiental do estado.

A Lei nº 21.972/2016 foi sancionada pelo executivo em janeiro de 2016, e retira do Conselho Estadual de Política Ambiental (Copam), órgão composto por organizações da sociedade civil e representantes do estado, a competência exclusiva para o licenciamento ambiental, a transferindo para a Semad (Secretaria de Estado de Meio Ambiente).

Segundo a nova disposição legal, o Copam será responsável por determinar o processo de licenciamento de empreendimentos de médio e grande portes, no entanto, será a Semad quem irá classificar os projetos como pequeno, médio ou grande porte, sem possibilidade de recurso ou revisão da classificação por outro órgão. Assim, caso a Semad defina o projeto como de pequeno porte, terá o controle total sobre o processo de licenciamento.

Além disso, a nova lei estabelece prazo máximo de 6 meses para a tramitação de todo o processo de licenciamento, podendo ser estendido para 12 meses caso haja necessidade de apresentação de EIA e RIMA.

Conclusão

Inserindo o discurso oficial sobre o licenciamento ambiental no campo da práxis, observa-se que sua concepção teórica e, portanto, naturalmente ideal, não espelha com veracidade sua aplicação no campo prático.

Como já colocado anteriormente, os grandes questionamentos sobre o processo de licenciamento enquanto instrumento

ineficaz à proteção do meio ambiente não são procedimentais ou dizem respeito a especificidades das licenças, apesar de existirem muitos.

Os principais questionamentos são de ordem estrutural e se relacionam à utilização de medidas mitigatórias como meio de adequação aos níveis exigidos pela legislação ambiental nacional, admitindo a compensação de direitos violados e invisibilizando a categoria “violação de Direitos Humanos”, e a substituindo pelo vocábulo “externalidades negativas”.

Enquanto as falsas soluções de mercado seguem sendo colocadas e naturalizadas na ordem do dia, as dinâmicas despolitizadoras e consensualistas, como os Termos de Ajustamento de Condutas - TACs -, naturalizam e expandem os esquemas e a lógica neoliberal, na tarefa de reduzir e esvaziar os conflitos ambientais, reduzindo-os a mera questão técnica, totalmente desvinculados do marco dos Direitos Humanos.

Conclui-se, portanto, que o processo de licenciamento ambiental ainda carece de uma mudança de paradigma, uma vez que não considera o meio ambiente como um Direito Humano, e sim como objeto disponível para exploração. O licenciamento ambiental como é entendido hoje, atua como facilitador dos interesses do capital, configurando-se como aliado do desenvolvimentismo.

A reformulação desse instrumento visa adequá-lo à realidade concreta do país, recheada de contradições e desigualdades, bem como ampla biodiversidade, alvo de interesses capitalistas da agenda neoliberal vigente na política nacional e internacional. E um processo de licenciamento inserido nesse marco conceitual que se conforma às demandas de produção do capitalismo global jamais será compatível com a matriz contra-hegemônica dos Direitos Humanos.

Referências bibliográficas

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- _____. **CONAMA. Resolução N° 001/1986** – DOU. 17 de fevereiro de 1986, págs. 2548-2549.
- _____. **CONAMA. Resolução n° 237**. 19 de dezembro de 1997.
- _____. **Decreto n. 99.274/1990**. 6 de junho de 1990. Diário oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 de jun. de 1990.
- _____. **Lei 6.938**. 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 2 de set. de 1981.
- _____. **Projeto de Emenda Constitucional 65**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 de abr. de 2016
- _____. **Projeto de Emenda Constitucional 654**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 28.03.2000
- Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. **AGENDA 21 Brasileira: ações prioritárias**. 2. Ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.
- ESTADO de Minas Gerais. **Lei n° 21.972**, de 21 de janeiro de 2016. Poder Executivo, Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2016.
- FIOCRUZ. **Análise Atualizada dos Problemas Socioambientais e de Saúde Decorrentes da Instalação e Operação da Empresa TKCSA**. Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B_Q46NIMG2WfeXNxc0sxZnQ0aE0/edit?pref=2&pli=1.p20>. Acesso em 30.03.2016, às 17h45.
- HOMA. **Violações de direitos humanos por empresas o caso do porto do Açú**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016.
- IBASE. **Limites e Potencialidades de Controle Social no Processo de Licenciamento Ambiental** – os casos do Comperj (Petrobras) e da TK-CSA (Vale/Thyssenkrupp). 2011.
- OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **O Licenciamento Ambiental**. Editora Iglu, 1999.
- ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 3 a 14 de junho de 1992.
- _____. **Protocolo de Quioto**. 14 de dezembro de 1997.
- _____. **Convenção de Viena para proteção da Camada de Ozônio**, 18 a 22 de março de 1985.
- PACS, Instituto Políticas Alternativas Para o Cone Sul. **Baía de Sepetiba: fronteira do desenvolvimentismo e os limites para a construção de alternativas**. 2a edição. Rio de Janeiro: 2016.
- _____. **Responsabilidade Social pra quê e pra quem?** 1ª edição. Rio de Janeiro, 2015.
- VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. **Conflitos Ambientais no Rio de Janeiro: um estudo dos casos do projeto da Usina Termelétrica (UTE) de Sepetiba e do projeto da Companhia Siderúrgica do Atlântico (CSA)**. Dissertação de Mestrado, 2007. Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia (PPGSA), Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS), Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Disponível em: <www.bvseps.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=880>.

ZBOROWSKI, Marina Barbosa. **Conflitos ambientais na Baía de Sepetiba**: o caso dos pescadores atingidos pelo processo de implantação do complexo industrial da Companhia Siderúrgica do Atlântico (ThyssenKrupp CSA). Rio de Janeiro. UFRJ/EICOS. CNPq. 2008.

Capítulo 9

Direito à Moradia, Propriedade e Posse

Introdução

Um estudo sobre o Direito à Moradia no contexto brasileiro deve buscar unir a compreensão da legislação aplicável ao tema com um entendimento sobre a realidade do país, que apresenta diversos obstáculos à sua concretização. Dessa forma, é importante entender todos os méritos das diversas regulações existentes, fundamentais inclusive pela imposição de objetivos e esclarecimentos de reivindicações, mas também manter um viés crítico que exija avanços significativos na situação fática brasileira.

Assim, o presente trabalho analisará a fundamentação do Direito à Moradia na Constituição Federal/88 e nos diversos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, buscando realizar uma interpretação sistemática que englobe as diversas normas sobre o tema e alcance uma definição apropriada do direito. Entretanto, pretenderá demonstrar que tais normas enfrentam múltiplos desafios, sendo dois processos apontados por Raquel Rolnik¹⁸¹ como especialmente relevantes: a mercantilização do espaço urbano e a segregação urbana¹⁸². Ambos serão guias essenciais ao estudo do tema.

O primeiro consiste na transformação do espaço urbano em uma mercadoria do sistema capitalista:

¹⁸¹ Relatora especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU para o Direito à Moradia Adequada, por ocasião de dois mandatos (2008-2011, 2011-2014), arquiteta, urbanista, professora da USP, dentre outras diversas atuações na área.

¹⁸² O livro “O que é a cidade” da autora destrincha os conceitos.

“o próprio espaço urbano é uma mercadoria cujo preço é estabelecido em função de atributos físicos e locacionais. Como a valorização ou desvalorização de uma região depende dos investimentos públicos e privados naquele espaço, o investimento maciço, representado por grandes trabalhos de remodelação, alteram substancialmente o mercado imobiliário”. (SANTOS, 1993).

Mediante essa possibilidade de capitalização do espaço urbano,

“o próprio poder público torna-se criador privilegiado da escassez, estimula, assim, a especulação e fomenta a produção de espaços vazios dentro das cidades, incapaz de resolver o problema da habitação, empurra a maioria da população para as periferias; e empobrece ainda mais os pobres, forçados a pagar caro pelos precários transportes coletivos e comprar caro bens de um consumo indispensável e serviços essenciais que o poder público não é capaz de oferecer”. (SANTOS, 1993).

Dessa forma, embora o Direito à Moradia demande uma atuação do Estado em prol de sua implementação e defesa, há um paradoxo estrutural em que este mesmo ente é por muitas vezes o responsável por violações sistemáticas dessa garantia. Mantém-se assim uma postura contraditória, de parte do Estado mas também dos órgãos internacionais, e não uma simples omissão que poderia ser explicada como mera falta de vontade política dos governantes. Essa crítica, como já dito por Luiz Stefaniak (2014)¹⁸³, tende a desviar o foco do problema ao invés de atacá-lo, existindo na verdade um interesse definido em desrespeitar a legislação.

O segundo processo, chamado de segregação urbana, é descrito por Rolnik da seguinte forma:

¹⁸³ Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/10/Efetividade-do-direito-humano-e-fundamental-%C3%A0-moradia.pdf>>. Acesso em 16.07.2016, às 14h18.

“Além dos territórios específicos e separados para cada grupo social, além da separação das funções morar e trabalhar, a segregação é patente na visibilidade da desigualdade de tratamento por parte das administrações locais. Existem, por exemplo, setores da cidade onde o lixo é recolhido duas ou mais vezes por dia; outros, uma vez por semana; outros, ainda, onde o lixo, ao invés de recolhido, é despejado. As imensas periferias sem água, luz ou esgoto são evidências claras desta política discriminatória por parte do poder público, um dos fortes elementos produtores da segregação.” (SANTOS, 1993).

Essa segregação é desrespeito evidente de diversas normas constitucionais, como o objetivo da República Federativa do Brasil de redução das desigualdades regionais (art.3º, III, CF/88), a vedação da discriminação (art.3º, IV) e, ainda, seu fundamento na dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88). Desse modo, em completo desacordo com a legislação pertinente, há na verdade diferentes graus de respeito ao Direito à Moradia relacionados com a localização e as características do indivíduo a ser protegido, sendo que essa escolha é em grande parte definida pelo objetivo de financeirização.

Fica claro, portanto, que a análise dos institutos jurídicos acerca da moradia deve ser sempre realizada em paralelo com o estudo da realidade, que apresenta complexidades, contradições e obstáculos que muitas das vezes anulam a efetiva aplicação do direito.

Territorialidade

Caminhando no sentido de trazer elementos da realidade para o trabalho, é necessário, antes de tratar do Direito à moradia e dos institutos jurídicos da posse e da propriedade no direito brasileiro, trazer a discussão sobre a dinâmica da territorialidade, anterior à lógica da propriedade e que diz respeito à ocupação e organização do espaço por aqueles que nele habitam.

O território é um conceito muito discutido dentro do campo da geografia social e é compreendido por vários teóricos como um produto dos atores sociais, que ao ocuparem um espaço geográfico o territorializam e estabelecem nele modos de vida e de reprodução da vida social (RAFFESTIN, 1993).

Assim, o território seria constituído pelas relações e ligações efetivas e afetivas de identidade entre os grupos sociais e o espaço, sendo dotado de uma carga cultural.

Segundo Little (2002, p.3), territorialidade seria “o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu ‘território’”.

Dessa forma, a dimensão relacional do ser humano com a terra, que a concebe como parte da sua existência e da sua identidade, como no caso das tribos indígenas que nutrem pela *pacha mama*¹⁸⁴ um sentimento de pertença que orienta sua forma de viver, é anterior à dinâmica capitalista de apropriação e acumulação de terras através da propriedade privada, a transformando em ativo financeiro.

Os regimes de uso comum da terra podem ser encontrados historicamente em países de todos os continentes do mundo e não representam uma maneira arcaica de organização do espaço social, mas uma maneira não-capitalista de uso e ocupação deste espaço.

Este trabalho se debruçará sobre os institutos jurídicos da posse, da propriedade e da desapropriação em relação com o direito humano à moradia por objetivar expor o cenário jurídico brasileiro de violação a esse direito, no entanto, compreende-se que a dinâmica territorial e tradicional de ocupação do território não pode sair do horizonte a ser buscado como proposta de alteração do marco jurídico da propriedade no Brasil e no mundo.

¹⁸⁴ “Mãe Terra”.

Direito à Moradia

João Luiz Stefaniak¹⁸⁵, em seu texto “A efetividade do direito humano e fundamental à moradia”¹⁸⁶, realizou uma pesquisa definindo um recorte da legislação pertinente ao tema, que será um guia importante no estudo aqui elaborado. A começar pela Constituição Federal/88, legislação de hierarquia superior do país, que regula e direciona a interpretação de todas as demais, a emenda n. 26, realizada em 2000, consagra o Direito à Moradia no rol dos chamados direitos sociais (artigo 6º).

Esse é, portanto, um direito social fundamental, estando determinada a obrigação do Estado pela permanente busca de seu provimento a todos seus cidadãos, meta que deve ser interpretada considerando as garantias presentes no sistema constitucional como um todo. Entretanto, é importante ressaltar que esse direito já se fazia presente no ordenamento brasileiro, uma vez que o país é signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), estando definido no artigo XXV, §1º¹⁸⁷:

“Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.
(ONU, 1948)

Ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos (1992), em que pela primeira vez se adotou o termo moradia, define em seu artigo 11:

¹⁸⁵ Doutorando de Geografia da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

¹⁸⁶ Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/10/Efetividade-do-direito-humano-e-fundamental-%C3%A0-moradia.pdf>>. Acesso em 16.07.2016, às 14h20.

¹⁸⁷ O livro “O que é a cidade” da autora destrincha os conceitos.

“Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequada para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”. (ONU, 1992)

Outros documentos importantes sobre o tema são a Declaração Sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), que também recepcionou o direito à moradia e a Agenda 21, realizada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RJ, 1992), que declara que “o acesso a uma habitação sadia e segura é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações no âmbito nacional e internacional”.

Ainda, a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996) segue a lógica que estabelecemos e traz uma definição bem completa, que tem sido parâmetro para a interpretação do conceito:

“moradia adequada significa algo mais que ter um teto sob o qual abrigar-se. Significa também dispor de um lugar privado, espaço suficiente, acessibilidade física, segurança adequada, segurança da posse, estabilidade e durabilidade das estruturas, iluminação, calefação e ventilação suficientes, uma infra-estrutura básica adequada que inclua serviços de abastecimento de água, saneamento e eliminação de dejetos, fatores apropriados de qualidade do meio ambiente e relacionados com a saúde, e uma localização adequada e com acesso ao trabalho e aos serviços básicos”. (ONU, 1996)

Já o Estatuto da Cidade (2001) em seu art. 2º, I, estabelece a garantia da moradia como uma de suas diretrizes primeiras, enquanto a Carta Mundial do Direito à Cidade, aprovada no

Fórum Mundial Urbano (Barcelona, 2004), é outra normativa relevante.

Adicionalmente, como última referência sobre o direito em questão, embora não legislativa, cabe citar a chamada “Caixa de Ferramentas sobre o Direito à Moradia Adequada”¹⁸⁸, criada pelo Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU. Essa é uma página na internet que apresenta os elementos do direito à moradia adequada, em uma tentativa de divulgação de informações que inclui o fornecimento de documentos sobre o tema. A segurança da posse, o custo que não prejudique outras necessidades básicas, a habitabilidade, acesso a serviços e bens e o alcance às classes pobres, além da localização favorável e adequação cultural são apontados como fatores do direito.

Como evidenciado, o Direito à Moradia já possui extensa e diversa fundamentação no ordenamento brasileiro, sendo adicionalmente garantido por normas específicas como da inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), que define que ninguém pode adentrar na casa sem o consentimento de seu morador, salvo pelas exceções expressas no dispositivo. E ainda, por todas as garantias do ordenamento como do devido processo legal (artigo 5º, LIV) sem o qual ninguém deverá ser privado de seus bens, que incluem os imóveis, da proteção da pequena propriedade rural (art. 5º, XXVI), vedação do abuso de direito (art. 187, Código Civil/2002, art. 1.228, §2º, Código Civil/2002) e diversos outros.

A correta conceituação do Direito à Moradia abarca a soma das garantias de todas essas legislações. Todos esses os direitos citados foram conquistados historicamente, e embora tenham discutível efetividade na realidade brasileira, são instrumentos que fundamentam reivindicações e cujo desrespeito permite o início de lutas judiciais. A segurança da posse, por exemplo, é extremamente ameaçada dentro do sistema baseado na propriedade privada capitalista, resultado da ascensão burguesa

¹⁸⁸ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/toolkit/Pages/RighttoAdequateHousingToolkit.aspx>>. Acesso em 05.09.2016, às 16h47.

no século XVII, sendo institutos como o da desapropriação por interesse público utilizados indiscriminadamente pelo Estado, este usado como instrumento para a realização de interesses privados. Assim milhares de pessoas permanecem deficientes desse direito e muitas outras acabam o perdendo, a despeito da legislação existente.

Propriedade Privada e sua Função Social

O direito de propriedade privada surge como um direito absoluto, de viés individualista, em que sua finalidade única e aptidão jurídica era proteger os interesses do particular que lhe titularizava. Este seria detentor de completa discricionariedade em relação ao bem e seu modo de uso. Entretanto, o desenvolvimento dos ordenamentos internacionais e em particular, do brasileiro, tem alterado drasticamente essa perspectiva, para uma visão de propriedade que entenda a complexidade desse instituto, que não se restringe à técnica jurídica tradicional de direitos contrapostos a deveres.

Na verdade, muitos autores têm entendido que não faz mais sentido definir a propriedade apenas como direito subjetivo. Correto seria determiná-la como situação jurídica subjetiva, uma vez que sua disciplina legislativa tem singularidades e complexidades que fogem da estrutura tradicional¹⁸⁹.

Já o jusfilósofo dinamarquês Alf Ross, defende que a palavra “propriedade” é completamente destituída de significado próprio, sendo uma técnica legislativa para regularizar a situação em que diversas hipóteses de incidência dão ensejo a sua configuração e que, uma vez configurada, dá ensejo a uma série de efeitos jurídicos. Dessa forma, a palavra em si não traria significado, mas seria peça importante na estruturação de um regime

¹⁸⁹ O direito subjetivo apresenta a quem o possui a possibilidade de exigir uma determinada prestação de outro indivíduo. A situação jurídica subjetiva apresenta maior complexidade por abarcar também diversos deveres que são impostos a esse sujeito.

sistemático no ordenamento. Seria uma chave de conexão de regulamentações e de sistemas superestruturais de organização da sociedade.

A Constituição brasileira de 1988 representou uma mudança significativa na regulação do instituto, uma vez que o prevê no caput do artigo 5º da CF/88 e no seu inciso XXII: “é garantido o direito de propriedade”, como direito fundamental.

E ainda, o Código Civil/2002 define em seu artigo 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Dessa forma, fica claro que o direito real de propriedade pode ser desdobrado em direitos limitados. Seu núcleo econômico costuma ser descrito pelos autores como de uso, gozo e fruição, enquanto o jurídico seria a possibilidade de reivindicar judicialmente o bem titularizado.

Uma grande inovação constitucional na regulação da propriedade foi eleger à status de direito fundamental a sua função social. Esta está presente no artigo 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”. Ainda, o artigo 170 define em seu inciso III a função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica.

A função social da propriedade é uma diretriz para o exercício do direito de propriedade, em claro reconhecimento de que interesses por além dos representados pelo particular devem ser respeitados pelo instituto. É importante entender que a função social da propriedade, como a propriedade em si, é um instituto extremamente plural, havendo regulamentações específicas de acordo com sua característica de rural ou urbana, quem é o seu titular e ainda, o potencial proveito econômico que possui. Portanto, seria mais correto falar em “propriedades” e “funções sociais da propriedade”.

O artigo 182, §2º, CF/88 determina que a propriedade urbana “cumpra sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Enquanto o artigo 186, CF/88, estabelece que

“a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II-utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. (BRASIL, 1988)

Ainda, o Código Civil em seu artigo 1.228, §1º, define que

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. (BRASIL, 2002)

Esse entendimento tem efeitos sérios na sociedade brasileira, incidindo em limitações previstas tanto constitucionalmente ao exercício do direito de propriedade quanto em complementações presentes no Código Civil. Por exemplo e como citado anteriormente, o descumprimento da função social da propriedade é uma hipótese que permite a desapropriação, desde que respeitados os demais requisitos.

Posse e Função Social da Posse

Embora a definição de posse não seja unanimidade doutrinária, esta pode ser entendida como uma situação de fato que enseja efeitos jurídicos, ou seja, direitos ao possuidor.

O Código Civil/2002 define em seu artigo 1.196 o possuidor como “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de

algum dos poderes inerentes à propriedade”. Há no Código um título especial que regula a situação, “Da posse”, que se localiza entre os artigos 1196 e 1224.

O reconhecimento da posse é de extrema importância porque confere ao possuidor diversos direitos. Por exemplo, permite que haja uso dos interditos possessórios (ação judicial que tem a posse como pré-requisito), fornece direito aos frutos do terreno e as benfeitorias realizadas e, ainda, constitui um dos pré-requisitos para a ocorrência da usucapião.

À semelhança da função social da propriedade, a função social da posse é uma diretriz ao modo como esta é exercida. Embora não tenha positividade expressa no direito brasileiro, a função social da posse constitui construção doutrinária extremamente bem fundamentada em princípios constitucionais.

Está relacionada com a concretização de direitos fundamentais como o de moradia, alimentação e dignidade da pessoa humana, que são obrigações estatais muitas vezes descumpridas. Em muitos casos, a pessoa desprovida de propriedade tem a posse de um terreno e o usa para construir sua moradia e fonte de subsistência. O reconhecimento da posse e sua função social seria uma forma de tutelar esse tipo de situação.

Algumas modalidades da usucapião, por exemplo, apresentam implicitamente o cumprimento da função social da posse como meio de qualificá-la, apresentando benefícios em tais casos. Por exemplo, o caso da usucapião extraordinária prevista pelo artigo 191 do Código Civil:

“Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior aos cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-à a propriedade.”
(BRASIL, 2002)

O Instituto da Desapropriação

A possibilidade de desapropriação é uma das ingerências mais agressivas do Estado na vida do indivíduo. O ordenamento jurídico brasileiro permite que haja a transferência compulsória da propriedade privada para o ente estatal, desde que seguidos os critérios e procedimentos definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil/88 e pela legislação infraconstitucional que busca concretizá-los. A desapropriação é clara mitigação do direito fundamental de propriedade presente no artigo 5º, caput e inciso XXII, CF/88; sendo a competência para legislar sobre essa intervenção privativa da União¹⁹⁰ e as incidências que podem lhe dar ensejo, definidas constitucionalmente.

Assim, a desapropriação ocorre quando o Estado precisar de áreas para destinação de interesse e utilidade da coletividade, porém estas se encontrarem na propriedade de particulares.

Diante dessa situação, o Estado realiza a transferência das propriedades para o Poder Público em troca de uma indenização, que deve ser igual ao valor do bem somado aos prejuízos do proprietário. Essa seria a correta utilização do instituto jurídico da desapropriação, mas em muitas situações práticas, há vícios nos procedimentos, que acabam gerando abusos e violações de direitos.

O caso do Porto do Açú é um exemplo de processos irregulares de desapropriação, no qual o governador do estado do Rio de Janeiro criou um decreto expropriatório (Decreto nº 41.915/09), declarando utilidade pública em uma grande área de terras, tendo como justificativa a construção de obras públicas para o desenvolvimento da região, mas, logo após a desapropriação e pagamento de indenizações injustas, as propriedades foram cedidas ou alugadas a valores irrisórios para empresas privadas que construiriam um porto e um complexo industrial.

Os proprietários e moradores foram obrigados a deixar suas casas, muitas vezes, de forma violenta, recebendo valores baixos

¹⁹⁰ Art. 22. CF/88. Compete privativamente à União legislar sobre: II - desapropriação;

por seus imóveis ou até mesmo outros bens em troca, algo que é proibido por lei em caso de desapropriação.

O processo de desapropriação pode ocorrer de duas formas: a administrativa quando o Poder Público declara interesse na desapropriação, o proprietário do imóvel aceita os termos do acordo e ela é realizada com o pagamento da indenização; e a judicial, quando o expropriado¹⁹¹ não aceitou o preço oferecido como indenização. O Estado entra com uma ação em face do proprietário para que o preço seja discutido judicialmente.

O Poder Público que desapropria e paga a indenização, assim, os bens desapropriados passam a integrar o patrimônio do Poder Público, de maneira definitiva, em que o bem do particular será utilizado pelo próprio Poder Público para a construção de estradas ou prédios públicos, por exemplo, ou provisória, em que o Estado realiza a desapropriação, mas para um particular (como uma empresa), que passará a ser o proprietário do bem.

A indenização é o pagamento do bem de interesse do Estado. Ela deverá ser, segundo a Constituição Federal, prévia, justa e em dinheiro. Por prévia entende-se antes da transferência da propriedade, mas na prática, essa transação tende a ocorrer ao mesmo tempo. Um valor justo significa aquele que não cause qualquer tipo de prejuízo ao expropriado, ou seja, não deve abranger apenas o valor atual do bem, mas danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade¹⁹². Por fim, a indenização deve ser obrigatoriamente em dinheiro. E este valor deve ser corrigido monetariamente, para que não perca seu real significado ao longo do tempo.

Um grande problema, como pode ser verificado também no emblemático caso do Porto do Açú é que, ao desapropriar um indivíduo, muitas vezes desconsidera-se o vínculo, a ligação entre ele e a terra em que vive.

¹⁹¹ A pessoa que sofre a desapropriação é chamada de expropriado, enquanto a que a realiza é chamado de expropriante.

¹⁹² Danos emergentes: Valor efetivamente perdido. Lucros cessantes: O valor que a pessoa razoavelmente deixou de ganhar.

Um mero valor monetário, muitas vezes não representa realmente o valor dela para a pessoa que cresceu vive e depende daquela terra, não apenas para a o auto-sustento, mas para a efetivação de suas relações sociais e culturais. Isso, claro considerando a legalidade, transparência e boa-fé dentro do processo, o que muitas vezes, como na construção do complexo portuário, não ocorreu, tendo os moradores sido ameaçados e induzidos a aceitar preços muito menores que os valores reais de suas terras.

Outro instituto presente no processo de desapropriação é o da retrocessão, o qual ocorre quando o Estado não concretiza o objetivo que havia planejado para a propriedade, previsto no Código Civil de 2002.

“Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.” (BRASIL, 2002)

Em razão disso, o Estado é obrigado a oferecer o bem para seu ex-proprietário, pelo valor da indenização paga por ele, devidamente atualizado.

Relaciona-se com este instituto a chamada tredestinação ilícita, que é a utilização do bem de forma diferente do objetivo pelo qual foi desapropriado, o Estado pratica, dessa forma, desvio de finalidade, presente na jurisprudência brasileira por decisão do Supremo Tribunal de Justiça:

“A RETROCESSÃO (PRETENDIDA PELO RECORRENTE) É O DIREITO DE O PARTICULAR EXIGIR A DEVOLUÇÃO DE SEU IMÓVEL EXPROPRIADO. ESSA PRETENSÃO SOMENTE É VALIDA EM CASO DE TREDESTINAÇÃO ILÍCITA, QUANDO O EXPROPRIANTE DEIXA DE DAR AO BEM DESTINAÇÃO QUE ATENDA AO INTERESSE PÚBLICO. (Resp. nº 530.403/D.F.

Segunda turma. Rel.Min Herman Benjamin. Julg. 13.5.2008. DJe,13 mar. 2009).¹⁹³

Entretanto, pode ocorrer a tredestinação lícita, em que modifica-se o objetivo mas este é tão benéfico quanto o anterior ao interesse público.

É importante ressaltar a pluralidade das regulações desapropriatórias, já que existem variadas hipóteses em que o instituto pode se aplicar e cada uma segue critérios e procedimentos distintos, representando situações fáticas e jurídicas muito diferentes umas das outras. Para esclarecer tal afirmativa, cabe discorrer brevemente sobre as modalidades desapropriatórias, analisando suas principais características.

Modalidades de Desapropriação

A **desapropriação ordinária**¹⁹⁴ é o instituto que será posteriormente alvo de maior reflexão pelo presente trabalho, pela quantidade de vezes em que é aplicado no país e por seu agravado potencial lesivo.

A possibilidade dessa modalidade desapropriatória está prevista pelo artigo 5º, inciso XXVI, CF/88: “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Dessa forma, tal intervenção deve se justificar por motivo de interesse social ou utilidade pública determinado pelo executivo brasileiro, sendo que este determina que o bem visado

¹⁹³ n° 530.403/D.F. Segunda turma. Rel.Min Herman Benjamin. Julg. 13.5.2008. DJe,13 mar. 2009. Acesso em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300667467&dt_publicacao=13/03/2009> às 18h06

¹⁹⁴ Regulada pelo decreto-lei 3.365/41 e o artigo 5º, XXIV, CF/88. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em 13.07.2016 às 17h57

é necessário para que se alcance um objetivo que beneficiará a coletividade.

O pagamento nesses casos é necessariamente prévio e em dinheiro, como expressamente definido na carta constituinte. Nessa hipótese o particular não faltou com nenhum dever imposto pelo ordenamento jurídico, não ensejando nenhum descumprimento de função social da propriedade nem abuso de seu direito. O único motivo para a aquisição compulsória de sua propriedade é o objetivo clamado pelo Estado, em um entendimento de que o bem coletivo deve se impor ao interesse privado. Dessa forma, se torna essencial que a transferência de propriedade se dê da forma menos prejudicial possível ao particular.

A legislação infraconstitucional relevante a esse tipo de desapropriação é o recepcionado Decreto-lei 3.365/41, chamado de Lei Geral das Desapropriações, que trata dos casos de desapropriação por utilidade pública e ainda, a Lei 4.132/62, que define a desapropriação por interesse social, normalmente ligada ao aproveitamento de bens improdutivos.

A desapropriação extraordinária por interesse social para fins urbanísticos, por sua vez, está prevista pelo artigo 182, §4º, III, CF/88, que faculta ao

“Poder público municipal, mediante lei específica e para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento”.
(BRASIL, 1988)

E determina como uma das penalidades possíveis a

“III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais

e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais". (BRASIL, 1988)

Ou seja, essa desapropriação ocorre quando o bem urbano é subutilizado ou não utilizado, podendo o pagamento se efetuar mediante títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos, em parcelas iguais sucessivas. Seria uma forma de punição ao proprietário por descumprimento do que está exposto no Plano Diretor¹⁹⁵ do município, que é o guia para a aferição do cumprimento da função social da propriedade urbana.

Há ainda a previsão de **desapropriação extraordinária por interesse social para fins de reforma agrária**, pelo artigo 184, CF/88:

"Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei". (BRASIL, 1988)

Portanto, a desapropriação com fins de reforma agrária pode ser aplicada quando a função social do imóvel rural não está sendo respeitada, sendo o pagamento realizado mediante títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos. Esta prerrogativa é de competência exclusiva da União (Lei 8.629/93 e Lei Complementar 76/93).

A **desapropriação sanção/expropriação sanção/desapropriação confiscatória** está prevista pelo artigo 243, CF/88:

¹⁹⁵ Plano Diretor: documento que firma o acordo entre os cidadãos que utilizam e constroem no espaço urbano, através de um conjunto de normas, tendo como objetivo o desenvolvimento do Município.

“Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”. (BRASIL, 1988)

Esse tipo de desapropriação se funda em uma violação de deveres estipulada pelo ordenamento como especialmente gravosa, que é a produção de culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou o uso de trabalho escravo. Dessa forma, não há qualquer tipo de indenização a ser pago ao proprietário, que ainda estará sujeito as devidas sanções penais aplicáveis ao caso concreto.

A lei 8.257/91 dispõe sobre expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

A **desapropriação por zona** é uma hipótese que não tem previsão expressa constitucional, por isso entendida por alguns doutrinadores e juristas, como Celso Antônio Bandeira de Melo, como inadmissível. Ocorreria quando há uma área necessária para a realização de obras do Poder Público e zonas que sofrerão valorização em decorrência dessas obras. Essas áreas beneficiadas poderiam ser vendidas para custear a realização das obras.

O artigo 4º do Decreto-lei nº 3.365/41 discorre sobre essa modalidade, definindo que

“A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda”. (BRASIL, 1941)

Há que posicionar em acordo com a impossibilidade dessa estratégia governamental, que não tem ensejo na carta constituinte e não está apta, portanto, a limitar um direito fundamental.

A **desapropriação indireta**¹⁹⁶ ocorre quando o bem se incorporou no patrimônio público sem o devido procedimento legal. Evidente que essa situação é completamente irregular, possuindo caracterização doutrinária e jurisprudencial por ocorrer com frequência no país. O sujeito que foi vítima de um completo descaso estatal pode, portanto, reivindicar o retorno de sua posse por via de ação possessória, caso seguidos requisitos necessários, ou reivindicar as indenizações cabíveis caso a situação já tenha se configurado de forma permanente.

Desapropriação ordinária e violações de Direitos Humanos

Esse tipo de procedimento, tira do indivíduo a sua residência, mesmo que ele esteja em dia com a lei e com sua propriedade cumprindo sua função social urbana. Essas desapropriações acabam por trocar um direito fundamental por uma quantia em dinheiro, pautada apenas no valor de mercado não contando o valor para o indivíduo, desconsiderando diversos elementos de sua afetividade e personalidade com o local de origem. Quando a população resiste, desejando permanecer na comunidade em que criaram raízes são tratados como inimigos do estado tendo suas seguranças físicas e psicológicas ameaçadas

É exatamente isso que ocorre no caso da Vila Autódromo, por exemplo. Situada entre o Parque Olímpico e a Lagoa de Jacarepaguá na cidade do Rio de Janeiro, a comunidade resiste à desapropriação por interesse público, lutando pelo seu vínculo ao local. Nas palavras da reportagem do El País:

¹⁹⁶ Regulada pelo artigo 35 do decreto-lei 3.365/41.

“[...] Não há tráfico e nem milícia. O terreno é plano, de fácil acesso. E a vida, mesmo com todas as suas dificuldades, sempre foi tranquila, feliz. Seus moradores, há décadas vivendo lado a lado, batem papo nas esquinas, nos comércios e nos botecos. Mas o assunto parece ser único: resistir a deixar o local. “Todos nós temos medo, mas não podemos nos acovardar”, discursa Maria da Penha Macena, de 50 anos, diante de duas dezenas de vizinhos que, às seis horas da tarde de um sábado, se reúnem na pequena igreja da comunidade.”

Essa realidade não se difere de muitos outros locais dentro do país. As instituições e o legalismo-formal do ordenamento jurídico brasileiro abrem brechas para que esse tipo de ataque aos Direitos Humanos ocorra, com o disfarce de interesses privados em públicos, como no caso das Olimpíadas e da Copa do Mundo.

Marco Normativo Internacional sobre Direito à Propriedade

Em âmbito internacional, existem diversos mecanismos de proteção à propriedade. A carta das Nações Unidas, assinada por diversas nações em 1948, foi um marco para os Direitos Humanos, criando a partir disso, um ambiente para reivindicações e diálogo. Dentro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diversos direitos já foram estabelecidos, com predominância para os direitos de liberdade, assegurando a segurança do cidadão perante os Governos. Alguns exemplos do documento são:

“Artigo 17. 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”
(ONU, 1948)

A partir disso diversos outros documentos e acordos foram sendo criados, garantindo e efetivando cada vez o direito. Diversos tratados internacionais o efetivaram, tais como, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto de San José da Costa Rica. Esse direito também foi utilizado em acordos sobre assuntos mais específicos, como por exemplo na Convenção 169 da OIT – o qual abordava direito das comunidades indígenas. O Brasil, sendo signatário de vários destes implementou através de projetos de lei, garantias as quais assinou em acordo internacional.

No já citado pacto de São José da Costa Rica¹⁹⁷, assim está exposto:

“Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.” (OEA, 1972)

Outros Direitos Humanos conexos ao Direito à Moradia podem ser citados, como o direito à autodeterminação, à saúde e à alimentação adequada, ou soberania alimentar.

Ao se retirar uma pessoa, ou um núcleo familiar historicamente constituído de sua terra, não raro o privará de seu sustento e de seu modo de vida, como evidenciado no caso do Porto do Açú, em São João da Barra, e da Vila Autódromo, na

¹⁹⁷ Assinado em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em 1972 e foi ratificado pelo Brasil, assim entrando no ordenamento, apenas em 1992 a partir do Decreto 678. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 13.07.2016 às 18h36

cidade do Rio de Janeiro, com as obras dos megaeventos¹⁹⁸. Um Direito Humano violado nunca o é de maneira isolada, sempre há direitos conexos, de natureza indivisível que são violados juntamente.

Ameaças Legislativas

A MP 700

A Medida Provisória 700/2015, publicada em 08/12/2015 traz importantes modificações na legislação sobre desapropriação e registros públicos (DL 3.365/41). Mesmo tendo a sua vigência encerrada a lei apresentou novas regras dentro do já apresentado instituto, trazendo preocupações à especialistas e defensores dos direitos humanos. Mudanças essas que podem ser aproveitadas em novas leis.

Uma das principais alterações da MP 700 envolve a competência sobre as desapropriações. Anterior a ela, cabia exclusivamente ao poder público o processo de desapropriação. Com a nova medida, a iniciativa privada, e com isso grandes empresas, ganham a autorização de desapropriação de áreas por utilidade pública, legalizando, como aponta Raquel Rolnik¹⁹⁹, a apropriação dos recursos públicos pelo privado.

Além disso, outro problema encontrado ocorre na tredestinação. Neste caso, ao se seguir a legislação sem alteração, o expropriado tem a possibilidade de exigir a devolução do bem desapropriado, pagando ao Poder Público o preço atual da coisa. A isso se dá o nome de retrocessão (Segundo o STJ, a retrocessão é um direito real.), que está prevista no art. 519 do Código Civil.

¹⁹⁸ Para maiores informações sobre a Vila Autódromo: <<https://anistia.org.br/vila-autodromo-residir-e-resistir/>>. Acesso em 10.08.2016, às 10h54.

¹⁹⁹ <http://observatoriodasmegacidades.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=1498%3Aa-mp-700-e-a-inven%C3%A7%C3%A3o-da-utilidade-p%C3%BAblico-privada&Itemid=180> Acesso em: 13.07.2016, às 17h41.

A possibilidade de retrocessão é gerada apenas através da tredestinação ilícita. Caso ocorra uma desapropriação, tem se o objetivo de que sua utilização seja pelo Poder Público para uma finalidade pública. Portanto, caso algo seja desapropriado e, em seguida ocorra sua alienação por órgãos públicos, o destino do bem foi diferente do previsto ocorreu então uma tredestinação ilícita.

Com mais dois parágrafos no artigo quinto do DL 3365/41, nos quais traz a autorização para o alienamento do bem desapropriado, A MP 700 cria a possibilidade de terceiros privados terem a posse da terra (a propriedade continua com o Estado), não havendo mais tredestinação ilícita já que a própria lei passa a autorizar a providência. Logo, não será possível invocar a retrocessão.

Percebe-se aqui, mais uma vez, a abertura desse processo anteriormente de controle estatal para a iniciativa privada, facilitando a tomada de terras por esses agentes, os quais tem um poder econômico, político e jurídico para impedir a realização e efetivação dos direitos dos proprietários.

Cabe aqui também uma crítica sobre o interesse público. Com esse tipo de argumento, muitas e não raras vezes, o Estado retira populações inteiras de seu local de origem, ferindo inúmeros Direitos Humanos dessas pessoas, atingindo o cerne de suas dignidades.

Esse interesse público, mascara os agentes privados, como as gigantes empresas transnacionais, as quais se aproveitam de um cenário político nacional pautado pela corrupção e manipulam o ordenamento para que seus interesses sejam atendidos. A Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil é um exemplo desse fenômeno. Diversas comunidades foram expulsas de suas casas, nas inúmeras reformas espalhadas pelo território brasileiro. Apenas nas construções de estádios, inúmeros casos de desapropriações foram registrados das populações que viviam na área da construção e ao seu redor.

As mudanças, como pode ser observado trazem mudanças significativas dentro do instituto da desapropriação. Mesmo que a MP 700 tenha perdido a sua vigência, é do interesse privado a sua perpetuação. Faz-se necessária uma postura ativa da sociedade civil para monitoramento de futuras ações desse rol e, caso existam, tomar as atitudes necessárias para asseguarção dos direitos e garantias fundamentais presentes no ordenamento brasileiro.

Ações Possessórias e o Caso dos Estudantes de São Paulo

Há que se analisar o caso da ocupação de algumas escolas públicas no estado de São Paulo por estudantes que seriam alvo de uma política pública de educação, em protesto à sua implementação autoritária que não seguiu o definido artigo 14 da Lei nº 9.394/1996²⁰⁰.

Sem se estender sobre o mérito da aplicação de reintegração de posse em um caso de exercício do direito de expressão e manifestação dos estudantes, que não apresentam nenhuma pretensão em adquirir a propriedade ocupada²⁰¹, deve-se combater um entendimento que surge no contexto das discussões sobre o caso.

A Secretaria de Segurança pública de São Paulo e a Procuradoria Geral do Estado cogitam que em casos de ocupação de bens públicos do tipo de uso especial, que seguem o regime do Direito Público, não haveria necessidade de autorização judicial para ocorrer a reintegração na posse.

O Estado, em um exercício de um poder/dever de vigilância e proteção dos bens públicos e de sua destinação, realizaria uma espécie de auto tutela, podendo a administração pública manter

²⁰⁰ Sobre a necessidade de ser democrática a gestão do ensino público na educação básica.

²⁰¹ Acórdão nº de registro: 2015.0000881950.Voto do desembargador Magalhães Coelho.

ou retomar a posse de seus bens no caso de turbação ou esbulho, independentemente de ordem judicial.

Tal entendimento é completamente descabido. As ações de reintegração de posse, seguindo o procedimento jurídico devido, dependem de autorização judicial para sua realização, e já se mostram em muitos dos casos, como extremamente violentas. Não são raras as mortes, danos morais e materiais, entre outras violações de Direitos Humanos em âmbitos de discussão possessória e especialmente, de reintegração na posse.

Defender que o ente estatal, provido por uma estrutura militar e possuidor de força coercitiva poderia ensejar contra o particular em uma disputa pelo terreno seria sustentar uma hipótese completamente desproporcional e destoante do sistema constitucional vigente.

Conclusão

Existem diversos instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais para a proteção de Direitos Humanos ameaçados, como moradia e propriedade privada. O Brasil, como membro da Organização das Nações Unidas, incorporou diversos documentos e tratados para seu ordenamento jurídico, sendo efetivos dentro do país. Na forma de lei, se tornam requisitáveis e de defesa obrigatória.

A priori, dentro da análise do instituto da desapropriação, ao se retirar a propriedade do particular para a tutela do Estado, devido ao interesse social ou utilidade pública, respeitando sua função social, dá-se a possibilidade da realização de obras, melhorias ou projetos necessários para uma melhor condição da região, cidade ou até do país.

No entanto, sua deturpação, como bem evidenciada nos casos já citados, torna-se um enorme risco ao Direito à Moradia, o submetendo à lógica do capital e da financeirização do espaço urbano e rural. É nítida a presença do interesse privado

utilizando-se do Estado como instrumento para a consecução de seus objetivos.

Como bem analisado por LAWRENCE VALE & ANNEMARIE GRAY em seu texto “O decatlo das Remoções”:

“[...] põem em cheque o que podemos chamar de “decatlo das remoções”, no qual moradores “bem treinados” competem pelo direito de permanecer em suas casas e em suas terras. Os “competidores” neste evento quadrienal representam as comunidades ao invés de nações, e eles têm pouca chance contra aqueles com maior financiamento e ligações políticas fortes. Um “treinamento” de qualidade é o diferencial, assim como a capacidade de atrair patrocínio. Como em um decatlo, a vitória exige força, resistência e agilidade. E no “decatlo das remoções” – como em qualquer competição – a maioria dos participantes acaba perdendo”.

Mudanças são necessárias, e o futuro, com a MP 700, não é promissor. Cabe à sociedade civil e aos órgãos responsáveis lutar para que esses direitos sejam respeitados e, assegurados, sem que o interesse do capital, muito mais poderoso e flexível, se sobreponha a população mais fraca e seu direito à uma vida digna.

Referências bibliográficas

Anistia. **Vila Autódromo: residir é resistir**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/vila-autodromo-residir-e-resistir/>> Acesso em 13.07.2016 às 18h43

Brasil. **Constituição (1988)**. Constituição da república federativa do brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

Brasil. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de jun. De 1941**. Diário oficial da união, Poder executivo. Brasília, DF, Senado, 18 de jun. de 1941.

Brasil. **Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962**. Diário oficial da união, Poder legislativo, Brasília, DF 10 de setembro de 1962.

Brasil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário oficial da união, Poder legislativo, 11 de jan. De 2002.

Brasil. **Medida Provisória 700**. Diário oficial da união, poder executivo, 9 de dez. De 2015.

Brasil. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, agravo de instrumento nº 2243232-25.2015.8.26.0000. Relator: coimbraschimit. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getarquivo.do?cdacordao=9083525&cdforo=0&v1captcha=kdcxt>> acesso em 10.06.2016 às 13h40

Carvalho Dantas, Marcus: **Função Social na Tutela Possessória em Conflitos Fundiários**. Revista direito GV, São Paulo 9(2) | p. 465-488 | jul-dez 2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. 28 de nov. De 2007

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Voto Separado de Antônio Augusto Cançado Trindade no caso “Meninos de Rua”** (Villagrán Morales e outros vs. Guatemala). Reparações e custas. Julgamento de 26 de maio de 2001.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. 22 de nov. de 1969.

Capítulo 10

Defensores e Defensoras de Direitos Humanos

Introdução

Vive-se, atualmente, um processo global de acirramento das contradições do modo de produção capitalista financeirizado e transnacional, agravadas com as crises estadunidense e europeia da última década.

Essa situação somada à queda no preço das commodities no mercado mundial, a políticas desenvolvimentistas em diversos países do Sul Global e a expansão da atuação de empresas transnacionais dos países “emergentes”, como China, Brasil, Índia, levou ao agravamento das condições de produção e reprodução do modo capitalista global de produção, violando-se cada vez mais Direitos Humanos.

Esse quadro escalar de violações se traduz em estatísticas, com o número crescente de assassinatos, ameaças e agressões a defensores de Direitos Humanos no Brasil e no mundo.

Em 2016, somente no Brasil, o número de assassinatos de defensores e defensoras já chegava a 24, conforme dados do Comitê Brasileiro de Defensores de Direitos Humanos²⁰².

No mesmo mês, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou um comunicado condenando o assassinato de defensores e defensoras de direitos humanos no

²⁰² Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/pelo-menos-24-defensores-de-direitos-humanos-foram-mortos-em-4>>. Acesso em 01.06.2016, às 14h13.

Brasil, onde é reiterado que “o trabalho de defensores de direitos humanos é crítico na construção de uma sociedade democrática e na consolidação do estado de direito” e que “durante os últimos anos a Comissão tem observado uma intensificação dos movimentos sociais, demandando que o Estado de Direito seja mantido no Brasil, e que direitos constitucionais e políticas públicas efetivas baseados nos direitos humanos sejam assegurados”²⁰³.

O momento atual da conjuntura brasileira é de recrudescimento nos ataques a defensores de Direitos Humanos. Há a construção de um contexto de avanço do modelo de produção do capital que gera tensões com os grupos subalternizados, levando ao uso da violência como forma de reprimir a resistência.

A possibilidade de utilizar-se dessa violência é formalizada, por exemplo, no Projeto de Lei 2016 de 2015, que se tornou a Lei Ordinária 13.260 em 16 de março de 2016²⁰⁴. Também conhecido como Projeto de Lei Antiterrorismo, ele representa, segundo as organizações de Direitos Humanos, um grave retrocesso à democracia, uma vez que, sob a justificativa de proteger o país, criminaliza movimentos sociais, organizações e ativistas que lutam por direitos. Tal ideia de tipificar o crime de terrorismo no Brasil foi duramente repudiada por órgãos internacionais, movimentos sociais e organizações de direitos humanos.

Em novembro de 2015, quatro relatores especiais da ONU afirmaram em pronunciamento conjunto que “a definição do crime estabelecida pelo projeto de lei pode resultar em ambiguidade e confusão na determinação do que o Estado considera como crime de terrorismo, potencialmente prejudicando o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”²⁰⁵.

²⁰³ Comunicado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/054.asp>>. Acesso em 03.06.2016, às 14h12.

²⁰⁴ LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em 03.06.2016, às 14h12.

²⁰⁵ Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41561-congresso-aprova-projeto-de-lei-antiterrorismo>>. Acesso em 01.06.2016, às 14h02.

Ao mesmo tempo, embora não sejam suficientes, alguns programas de proteção aos defensores dos Direitos Humanos, às vítimas e testemunhas ameaçadas e aos adolescentes sob risco de morte têm crescido no Brasil (PNDH3, 2010, p.12). No Brasil, dois recentes programas do Estado que tratam da proteção aos defensores de direitos humanos se sobressaem, o Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3) e o Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PNPDH).

Quem são Defensores de Direitos Humanos

O que define um defensor de Direitos Humanos como tal? O entendimento preponderante é de que defensores dos Direitos Humanos são todos os indivíduos, grupos e órgãos da sociedade que promovem e protegem os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos²⁰⁶.

São profissionais e ativistas de todas as formações e condições sociais, que contribuem diariamente para o fortalecimento local da legalidade, da juridicidade e da justiciabilidade. A sua proeminente atividade é a constante lembrança a todos os Estados do dever de cumprir as promessas e obrigações de proteger a dignidade da pessoa humana transcritas nos Tratados Internacionais e transportadas para a normatividade doméstica dos territórios nacionais (MIRANDA, 2007).

²⁰⁶ "Considera-se que o conceito de defensor contido na Declaração das Nações Unidas sobre os Defensores dos Direitos Humanos, adotado em 1998, inclui como tais todas as pessoas que defendem os direitos humanos. Direitos que estão consagrados nos diversos tratados, convênios e declarações regionais e internacionais. Também consideramos como defensores todos integrantes dos diversos movimentos sociais, que, no continente, defendem a vigência dos direitos humanos, cívicos e políticos econômicos, sociais e culturais e coletivos". III Consulta Latino-Americana de Defensores e Defensoras dos Direitos Humanos (Brasil, São Paulo, 25 a 27 de agosto, 2004). Página 01. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/defensores/consulta_final_defensores_dh.pdf>. Acesso em 08.06.2016, às 14h22.

Marco Normativo Nacional

No Brasil, a situação dos defensores de Direitos Humanos sempre foi precária. Somente com o retorno ao regime democrático, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que alguns direitos e proteções passaram a ser garantidos.

No entanto, somente em 2006 foi lançado oficialmente o “PNPDDH – Programa Nacional de Proteção aos Defensores e Defensoras de Direitos Humanos”, durante audiência pública da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

Caso que chamou a atenção do mundo inteiro para os conflitos de terra na Amazônia e gerou forte pressão social, influenciando no processo de criação e desenvolvimento do PNPDDH²⁰⁷ foi o assassinato da Irmã Dorothy Stang morta na zona rural do município de Anapu, no Pará. Dorothy era uma missionária que realizava enfrentamento à implantação de projetos de desenvolvimento sustentável na região.

Marco Normativo Nacional	
Declaração Universal dos Direitos Humanos	Artigo 2º a “Declaração” estabelece: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”
Resolução 54/144	“UN Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognised Human Rights and Fundamental Freedoms”
Resolução da OEA	“Defensores de los Derechos Humanos em las Américas: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedade civil para la promoción de los derechos humanos en las Américas”

²⁰⁷ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.mg.gov.br/index.php/component/gmg/story/2585-onu-reconhece-o-programa-de-protacao-de-direitos-humanos-de-minas-como-o-mais-avancado-do-pais>>. Maiores informações acerca do assassinato de Dorothy Stang em 2005, consulte: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2014/02/assassinato-da-irma-dorothy-stang-em-anapu-pa-completa-9-anos>>. Acesso em: 16.05.2016, às 14h14.

O PNDH-3

O PNDH-3 concebe a efetivação dos Direitos Humanos como uma política de Estado, centrada na dignidade da pessoa humana e na criação de oportunidades para que todos e todas possam desenvolver seu potencial de forma livre, autônoma e plena.

Como já mencionado anteriormente, O PNDH-3 estrutura-se em torno de eixos orientadores: Dentro do eixo orientador IV, “Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência”, tem-se a Diretriz nº15: “Garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas”, cujo um dos objetivos estratégicos, o de nº1 é o de “Instituição de sistema federal que integre os programas de proteção”, enquanto o de nº 4 trata da “Garantia de proteção dos defensores de Direitos Humanos e de suas atividades”.

O objetivo estratégico de nº1 estabelece como ação programática propor projeto de lei para integração, de forma sistêmica, dos programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, defensores de Direitos Humanos e crianças e adolescentes ameaçados de morte.

O órgão responsável por tal tarefa seria a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, tendo como parceiros a Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República e o Ministério da Justiça. Estabelece ainda outra ação programática sob responsabilidade do mesmo órgão, qual seja a de

[...] ampliar os programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, defensores dos Direitos Humanos e crianças e adolescentes ameaçados de morte para os estados em que o índice de violência aponte a criação de programas locais (BRASIL, 2010, p.130).

Tem-se ainda, uma terceira ação programática relacionada à proteção de defensores e defensoras de Direitos Humanos que é

[...] propor ampliação dos recursos orçamentários para a realização das ações dos programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, defensores dos Direitos Humanos e crianças e adolescentes ameaçados de morte (PNDH-3, 2010, p.131).

O órgão responsável seria a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, em parceria com a Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República e o Ministério da Justiça.

O objetivo estratégico de nº 4, responsável pela “Garantia de proteção dos defensores de Direitos Humanos e de suas atividades” elenca 5 ações programáticas, constantes na tabela a seguir²⁰⁸:

Ação Programática	Responsáveis	Recomendações
<p>1) “Fortalecer a execução do Programa Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos, garantindo segurança nos casos de violência, ameaça, retaliação, pressão ou ação arbitrária, e a defesa em ações judiciais de má-fé, em decorrência de suas atividades.”</p>	<p>Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, em parceria com a Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República e o Ministério da Justiça.</p>	<p>Recomenda-se aos estados, Distrito Federal, municípios, Poderes Legislativo e Judiciário, nas diversas esferas federativas, e Ministério Público que cooperem para o enfrentamento às ações criminalizantes contra defensores dos Direitos Humanos, dos movimentos sociais e suas lideranças, tais como difamação, prisão ilegal ou arbitrária, falsa acusação, desqualificação de seu trabalho e outras.</p>

²⁰⁸ Tabela confeccionada a partir das informações constantes no Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH3) (Pgs. 133-135). Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/public/downloads/PNDH-3.pdf>>. Acesso em 03.06.2016 às 19h.

<p>2) “Articular com os órgãos de segurança pública e Direitos Humanos nos estados para garantir a segurança dos defensores dos Direitos Humanos.”</p>	<p>Ministério da Justiça e Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Recomenda-se aos estados que adotem as medidas necessárias para implementação ou fortalecimento dos programas de proteção aos defensores dos Direitos Humanos, celebrando convênios com a União. • Recomenda-se aos estados e ao Distrito Federal que adotem as medidas necessárias para a proteção de defensores de Direitos Humanos ameaçados, capacitando seus policiais e garantindo os recursos humanos e materiais necessários para o exercício de suas funções.
<p>3) Capacitar os operadores do sistema de segurança pública e de justiça sobre o trabalho dos defensores dos Direitos Humanos.</p>	<p>Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República em parceria com o Ministério da Justiça</p>	
<p>4) Fomentar parcerias com as Defensorias Públicas dos Estados e da União para a defesa judicial dos defensores dos Direitos Humanos nos processos abertos contra eles.</p>	<p>Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência Programa Nacional de Direitos Humanos.</p>	<p>Recomenda-se que as Defensorias Públicas dos estados consolidem o apoio jurídico aos defensores dos Direitos Humanos nos processos judiciais, por meio de acordos de cooperação com o Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos.</p>
<p>5) Divulgar em âmbito nacional a atuação dos defensores e militantes dos Direitos Humanos, fomentando cultura de respeito e valorização de seus papéis na sociedade.</p>	<p>Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.</p>	<p>Recomenda-se que os estados e o Distrito Federal desenvolvam campanhas que valorizem os defensores dos direitos humanos e sua luta social.</p>

Programa Nacional de Proteção aos Defensores e Defensoras de Direitos Humanos (PNDDH)

O tão aguardado Programa Nacional de Proteção aos Defensores e Defensoras de Direitos Humanos é um dos marcos normativos nacionais mais importantes acerca do tema. O programa foi criado em 2004 e tem como objetivo a adoção e articulação de medidas que possibilitem garantir a proteção de pessoas que estejam em situação de risco ou ameaça em decorrência de sua atuação na promoção ou defesa dos Direitos Humanos.

Segundo o Programa, defensores de Direitos Humanos são todos os indivíduos, grupos e órgãos da sociedade que promovem e protegem os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos. Assim sendo, foi estabelecido que o público alvo do programa é toda pessoa (física ou jurídica), grupo social, instituição / organização social ou movimento social que promove, protege e garante os Direitos Humanos e que em função dessas atividades encontra-se em situação de risco e/ ou vulnerabilidade.

O Programa estabelece como situação de risco e/ou vulnerabilidade quando o Defensor ou Defensora de Direitos Humanos é vítima de qualquer conduta atentatória à sua atividade pessoal ou institucional: homicídio, tentativa de homicídio, tortura, agressão física, ameaça, intimidação, difamação, prisão ilegal ou arbitrária, falsa acusação, atentados ou retaliações de qualquer natureza (política, econômica, entre outras), discriminação sistemática, desqualificação e criminalização de sua atividade pessoal que atente contra a integridade física, psíquica, moral e ou patrimonial, e à atividade institucional e de movimentos sociais ainda que indiretamente (por exemplo, familiares ou pessoas de convivência próxima).

O Programa está presente atualmente em sete estados da Federação: Bahia, Minas Gerais²⁰⁹, Espírito Santo, Pernambuco e Rio Grande do Sul, Ceará e Rio de Janeiro. Alguns Estados já tiveram a estrutura, mas atualmente estão sem o programa, como o Pará²¹⁰.

Os estados que ainda não possuem programas são atendidos pela Equipe Técnica Federal do Programa coordenada pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Atualmente, a Equipe Técnica Federal acompanha 133 pessoas que estão incluídas no Programa Federal, enquanto as Equipes Técnicas dos sete programas estaduais acompanham 209 defensoras e defensores²¹¹.

O Programa estabelece níveis de proteção diferentes, dependendo da gravidade do perigo que o defensor de direitos humanos está sob risco. As modalidades de proteção se dividem em:

- Branda: Direta ou Individual (sem escolta armada) - Esta modalidade de proteção oferece equipamentos de comunicação: telefones celulares e convencionais, rádios, bina; ronda policial próxima à sede da organização, da residência ou da região de atuação do defensor de direitos humanos; além de equipamentos de segurança na sede da organização e residência do defensor de direitos humanos, coletes à prova de balas, transporte seguro e adequado para a locomoção do defensor de direitos humanos, e investigação e apuração das ameaças.
- Dura: Direta ou Individual (com escolta armada) - Esta modalidade de proteção oferece: veículo blindado com escolta policial qualificada, capacitada e armada para acompanhar,

²⁰⁹ “Em Minas, foi criado em 2010, mas só quatro anos depois saiu o marco regulatório”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.mg.gov.br/index.php/component/gmg/story/2585-onu-reconhece-o-programa-de-protacao-de-direitos-humanos-de-minas-como-o-mais-avancado-do-pais>>. Acesso em 16.05.2016, às 13h59.

²¹⁰ Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/2014/05/28/programa-de-protacao-aos-defensores-de-direitos-humanos-vive-sua-pior-criese-organizacoes-sociais-cobram-avancos/>>. Acesso em 16.05.2016, às 13h58.

²¹¹ Dados obtidos no website da Secretaria de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/defensores-dos-direitos-humanos-1>>. Acesso em 17.05.2016, às 13h57.

em tempo integral, o defensor de direitos humanos; segurança armada para a sede da organização. Além disso, oferece extensão da proteção aos familiares e conviventes no mesmo espaço que o defensor de Direitos Humanos vítima de violação e que permaneça em estado de vulnerabilidade/ameaçada. Por fim, realiza-se a investigação e apuração das causas da violação pelo aparelho de segurança e justiça do Estado.

- **Estrutural: Indireta ou Institucional (articula órgãos públicos)** - Esta modalidade de proteção visa combater as causas estruturais pelas quais os grupos, comunidades, segmentos, movimentos sociais se tornaram vulneráveis e, em consequência das quais, os defensores de direitos humanos sofreram violações. Promove ainda a mediação de conflitos para resolução pacífica e ações integradas e coordenadas de órgãos Federais e Estaduais em situações específicas.
- **Medidas Excepcionais:** saída do local de atuação (analisar cada caso); reestruturação de forma ampla, garantindo a dignidade humana da vida do defensor de direitos humanos em um outro contexto, possibilitando a continuidade da sua luta e a construção de um outro projeto de vida em outra localidade.

Nos três tipos de proteção estabelecidos pelo Programa, é oferecido apoio psicossocial para os defensores e sua família, ficando responsáveis a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Os critérios para ingresso no Programa são: solicitação de avaliação, a concordância pessoal do defensor de Direitos Humanos com as regras do Programa, a comprovação de que o interessado atue na defesa ou na promoção de Direitos Humanos, a existência de nexo de causalidade entre a violação ou ameaça e a atividade do defensor, e a notificação por redes de direitos, ONG's e organizações da sociedade civil e poderes constituídos.

Já os critérios para permanência no Programa são: uma avaliação de que a situação de ameaça ainda não cessou, e a disposição de vontade do defensor de Direitos Humanos em favor da sua permanência.

Os critérios para saída do Programa, por sua vez, são: uma decisão pessoal formalizada (o que enseja a saída voluntária), ou o descumprimento das regras e critérios do Programa (que promovem o desligamento do defensor), ou a cessação das causas que justificaram a inclusão no Programa.

O Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos tem uma Coordenação Nacional, criada em 28 de junho de 2004 pela resolução nº 14 do extinto CDDPH – Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, atual Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDDH. Trata-se de um órgão colegiado deliberativo que, dentre outras atribuições decide sobre pedidos de inclusão e exclusão, sobre medidas protetivas a serem adotadas, além de diversos temas relacionados aos defensores de direitos humanos, além de ser o órgão responsável pelo monitoramento do Programa, e está vinculada ao gabinete da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (SEDH).

A Coordenação Nacional é composta por representantes do Poder Legislativo; das Polícias Federal e Rodoviária Federal; do Ministério Público Federal; de entidades da Sociedade Civil; do Poder Executivo; do Poder Judiciário e das Coordenações Estaduais²¹².

²¹² Dentre as principais atribuições da Coordenação Nacional estão:

- Coordenar e implementar as ações previstas no Programa;
- Monitorar os casos de violação contra defensores dos direitos humanos;
- Encaminhar as denúncias recebidas às Coordenações Estaduais;
- Complementar ou substituir quando necessário as atribuições das Coordenações Estaduais;
- Nos casos de violações ou denúncias relativas aos estados que ainda não tenham constituído sua coordenação estadual, tomar, com urgência, as providências necessárias;
- Constituir e operar banco de dados com informações sobre os defensores dos direitos humanos, bem como das denúncias efetuadas;
- Implementar, com a cooperação dos entes da Federação, as recomendações dos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, dos quais a República Federativa do Brasil seja parte;
- Sensibilizar os entes da Federação para a definição de políticas locais e o desenvolvimento de ações para a proteção dos defensores;

As Coordenações Estaduais são compostas por representantes dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), do Ministério Público Estadual e de entidades da Sociedade Civil²¹³.

Embora já tenha completado mais de uma década desde a sua criação, o Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PPDDH) ainda tem muito em que se

-
- Estimular, junto aos entes da Federação, a criação e o fortalecimento das Coordenações Estaduais;
 - Recomendar às instituições e autoridades competentes a adoção de providências com vistas à investigação das ameaças e apuração das denúncias que possam tê-las gerado;
 - Desenvolver programa de capacitação dos agentes envolvidos no Programa e promover a orientação de autoproteção para os defensores dos direitos humanos;
 - Elaborar critérios e parâmetros para a adoção de medidas de proteção aos defensores de direitos humanos;
 - Realizar visitas in loco em situações de risco iminente aos defensores dos direitos humanos.

²¹³ As Coordenações Estaduais apresentam os seguintes objetivos e atribuições principais:

- Viabilizar a implementação do Programa em nível estadual;
- Desenvolver ações e políticas locais para a proteção dos defensores;
- Executar ações concretas relativas aos casos ocorridos no âmbito do estado;
- Fazer a interlocução com o Governo Federal;
- Adotar as providências urgências e necessárias na proteção dos defensores;
- Alimentar e atualizar o Banco de Dados da Coordenação Nacional;
- Desenvolver e implementar programa de capacitação para defensores dos direitos humanos, conforme diretrizes da Coordenação Nacional;
- Repassar as orientações de segurança e autoproteção dos defensores;
- Contatar autoridades afim de requerer providências em relação às denúncias de ameaças;
- Acompanhar as investigações das ameaças dos defensores e das violações aos direitos humanos e fazer a interlocução com o Governo Federal;
- Manter a Coordenação Nacional atualizada no que diz respeito ao andamento dos casos no estado;
- Cooperar com a Coordenação Nacional na implementação das recomendações dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos dos quais a República Federativa do Brasil faça parte;
- Mapear as áreas do estado onde possam haver situações de recrudescimento de violações de direitos humanos.

desenvolver. Em 2014, o Comitê Brasileiro de Defensores de Direitos Humanos apontou em carta entregue no início de junho a Ideli Salvatti, ministra da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), que o programa vive sua “maior crise”²¹⁴.

Constituído por organizações da sociedade civil e movimentos sociais, o Comitê Brasileiro acompanha e monitora o funcionamento do PPDDH desde a criação, em 2004. Em reunião realizada em maio, o Comitê levantou como principal fragilidade do Programa a ausência de um marco legal. O Projeto de Lei 4575 que institui o PPDDH foi proposto em 2009, mas está parado no Plenário da Câmara dos Deputados desde 2011. O documento questiona também a falta de metodologia específica e unificada de funcionamento, a fragilidade e descontinuidade na gestão do Programa.

Na carta enviada à Secretaria de Direitos Humanos (SDH), o Comitê afirma sua preocupação em relação às ações tomadas pelo Estado brasileiro em relação aos megaeventos esportivos. Segundo este, “o processo de criminalização do protesto social é uma maneira de enfraquecer a luta dos defensoras e defensores de Direitos Humanos, tornando mais fácil as ações de ameaça e intimidação.” Afirma ainda que

[...] nos últimos 3 anos aumentou a fragilização dos programas, inclusive com um retrocesso na sua institucionalização em Estados como o Rio de Janeiro, Pará e Ceará. O Pará, por exemplo, é o estado com o maior número de defensoras e defensores ameaçados e que teve a sua execução no âmbito estadual paralisada desde 2012. O programa do Pará foi um dos primeiros a ser executado no país. Dessa forma, o término da execução é um indicativo importante da fragilidade institucional a que as defensoras e os defensores ameaçados se deparam cotidianamente. (Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos, 2014)²¹⁵

²¹⁴ Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/2014/05/28/programa-de-protecao-aos-defensores-de-direitos-humanos-vive-sua-pior-cri-se-e-organizacoes-sociais-cobram-avancos/>>. Acesso em 15.05.2016, às 13h56.

²¹⁵ Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/2014/05/28/programa-de-protecao-aos-defensores-de-direitos-humanos-vive-sua-pior-cri-se-e-organizacoes-sociais-cobram-avancos/>>. Acesso em 15.05.2016, às 13h55.

Por fim, o Comitê estabelece ainda na sua carta diversas recomendações importantes para uma mais efetiva proteção aos defensores de Direitos Humanos, recomendações essas que continuam importantes até hoje, uma vez que, apesar da carta ter sido enviada há dois anos atrás, ainda precisam ser efetivadas.

Dentre elas, estão:

[...] acelerar a tramitação e a aprovação do PL que regulamenta o PPDDH na Câmara dos Deputados e Senado Federal; Implementar imediatamente o Plano Nacional de Proteção às Defensoras e Defensores; Ampliar a estrutura e o orçamento do PPDDH no âmbito da SDH, a fim de garantir a proteção das defensoras e dos defensores de direitos humanos enquanto política de Estado; Criar, no âmbito do PPDDH da SDH, um mecanismo de articulação entre os diversos órgãos de estado responsáveis pelo enfrentamento das causas estruturais que geram as violações no contexto em que os defensores e defensoras estão inseridos; Criar e capacitar unidades policiais especializadas para a proteção das defensoras e dos defensores de direitos humanos, bem como órgãos e procedimentos especializados para o recebimento e processamento de denúncias apresentadas pelas defensoras e defensores de direitos humanos.

É de grande importância mencionar que o debate acerca da proteção aos defensores de Direitos Humanos não deve, de forma alguma, naturalizar a condição de vulnerabilidade do defensor, como algo inerente à escolha de vida daquele que decidiu ser um defensor de Direitos Humanos. Deve-se promover, conjuntamente à proteção, uma maior visibilização dos agentes que violam direitos.

Uma política nacional que preze pela defesa da integridade e da dignidade do defensor de Direitos Humanos não deve apenas vitimizá-lo, sendo mister também identificar a origem da ameaça que o prejudica, de maneira que o combate seja realizado também na fonte e, assim, garantir a proteção digna de um Estado Democrático de Direito que tem como um dos seus pilares constitucionais a proteção e a efetivação dos Direitos Humanos.

Marco Normativo Internacional

A temática da proteção dos defensores de Direitos Humanos é matéria tratada, ainda que de forma geral, pelo direito internacional desde a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948. Em seu Artigo 2º a “Declaração” estabelece que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. (ONU, 1948)

Entretanto, somente muito posteriormente que tal temática passou a ser tratada de maneira específica, devido à forte necessidade de proteção às pessoas perseguidas, ameaçadas e assassinadas em virtude de uma vida dedicada a proteger os direitos garantidos por instrumentos jurídico-normativos.

Em 1998, em um ponto crítico da história dos Direitos Humanos, e após 14 anos de forte *lobby* e negociação de diversas organizações da sociedade civil, a Assembleia Geral da ONU adotou a “Declaração dos Direitos e Responsabilidades dos indivíduos, Grupos e órgãos da Sociedade para Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Individuais Universalmente Reconhecidos”²¹⁶. A referida Declaração tornou reconhecida no direito internacional a extrema importância e a legitimidade da atividade de proteção de direitos humanos, bem como a necessidade de resguardá-la, juntamente com aqueles que a realizam.

²¹⁶ Resolução 54/144, de 09 de dezembro de 1998. Em inglês “UN Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognised Human Rights and Fundamental Freedoms”. Disponível em português em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declarationPortuguese.pdf>>. Acesso em 02.06.2016, às 14h21.

A Declaração articula os direitos humanos já existentes de maneira a tornar mais fácil sua aplicação à situação dos defensores de Direitos Humanos. Ela especifica como os direitos contidos nos principais instrumentos internacionais de Direitos Humanos aplicam-se aos defensores. Ela também descreve os deveres específicos dos Estados e a responsabilidade de todos no que diz respeito à defesa dos Direitos Humanos.

Os direitos protegidos pela Declaração incluem: o direito de ser protegido, o direito à liberdade de reunião e de associação, o direito de discutir e desenvolver novas ideias de direitos humanos e de defender a sua aceitação, o direito de criticar os órgãos e agências governamentais e apresentar propostas para melhorar o seu funcionamento, o direito de prestar assistência jurídica ou outro aconselhamento e assistência em defesa dos direitos humanos, o direito de comunicação e livre acesso às organizações não-governamentais e intergovernamentais e organismos internacionais, o direito de acessar os recursos com a finalidade de proteger os direitos humanos, incluindo o recebimento de recursos do exterior.

Entretanto, enquanto a Declaração coloca a responsabilidade dos Estados de implementar e respeitar todas as suas disposições, em particular o dever de proteger os defensores do perigo como consequência do seu trabalho, não estabelece medidas operativas a serem executadas a fim de que os Estados sejam obrigados a fazê-lo.

Em 2000, a ONU deu mais um passo positivo ao estabelecer um mandato específico sobre defensores de Direitos Humanos para ajudar a monitorar e pressionar a implementação da Declaração, instituindo a Relatoria Especial sobre Defensores de Direitos Humanos, ocupada atualmente por Michel Forst²¹⁷.

²¹⁷ Em inglês "*United Nations Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*". Para maiores informações, é possível acessar o site oficial do Relator Especial: <<https://www.protecting-defenders.org/>>. Acesso em 02.06.2016, às 14h20.

O referido mandato permanece em vigência, visto que, em 2014, com a Resolução 25/18²¹⁸ do Conselho de Direitos Humanos, decidiu-se continuar o mandato do Relator Especial por um período de mais três anos. Há grande pressão sobre a relatoria, por uma necessidade urgente de traduzir a promessa da Declaração sobre Defensores dos Direitos Humanos em uma realidade²¹⁹.

Em 2002, a Organização dos Estados Americanos elaborou a seguinte Resolução da OEA:

Defensores de los Derechos Humanos en las Américas: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedade civil para la promoción de los derechos humanos en las Américas. (OEA, 2002)²²⁰

Além disso, em 2002, se dá a 1ª Consulta Latino-Americana de defensores de direitos humanos, que veio a se repetir nos anos seguintes, sendo que a III Consulta foi realizada no Brasil, na cidade de São Paulo²²¹.

Para atuar de maneira complementar ao Estado, especialmente quando este é omissivo ou não atua de maneira a respaldar os Direitos Humanos resguardados pela ordem jurídica internacional, existem diversas organizações não-governamentais internacionais que buscam auxiliar na proteção dos defensores de Direitos Humanos. Dentre elas

²¹⁸ Disponível em: < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/122/76/PDF/G1412276.pdf?OpenElement>>. Acesso em 13.07.2016, às 11h45.

²¹⁹ “Defensores dos Direitos Humanos: Proteger o direito de defender os Direitos Humanos”, Fact Sheet No. 29, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29en.pdf>>. Acesso em 08.06.2016, às 14h01.

²²⁰ Disponível em espanhol em: <<https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/AGRes1671.pdf>>. Acesso em 01.06.2016, às 14h18.

²²¹ “Declaração Final da III Consulta Latino-Americana de Defensores e Defensoras dos Direitos Humanos” disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/defensores/consulta_final_defensores_dh.pdf>. Acesso em 01.06.2016, às 14h17.

destacam-se a *Frontline Defenders*²²², o *International Service for Human Rights (ISHR)*²²³ e a *Worldwide Movement for Human Rights (FIDH)*²²⁴.

Referências bibliográficas

ONU. **Fact Sheet 29 UN: Human Rights Defenders – The right to defend human Rights.** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29en.pdf>>.

ONU. **Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (Defensores de Direitos Humanos).** 1998. Disponível em: < <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declarationPortuguese.pdf> >

TERRA DE DIREITOS. Carta à OEA e à ONU a respeito da situação dos defensores de direitos humanos no Brasil em 2016. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2016/04/informe-situa%C3%A7%C3%A3o-defensores-2016-OEA-DEFENSORES-PORT_Atualiza%C3%A7%C3%A3o_abril-2.pdf>. Acesso em 20.08.2016.

Declaração Final da III Consulta Latino-Americana de Defensores e Defensoras dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/defensores/consulta_final_defensores_dh.pdf>. Acesso em 20.08.2016.

MIRANDA, Juliana Gomes. **O Direito à Proteção e os defensores de Direitos Humanos na América Latina.** Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, X, n. 46, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2419>.

Dizer o direito: Comentários à MP 700/2015, que altera o regime de desapropriação por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/12/comentarios-mp-7002015-que-altera-o.html>>. Acesso em: 14.05.2016 às 16h30.

Homa. **Violações de direitos humanos por empresas: o caso do porto do Açú.** 2016. Disponível em: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/03/violac%cc%a7o%cc%83es-de-direitos-humanos-por-empresas-o-caso-do-porto-do-ac%cc%a7u.pdf>>. Acesso em: 10.06.2016 às 14h00

LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma Antropologia da Territorialidade.** Brasília: Departamento de Antropologia - UnB, 2002.

²²² *Front Line Defenders*, é uma Organização Não Governamental fundada em Dublin, na Irlanda, em 2001 com o objetivo específico de proteger os defensores dos direitos humanos em situação de risco. Trata-se de pessoas que trabalham, de forma não violenta, por todos ou qualquer um dos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. *Front Line Defenders* aborda as necessidades de proteção indicados pelos próprios defensores dos direitos humanos.

²²³ Maiores informações em: <<http://www.ishr.ch/> >. Acesso em 01.06.2016, às 14h.

²²⁴ Maiores informações em: <<http://www.fidh.org/>>. Acesso em 01.06.2016, às 14h.

- Moradia é um Direito Humano. **O que é direito à moradia?**. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt>. Acesso em: 13.07.2016 às 19h28
- Observatório das Metrópoles: **MP 700 e a invenção da utilidade público-privada**. Disponível em: <http://observatoriodasmetrosoles.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=1498%3Aa-mp-700-e-a-inven%C3%A7%C3%A3o-da-utilidade-p%C3%ABalico-privada&Itemid=180>. Acesso em: 13.07.2016 às 17h41
- Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948.
- Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 19 dez. 1966.
- Places: **O Declato das Remoções**. Disponível em: <<https://placesjournal.org/article/o-decatlo-das-remocoies/>>. Acesso em: 13.05.2016, às 13h30.
- RAFFESTIN, Claude. Por uma geografia do poder. São Paulo: Ática, 1993.
- Rolnik, Raquel. O que é cidade. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- Ross, Alf.:Tû-tû. São Paulo: Quartier Latin. 2004.
- Stefaniak, João Luiz. A efetividade do direito humano à moradia. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 8, n. 8, 2010, p. 237-256. ISSN 1982-0496. Disponível no URL: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>.
- Tepedino, Gustavo: **Temas de Direito Civil**. Terceira edição. São Paulo: renovar, 2004. 583p.

Capítulo 11

Financiamento Público

Introdução

O financiamento público aos empreendimentos é um traço característico das economias capitalistas, que dependem do Estado para suportar os riscos iniciais do desenvolvimento de inovações tecnológicas e conferir dinamismo ao sistema (MAZZUCATO, 2014).

Entretanto, torna-se mais perceptível nos chamados “países de capitalismo tardio”²²⁵, cuja construção depende em grande medida do apoio financeiro do setor público, fomentando certas atividades econômicas a fim de quebrar o ciclo reprodutivo típico de formações anteriores.

Desse modo, além da tradicional função de correção de falhas de mercado e socorro às empresas em dificuldade, o Estado se lança ao papel de empreendedor direto através de grandes programas de nacionalização ou, de forma indireta, através da intermediação de bancos públicos de desenvolvimento que promovem empréstimos de longo prazo a taxas reduzidas para promover a industrialização ou grandes projetos de infraestrutura (MUSACCHIO *et. al.*, 2015).

O caso brasileiro é de extrema relevância, pois a instituição criada para tal finalidade (o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) desembolsa valores de considerável monta, chegando a superar, em algumas ocasiões, o total financiado pelo Banco Mundial em diversos países (LAZZARINI, 2011, p. 49).

²²⁵ *Rectius*: de “industrialização tardia”.

Estudar sua atuação é fundamental para compreender as complexas relações existentes entre o setor público e os grandes grupos econômicos privados, bem como a forma peculiar pela qual se materializam as políticas públicas destinadas ao desenvolvimento econômico e seu inevitável choque com o discurso dos Direitos Humanos.

Devido à amplitude do tema, subdividimos a exposição em quatro tópicos. Primeiramente, trata-se das diversas formas de influência dos bancos públicos (notadamente o BNDES, por sua centralidade no modelo brasileiro) e sua relação com os empreendimentos de grande magnitude. Passa-se, posteriormente, a descrever casos concretos de impactos sobre comunidades e as consequências dessa associação entre Poder Público e grandes grupos econômicos, apontando uma possível captura do primeiro por parte dos agentes privados.

Em seguida, direcionamos o estudo para as consequências geradas pelo modelo de desenvolvimento vigente em relação ao meio ambiente, bem como o marco regulatório existente no Brasil acerca da responsabilidade dos agentes pelos danos dessa natureza.

Finalmente, tratamos do déficit de transparência de tal banco público, o que compromete a atuação dos órgãos fiscalizadores e da sociedade civil no enfrentamento das violações de Direitos Humanos. Apresentamos, a seguir, nossas considerações finais.

Breve Histórico do BNDES: o Desenvolvimento de Laços

O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) foi criado pela Lei 1.628²²⁶, de 20 de Junho de 1952, para servir de importante instrumento na elaboração e análise de projetos de infraestrutura, bem como para ser o braço-forte do

²²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1628.htm Acesso em: 29/04/2016.

governo federal na implementação de políticas essenciais para a industrialização brasileira, considerada essencial para conferir maior dinamismo à economia do país.

A instituição nasce no contexto do Pós-Guerra, a partir de um acordo de cooperação entre os governos do Brasil e dos Estados Unidos, que procuravam manter sua influência política na região, impedindo o avanço do bloco comunista. Entretanto, os investimentos estrangeiros minguam tão logo as nomeações promovidas pelo governo Vargas demonstram que a instituição não estaria sujeita à plena ingerência externa (MARTINS, 1991).

É dessa maneira que, logo após sua criação, o BNDES assumiu a função de formulador e executor da política de desenvolvimento econômico nacional, tendo o papel de fornecer recursos para projetos que demandavam financiamentos a longo prazo e altos custos operacionais, suprimindo uma carência do sistema financeiro brasileiro, que até então operava somente com empréstimos de curto prazo, o que era considerado pouco atrativo e de elevado grau de risco por parte dos investidores da época.

A instituição assume o protagonismo em relação à execução do Plano de Metas do Governo JK e, posteriormente, às inacabadas Reformas de Base, associadas ao presidente deposto João Goulart. O governo militar chega a cogitar sua extinção, mas se convence da importância que a instituição poderia ter na execução dos planos de desenvolvimento do regime, iniciando – sob a ideologia do nacionalismo – uma agressiva estratégia de expansão de empresas cujas atividades tinham por objetivo a exportação (CDDH, 2010).

É durante o período militar que acontece uma significativa inversão dos desembolsos da instituição, que passam a se destinar quase exclusivamente ao setor privado. Segundo MARTINS (2010, p. 106), as colaborações aprovadas para o setor privado passam de 9,05% em 1963 para 77,33% do total em 1975.

Em 1971 o banco recebe *status* de empresa pública e em 1982 é criada a BNDESPAR, subsidiária cuja finalidade é gerir a carteira de ações do banco, centralizando a atuação de três antigas subsidiárias (FIBASE, EMBRAMEC e IBRASA).

Se na “década perdida” de 1980 se vê forçado a alienar parte de seus ativos, exerce papel central no programa nacional de desestatização levado a cabo durante os anos 1990 (LAZZARINI, 2011, p. 30) e ganha crescente importância na década seguinte, atuando em parceria com grandes grupos econômicos, numa política que tinha por objetivo a promoção e o fortalecimento de “campeãs nacionais” em setores considerados “estratégicos” para o desenvolvimento brasileiro.

Tem-se que um banco público acaba por influenciar o setor empresarial de forma indireta, através da abertura de linhas de crédito que permitem a obtenção de aportes financeiros por parte de empreendimentos que satisfaçam os requisitos exigidos, bem como de forma direta, através de participação acionária ou intermediação em acordos de fusão ou aquisição.

A íntima relação entre dirigentes públicos (de bancos ou fundos de pensão) e proprietários de grandes grupos empresariais que permite uma associação entre atores sociais para fins econômicos é denominada por LAZZARINI de “capitalismo de laços” (2011, pp. 3-4), criticado pelo autor devido à baixa eficiência, provocada por decisões políticas que comprometem escolhas baseadas na melhor técnica gerencial e a assunção de um modelo de negócios baseado no compadrio, que provoca má alocação de recursos.

Entretanto, é possível analisar essa proximidade sob outra perspectiva. O constante contato propiciado a partir dos encontros nos Conselhos de Administração de empresas nas quais o banco possui participação acionária permite o acesso privilegiado a assuntos da esfera pública por parte de agentes privados, sendo maior a possibilidade de uma prática concentrada no sentido de preservação do espaço obtido por determinado oligopólio no

mercado, revelando uma verdadeira captura do Poder Público, que deveria cuidar para que isso não acontecesse.

Por se tratar de uma empresa pública, o BNDES é regido por um Estatuto Social, expresso no Decreto presidencial nº 4.418/2002²²⁷, editado já no final do segundo governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

De sua leitura é possível perceber que o referido marco normativo é absolutamente silente no que se refere à política de promoção dos direitos humanos e à observância de critérios que assegurem a conquista e a manutenção de direitos sociais como finalidade precípua do Banco.

Os artigos 3º e 4º de tal diploma estabelecem de forma vaga que o objetivo primordial do banco é “apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País” e que o banco “exercitará suas atividades visando a estimular a iniciativa privada, sem prejuízo de apoio a empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público” (BRASIL, 2002).

Tendo em vista que esses dispositivos são os únicos a delinear os objetivos e os métodos do banco, nota-se que o intuito primordial do BNDES é – segundo seu Estatuto – fazer desenvolver a iniciativa privada. Entretanto, não há qualquer menção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, que deverão ser respeitados pelo mercado e pelos agentes beneficiados com o financiamento.

Essa lacuna precisa ser suprida por meio da hermenêutica, que deve se orientar no sentido da obrigatória observância de tais direitos por parte do banco e dos agentes privados. Todavia, tem-se uma proteção fragilizada, visto que a ponderação de princípios pode, a depender do intérprete, indicar não haver outro meio de “desenvolvimento” possível, naturalizando as violações.

²²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4418compilado.htm Acesso em: 17/06/2016.

Ademais, a proximidade entre os agentes dá margem a um comportamento dúbio por parte dos órgãos governamentais responsáveis pela fiscalização dos empreendimentos. Pode ocorrer uma flexibilização de normas de bem-estar e segurança (como as que estabelecem as condições para licenciamento ambiental) em nome de uma suposta preservação de empregos em determinada localidade.

Favorece tal cenário as fragilidades institucionais oriundas da desigualdade existente entre entes federativos e regiões do País, que se tornam economicamente dependentes de certa atividade.

A Atuação Concreta: impactos em Comunidades Provocados por Empreendimentos Financiados pelo Setor Público

Apesar das peculiaridades existentes em cada caso concreto de violações a direitos humanos provocadas por empreendimentos financiados pelo BNDES, existem elementos em comum. Este padrão configura-se no modelo de desenvolvimento econômico apoiado em megaprojetos em setores de intensa interferência na natureza, controlados por grupos econômicos que engessam e inserem-se na atuação do BNDES. Nas palavras de Marilda Teles (*apud* PINTO, 2012, p. 94):

“os empreendimentos em questão são especialmente emblemáticos no que se refere às injustiças socioambientais, pois geram uma enormidade de graves impactos sociais, ambientais, fundiários, violações sistemáticas de direitos ambientais, trabalhistas e direitos da pessoa humana (indivíduo e coletivo). Violam Acordos Internacionais, Leis Nacionais, Políticas Fiscais ou Políticas Setoriais específicas,

forjam e aprofundam desigualdades econômicas, sociais e regionais historicamente produzidas na área de implantação dos referidos empreendimentos e seu entorno.” (TELES, *apud* PINTO, 2012, p.93)

Nesse sentido, dentre as violações de direitos mais constatadas nas áreas de fixação desses grandes projetos financiados pelo BNDES evidenciam-se: trabalho análogo ao escravo, remoções forçadas de comunidades urbanas pobres; êxodo forçado da população rural, retirando-lhe seus meios de produção, terra e modos naturais de viver; contaminação do solo, da água, do ar, desmatamento e queimadas, comprometendo o ecossistema local; esmorecimento da legislação regional e local em favor dos interesses do capital financeiro beneficiado pelos financiamentos do BNDES; e criminalização dos movimentos de luta e reivindicação social, que envolvem perseguições políticas e ameaças de morte (PINTO, 2012, p. 94). Como se vê, como afirma João Roberto Lopes Pinto (2012, p. 94), “as violações seguem um padrão de subordinação da vida em um dado território aos interesses de acumulação privada”.

Tome-se como exemplo o caso da TKCSA (Thyssenkrupp – Companhia Siderúrgica do Atlântico), grande empresa do setor siderúrgico sediada na Baía de Sepetiba/RJ, formada a partir de uma parceria entre os acionistas Thyssenkrupp (grande grupo empresarial de origem alemã) e a Cia. Vale do Rio Doce.

A viabilização da planta contou com a participação decisiva do setor público. O governo estadual do Rio de Janeiro cedeu gratuitamente o terreno para sua construção e o BNDES possibilitou aporte financeiro da ordem de R\$ 1,48 bilhão para a aquisição de máquinas e equipamentos nacionais, obras civis, instalações e montagens associadas, crédito correspondente a 18% do valor total do projeto (BNDES..., 2007).

O terreno era ocupado por 75 famílias ligadas ao Movimento dos Sem Terra e a instalação da empresa determinou uma grande área de exclusão pesqueira em uma região cujas atividades econômicas tradicionalmente eram a pesca e o turismo (PATO, 2010).

Durante as obras de instalação, a empresa obteve licença de operação concedida pelo órgão de fiscalização ambiental estadual, embora se tratasse de zona costeira, área em que o órgão federal (IBAMA) teria competência exclusiva para realizar o licenciamento. Um termo de ajustamento de conduta foi celebrado entre a empresa e o INEA, órgão estadual de meio ambiente, sem a intervenção do Ministério Público, permitindo a continuidade das obras e a siderúrgica entrou em funcionamento em 2010.

A TKCSA não conseguiu garantir as condições operacionais adequadas e sua atividade provocou uma intensa nuvem de poeira, carregada por elementos químicos e descrita pelos moradores como “chuva de prata”, que causou problemas dermatológicos e respiratórios afetando especialmente os idosos e as crianças (PACS, 2012, p. 44). Técnicos da FIOCRUZ detectaram a presença de materiais poluentes possivelmente gerados pelo processo produtivo da siderurgia, capazes de desencadear desde transtornos cognitivos até casos mais graves, como câncer (PACS, 2012, p. 45).

O caso escolhido como exemplo é emblemático, mas poderiam ter sido citados vários outros megaempreendimentos apoiados financeiramente pelo BNDES, como a implementação da Veracel Celulose S.A. no extremo sul da Bahia ou as usinas hidrelétricas Santo Antônio e Jirau, no Rio Madeira, em Rondônia, e Belo Monte, na bacia do Rio Xingu, no Pará, todos relatados pela *Rede Brasil sobre Instituições Financeiras Multilaterais* (MARACCI, 2012, p. 19).

A Financeirização da Natureza: a Política Ambiental do BNDES e o Impacto de suas Atividades no Meio Ambiente

A década de 1970 marcou o início dos debates internacionais promovidos pela Organização das Nações Unidas acerca dos impactos que a atividade humana teria provocado no planeta. Em 1972 é criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e, naquele mesmo ano, ocorre a I Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, na Suécia (JÚNIOR; SOUZA, 2013).

O BNDES não ficou imune às pressões internacionais e se viu forçado a agregar, em 1976²²⁸, uma “variável ecológica” nas suas atividades financeiras (BRITO, 2012, p. 75). Nas décadas de 1980 e 1990, a crescente retórica ambiental no âmbito internacional fez com que houvesse aparentes ganhos sociopolíticos nesse terreno, sobretudo a partir da Rio92, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.

Apesar de pouco implementados, foram aprovados na Rio92 certos mecanismos formais de responsabilidade solidária do agente financeiro no destino dos financiamentos por ele concedidos²²⁹ (BRITO, 2012, p. 76). Desta maneira, em teoria, caso algum empreendimento beneficiário dos empréstimos do BNDES violasse em sua atuação os princípios do desenvolvimento sustentável, o banco poderia ser corresponsabilizado pelos atos da empresa.

Entretanto, os mecanismos formais advindos da Rio92, na verdade, tiveram um efeito diverso do pretendido: contribuíram para a ascensão de um mercado ambiental operacionalizado e institucionalizado, no qual os recursos naturais transfiguram-se em alvos de revalorização do capital financeiro (BRITO, 2012, p. 76).

²²⁸ Disponível em: [Http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atualizacao/Meio_Ambiente/historico.html](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atualizacao/Meio_Ambiente/historico.html) Acesso em: 07/05/2016

²²⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm Acesso em: 30/04/2016

Registra-se ainda que, durante os anos 1990, o governo federal promulgou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), regulamentando a Lei Federal nº 6.938/81 e criando os conceitos de “poluidor pagador” e de “responsabilidade financeira ambiental”, bem como implementando condicionantes “verdes” para a exploração capitalista sobre os recursos naturais, o que reforçou as “condições ecológicas” já contidas na norma de licenciamento ambiental brasileiro, reafirmando que elas eram indispensáveis para financiamentos de grandes impactos ambientais e possíveis violações a direitos (BRITO, 2012, p. 76).

Ainda que a referida lei não tenha vinculado de forma eficaz a responsabilidade do ente financeiro, o próprio BNDES editou a Resolução nº 665/87²³⁰, possibilitando um incremento de cláusulas contratuais entre o banco e as empresas financiadas, o que de certo modo indicou o reconhecimento por parte daquela instituição da existência de riscos socioambientais gerados a partir de seus financiamentos e de sua corresponsabilidade pelos impactos causados (BRITO, 2012, p. 77).

Entretanto, tais medidas são apontadas como inócuas, tendo em vista não existir informações de utilização das mesmas por parte da instituição contra as empresas que descumprem tais cláusulas contratuais (BRITO, 2012, p. 77).

Como afirma Jadir Anuniação de Brito,

“A legislação da responsabilidade ambiental brasileira, formada nos anos 1980 e 1990, permitiu ao setor financeiro, a exemplo do BNDES, desenvolver, mais recentemente, um conjunto de ativos financeiros para a chamada ‘economia verde’, cujo objetivo imediato era a reprodução do capital financeiro no Brasil, que favoreceu a consolidação de um mercado da natureza que expandiu os seus investimentos mesmo com violações dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Dhescas). A responsabilidade ambiental brasileira

²³⁰ Disponível em: [Http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf) Acesso em: 03/05/2016

pouco favoreceu a implementação das políticas públicas de fiscalização de controle, manejo, uso de serviços e recursos ambientais, tampouco estabeleceu um desenho institucional justo e democrático de apropriação social da natureza capaz de orientar condições para sustentabilidade fora dos parâmetros de desenvolvimento orientado pela mercantilização da natureza e da vida.” (BRITO, 2012, p.77-78)

O Marco Normativo Brasileiro sobre a Responsabilidade Ambiental do BNDES

A Constituição Federal de 1988²³¹ estabelece, em seus Arts. 170, VII e 225 que as condutas que lesionam o meio ambiente e que causam danos sociais resultarão na cominação de sanções penais e administrativas, tanto para pessoas físicas quanto para as jurídicas, além da obrigação civil de reparar os danos causados, de sorte que não é concebível que o poluidor alegue motivos de furto externo, força maior ou culpa de outrem para escusar a reparação (BRITO, 2012, p. 78-79).

A defesa do meio ambiente é considerada um dos princípios da ordem econômica e a Constituição brasileira qualifica o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” como bem de uso comum do povo, “essencial à sadia qualidade de vida”. Para assegurá-lo, o Constituinte impôs uma série de incumbências ao Poder Público. (BRASIL, 1988).

Além disso, a responsabilidade do BNDES também encontra guarida na Lei 6.938/81²³² (BRASIL, 1981). A partir de uma interpretação sistemática de seus Arts. 3º, 4º, 12 e 14, pode-se extrair a ideia de que o agente financeiro é considerado um poluidor indireto e, portanto, possui responsabilidade solidária para com a empresa beneficiada (BRITO, 2012, p. 79).

²³¹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

²³² Disponível em: [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm) Acesso em: 18/04/2016

Vale destacar o conceito de “poluidor”, inscrito no art. 3º, IV, da Lei 6.938/81, sendo tal figura a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável *direta ou indiretamente* por atividade causadora de degradação ambiental” (BRASIL, 1981). Nota-se que a definição legal é ampla, não restringindo sua aplicabilidade somente ao agente que exerce a atividade causadora do dano, mas também a todos os que na cadeia de produção contribuem para a ocorrência do mesmo, ainda que da atividade não participem diretamente.

O decreto nº 99.274/90²³³ regulamenta a referida lei, estabelecendo critérios para a concessão de licenciamento das atividades potencialmente poluidoras e menciona em seu art. 23 que “as entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento previsto neste decreto” (BRITO, 2012, p. 79).

Dessa forma, pode-se afirmar que a legislação abrange casos que envolvem a atividade típica do BNDES, indicando sua responsabilidade caso a instituição financie empresas que praticam atividades causadoras de degradação ambiental e deixe de exercer seu papel fiscalizatório, sancionando-as através das penalidades contratuais correspondentes. Neste caso, a instituição também deverá ser considerada como um agente poluidor.

Além disso, a própria lei 6.938/81 estabelece em seu art. 12 a obrigação dos entes e órgãos de financiamento de projetos com risco de impacto socioambiental condicionarem a aprovação de tais benefícios ao licenciamento ambiental e ao cumprimento das normas, critérios e padrões expedidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (BRASIL, 1981).

O art. 14 dessa mesma lei indica a possibilidade de “perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público” e “perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito” por parte

²³³ Disponível em: [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/s99274.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/s99274.htm) Acesso em: 18/04/2016

do transgressor, atribuindo ao ente concedente dos benefícios, incentivos ou financiamento a competência para aplicar a sanção correspondente (BRASIL, 1981).

Todavia, a legislação não exclui o papel fiscalizatório de órgãos não participantes do empreendimento, que devem atuar para que o BNDES e outras instituições financeiras cumpram a obrigação legal.

Como bem alude a Constituição Federal, o agente financiador não ficará restrito apenas a processos cíveis e administrativos em caso de descumprimento de tais deveres, podendo tanto a instituição como seus dirigentes serem imputados também na esfera criminal. Desta maneira, a Lei de Crimes Ambientais - Lei Federal nº. 9.605/98 -²³⁴ estabelece, em seus Arts. 2º, 3º e 4º, sanções para as pessoas jurídicas autoras, coautoras e partícipes de crimes envolvendo impactos ambientais gerados a partir de projetos que envolvem recursos de instituições financeiras, o que certamente inclui o BNDES (BRITO, 2012, p. 80).

Mecanismos de proteção às comunidades alvos da Política Ambiental do BNDES

De imediato, faz-se mister ressaltar que o avanço no acesso à justiça, a fim de responsabilizar o agente financeiro por violações de direitos sociais e ambientais, é uma questão que perpassa, primordialmente, o campo da política, e secundariamente chega ao campo do direito (BRITO, 2012, p. 85).

É importante lembrar que, no início da redemocratização institucional e promulgação da nova Constituição pela Assembleia Nacional Constituinte, os movimentos sociais conseguiram a inserção de direitos sociais e econômicos nesta, de sorte a assegurar maior proteção a esses bens jurídicos tutelados pelo Estado (BRITO, 2012, *idem*). Entretanto, durante muito

²³⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm Acesso em: 15/05/2016

tempo foi sedimentada a interpretação de que essas normas constituiriam direitos programáticos e de *prima facie* (SARLET, 2006), dependendo da regulação dos poderes instituídos para sua concretização. Como não era possível o Poder Constituinte atribuir, simplesmente, a plena eficácia desses direitos à política legislativa constituída, ele estabeleceu mecanismos, por meio do Poder Judiciário, de exigência de cumprimento desses direitos, que foram aos poucos sendo apropriados pelos movimentos sociais e pessoas cujos direitos socioeconômicos foram violados (BRITO, 2012, *ibidem*).

Desta maneira, as questões políticas envolvendo os direitos humanos evadiram-se dos parlamentos e adentraram os tribunais, num processo que ficou conhecido como *judicialização*, que é um paradoxo interessante a ser analisado. De um lado, ela enfraquece a democracia, à medida que retira do poder político as decisões sobre a sociedade, além de apequenar a importância das pressões sociais sobre o Parlamento, uma vez que faz as pessoas cujos direitos foram violados por grandes empreendimentos confiarem mais no Judiciário (composto por membros não eleitos, por isso menos sujeito ao controle popular), devido ao ativismo judicial, do que no Legislativo – que é composto, em tese, por representantes da sociedade, já que eleitos por ela (BRITO, 2012, p.87).

Entretanto, referido ativismo garante, por outro lado, ganhos parciais às populações, como foi o caso da paralisação da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, uma das maiores agraciadas com o financiamento do BNDES, nos municípios de Altamira e Vitória do Xingu, por parte do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1).

Não se tratam, em geral, de ganhos definitivos. A medida supracitada como exemplo acabou sendo revertida posteriormente, mesmo com o descumprimento de diversas condicionantes exigidas para o licenciamento, segundo o Ministério Público Federal do Pará. O espaço do Judiciário revela-

se um campo de intensa disputa argumentativa, mas trata-se de um terreno técnico em que o discurso desenvolvimentista possui grande peso.

Dessa forma, há vozes críticas a tal processo de judicialização, uma vez que essa hegemonia do Poder Judiciário pode não corresponder aos anseios da sociedade civil, sendo mais interessante o fortalecimento da democracia participativa através da ampliação de mecanismos decisórios da soberania popular (BRITO, 2012, p. 88).

Considerações Práticas sobre a Política de Financiamento do BNDES em Empreendimentos Geradores de Impactos Ambientais

Não restam dúvidas sobre a responsabilidade do ente financeiro pelas violações ambientais causadas por empreendimentos viabilizados por ele, o que pode ser extraído da lei 6938/81, conforme anteriormente explicitado.

Aqueles que questionam a possibilidade de atribuir responsabilidade ao banco pelos impactos socioambientais gerados pela empresa beneficiada geralmente afirmam que inexistem um elo causal direto entre o banco e o impacto causado pela atividade. Contudo, José Roberto Lopes Pinto indica que o BNDES financia, em média, de 60% a 80% do valor total de diversos projetos, o que permite concluir que sem o empréstimo os projetos não se concretizariam (2012, p. 100).

Entretanto, há que se mencionar e discutir as iniciativas tomadas pelo BNDES no sentido de demonstrar o cumprimento das obrigações legais impostas à instituição. Dentre elas, destaca-se sua Política de Responsabilidade Socioambiental.

Aprovada na segunda metade de 2010, a implementação e o nome dado a tal política fazem aparentar uma boa disposição

do banco em tornar os seus negócios mais seguros e com menos impactos ambientais e humanos. Todavia, críticos apontam que a elaboração das diretrizes se deu sem qualquer consulta ou diálogo com a sociedade civil organizada e os movimentos sociais (PINTO, 2012, p. 96).

A Política Socioambiental adotada pelo banco configura-se como uma contrapartida exigida pelo Banco Mundial, que concedeu um empréstimo de US\$1,3 bilhão ao governo brasileiro, a ser gerido pelo BNDES, por meio do Empréstimo Programático de Política para o Desenvolvimento de Gestão Ambiental (Sustainable Environmental Management - SEM; Development Policy Loan - DPL). Esses empréstimos partem do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), braço do BM, e estão intrinsecamente conectados a políticas fracassadas de ajustes fiscais defendidos por aquela instituição (PINTO, 2012, p. 96).

Aponta-se a baixa efetividade prática de tal política, considerada uma vestimenta formal, já que o Banco, na prática, tem trabalhado com a política de incentivos às “boas práticas socioambientais”, premiando empresas com recursos mais baratos (PINTO, 2012, p. 98).

Recentemente pesquisadores avaliaram tal política na prática e a consideraram de mera orientação programática, não vislumbrando reflexos concretos nas políticas operacionais do banco (GARZON *et. al.*, 2015). Afirmam que a instituição não cumpre seu dever de diligência, já que seu mecanismo fiscalizatório é falho, dependendo de informações prestadas pelo beneficiário do crédito, persistindo a dificuldade de diálogo com as populações atingidas e a negação de acesso às informações relativas ao cumprimento das obrigações socioambientais dos projetos (GARZON *et. al.*, 2015, pp. 137-138).

Entretanto, mesmo sem efetivar sua política de fiscalização, ao reconhecer e atender, ainda que formalmente, a legislação ambiental, o banco tacitamente reconhece a sua parcela de

responsabilidade pelos possíveis danos causados pela construção de empreendimentos por ele financiados (PINTO, 2012, p. 98; BRITO, 2012, p. 77).

Análise Crítica sobre a Falta de Transparência do BNDES

Como empresa pública, o BNDES faz parte da Administração Pública Federal, devendo obedecer aos princípios administrativos explicitamente reconhecidos no art. 37 da Constituição brasileira, dentre os quais está o princípio da publicidade (BRASIL, 1988).

O BNDES não divulgava os dados referentes às suas transações em seu sítio virtual, o que contraria o princípio constitucional da publicidade e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011). Nesse sentido, percebia-se uma inércia por parte do Banco, a fim de protelar a aplicação de qualquer instrumento de controle público para se preservar das reações que poderiam surgir por parte dos interessados na temática dos contratos do Banco. Como afirma Luciana Badin (2011),

“O BNDES, ao longo dos seus mais de cinquenta anos de existência, nunca adotou uma política de informação pública e um canal regular de interlocução e consulta sobre suas políticas operacionais. Diferentemente de instituições parelhas, tais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial, que sofreram pressão da sociedade para ampliar sua abertura e transparência ao longo de toda a década de 1950, o Banco brasileiro manteve-se preservado de críticas e fechado às mudanças que o avanço da democracia colocavam para o conjunto das organizações, inclusive as financeiras.” (BADIN, 2011, p.14)²³⁵

²³⁵BADIN, Luciana. et al “O BNDES e a reorganização do capitalismo brasileiro: um debate necessário.” Disponível em: <http://www.ibase.br/bndes/o-bndes-e-a-reorganizacao-do-capitalismo-brasileiro-um-debate-necessario/> Acesso em: 21/04/2016

Seria fundamental que a sociedade fosse continuamente informada através de maior transparência institucional, mas é comum o banco obstar o fornecimento de dados relativos às suas atividades, geralmente através de argumentos que se baseiam na cláusula protetiva ao sigilo bancário e necessidade de sistematização adicional de informações (BORGES, 2015, p. 40).

A lei 13.126/2015 pretendeu alterar a lei 12.096/2009, determinando que às operações de apoio financeiro do BNDES ou de suas subsidiárias não fosse oposta a alegação de sigilo ou que fossem declaradas como secretas.

Entretanto, o dispositivo que tratava de tal questão (art. 6º) foi vetado pela Presidência da República, entre outras justificativas, sob o argumento de que “a divulgação ampla e irrestrita das demais operações de apoio financeiro do BNDES feriria sigilos bancários e empresariais”, bem como um possível prejuízo à competitividade de empresas brasileiras no mercado global de bens e serviços (BRASIL, 2015).

O Relatório Anual de 2015 divulgado pelo banco, contudo, indica que a pressão exercida pela sociedade civil começa a surtir efeito, já que seu portal da transparência foi ampliado, incluindo condições financeiras como prazos, taxas e garantias (BNDES, 2016, p. 5). Porém, ainda não se abandonou por completo o sigilo de operações, persistindo a justificativa de risco às empresas tomadoras dos empréstimos.

A ausência de transparência dificulta o conhecimento da sociedade civil em relação a real atuação do banco e torna mais difícil a tarefa dos órgãos de controle, como o Ministério Público Federal e os Tribunais de Contas, que poderiam servir como freios para a atuação do banco que estivesse em desacordo com seus propósitos nominais.

Considerações Finais

A proximidade entre grandes agentes privados e bancos públicos permite o acesso facilitado ao crédito pelos primeiros e favorece o mapeamento das iniciativas estatais, podendo direcionar a atuação do Poder Público.

O déficit de transparência é fator complicador, que afasta a sociedade civil dos assuntos relacionados a tais instituições, contribuindo para que suas decisões não sejam devidamente discutidas e, em nome da “tecnocracia”, crie-se um espaço na Administração Pública de baixa deliberação democrática.

As violações a Direitos Humanos de comunidades geradas por empreendimentos financiados pelo Poder Público ganham menor destaque, devido ao processo de invisibilização de tais grupos, favorecido pela lógica de mercado que enxerga na remoção de comunidades tradicionais um “mal necessário” para o progresso.

Por isso, ressalta-se a importância e o valor da mobilização direta das principais populações atingidas pelos megaprojetos (comunidades ribeirinhas, quilombolas, indígenas, sertanejas, camponesas etc), como sujeitos coletivos de ação e interesse, acirrando um conflito social capaz de resistir ao grande capital e pressionar o governo para que ele projeta os modos de viver tradicionais dessas comunidades. Assim, protestos nos locais de construção dos megaempreendimentos, passeatas nas cidades circunvizinhas a eles e manifestações em sedes do poder público constituem-se como grandes exemplos de resistência social (BRITO, 2012).

Com relação à responsabilização jurídica pelas violações, vale lembrar que o BNDES, em alguns casos, é acionista da empresa violadora de direitos, compondo o consórcio que promove o empreendimento beneficiado. Assim, nesses casos, não há que se falar em responsabilidade indireta ou solidária, mas, sim, uma responsabilidade direta e subsidiária (PINTO, 2012, p. 100).

Ao permanecer silente ou hesitar em responder devidamente às violações de Direitos Humanos, o banco contribui para perpetuar essas situações de grave desrespeito, tornando letra morta as previsões contratuais que incluem a variável ecológica e a responsabilidade socioambiental da instituição, bem como se aproxima da lógica de um banco privado comum, cujo objetivo é simplesmente gerar retorno financeiro a partir de seus investimentos.

É fundamental ressaltar que a via jurídica configura-se, portanto, como um profícuo instrumento de pressão e constrangimento ao Banco para que ele reconheça e assuma sua responsabilidade socioambiental nos termos da Lei brasileira, mas não se pode depositar exclusivamente as fichas na judicialização, vez que o argumento desenvolvimentista ainda possui grande peso na ponderação de direitos realizada pelo Judiciário.

Em matéria de Direitos Humanos não se deve admitir retrocessos. Há que se dar efetividade à Convenção 169 da OIT, que prevê a consulta prévia informada às comunidades atingidas pelos grandes projetos e empreendimentos. No mesmo sentido, há que se atentar para a previsão contida no Eixo Orientador II – Direitos Humanos e Desenvolvimento – do Plano Nacional de Direitos Humanos III (PNDH-3), disposto no Decreto presidencial nº 7.037/09²³⁶.

“Nos projetos e empreendimentos com grande impacto socioambiental, o PNDH-3 garante a participação efetiva das populações atingidas, assim como prevê ações mitigatórias e compensatórias. Considera fundamental fiscalizar o respeito aos Direitos Humanos nos projetos implementados pelas empresas transnacionais, bem como seus impactos na manipulação das políticas de desenvolvimento. Nesse sentido, avalia como importante mensurar o impacto da biotecnologia aplicada aos alimentos, da nanotecnologia, dos poluentes orgânicos persistentes, metais pesados e outros poluentes inorgânicos em relação aos Direitos Humanos.”

²³⁶Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm Acesso em 18/06/16.

O conhecimento de tais instrumentos jurídicos e a maciça divulgação das violações se torna indispensável como elemento de pressão na luta pela efetivação de Direitos Humanos, devendo mobilizar todos aqueles que se propõem a defendê-los. Caso contrário, tais direitos só existirão ao nível do discurso, não sendo encontrados na realidade.

Referências bibliográficas

BADIN, Luciana. et al “**O BNDES e a reorganização do capitalismo brasileiro: um debate necessário.**” Disponível em: <http://www.ibase.br/bndes/o-bndes-e-a-reorganizacao-do-capitalismo-brasileiro-um-debate-necessario/> Acesso em: 21/04/2016.

BNDES. Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1952-2016. **Sítio institucional.** Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/#salto>.

_____. **Relatório Anual 2015.** Disponível em: <http://www.bndespar.com.br/wps/wcm/connect/site/4a02a277-9b82-477e-baaf-d5fd579f9af3/RA_2015.pdf?MOD=AJPERES&CVID=loT9kDB&CVID=loT9kDB&CVID=loT9kDB&CVID=loT9kDB>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atuacao/Meio_Ambiente/historico.html>. Acesso em: 07 maio 2016.

_____. <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/disaplic.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.

_____. BNDES financia com R\$ 1,48 bilhão complexo siderúrgico da ThyssenKrupp em Santa Cruz (RJ). Publicado em 20 jun. 2007. Disponível: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Sala_de_Imprensa/Noticias/2007/20070620_not141_07.html>. Acesso em: 02 set. 2016.

BORGES, Caio. A proteção dos direitos humanos e do meio ambiente no financiamento do desenvolvimento: tendências globais, visões emergentes e os desafios para o fortalecimento da Política Socioambiental do BNDES. In.: CARDOSO, Alessandra et.al. (org.). **Política Socioambiental do BNDES: Presente e Futuro.** Brasília: INESC, 2015. Disponível em: <http://riosvivos.org.br/wp-content/uploads/2015/11/Pol%C3%ADtica-Socioambiental-do-BNDES-Presente-e-Futuro.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de Outubro de 1988.

_____. **Lei 1.628.** 20 de Junho de 1952.

_____. **Lei 5.662.** 21 de Junho de 1971.

_____. **Lei 6.938.** 31 de Agosto de 1981.

_____. **Lei 9.605.** 12 de Fevereiro de 1998.

_____. **Lei 13.126.** 21 de Maio de 2015.

_____. **Lei 13.242.** 30 de Dezembro de 2015.

_____. **Decreto 99.274.** 6 de Junho de 1990.

_____. **Decreto 2.519.** 16 de Março de 1998.

_____. **Decreto 4.418**. 11 de Outubro de 2002.

_____. **Decreto 7.037**. 21 de Dezembro de 2009.

_____. **Mensagem nº 156**. 21 de Maio de 2015.

BRITO, Jadir de Anunciação de Brito. A responsabilidade do BNDES pelas violações de direitos humanos, pp. 75-93. In.: PINTO, José R. L. (org). **Ambientalização dos Bancos e Financeiração da Natureza**. Rede Brasil Atual, Brasília, 1ª edição, 2012.

CDDH - CENTRO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA SERRA. **Estudo e Relatório de Impactos em Direitos Humanos de Grandes Projetos (EIDH/RIDH): o caso do monocultivo de eucalipto em larga escala no norte do Espírito Santo**. Conceição da Barra/São Mateus, 2010. Disponível em: <http://5c912a4babb9d3d7cce1-6e2107136992060ccfd52e87c213fd32.r10.cf5.rackcdn.com/wp-content/files/estudo_DDHH_e_mocoultura_eucalipto_norte_es.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2015.

JÚNIOR, Clodomiro José Bannwart; SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. Política ambiental brasileira e sua regulação jurídica conforme os ditames da Ordem Econômica Constitucional. **Revista de Direito da Cidade**, UERJ, v. 5, n. 2, 2013.

FURTADO, Fabiana; STRAUTMAN, Gabriel. Ambientalização dos bancos: da crítica reformista à crítica contestatória, pp. 31-54. In.: PINTO, José R. L. (org). **Ambientalização dos Bancos e Financeiração da Natureza**. Rede Brasil Atual, Brasília, 1ª edição, 2012.

GARZON, Bivviani Rojas; MILLIKAN, Brent; AMORIM, Leonardo; ZANATTA, Silvia Santana. A Política de Responsabilidade Socioambiental do BNDES: situação atual e necessidade de revisão. In.: CARDOSO, Alessandra et al. (org.). **Política Socioambiental do BNDES: Presente e Futuro**. Brasília: INESC, 2015. Disponível em: <http://riosvivos.org.br/wp-content/uploads/2015/11/Pol%C3%ADtica-Socioambiental-do-BNDES-Presente-e-Futuro.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARACCI, Marilda Teles. BNDES e violações de direitos, pp. 19-30. In.: PINTO, José R. L. (org). **Ambientalização dos Bancos e Financeiração da Natureza**. Rede Brasil Atual, Brasília, 1ª edição, 2012.

MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2ª ed., 1991.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Tradução: Elvira Serapicos. Portfólio-Penguin, São Paulo, 1ª ed., 2014.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. São Paulo: Portfólio-Penguin, 1ª ed., 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 26 ago. 2016.

ORTIZ, Lúcia. Banco Mundial: um exemplo para o BNDES?, pp. 55-74. In.: PINTO, José R. L. (org). **Ambientalização dos Bancos e Financeiração da Natureza**. Rede Brasil Atual, Brasília, 1ª edição, 2012.

PACS - Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul. Companhia Siderúrgica do Atlântico - TKCSA: impactos e irregularidades na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 3ª ed. atualizada, 2012. Disponível em: <<http://www.pacs.org.br/files/2013/01/TKCSA.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

PATO, Patrícia Santiago. Implantação da Companhia Siderúrgica do Atlântico na Baía de Sepetiba-RJ. **Revista Tamoios** - Departamento de Geografia da UERJ-FFP, Ano 6, nº 2, p. 54-62, 2010.

PINTO, José R. L. (org). **Ambientalização dos Bancos e Financeirização da Natureza**. Rede Brasil Atual, Brasília, 1ª edição, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, Curitiba, 12ª edição, 2006.

TAVARES, Maria da Conceição (coord.); MELO, Hildete Pereira de; CAPUTO, Ana Cláudia; COSTA, Gloria Maria Moraes da; ARAÚJO, Victor Leonardo de. **Memórias do Desenvolvimento**. Ano 4, nº 4. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2010.

Informações Gráficas

Formato: 15,5 x 22,5 cm

Mancha: 11,5 x 20,5 cm

Tipologia: Aleo

Papel: AP 90 g/m² (miolo) - Triplex 250 g/m² (capa)

Tiragem: 400 exemplares

Impressão e acabamento: Editar Editora Associada - Juiz de Fora/MG

Tel.: (32) 3213-2529 / Dezembro de 2016.