

JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS

Experiências de Assessoria Jurídica Popular

JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS

Experiências de Assessoria Jurídica Popular

Ficha técnica:

Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular

Realização: Terra de Direitos

Organizadores: Darci Frigo, Fernando Prioste e Antônio Sérgio Escrivão Filho

Colaboradores: Leandro Franklin Gorsdorf, Maria Rita Reis e Sara Regina Gorsdorf

Autores: Boaventura de Souza Santos (Prefácio) – Observatório da Justiça Portuguesa/ Leandro Franklin Gorsdorf (Introdução)/ Ana Valéria Araújo – Fundo Brasil de Direitos Humanos/ Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC/ Elena Erling Severo e Rubia Abs da Cruz - Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero/ Ester Rizzi e Salomão Ximenes – Ação Educativa/ Fernando G. V. Prioste – Terra de Direitos/ Joenia Wapichana – Conselho Indígena de Roraima/ Luciana C. F. Pivato – Terra de Direitos/ Marcela Fogaça Vieira – Conectas Direitos Humanos/ Nelson Saule Jr, Karina Uzzo, Luciana Bedeschi, Vanessa Koetz, Stacy Torres e Isabel Ginters – Instituto Polis/ Rafael Filippin – Liga Ambiental/ Rebecca Oliveira Duarte – Observatório Negro/ Renata Reis – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS – ABIA/ Sérgio Leitão – Greenpeace Brasil

Edição: Laura Bregenski Schühli (MtB 8405-PT)

Obra da capa: Candido Portinari, A Justiça de Salomão, 1943 (Painel a têmpera/tela 179X191 cm). Imagem do acerto Projeto Portinari, gentilmente autorizada a reprodução por João Candido Portinari.

Diagramação: Cristiano Suguimati

Revisão Final: Tágidi Mar Ribeiro

Impressão e Acabamento: Maxigrafica

Tiragem: 1000 exemplares

Apoio Institucional: Fundação Ford

Justiça e direitos humanos: experiências de
assessoria jurídica popular – Curitiba, PR:
Terra de Direitos, 2010.
p. 254; 21 x 15 cm.

ISBN 978-85-62884-01-6

Inclui bibliografia.

1. Assistência judiciária – Brasil. 2. Direitos humanos – Brasil.

CDD

347.81017

1ª edição: julho de 2010.

TERRA DE DIREITOS

Rua Desembargador Ermelino

de leão, n. 15, cj. 72 - Centro

CEP: 80.410-230 – Curitiba (PR)

Fone/Fax: 41 3232-4660

comunicacao@terradedireitos.org.br

www.terradedireitos.org.br

Bibliotecária responsável: Mara Rejane Vicente Teixeira

PREFÁCIO

Boaventura de Souza Santos

INTRODUÇÃO

Conceito e sentido da assessoria jurídica popular em Direitos Humanos

Leandro Franklin Gorsdorf

ARTIGOS

- 01 Direitos Humanos no Brasil: a atuação de organizações da sociedade civil em defesa dos direitos sociais e ambientais 17
Sergio Leitão e Ana Valéria Araújo
- 02 “O grande atoleiro de carne”: mulheres, cervejas e Gilberto Freyre 27
Rebeca Oliveira Duarte
- 03 Advocacy feminista para o acesso à Justiça 45
Elena Erling Severo e Rubia Abs Da Cruz
- 04 Litigância estratégica em Direitos Humanos – A atuação da sociedade civil no acesso a medicamentos no Brasil 61
Marcela Fogaça Vieira e Renata Reis
- 05 Alimentos transgênicos, Direitos Humanos e o Poder Judiciário 85
Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou
- 06 Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo 105
Ester Rizzi e Salomão Ximenes
- 07 Plano Diretor e efetiva participação popular: a “revisão” do plano estratégico de São Paulo 129
Nelson Saule Jr., Karina Uzzo, Luciana Bedeschi, Vanessa Koetz, Stacy Torres e Isabel Ginters
- 08 A construção das hidroelétricas como afronta aos direitos de comunidades rurais 145
Rafael Filippin
- 09 A reafirmação da Raposa Serra do Sol e novos desafios 181
Joenia Wapichana
- 10 Justiciabilidade dos Direitos Humanos e territorialidade quilombola: experiências e reflexões sobre a assessoria jurídica popular na litigância 199
Fernando G. V. Prioste
- 11 O Acampamento Elias de Meura e uma experiência de assessoria jurídica popular na defesa dos direitos humanos dos trabalhadores rurais sem terra 223
Luciana C. F. Pivato

por Boaventura de Souza Santos

O livro que vos apresento tem características muito especiais, que fazem dele uma obra invulgar, muito inovadora e, como tal, merecedora da atenção dos leitores. É um livro comprometido com as lutas sociais de que dá notícia, mas nem por isso perde a lucidez analítica. É um livro escrito por intelectuais-activistas em que a escrita não é mais que uma interrupção, um balanço, uma pausa para ganhar novas forças para novas lutas. É um livro com uma componente técnico-jurídica importante que, para ser escrita, exige conhecimento técnico que não falta aos autores e autoras. Não é, porém, uma técnica mercenária que se vende ao preço de mercado para construir céus ou infernos, armas de guerra ou brinquedos, consoante os desejos de quem a compra. Pelo contrário, estamos perante uma técnica com a paixão de ser posta ao serviço de uma causa em que acredita, a causa da construção de uma sociedade mais justa, mais solidária consigo própria e com a natureza, menos discriminadora e menos excludente.

O tema geral é apaixonante e anda à volta de uma questão que um dia formulei deste modo: pode o direito ser emancipatório? É uma questão particularmente importante nos dias de hoje em que as gramáticas da emancipação e da libertação parecem ininteligíveis e a realidade social e política dominante, por mais injusta e repugnante, é pensada como sendo a única possível ou, pelo menos, a que venceu todas as realidades historicamente alternativas. Daí a importância da pergunta que formulei acima. Pode o direito, que tantas vezes tem actuado para liquidar as alternativas emancipatórias e para consolidar a realidade dominante, ser reconfigurado e usado para servir a luta por uma sociedade melhor? Pode o direito, tantas vezes a linguagem benévola da opressão, ser ressemantizado como uma gramática de emancipação? Em que circunstâncias é isso possível ou mesmo imaginável? Sob que condições um instrumento hegemónico pode ser utilizado para objectivos contra-hegemónicos? Como combinar objectivos políticos claros com técnicas jurídicas aparentemente neutras? Estas perguntas e muitas outras percorrem este livro notável, conduzindo-nos por caminhos que nos levam a temas tão diversos como o meio ambiente e a discriminação sexual, o racismo e a saúde, a educação e os territorios quilombolas, a identidade indígena e o desenvolvimentismo desgovernado.

A designação genérica de advogado popular abrange uma grande diversidade de práticas jurídicas, compromissos políticos e soluções institucionais. Comum a todas elas é a ideia de que vivemos uma época em que não podemos desperdiçar experiência social progressista. Se o direito pode ser uma dessas experiências é nosso dever usá-lo radicalmente dentro dos seus limites. Ir até ao limite é mostrar o que está para além do limite: a luta política e sem fim por uma sociedade melhor.

Madison, 14 Dezembro 2009.

Leandro Franklin Gorsdorf^[1]

A ideia original deste texto introdutório seria abordar a questão da assessoria jurídica popular em direitos humanos sob uma perspectiva teórica, aproximando-a de um marco conceitual. Além de enfrentar esta missão que me foi incumbida, não poderia deixar de apontar as inquietações pessoais quanto ao tema. A minha escrita sempre se construiu de um ponto de vista da vivência prática e da análise teórica, reforçando aqueles ideais defendidos por Edward Said sobre o papel do intelectual nos tempos de hoje. Permito-me então alinhar algumas digressões teóricas com questionamentos pessoais sobre o trabalho da assessoria jurídica popular em direitos humanos.

O texto pode ser dividido em três momentos: um primeiro de contextualização da “emergência”, ou mesmo da consolidação de uma assessoria jurídica em direitos humanos como estratégia política de afirmação de direitos. O segundo momento delimita o campo conceitual do que seria a assessoria jurídica em direitos humanos. O último traz alguns questionamentos originados da relação com o poder Judiciário.

O processo de emergência dos movimentos sociais, no período de abertura democrática, trouxe consigo novas formas de fazer política, ampliando os espaços de incidências, desde a reconstrução do espaço público da rua, através do protesto social, até a atuação num campo mais institucional, como debate sobre a constituinte.

As demandas, propostas, bandeiras de luta trazidas por esses movimentos sociais, em certa medida ganharam o reconhecimento da lei, isto é, se positivaram na Constituição Federal de 1988 ou em outras leis infraconstitucionais, antes de ganharem o reconhecimento da população em geral. Isto em certa medida, ainda resquício de um Brasil patriarcal, patrimonialista, escravagista. Mesmo no teor dessas leis alguns grupos ainda mantiveram seus “privilégios”, seja através de obstáculos formais ou mesmo de interpretações conservadoras que se construíram hegemonicamente no campo doutrinário e jurisprudencial. Criou-se com isso um tensionamento relativo ao sentido dessas leis, a disputa sobre o caráter emancipatório ou regulatório do Direito. Era tempo de concretização dos desejos depositados pelos movimentos sociais.

Nos anos que seguiram, somou-se a esse fator a frustração da sociedade civil em razão da expectativa, criada pela Constituição de 1988, de avanços na garantia de direitos e ampliação da melhoria do bem-estar social das pessoas. Essa frustração foi causada em razão da “execução deficiente ou inexistente de políticas sociais”^[2] - a política sucumbia em detrimento da economia.

[1] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, professor de Direitos Humanos da Universidade Positivo e conselheiro da Terra de Direitos.

[2] SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da Justiça. São Paulo: Cortez, 2007. p.21.

Às antigas formas de estratégia política adotadas pelos movimentos sociais, foram se incorporando criativamente outras formas, como a atuação internacional perante a ONU e OEA, a incidência no Poder Legislativo, monitoramento de políticas públicas, inclusive da política orçamentária, a educação popular e a assessoria jurídica.

A opção de alguns movimentos sociais foi pela estratégia jurídica como um dos instrumentais de efetivação de direitos humanos, ou mesmo de garantia do não retrocesso na proteção desses direitos.

Segundo Boaventura, “é o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos, e que por isso, vêm (*sic*) no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social.”^[3]

A importância da assessoria jurídica desponta com a formação de uma geração de juristas (advogados, professores, promotores, juízes) que passam a ser relevantes para a discussão do acesso aos direitos no âmbito dos movimentos sociais. Permite-se a construção de uma idéia de direitos humanos de forma dialética, em razão do diálogo de dois mundos, dos movimentos sociais e do assessor jurídico. Aprofunda-se a perspectiva de que os direitos humanos são um processo de lutas para busca da garantia de bens necessários para a existência do ser humano^[4].

Neste sentido é reforçada a idéia de que o campo jurídico é um campo de disputa de poder, de disputa de sentido, de disputa de símbolos de afirmação política dos movimentos sociais.

Esse campo jurídico que vamos analisar é que chamamos, de acordo com BOURDIEU, de campo social. Segundo o autor, “un espacio social específico en el que un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales se definen de acuerdo a un tipo especial de poder o capital específico, detentado por los agentes que entran en lucha o en competencia, que 'juegan' en ese espacio social”^[5]. O capital do campo social, especificamente, do campo jurídico, é o Direito, objeto da atividade jurídica.

Todo campo social é um produto histórico, que produz e impõe a si mesmo seu funcionamento. Todas as práticas dos agentes se regem necessariamente pelo campo social.^[6]

[3] P. 29.

[4] FLORES, Joaquim Herrera. A (re) invenção dos direitos humanos. P. 36-37.

[5] INDA, Andres Garcia. La razon del derecho: entre habitus y campo. In BOURDIEU, Pierre. Poder, Derecho Y Clases Sociales. Espanha : Editorial Desclee de Brouwer : 2000, pág. 14.

[6] INDA, Andres Garcia. Ob. Cit., pág. 23.

Segundo BOURDIEU, ao analisarmos o campo social, e em nosso caso o campo jurídico, devemos fazê-lo em três momentos. Primeiro, devemos reconhecer qual o capital específico desse campo – este já conseguimos determinar que vem a ser o Direito. Segundo, é necessário estabelecer os objetivos das relações entre as posições ocupadas pelos agentes ou instituições que estão em concorrência nesse campo, que, para o Direito, é o poder no e sobre o direito. E por último, no campo social, analisar o *habitus* dos agentes, que tenham adquirido através de sua interiorização de um determinado tipo de condições sociais.^[7]

Habitus, como designado por BOURDIEU, é designado por outros juristas como senso comum teórico^[8] ou sentido comum teórico^[9]. Em outras palavras, segundo WARAT, “o sentido comum teórico dos juristas vem a ser um conjunto de 'crenças, fetiches, valores e justificativas e que são legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública”.^[10]

Complementa WARAT, que “o sentido comum teórico dos juristas traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando destarte, (*sic*) um conjunto de representações funcionais proveniente de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estatísticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica”.^[11]

Partilhando o mesmo posicionamento teórico, STRECK, afirma que “esse sentido comum refere-se à produção, à circulação e à consumação das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do direito”.^[12]

No mesmo sentido o professor FARIA, enuncia que “o senso comum é conjunto de representações, imagens, noções e atitudes baseados em costumes, posições teóricas e juízos valorativos que caracterizam e condicionam os atos, decisões e as atividades dos operadores do direito em suas práticas cotidianas”.^[13]

A posição do assessor jurídico é de desconstrução de um Direito, deste senso comum dos juristas, que reforça o processo de desigualdade na sociedade brasileira, permitindo processos de exclusão do acesso a direitos. Por outro lado, o Direito pode ser reconstruído num viés emancipatório, a partir dos Direitos Humanos construídos com a prática dos movimentos sociais.

[7] BOURDIEU, Pierre in INDA, Andres Garcia. Ob. Cit.,, pág. 24.

[8] WARAT, Luiz Alberto. Ob. Cit.,, pág. 13.

[9] STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.,, pág. 56

[10] WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre, Fabris, 1994, p. 57.

[11] WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre, Fabris, 1994, p. 57.

[12] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999, pag. 51.

[13] FARIA, José Eduardo. Ob. Cit. Pág. 109.

Porém algumas perguntas fazem-se necessárias: o que o assessor jurídico em direitos humanos faz para refundar em outros valores o nosso ordenamento jurídico? Quais os tipos de ações que executa na prática jurídica? Qual a sua relação com os movimentos sociais? E, por último, por que essa opção de trabalho? Por isso é necessário a delimitação do conceito de assessoria jurídica em direitos humanos.

A assessoria jurídica popular se constitui como um trabalho originado nos Direitos de assessoria aos movimentos sociais que lutam por direitos humanos. A Assessoria Jurídica, por trabalhar especificamente com a lógica dos direitos, enfoca o Direito. O que a constitui como popular?

Para responder a esta pergunta, me valho de tentar definir duas perspectivas: para quem se presta assessoria jurídica? Com qual finalidade se desenvolve este trabalho?

A resposta à primeira questão são os movimentos sociais, mas de que critério poderíamos nos valer para distinguir movimentos sociais emancipatórios de conservadores? Para isso, a lição do sociólogo SZTOMPKA:

“[...] pois não são todos os movimentos sociais que possuem caráter emancipatório, devem eles ser divididos entre os progressistas e os conservadores, esta diferença ocorre principalmente quanto à qualidade da mudança pretendida. Os progressistas enfatizam a inovação, lutam para introduzir novas instituições, novas leis, novas formas de vida, novas crenças, outras alternativas a (sic) hegemonia neoliberal, no presente caso. Em suma, pretende moldar a sociedade segundo um padrão inteiramente novo, um outro mundo possível para o futuro.”^[14]

Quanto à finalidade para transformar o mundo num outro mundo possível para o futuro, os movimentos sociais devem adotar outros padrões de valores, de uma nova ética para a ação do homem. E por isso podemos entender que os Direitos Humanos podem servir para esta finalidade da luta dos movimentos sociais e consequente assessoria jurídica popular.

Mas qual o papel do assessor jurídico popular frente aos movimentos sociais? Para esta outra questão parto da ideia de que os movimentos sociais são sujeitos da negação neste mundo de capitalismo globalizado. Ideia da negação vinculada à exclusão do acesso a direitos, negação quando da não reparação das violações de direitos humanos, negação quando da falta de proteção dos direitos conquistados. Negação do reconhecimento social e político dos movimentos sociais como demandantes de direitos e do reconhecimento jurídico, como sujeitos de direitos.

[14] SZTOMPKA, Piotr. A sociologia da Mudança Social. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1998.P. 476

Para situar o trabalho do assessor jurídico frente aos movimentos sociais, podemos recorrer a ideia trazida por DUSSEL, do papel dos intelectuais frente a esses sujeitos da negação.

Os intelectuais podem estar em duas posições: primeiro, eles podem assessorar diretamente os movimentos sociais em suas práticas emancipatórias; segundo, podem teorizar sobre esses movimentos, essas vítimas. A última das posições que os intelectuais podem assumir é explicada por DUSSEL: “Quem procura 'explicar' as causas (como cientista social) da negatividade dessas vítimas está obrigado, de certo modo, a inventar novos paradigmas, novas explicações (e até novas interpretações hermenêuticas na posição da compreensão), ao descobrir novos fatos antes inobservados no mundo no qual se adentra por uma decisão ético-prática que lhe abre novos horizontes.”^[15]

A atuação dos intelectuais pode se dar conjuntamente com a dos movimentos sociais, ou mesmo em nome deles, e separadamente em algumas ocasiões. Vejamos o exemplo do advogado que atua em defesa ou na promoção dos direitos novos dos movimentos sociais, em que ele, perante o sistema capitalista excludente, de um direito baseado no cientificismo e portanto distante do senso comum, diz : “Eu te interpelo pela justiça que devias cumprir conosco”^[16]. Segundo DUSSEL: “A partir desta negatividade (seres afetados não participantes por ativa opressão, exclusão; invisíveis para os do sistema), feita sujeito pela organização militante, o outro popular pode agora, como 'fonte', lançar a 'interpelação' àqueles que tem consciência ética ou sabem escutar no sistema vigente.”^[17]

Quando alguém “no sistema” aceita reflexivamente pela já atual “responsabilidade pelo outro”, recebendo impacto de estar sendo explicitamente interpelado (“chamado atualmente pela própria vítima”), reconhece a dignidade do sujeito ético do outro e “toma como verdadeira” a sua palavra ainda insuficientemente inteligível.^[18]

A conexão entre os afetados não participantes e os participantes do sistema hegemônico, que deixam todavia a sua posição de dominação, pela afirmação de uma obsessão ou corresponsabilidade pelo outro, permite a elaboração teórico-crítico-explicativa, segundo os melhores recursos epistêmicos atuais, dos sujeitos histórico-comunitários com plena consciência crítica, não só a do “senso comum” das vítimas mas agora da consciência crítica científica, filosófica, de peritos, articulada mutuamente no processo de libertação.^[19]

[15] DUSSEL, Enrique. Ob. Cit. Pág.449.

[16] DUSSEL, Enrique. Ob. Cit. Pág.426.

[17] DUSSEL, Enrique. Ob. Cit. Pág.426.

[18] DUSSEL, Enrique. Ob. Cit. Pág.426.

[19] DUSSEL, Enrique. Ob. Cit. Pág.426.

“Entre o movimento e o conjunto de atores externos pode haver uma identificação, em termos da carência (material ou moral) e/ou desejo de mudança de uma dada realidade social; como pode haver identificações parciais em função de certos objetivos estratégicos”.

Os assessores jurídicos populares, no campo jurídico, são intelectuais externos, inseridos no sistema, que representam as demandas e práticas sociais. É uma das missões do advogado popular, ao pleitear um direito, ao apresentar uma realidade, fornecer uma concepção alargada, que inclua realidades suprimidas, silenciadas ou marginalizadas, bem como realidades emergentes ou imaginadas. Isso será possível se houver solidariedade entre o advogado popular e os movimentos sociais, pois só é possível conhecer criando solidariedade. A solidariedade como forma de conhecimento é o reconhecimento do outro como igual, não tomar uma postura de superioridade sempre que a diferença acarrete inferioridade, e como diferente, sempre que a igualdade lhe ponha em risco a identidade.^[20]

Em suma, me valendo das palavras de BENEDETTI em seu poema “Por que Cantamos?”, a assessoria jurídica popular se realiza pelo mesmo motivo que cantamos e por que cantamos?

you will ask why we sing

*as our braves are left without embrace
the fatherland is dying of sadness
and the heart of man has made excrement
before even exploding with shame*

you will ask why we sing

*as we are far away like a horizon
as they left the trees and sky
as every night is always some absence
and every waking is a disencounter*

you will ask why we sing

*we sing because the river is humming
and when the river / hums the river
we sing because the cruel has no name
though he has his destiny*

[20] SANTOS, Boaventura de Souza. Acrítica da Razão indolente. São Paulo: Cortez, 2000. p. 246

*cantamos pela infância e porque tudo
e porque algum futuro e porque o povo
cantamos porque os sobreviventes
e nossos mortos querem que cantemos*

*cantamos porque o grito só não basta
e já não basta o pranto nem a raiva
cantamos porque cremos nessa gente
e porque venceremos a derrota*

*cantamos porque o sol nos reconhece
e porque o campo cheira a primavera
e porque nesse talo e lá no fruto
cada pergunta tem a sua resposta*

*cantamos porque chove sobre o sulco
e somos militantes desta vida
e porque não podemos nem queremos
deixar que a canção se torne cinzas.*

Como este trabalho, a assessoria jurídica popular, se concretiza? De forma geral, afirma FLORES, “as lutas poderão se apoiar em sistemas de garantias já formalizados (e aí a luta jurídica se une a luta social de um modo importante), mas outras vezes, as lutas não poderão se apoiar em uma norma e se situar em planos de alegalidade”^[21]

O trabalho da assessoria jurídica popular pode ser desenvolvido de diversas formas, tendo em vista a estratégia a ser adotada pelo movimento social ou dependendo do patamar de consolidação e de concretização do direito humano ao qual está relacionada a demanda.

Se ainda é incipiente o reconhecimento do direito humano a ser trabalhado pela assessoria jurídica, pela sociedade civil em geral, ou mesmo de tomada de consciência por parte dos participantes do movimento social, talvez seja necessário um trabalho de educação popular calcada em direitos. Se o direito humano ainda não foi reconhecido pelo ordenamento jurídico positivo em âmbito nacional ou mesmo internacional, talvez o instrumental a ser desenvolvido esteja mais para a elaboração de marcos jurídicos no Congresso Nacional ou mesmo no âmbito da ONU.

[21] FLORES, Joaquim Herrera. A (re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 35.

Pode também o trabalho de assessoria jurídica popular se fundar no processo de monitoramento dos direitos humanos, através de construção de relatórios de diagnóstico de implementação do direito no âmbito doméstico, ou mesmo de envio de denúncias a órgãos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos.

Mas talvez o trabalho mais desafiador para a assessoria jurídica popular seja tornar justiciáveis os direitos humanos postos nos marcos legais nacionais e internacionais, acionando a jurisdição interna (Juízos, Tribunais, Cortes Superiores) ou mesmo jurisdição internacional (Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA).

O trabalho de assessoria jurídica popular em torno da justiciabilidade dos direitos humanos podemos denominar de advocacia popular. Ela representa aquilo que alguns teóricos têm denominado de ativismo jurídico.

O protagonismo do Judiciário se deve a muitos fatores, mas para este estudo podemos nos ater ao fator do processo de retrocesso na garantia e promoção dos direitos humanos, prioritariamente aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, além do não reconhecimento desses direitos em relação a determinados grupos vulneráveis. Há constantes violações destes direitos por parte do Estado e de atores privados.

A judicialização das demandas dos movimentos sociais traz alguns questionamentos importantes para repensar o Direito.

As novas demandas propostas pelos movimentos sociais possuem um caráter muito diferente porque questionam o fundamento moderno do Direito, em que as demandas se restringem a um caráter liberal individualista. Por isso, em diversos momentos a prática originada do Direito encontra limites por não conseguir se enquadrar na compreensão das demandas coletivas^[22] dos movimentos sociais.

Nesta mesma linha de pensamento, CAMPILONGO acrescenta: “Nesse prisma, os conflitos sociais são transformados em contendas jurídicas e a partir disso individualizados, trivializados e banalizados pelas rotinas jurídicas a fim de que tenham seu impacto político controlado por um discurso aparentemente técnico (a letra da lei) e institucionalizado (o litígio judicial)”^[23]. A pergunta é: como, na atividade jurídica, não reforçar esta lógica? A resposta talvez esteja nas experiências trazidas neste livro pelos mais diversos atores que atuaram na judicialização das demandas.

[22] Direitos coletivos, entendidos como não passíveis de fruição individual e exclusiva, comportam estratégias de tutela que também escapam a lógica individualista, de acordo com CAMPILONGO, Celso Fernando. Op. Cit., pág. 10.

[23] CAMPILONGO, Celso Fernando. Op. Cit., pág. 18.

Este processo exige de nós, operadores do direito, um debate sobre a relação entre a judicialização e o processo de exercício da cidadania por parte dos movimentos sociais. Isto coloca a todos que trabalham com a assessoria jurídica popular em direitos humanos a questão de qual o papel do Direito na luta política pela demanda por direitos. Deixa evidente a sua importância, mas não a sua prevalência sobre as demais estratégias, pois a possibilidade da assessoria jurídica em direitos humanos se tornar efetiva reside no fato dela ser uma estratégia complementar à direção política dos movimentos sociais, sujeitos da emancipação da sociedade. Porém, existe ainda a discussão sobre o aprofundamento ou não da democracia a partir do processo de judicialização, isto é, se ela é uma consequência do enfraquecimento do processo democrático frente ao Poder Executivo e Legislativo ou, ao contrário, fortalecimento da democracia por se ampliar a arena do debate sobre direitos.

Para aqueles favoráveis à judicialização, o ativismo jurídico cada vez mais crescente “resulta num envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade na medida em que tais ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social”^[24] o que favorece o enriquecimento das agendas igualitárias das lutas dos movimentos sociais. Desloca-se a arena pública do circuito clássico sociedade civil - partidos - representação - formação majoritária em torno do Poder Judiciário.

Por outro lado, alguns autores entendem que a judicialização da política e das relações sociais “teria o efeito de desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social.”^[25]

Mas apesar desta realidade, a da assessoria jurídica popular, ser crescente, diante da dimensão dos problemas enfrentados pelos movimentos sociais ainda é “incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos”^[26].

Esta situação nos apresenta um desafio para a “formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um locus de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter.”^[27]

A mim ao final cabe deixar uma palavra de incentivo ao trabalho daqueles que creem na prática da assessoria jurídica em direitos humanos, e para isso me valho dos ensinamentos de nosso mestre, Jacques Alfonsin: **CORAGEM!**

[24] VIANNA, Luiz Werneck. Ajudicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 23.

[25] TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos In: Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 291.

[26] PIOVESAN, Flávia. PROTEÇÃO E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NOS PLANOS INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL. Mimeo.

[27] Ibidem.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

BOURDIEU, Pierre. Poder, Derecho Y Clases Sociales. Espanha: Editorial Desclee de Brouwer:2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência Jurídica e realidade social: apontamentos para uma atipologia dos serviços legais, In: Coleção Seminários n. 15. Rio de Janeiro: AJUP, 1991.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação – Na idade da globalização e da exclusão. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.

FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FLORES, Joaquim Herrera. A (re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

INDA, Andres Garcia. La razón del derecho: entre habitus y campo. In BOURDIEU, Pierre. Poder, Derecho Y Clases Sociales. Espanha: Editorial Desclee de Brouwer: 2000.

PIOVESAN, Flávia. Proteção e Justiciabilidade dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional.

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da Razão Indolente. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da Justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

SZTOMPKA, Piotr. A sociologia da Mudança Social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos In: Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro; Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre, Fabris, 1994.

01 DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS

*por Sergio Leitão (Greenpeace)
Ana Valéria Araújo^[28]*

Introdução

Este texto busca analisar a atuação de organizações da sociedade civil em nosso país, pretendendo burilar a percepção sobre o lugar que elas ocupam e podem vir a ocupar na construção de um espaço público, não-estatal, tendo em vista, especificamente, a defesa judicial dos direitos humanos.

Para tanto, investigamos o estado atual da litigância em defesa dos direitos sociais e ambientais, com o olhar dirigido para o trabalho de organizações da sociedade civil em temas de interesse público, o que nos permite, ao final, tentar compreender se esse movimento vem se intensificando, ou se está se retraindo, assim como quais os fatores que colaboram para a constituição desse quadro.

Contexto político e institucional da atuação da sociedade civil perante o Judiciário brasileiro

A sociedade civil no Brasil mantém um elevado grau de distanciamento relativo às atividades do Poder Judiciário, ao contrário do que ocorre em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Um exemplo marcante dessa afirmação é o desconhecimento sobre o fato – ou a falta de percepção em relação à sua relevância – de que nunca antes, na história do país, um Presidente da República teve a chance de renovar mais da metade da composição do Supremo Tribunal Federal (STF). Nossa mais alta corte de justiça, responsável pela palavra final em todos os assuntos relacionados à interpretação da Constituição Federal é composta por 11 Ministros, sendo que oito deles foram nomeados pelo Presidente Lula ao longo de seus dois mandatos. Este fato não teve precedentes nem mesmo durante o período da ditadura militar, quando o governo podia afastar Ministros por meio de cassações, como efetivamente o fez. Durante o governo Lula, coincidiu que vários Ministros completaram 70 anos, idade em que incide uma aposentadoria compulsória e eles precisam se afastar do STF.

[28] Os autores são advogados especializados em direito ambiental e indígena. Atualmente, Sergio Leitão é Diretor de Campanhas do Greenpeace Brasil. Ana Valéria Araújo é Coordenadora Executiva do Fundo Brasil de Direitos Humanos.

A renovação de mais da metade do STF poderia significar o estabelecimento de uma composição estratégica na corte suprema do país, capaz de exercer influência decisiva sobre a vida nacional por décadas, projetando a presença do governo Lula, suas ideias e valores, para muito além dos oito anos de mandato. Temas como direito ao aborto, desapropriação de terras em razão do descumprimento da função social da propriedade, reconhecimento do direito dos quilombolas, sistemas de cotas para o ingresso de minorias no ensino público, ensino religioso obrigatório e pesquisas com células-tronco, fazem parte, entre outros, da pauta atual de decisões do STF com impacto direto sobre a agenda nacional de direitos humanos.

Entretanto, as nomeações do governo Lula para o STF seguiram o modelo errático com que ele opera em quase todos os setores, que ora faz acenos tímidos de cunho progressista, ora agita os braços freneticamente em direção ao passado. Assim, ao mesmo tempo em que nomeou o primeiro jurista progressista e negro para o STF, não deixou de fazer nomeações de conservadores, positivistas, que só enxergam a realidade nos marcos já fixados pelas leis. E, com isso, perdeu-se a oportunidade de uma renovação profunda, que pudesse redefinir os parâmetros de atuação do Judiciário no país.

Frente a tal quadro, poderíamos dizer que estamos apenas diante de mais uma área em que o governo Lula não desempenhou o papel que dele se esperava. Ocorre que a questão é muito mais preocupante, pois que o problema está no fato de que a sociedade civil simplesmente não deu a mínima atenção para o assunto. A sociedade civil sequer esboçou, por qualquer das suas organizações, alguma manifestação no sentido de que pretendia fazer parte do debate. Em verdade, essa questão ficou restrita aos círculos das corporações que reclamam, para seus integrantes, a primazia de terem assento no STF, como a Associação dos Juizes Federais (AJUFE), os Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) etc.

O que se nota é que o assunto não integra a agenda que mobiliza a sociedade civil. Em outras palavras, a sociedade civil não percebe que pode – e deve – reivindicar a nomeação de juristas progressistas, comprometidos com as causas sociais e ambientais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a nomeação de um juiz para a Suprema Corte é assunto de relevância nacional, objeto de debates, campanhas e mobilização envolvendo distintos setores da sociedade, inclusive as organizações não-governamentais (ONGs). Aqui, infelizmente, ainda estamos bem longe disso.

A ampla pauta de discussões que se descortinou para o país com o fim da ditadura militar, visando reformular o arcabouço institucional dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de enterrar o chamado “entulho autoritário” (conjunto de atos institucionais baixados pelo regime militar a partir de 1964, sem o controle do Congresso Nacional), teve o seu ápice nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição Federal de 1988. O processo contou com a intensa participação da sociedade civil.

Mas, naquilo que diz respeito ao Poder Judiciário, essa participação ocorreu em muito menor grau. Ou seja, a sociedade civil se mobilizou para debater o meio ambiente, a reforma agrária, a ordem econômica, o direito das mulheres etc., convicta de que a solução dos problemas nacionais passava, majoritariamente, pelo Parlamento e pelo Governo. Esquecemos, porém, da importância do Judiciário e do seu papel de validação do que está na lei, ou de árbitro das disputas e dos conflitos sociais.

O resultado do intenso trabalho de mobilização popular ocorrido durante a Constituinte foi justamente a inserção de uma série de novos direitos no ordenamento jurídico do país. Isso, talvez, devesse ter-nos feito supor que a pressão da sociedade para o cumprimento dos tais novos direitos demandaria uma atuação dirigida também sobre o Poder Judiciário, além daquela que naturalmente passaria a ser exercida sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

A partir de 1985, com a Lei da Ação Civil Pública e o próprio texto constitucional, alargou-se bastante o campo das oportunidades para que os cidadãos, suas organizações e instituições, como o Ministério Público (MP), pudessem fazer uso e demandar o Poder Judiciário em prol do interesse público. Mas, o fato é que só o MP se estruturou e se habilitou para dar conta das atribuições que recebeu. A sociedade civil pouco se capacitou ou sequer se motivou para tanto, pelas razões que aparecerão ao longo deste texto.

Talvez, a mais forte dessas razões tenha sido a fé cega no fato de que o MP tudo daria à sociedade organizada. Isto é, que todas as possíveis demandas da sociedade encontrariam eco no MP, que atuaria como um defensor absoluto dos seus interesses. Isso, porém, está longe de constituir um dogma.

Se a atuação do MP é fundamental para exigir dos governantes o respeito à coisa pública, ponto pelo qual ganhou maior destaque, ela não dispensa, em absoluto, o auxílio luxuoso da sociedade naquilo que diz respeito à defesa dos direitos sociais e ambientais. E há justificativas muito claras para isso. A primeira delas é simplesmente uma questão estrutural, pois que não é fisicamente possível para o MP assumir todo o universo de causas nessa seara, em todo o país, por mais bem aparelhado que o órgão esteja em nível federal ou em cada estado da federação. Em segundo lugar, não seria salutar que a sociedade civil abrisse mão do poder de demandar o Poder Público (ou particulares) em benefício de um órgão de Estado, por melhor e mais eficiente que seja este órgão. Trata-se mesmo de um requisito para a saúde de nossa jovem democracia.

Se é verdade que a pressão da sociedade faz o Poder Executivo e o Legislativo se mexerem, isso não deve deixar de se aplicar também ao Judiciário, em que pese a maior espessura da sua carapaça. Tanto é que é possível perceber que, ao mesmo tempo em que a sociedade civil se afastava mais e mais do Judiciário, verificamos o crescimento de uma tendência conservadora em decisões relativas, por exemplo, aos direitos indígenas e aos direitos dos consumidores.

É do interesse da democracia que a sociedade civil atue perante o Poder Judiciário. É do interesse da democracia que a sociedade civil exerça controle social sobre o Poder Judiciário na medida em que este Poder é, para efeito do seu funcionamento e da sua composição, tão empoderado quanto os outros. Por isso mesmo, deve ser do interesse da sociedade reter em suas mãos, seja por meio dos cidadãos ou de suas organizações, o direito de litigar em prol do interesse público.

Infelizmente, a sociedade civil no Brasil se distancia cada vez mais dessa vertente de atuação. Até mesmo organizações que se propõem a atuar frente ao Judiciário têm demonstrado uma tendência de redirecionar esta atuação, optando por delegar muito do que poderiam fazer ao MP, pela via da representação. O tempo de solução de conflitos perante o Judiciário e a exigência de qualificação técnica especializada, muitas vezes operam como fatores de desestímulo para organizações que precisam definir estratégias de curto prazo para responder aos anseios internos, ou ainda fazer opções que considerem a limitação de recursos diante de compromissos e metas estabelecidas.

A verdade é que esses argumentos têm servido para justificar a escolha de um caminho, em tese, mais objetivo, que, entretanto, não pode ser único. Há, hoje, um vazio a ser preenchido em relação à atuação da sociedade civil, que não se faz por completo e perde com isso, em eficiência.

Nesse sentido, as ONGs poderiam funcionar como frentes avançadas de provocação do Poder Judiciário, ousando fazer aquilo que os integrantes do MP não fariam, ou simplesmente hesitariam em fazer. Até porque, a realidade do Judiciário no Brasil gira em torno das decisões que são proferidas logo no início do processo, as chamadas decisões liminares. O que se quer é impedir a audiência pública convocada irregularmente, a expulsão da comunidade das suas terras, o começo da obra que não fez o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), e para tanto, a liminar é o remédio que se impõe. Assim, obtida a liminar ou não, o acompanhamento posterior da ação pode perfeitamente ser feito pelo MP, sem que isso constitua nenhum desdouro para as ONGs ou para os advogados que a propuseram. Se o MP entender que não é o caso de continuar com a ação, ele irá requerer ao juiz o seu arquivamento, arcando com as eventuais consequências dessa decisão.

O período pré-1988 e as primeiras lutas

Até o ano de 1988, quando entra em vigor a nova Constituição Federal, tudo o que se fazia em relação ao Judiciário era visto sob a ótica de uma ação passiva, em que jamais as ONGs e os movimentos sociais adotavam uma atitude provocativa com o objetivo de reivindicar o reconhecimento dos seus direitos.

Havia uma visão de que não era bom ir ao Judiciário, porque este seria sempre um Poder contrário aos interesses dos trabalhadores rurais, dos índios, do meio ambiente etc. Essa visão determinava uma atitude no sentido de que só quando, por exemplo, alguém que se dissesse proprietário de uma dada terra movesse uma ação judicial para expulsar os posseiros que lá moravam, caberia então vigente, de atuação para fazer a defesa dos trabalhadores rurais. E isso afinal se explicava, pois o fato é que realmente o Judiciário, até 1988, funcionava como garantidor único e exclusivo dos interesses dos proprietários rurais e de grandes grupos econômicos.

Com a Constituição de 1988, surgem rachaduras nesse grande edifício. Ao reconhecer direitos para índios, quilombolas e para a sociedade como um todo – titular do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado –, a carta constitucional permitiu que o padrão, até então vigente de atuação perante o Poder Judiciário, fosse alterado. Estabelecia-se, dessa forma, a necessidade de adoção da estratégia de provocar o Judiciário, ou em outras palavras, de dar o primeiro passo, ao invés de apenas esperar para se defender. Mesmo porque, para os titulares de determinados tipos de direitos, a verdade é que, se ficarem esperando que alguém os provoque para que possam ser reconhecidos, nada vai acontecer. E, muitas vezes, o decurso do tempo pode ter consequências graves: o que se poderia querer proteger, talvez possa não existir mais. É o caso do meio ambiente, onde só uma atitude dos cidadãos, de ONGs, pode fazer com que determinadas situações sejam modificadas ou prevenidas.

Vejamos, a título de exemplo, o caso da cidade de Cubatão, no estado de São Paulo. Até o final da década de 1980, prevaleciam ali índices absurdos de poluição, em razão do grande número de indústrias químicas instaladas no local, que funcionavam sem a adoção dos mínimos cuidados para a proteção da saúde humana e do meio ambiente. Infelizmente, ficou famoso o fato de que, em Cubatão, nasciam crianças sem cérebro em razão da contaminação das mães pelas chaminés das fábricas. Foi quando um grupo de cidadãos paulistanos, liderados pelo advogado Fábio Feldmann, fundou a Oikos, uma ONG para a defesa do meio ambiente, que teve a ousadia de processar as mais importantes indústrias químicas instaladas naquela cidade, requerendo que fossem responsabilizadas pelos danos que provocavam.

A ação judicial até hoje tramita no Judiciário, porque a produção da prova pericial que se exige é complicadíssima: como determinar, dentro de um pólo industrial, a responsabilidade pela poluição do ar de cada qual lá instalado? As empresas são muitas e economicamente poderosas, mas o fato é que todo o movimento provocado pela apresentação da ação judicial, a denúncia pública feita pela Oikos em relação à situação de Cubatão (que ganhou intensa cobertura na mídia), gerou uma cobrança insustentável sobre elas, o que fez com que novos padrões de produção fossem adotados. Hoje, Cubatão não é o melhor lugar do mundo para se viver, apesar da beleza da Serra do Mar, mas se distanciou do inferno de poluição em que a cidade vivia mergulhada.

Outro caso que merece registro é o do advogado Alberto Contar^[29], que atuava na região de Maringá, estado do Paraná. Lá, a destruição do meio ambiente se deu quase que por completo, devido ao avanço da agricultura de larga escala, que derrubou todas as árvores, não respeitando a legislação, que determina que cada propriedade deve manter uma faixa mínima preservada com vegetação nativa – a chamada Reserva Legal. No caso do Paraná e de toda a região Sul do país, essa faixa é de 20% da área total da propriedade.

Quando a Reserva Legal não é respeitada, cabe ao Poder Público exigir que o proprietário da terra faça a recuperação da faixa de terra em questão. A ideia é plantar a vegetação nativa e promover a recomposição da Natureza que a ação humana destruiu. No entanto, na grande maioria das vezes, ninguém faz nada e os órgãos ambientais fazem de conta que não sabem do problema. O MP, por sua vez, nem sempre consegue acionar judicialmente todos os proprietários, que são muitos em todo o país, fazendo com que o problema se repita e certamente não se limite ao Sul (agora mesmo, na região Norte, isso já começa a tomar a mesma dimensão que tem no Sul e no Sudeste).

Alberto Contar resolveu comprar a briga com os fazendeiros de Maringá em benefício da sociedade e da proteção do meio ambiente para as presentes e as futuras gerações. Ele criou uma ONG, a Associação Brasileira de Defesa Ambiental (ABDF), na qual fazia quase tudo. Com fundamento na Lei da Ação Civil Pública, propôs várias ações judiciais, exigindo que os proprietários recuperassem a Reserva Legal em suas terras. Foi bem-sucedido em muitas iniciativas, o que se traduziu em inúmeras árvores plantadas ao longo dos rios daquela região.

[29] Alberto Contar faleceu em 30/07/2007.

Assessoria jurídica a ONGs e movimentos sociais

A atitude dos advogados que assessoram ONGs e movimentos sociais foi se modificando ao longo dos anos. Houve um grande esforço para a criação de redes que os reunisse e possibilitasse a discussão das dificuldades desse tipo de atividade, com debates específicos sobre os aspectos técnicos da litigância perante o Judiciário. Não é incomum que recaiam sobre os advogados que defendem direitos humanos ameaças de todo o tipo, com o objetivo de intimidá-los e de paralisar as suas iniciativas. Nesse sentido, a Rede Nacional de Advogados Populares (Renap), que congrega advogados de ONGs e de movimentos sociais em todo o país, passou a desempenhar o importante papel de catalisar as discussões sobre a defesa dos direitos e interesses da sociedade civil, procurando estimular o exercício de uma advocacia popular de interesse público. São vários os casos em que advogados que fazem parte da Renap atuam diretamente, ou por meio de suas próprias organizações, na defesa de direitos sociais e ambientais. Assim é o advogado Eduardo Alexandre Correa, que defende os quilombolas da cidade de Alcântara, no Maranhão, ameaçados de serem expulsos de suas terras tradicionais pela expansão da Base de Lançamento de Foguetes instalada naquela cidade. O advogado da Renap, neste caso, atua em conjunto com o advogado Roberto Rainha, da Rede Nacional de Justiça e Direitos Humanos.

Muitas vezes, a ação judicial é o meio utilizado para alcançar um objetivo concreto, como, por exemplo, suspender a realização de uma audiência pública para debater o licenciamento de uma obra que degrada o meio ambiente, visto que a sua convocação teria se dado de forma irregular. Obtida a decisão que suspende a audiência, é possível aos movimentos sociais acompanharem o debate sobre a obra de forma mais tranquila, não se deixando atropelar pela pressa de ver a obra autorizada que acomete os seus interessados (governos e empreendedores). Já ocorreu algumas vezes em que, suspenso o debate sobre uma obra, ela acabe por sair do cardápio de prioridades do governo, substituída por outra “bola da vez”. Isso demonstra que os efeitos das decisões do Judiciário podem variar de grau e de intensidade, sob a perspectiva da demanda social, indo muito além daquilo que está simplesmente descrito no processo.

Isso também significa que uma ação judicial, ao contrário do que pode parecer, não é um filho que precisa ser cuidado para sempre. Dependendo do caso, ela pode ter um ciclo de existência bem rápido; produzindo ou não resultados satisfatórios, é possível fechar esse ciclo quando o objetivo pretendido é alcançado, ou quando se configure que isso não irá acontecer. A ação judicial, o processo, é um meio, não um fim em si mesmo.

Embora os exemplos acima atestem a relevância da utilização do espaço do Judiciário para a defesa e proteção dos interesses sociais e ambientais, na prática, as ONGs, em sua maioria, não fazem uso desse espaço. O trabalho junto ao Judiciário é de elaboração complicada e costuma exigir mais tempo, o que faz com que se avalie que as alternativas de atuação perante o Legislativo e o Executivo se afiguram como mais realistas.

Considerações finais

O problema dessa avaliação é que, no combate pela justiça no Brasil, não se pode trabalhar, apenas, com a visão de que o Executivo e o Legislativo resolvem. Primeiramente, esses Poderes também são lentos na solução dos problemas – a votação do Estatuto dos Povos Indígenas, só para citar um exemplo, tramita no Congresso desde 1991 e, enquanto isso, os índios continuam a lidar com as contradições de uma legislação conservadora e obsoleta.

Não bastasse, quando o Congresso vota a lei e o Executivo manifesta o seu desejo de implementá-la, o Judiciário é a última trincheira da qual se valem os interesse contrariados. É o que vemos quando se questiona no STF o decreto que regulamenta o dispositivo constitucional que reconhece as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas. É a posição a ser tomada pelo Judiciário que irá definir, no caso dos quilombolas, se o que foi feito pelo Legislativo e pelo Executivo, afinal, sobrevive ou não.

Não se trata de criticar a atuação diante do Executivo ou do Legislativo, que, sabemos, é legítima e absolutamente necessária. Esse trabalho precisa ser respeitado e louvado, pois que tampouco trafega por estrada de fácil acesso. Na verdade, em um dado momento, essa estratégia precisou realmente ser privilegiada, pois cabia construir a legislação de amparo às lutas pelo reconhecimento dos direitos sociais e ambientais.

Agora, com o crescente ativismo do Judiciário na definição das políticas públicas no Brasil, a sociedade civil brasileira precisa incluí-lo na sua pauta de trabalho, para não arriscar perder os avanços duramente conquistados desde 1988. Retomando o argumento apresentado no início deste texto, o fato de que a atuação do MP é fundamental para exigir dos governantes o respeito ao interesse público, isso não dispensa a sociedade civil de buscar em seu nome o respeito aos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Ana Valéria (organizadora). A Defesa dos Direitos Indígenas no Judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas (NDI), São Paulo, Instituto Socioambiental, 1995.

CONTAR, Alberto. Meio Ambiente: dos Delitos e das Penas, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

FARIA, José Eduardo (org.). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança, Brasília, Editora UnB, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. Movimentos Sociais e Direito, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público, São Paulo, Editora Saraiva, 1997;

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Direito Legal e Insulto Moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002.

PIOVESAN, Flávia, e SOUZA, Douglas Martins de (coordenação). Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial, Brasília, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR, 2006.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, 6ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Letícia Borges da, e OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coordenadores). Socioambientalismo: Uma Realidade – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Curitiba, Juruá Editora, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política, 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

02 “O GRANDE ATOLEIRO DE CARNE”: MULHERES, CERVEJAS E GILBERTO FREYRE

por Rebeca Oliveira Duarte^[30]

Racismo e Mídia

A abertura da novela é acompanhada pela voz da cantora. Vagarosa, anuncia na letra, ao final, o título do folhetim, homônimo à canção: 'Da Cor do Pecado'. A marca da novela, dita a primeira global a ter uma protagonista negra, é exatamente a última imagem da chamada – a “cor do pecado” é a inscrição sobre o corpo nu de uma mulher negra.

Aquela imagem representa o aparato ideológico que carrega a mídia em geral sobre o corpo da mulher – em especial, da mulher negra. Em um segundo, imagem e música demonstram o ideário reproduzido constantemente pelos meios de comunicação e pela literatura, formado historicamente por estereótipos de um senso comum racista e sexista. Tão senso comum que pouco ou nada é dito sobre o assunto, a não ser no interior do movimento negro.

Comumente, esses estereótipos movimentam as representações das mulheres nos diversos espaços midiáticos; seja em programas televisivos, propagandas, revistas impressas, meio eletrônico, a sutileza do racismo e do sexismo se expressa pela invisibilidade ou pela visibilização negativa da negra. Ou a mulher negra não encontra espaço nos núcleos de interpretação e propagandas, ocupa espaços secundários ou, quando protagoniza, ocupa lugares pré-estabelecidos pelo senso comum racista – da sexualidade exacerbada, objetificação sexual, como a imagem da “mulata Globeleza”-; ou, ainda, é distanciada das realidades sociais e culturais negras, tendo esvaziada sua contextualização familiar e comunitária, como uma espécie de condição para o seu protagonismo.

Os meios de comunicação, nesses casos, assumem uma função pedagógica às avessas: perpetuam as arcaicas conformações raciais discriminatórias, consolidando-as, e as rearticulam em novas representações do mesmo modelo, reoxigenando o senso comum racista e retomando o círculo vicioso. Com isso, alimentam, além do racismo cultural, as condutas individuais discriminatórias que reproduzem as imagens, os conceitos e as expressões largamente difundidas pela mídia em geral.

[30] Rebeca Oliveira Duarte: Advogada e Cientista Política do Observatório Negro.

As manifestações sociais racistas de negação do sujeito negro – por sua repressão objetiva ou por sua repressão simbólica, mediante a invisibilidade ou visibilização negativa – resultam por sua vez na dispersão da população negra no tocante à exigibilidade de seus direitos coletivos e, conseqüentemente, no enfraquecimento da pessoa negra em relação aos seus direitos individuais. Isso significa, expressamente, a dificuldade da(o) negra(o) em perceber-se vulnerabilizada por sua condição racial e, mais ainda, a liberdade de ser negro sem, por isso, ser sujeito passivo à ação discriminatória. Ou seja, trata-se do direito fundamental de ser.

A condição de ser negro, porém, num Estado estruturalmente racista como o Brasil, constituiu-se na identidade contrastiva ao ideário branco: é, portanto, a condição do não-ser branco que impõe às pessoas negras a condição de não serem sujeitos. Negada a existência do ser negro, nega-se o seu direito enquanto tal, limitando o campo do bem jurídico atingido a aspectos não relacionados à violação da igualdade racial pela discriminação; geralmente, as manifestações racistas ganham o status de cultura brasileira, principalmente quando se relaciona às imagens objetificadas do corpo da mulher e do homem negros no país do samba e do futebol. E da cerveja.

O monitoramento da mídia

O Observatório Negro (ONeg), como entidade da sociedade civil que nasce do Movimento Negro, vem atuando no monitoramento da mídia contra a discriminação racial e sexista, denunciando a utilização de estereótipos de desumanização da pessoa negra e da mulher, banalizados e integrados a uma “cultura” nacional.

Seguindo a linha de atuação da advocacia política, o ONeg busca articular-se ao movimento social negro em seus segmentos organizados, assim como ao movimento de direitos humanos. No estado de Pernambuco, participa da Articulação Negra de Pernambuco e da articulação estadual do Movimento Nacional de Direitos Humanos; nacionalmente, integra a AMNB – Articulação de Mulheres Negras Brasileiras e, internacionalmente, da Red de Mujeres Afrolatinoamericanas, afrocaribenãs y de la Diáspora.

A partir de e fundamentada em suas articulações e redes, a entidade assumiu a missão do combate ao racismo, necessariamente provocando a sociedade, os gestores públicos e, especialmente, o sistema de justiça e segurança na denúncia da discriminação racial e de gênero.

Os Ministérios Públicos surgem, nesse panorama, como atores fundamentais a serem provocados para o combate ao racismo. Provocados sim, pois, diga-se de passagem, apesar de terem a prerrogativa da atuação de ofício, quando o assunto é racismo não há nada que provoque mais o pensamento jurídico hegemônico.

Em diversos casos, escolhemos situações exemplares para representar ao Ministério Público – Estadual ou Federal, mas principalmente Estadual –, contra programas ou propagandas em que a imagem da mulher, do negro e especialmente da mulher negra fosse veiculada utilizando estereótipos de inferioridade ou desumanização. Desde novelas de impacto nacional, como a novela 'A Lua Me Disse', da TV Globo, em que o autor colocou duas mulheres negras em situação de ridicularização por sua condição racial; programa infantil, também da TV Globo, como 'Xuxa no Mundo da Imaginação', quando houve, em 2003, a representação de uma personagem fantasiada de macaca com a pele negra, incentivando a associação da negra ao animal; até propagandas, como no caso da Assolan em 2007, que construiu a imagem “cabelos de assolan” usando perucas de palha de aço em formato de “Black Power”. Nesses casos específicos, foram ativados o Ministério Público Federal de São Paulo e o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro e, exceto no caso do programa 'Xuxa no Mundo da Imaginação' em que o MPE-RJ realizou procedimento administrativo, todos foram sumariamente arquivados. No caso da Assolan, o procurador Dr. Sérgio Suiama ainda se utilizou de um parecer antropológico para não apresentar qualquer fundamento jurídico do arquivamento do pedido.

No Ministério Público do Estado de Pernambuco, porém, tivemos experiências diferentes. Dois casos podem ser considerados exemplos de uma intervenção fundamental do Ministério Público na garantia dos direitos da população negra à igualdade racial. Neles, o acordo entre denunciante – o Observatório Negro – e denunciados possibilitou a compensação de seu ato racista, ainda que parcial, por parte destes.

Um dos casos foi o da propaganda, veiculada no estado de Pernambuco, da Água Sanitária Dragão. Nessa propaganda havia uma explícita situação de assédio sexual contra uma trabalhadora doméstica, quando se reproduzia uma cena de voyeurismo do empregador em relação à empregada (branca) em seu quarto; em seguida, surgia a imagem de uma mulher negra para “assombrá-lo”, no papel da esposa enfeitada, para apanhá-lo no “flagra”. Chamados à Promotoria de Direitos Humanos pela Dra. Judith Borba, os representantes da agência de propaganda chegaram ao acordo com a entidade denunciante para retirar a propaganda de circulação, mesmo que já houvesse o contrato de mais de um mês com a emissora. Além da retirada, a agência realizou nova campanha na intenção de “homenagear” as mulheres, em sua diversidade racial e de geração.

O outro caso, de 2009, foi de um programa radiofônico da Rádio Jornal, em que o radialista repassou uma piada racista no ar. Chamado, junto ao representante da empresa, também pela promotora Dra. Judith Borba, o radialista pediu desculpas, reconheceu o erro e acordou realizar um programa especial para tratar do problema do racismo; quanto ao representante, houve resistência de sua parte em reconhecer que há manifestações racistas de sua empresa, já denunciada por outros programas em que foi manifesta a discriminação racial. Assim, a empresa em questão, Jornal do Commercio, está ainda a dever à população negra uma postura pró-ativa no combate ao racismo institucional.

Mas são outros dois casos que apresentamos aqui em seus desdobramentos, considerados exemplares pela mobilização social realizada e pela qualidade das argumentações sexistas e racistas que produziram/produzem um embate ainda não resolvido. Trata-se da representação feita em 2005 contra as campanhas publicitárias de diversas cervejarias, com o uso abusivo do corpo da mulher como objeto de consumo, e de representações diversas que vêm desde também o ano de 2005 contra a publicação de Casa Grande e Senzala em Quadrinhos, pela Fundação Gilberto Freyre e Global Editora, em que são veiculados, de forma agressiva e discriminatória, imagens e dizeres ofensivos às crianças, homens e principalmente mulheres negras e indígenas.

● **Caso 1: Cervejarias**

No início do ano de 2005, aproveitando o ciclo carnavalesco, diversas marcas de cerveja lançaram maciçamente campanhas publicitárias que, sob a justificativa do verão, abusavam da imagem da mulher seminua, mercantilizando o corpo feminino, inclusive sob conceitos de inferioridade que resultaram em discriminação direta de gênero e de geração e, indiretamente, também racial.

A marca ANTÁRTICA veiculou campanha intitulada “Verão na boa”, através de cartazes internos e mídia exterior. Nesta campanha, usava montagens em que as garrafas da cerveja formavam o púbis e as nádegas de uma mulher, sempre acompanhada do então slogan – a “B.O.A.”. Essa campanha circulou por toda a capital recifense, fartamente distribuída por mídia externa em eixos de grande circulação.

Da mesma forma, a Kaiser nesse tempo elaborou o slogan “Vem, Kaiser, Vem”, utilizando o corpo feminino como atrativo publicitário: em cartazes e banners expostos nos bares, a imagem vendida era a de uma mulher seminua deitada sobre uma garrafa da marca. Na propaganda televisiva, utilizava padrões estereotipados da imagem feminina que discriminavam quanto à geração: enquanto mulheres idosas chamam, em “sessão espírita”, o espírito do marido de uma delas, ele “escapa” das mesmas, indo ao inferno, onde encontra mulheres jovens e quase despidas, com quem ele escolhe beber a cerveja.

A discriminação de mulheres idosas também foi o ponto central de outra cervejaria, a Nova Schin. Em certa propaganda – retirada de veiculação inclusive pelos protestos que gerou de defensores(as) dos direitos da pessoa idosa – defendia o jargão “Quanto mais nova melhor” para convencer o público a consumir sua marca. Acontece que o “quanto mais nova” utilizou, como comparação, a mulher, quando apresentou dois homens fugindo de mulheres idosas e encontrando a “salvação” na imagem de mulheres jovens em trajes de praia. Mesmo retirando a referida propaganda do ar, a marca manteve o slogan, já associado no imaginário social à mulher, pelo conteúdo ideológico assumido desde o início da campanha.

Quanto à Skol, as campanhas desta cervejaria adotaram duas práticas diferenciadas: enquanto demonstrava preocupação social pelo combate aos preconceitos em suas campanhas publicitárias, permanecia adotando uma mídia externa que usava o corpo feminino na comercialização da cerveja, na série “Estilos de Pedir” e na série “A Cerveja Que Desce Redondo”. Em todas as marcas, o estereótipo dominante era o da mulher branca, esguia e jovem, associado aos padrões preferenciais de beleza.

O Movimento Nacional de Direitos Humanos, a Articulação Negra de Pernambuco, o Fórum de Mulheres de Pernambuco, a Articulação de Mulheres Brasileiras, o Observatório Negro, o SOS Corpo e as Mulheres do PSTU ingressaram com uma representação à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – Ministério Público Federal – em Pernambuco, denunciando toda a campanha midiática que abusava de uma imagem objetificada do corpo feminino na capital pernambucana.

As entidades defenderam que a identificação entre o corpo feminino e a cerveja feria a dignidade da pessoa humana e reforçava estereótipos negativos contra a mulher, fortalecendo a imagem cultural e sexista de “mulher objeto”. Nas campanhas denunciadas, fazia-se a apropriação do corpo feminino com fins utilitários e mercadológicos, e veiculava-se uma imagem estética padronizada do corpo feminino, apresentado sempre em trajes minúsculos e, como parte da estratégia de venda, em estreita ligação com o consumo de cerveja. Nessa imagem padronizada, a jovem e magra mulher branca assume o ideal de beleza.

Na representação, as entidades demonstraram que se tratavam de propagandas discriminatórias, e que o Estado brasileiro seria responsável por tomar medidas apropriadas para “modificar os esquemas e padrões de comportamento sociocultural de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, ou de qualquer outro tipo, que estejam baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em papéis estereotipados de homens e mulheres” (Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979).

Buscamos, portanto, sensibilizar o Ministério Público Federal quanto ao significado daquelas formas discriminatórias de apresentação da mulher, que envolvia questões de gênero, de geração e de raça, ainda pelo papel do Ministério Público enquanto agente legítimo da denúncia a ações ilícitas que atingem difusamente a população brasileira, das quais decorrem danos morais difusos e violação aos Direitos Humanos (art. 127 c/c, 129, III da Constituição Federal).

A entrega da representação foi articulada num ato político. Reunidas as entidades, realizou-se audiência com o procurador da República, Dr. Marcelo Mesquita Monte, para receber o documento em mãos e para serem ouvidas as nossas motivações.

Em 01 de junho de 2005, o procurador assina o Despacho nº041/2005/4ª OTC, referente ao procedimento nº 1.26.000.000336/2005-23. A decisão foi pelo arquivamento do procedimento administrativo, sob diversas alegações ideológicas em que banalizavam a gravidade das discriminações cometidas pelas cervejarias e seus publicitários.

Na verdade, o Despacho consistiu numa peça de coroamento do senso comum sexista, não apenas desprezando a voz da sociedade civil que, articulada, apresentou a denúncia, mas também respaldando a conduta de mercantilização do corpo feminino praticada nas campanhas.

Considerando ser *“típico do ser humano a tentativa, ou ao menos o sonho, de realização de desejos diversos cujo alcance lhe proporcionaria a buscada felicidade”*, o procurador Marcelo Monte defendeu que assim como *“a mulher adulta deseja o homem ideal que lhe proporcionaria a família perfeita”*, o *“homem adulto deseja conquistar a linda mulher de corpo ideal”*. Isso para justificar que, por ser o *“público consumidor (das cervejas) majoritário[...].masculino, cujo desejo em nossa sociedade machista liga-se à sexualidade, ou mais especificamente, à beleza feminina”*, a visualização da cerveja *“torna-se então simpática ao homem, não por ser mais saborosa, p. ex., mas por invocar seu desejo”* (fls.93-94)

Essa análise poderia introduzir um texto crítico sobre a exploração das imagens da mulher em propagandas, no entanto, veio inverter o lugar do sujeito vulnerabilizado pela discriminação – qual seja, o homem consumidor no lugar da mulher transformada em objeto de consumo:

Entendo de duvidosa ética tal modo de publicidade, pois fabrica um processo falso, induzindo o consumo de produto que por vezes não era pretendido pelo comprador, mas que é adquirido pelo seu caráter simbólico.

(...) Na propaganda de cerveja, não tenho como agredidas as mulheres em geral, mas sim o próprio homem, que ao invés de escolher determinada marca da bebida pelos seus motivos intrínsecos, o faz em decorrência da semi-hipnose (sic) criada pela peça publicitária (fls. 94-95).

Trouxe o procurador da República, como tentativa de fundamento jurídico, a lei nº 9.294/96 sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos e bebidas alcoólicas, dentre outras substâncias. Por essa lei, no §1º do art. 4º, o procurador vê uma possibilidade legal de proibição das propagandas, já que veda a associação da bebida alcoólica a esporte olímpico ou competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito, ou à sexualidade das pessoas. Mas Descartou logo, porém, essa possibilidade: a lei só trata de bebidas com teor alcoólico superior a 13 graus GL (Gay Lussac), o que não é o caso das cervejas. Assim, decidiu pelo arquivamento do procedimento administrativo.

Indignadas com o teor sexista da decisão do procurador Marcelo Mesquita Monte, as entidades recorreram, o que remeteu o procedimento para a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão, então assumida pelo Dr. Alcides Martins, sub-procurador geral da República e relator do procedimento.

Em relatório assinado em 09 de setembro de 2005, o relator reforçou que “*a Procuradoria da República em Pernambuco não reconheceu a coisificação da mulher nas propagandas de cerveja mas que a agressão, na realidade, se faz com referência ao próprio consumidor*” (fl.17), assumindo a tese do procurador Marcelo Mesquita Monte de que só se veda a relação da sexualidade das pessoas às bebidas alcoólicas quando estas têm teor superior a 13º GL (treze graus Gay Lussac), conforme a Lei nº 9.294/96, art. 1º e §4º do art. 220 da CF/88. Concluiu Alcides Martins, pelo fato de não ter o Ministério Público Federal ingerência sob o “filosófico”, pelo arquivamento dos autos.

A ação contra as cervejarias, no entanto, mal havia iniciado e não parou por aí. Entidades de mulheres por todo o país já haviam desenvolvido ações, mobilização e denúncia contra as propagandas de cerveja, a começar pela Kaiser – com o jargão “Kaiser e mulher: especialidade da casa” –, denunciada pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, em 2004. Nos anos seguintes a essa ação, entidades feministas realizaram audiências públicas em São Paulo, vídeo-conferências e seminários regionais, sobre a imagem da mulher na mídia, que conduziram à inibição do uso abusivo do corpo de mulheres nas propagandas de cerveja.

No entanto, apesar de inibidas, as campanhas publicitárias de cerveja ainda buscam explorar a imagem objetificada do corpo da mulher, mesmo que apenas por alusão. O refreamento dessa conduta depende, sobretudo, de uma maior mobilização social que garanta a efetividade dos direitos da mulher à não discriminação, não as subjungando a valores sexistas de mercantilização e consumo do corpo feminino.

● **Caso 2: Casa Grande e Senzala em Quadrinhos**

Também no ano de 2005, esbarramos numa publicação, dessa vez literária, que vem significando um embate não apenas com um produto racista, mas com a origem intelectual de uma série de estereótipos sobre a mulher negra. Foi republicada, pela Fundação Gilberto Freyre, de Pernambuco, e Global Editora, de São Paulo, a obra intitulada “Casa Grande & Senzala em Quadrinhos”. Trata-se de uma versão juvenil e facilitada, através de desenhos em quadrinhos, do conhecido livro de Gilberto Freyre, tornado célebre por ufanar a identidade nacional como fruto da mestiçagem entre brancos, negros e índios.

O Observatório Negro recebeu a denúncia, por parte de professoras/es do ensino fundamental, da utilização dessa obra em sala de aula, inclusive como incentivo à primeira leitura. Avaliando as imagens e os trechos de Gilberto Freyre utilizados para os quadrinhos, o Observatório Negro, representando a Articulação Negra de Pernambuco, realizou um parecer, encaminhando-o à Procuradoria Federal do Cidadão – PFDC/MPF em Brasília – e, ano seguinte, ao Ministério Público Estadual de Pernambuco.

● **A Representação**^[31]

A clássica obra em muito é discutida, academicamente, por sua cientificidade ou não; ao contrário desta, a publicação em quadrinhos não se propõe científica, porque busca utilizar linguagem direta e de fácil leitura. Não possibilita, portanto, discussão de mérito acerca do conteúdo, dado que não se apresenta como uma vertente de pesquisa, própria para análise, discussão e refutação, como todo conteúdo que se propõe objeto de estudo. O problema surge quando, isenta de possibilidade de refutação – porque perdido seu caráter de objeto de estudo científico – a obra se propõe a reproduzir uma visão distorcida e discriminatória da História do Brasil, perpetuando uma interpretação centrada no olhar da Casa Grande e invisibilizando a participação política, intelectual e econômica da população negra e indígena em sua própria versão desses sujeitos.

As imagens e frases da história em quadrinhos reproduzem, de forma simplória e equivocada, o mito da democracia racial, que, por meio de um processo de revisionismo, desconsidera a opressão, tortura e exploração ocorridas na escravidão colonial, escamoteia e naturaliza os processos de violência física e simbólica sobre crianças, mulheres e homens negros e indígenas.

Inicia-se a transcrever a colonização em uma perspectiva determinista, compreensão já ultrapassada nas análises sociais:

Foi a influência dos trópicos sobre os homens e valores do Velho Mundo que amoleceu a rigidez de certos costumes europeus, predispondo, assim, o português para uma colonização que também exigia adaptação e tolerância (pág. 09).

[31] Elaborada pelo setor jurídico do Observatório Negro.

Impressionantemente, o livro reproduz idéias ultrapassadas, equivocadas e completamente errôneas a respeito do processo colonizador. Apesar de ser hoje reconhecido todo o procedimento político de invasão, conquista e dominação das Américas, África e parte da Ásia por Portugal, que desenvolveu tráfico de seres humanos, como os africanos, o massacre e a quase dizimação dos povos indígenas, e a perseguição e expulsão, das colônias portuguesas, de árabes, mouros e ciganos^[32], a “historinha” insiste em repassar uma colonização tolerante e, por que não dizer, quase amável:

Os portugueses não trouxeram para o Brasil preferências por sistemas políticos ou por essa ou aquela raça ou nação. Apenas exigiam eles que os colonos fossem cristãos. Em certas ocasiões, ia um frade a bordo dos navios de imigrantes verificar a fé religiosa do colono. E era tudo (pág. 14).

A sociedade brasileira foi em toda a América a que melhor manteve em harmonia as relações de raça. Embora sem ir ao excesso, é incontestável ter sido valiosa a interpenetração das duas culturas: a branca (...) e a ameríndia (...) (pág. 16).

Chegam ao extremo de dar explicações inacreditáveis às práticas de tortura contra escravizados/as:

Alguns escravos tinha o ‘vício’ de comer terra. Para combater esse mal, usavam-se máscaras de flandres. Ou, então, era o paciente suspenso do solo e preso a um panacum de cipó. O isolamento durava vários dias, durante os quais o negro ficava sujeito a um regime especial de alimentação (pág. 51).

Apesar de considerar “incontestável” a importância das culturas indígenas, porém, não deixa de identificá-las como sendo inferiores à cultura branca, e de analisar a situação socioeconômica da exploração da mão-de-obra indígena e negra pelo viés determinista:

No contato de duas culturas, uma mais atrasada e outra mais avançada, quase sempre a segunda procura destruir ou exterminar na primeira tudo o que se supõe ser contrário à moral ou aos interesses dos dominadores. Assim fizeram os jesuítas, educando o *culumim (sic)* à maneira dos europeus (pág. 26).

A passagem do nomadismo para o sedentarismo, entre os índios, fora muito brusca e de resultados desastrosos, o que levou o branco a substituí-lo pelo negro. O negro, em geral, culturalmente superior ao ameríndio conhecido pelo português na América, correspondia melhor às contingências do sistema colonizador instalado no Brasil (pág. 30).

[32]Cf. Ordenações Filipinas.

Sem identificar tempo, local e espaço, a referência ao tratamento dado à pessoa escravizada é enganosa, ludibriadora e fantástica. Ao tratar da pessoa negra, o texto não a refere como brasileira, mas tão-somente como seu objeto de uso e sustento. O “brasileiro” a que se refere o texto é unicamente o branco descendente dos colonizadores:

Nenhuma cultura, nenhuma gente, nenhum povo depois do português, exerceu maior influência na cultura brasileira do que o negro. Quase todo brasileiro traz a marca dessa influência. Da negra que o embalou e lhe deu de mamar. Da sinhama que lhe deu de comer, ela própria fazendo com os dedos o bolão de comida (pág. 35).

Reproduz estereótipos naturalistas e objetificantes dos povos, desprezando a história da escravização negra, do tráfico de seres humanos e da diversidade cultural que diferencia as manifestações dos grupos:

Em termos modernos, o negro era extrovertido (alegre, fácil, divertido, acomodaticio, confiante) e o índio um introvertido (triste, difícil, bisonho, relutante, desconfiado). (...) Na Bahia, tem-se a impressão de que todo dia é de festa. (...) Sendo mais expansivo, o negro parece ser também mais ativo que o ameríndio. (...) Isso explica, em parte, por que o negro foi o maior auxiliar do branco na obra colonizadora do Brasil (págs. 35 e 36).

Os angolas (...) eram bons para o trabalho bruto (...). Os ardas eram “tão fogosos que tudo querem cortar de um só golpe” (...). Os da Guiné, bonitos de corpo, eram excelentes para os serviços domésticos, principalmente as mulheres (...). Os mandingas tinham sangue árabe ou tuaregue, eram inteligentes e empreendedores (...) (págs. 37 e 38).

Até mesmo quando tenta considerar a importância da população negra no processo de formação nacional, o quadrinho utiliza uma linguagem depreciadora:

Os escravos provenientes das áreas de cultura negra mais avançadas foram um elemento ativo e criador da colonização brasileira. Longe de terem sido apenas animais de tração e operários de enxada, desempenharam uma função civilizadora. (pág. 39).

Entende-se, já que eles não eram “‘apenas’ animais de tração”, que se quer dizer que o povo negro era isso mesmo e algo mais. Essa ideia é passada pelo livro “didático”, reforçada na imagem de uma criança branca montada em uma criança negra, num suposto “brinquedo” em que a “criança brasileira” recebia como companheiro um “molequinho” (pág. 46).

Da opressão às mulheres negras e indígenas

Ao tratar-se das relações de opressão sexual à mulher negra e aos filhos oriundos dessas relações, porém, é que a animalização da pessoa negra é feita de modo mais contundente:

Noutros vícios escorregava a meninice dos ioiôs. As primeiras vítimas eram os moleques e animais domésticos; mais tarde é que vinha o grande atoleiro de carne: a negra ou a mulata (pág. 48).

No Brasil, muita cria e mulatinho aprendeu a ler e a escrever mais depressa que os meninos brancos (...) (pág. 49).

Sempre, ao falar de crianças negras, chama-os de “molequinhos”, enquanto às brancas chama-as “meninos brancos” (cf. pp. 46, 49, 52, entre outras).

A relação de poder estabelecida sobre mulheres indígenas, que se trata hoje do reconhecimento histórico exigido pelos movimentos indígenas brasileiros, é distorcida de tal modo a representar os corpos das índias ressaltando uma suposta “sensualidade natural”, criando modelos idealizados das mesmas que, pela idéia transcrita no texto, se submetiam como objetos de desejo sexual do colonizador. Da mesma forma, as mulheres negras são descritas como seres de sexualidade ativa e tão-somente objetos de prazer do homem português, considerado, por essa espécie de opressão, mais “tolerante” que outras nacionalidades de colonizadores:

A própria mulher indígena, de pele morena, lembrava a “moura encantada” – essa espécie de sereia das lendas e das tradições lusitanas. Sobretudo quando se banhava nos rios. Além disso, o colono português tendia a misturar-se, pelo casamento ou por qualquer outra forma de união. A princípio com as índias e depois, com as mulheres negras por ele trazidas da África. Essa facilidade em misturar-se era maior no português do que em qualquer outro povo europeu (pág. 10).

Facilitou a mistura das duas “raças” a preferência da mulher gentia pelo homem branco: sonhava a nossa índia em ter filhos pertencentes a um povo que considerava superior, pois, segundo as suas idéias (sic), só tinha valor o parentesco pelo lado paterno (pág. 16).

Na obra contestada, o recurso à imagem potencializa exponencialmente os efeitos danosos da argumentação que, em si mesma, pode ser considerada um libelo racista e sexista: são imagens plasticamente perfeitas, atrativas, que corporificam visualmente as idéias que o texto apenas sugere. Ora, a carga simbólica que trazem os desenhos de mulheres negras e indígenas nuas ao lado de homens e mulheres brancas vestidos e que mostram crianças negras “montadas” por crianças brancas, e outras imagens de igual teor, vem ao encontro de um imaginário nacional em que mulheres negras e indígenas são desconsideradas em sua dignidade humana, reforçando o

caráter de objeto sexual e de despersonalização que o processo de formação nacional impôs a elas, reforçando e justificando esse imaginário.

A imagem da mulher negra e indígena vem sendo veiculada, ao longo destes 506 anos de história, com base em um paradigma, que é o da inferioridade e desconstituição de sua humanidade. Vide, em exemplos mais recentes, os papéis conferidos a atrizes afrodescendentes e indígenas em recente novela da Rede Globo, “ALua Me Disse”, também objeto de representação do Observatório Negro.

Como desdobramento desse paradigma, podemos elencar inúmeros prejuízos. De fato, a discriminação resultante da utilização desses estereótipos não se limita à violência simbólica contra a mulher; há ainda que se considerar os efeitos desse paradigma no que se refere à violência física e psicológica, concretizada nos números do tráfico de seres humanos, da violência sexual, doméstica e infra-familiar contra meninas e mulheres. Tais formas de violência traduzem o sentido de dominação sobre o corpo feminino, um sentido que surge cnicamente na publicidade em geral e nas novelas e se concretiza na crença da superioridade masculina que resulta nos espancamentos, assédios e abusos sexuais, representando o poder que se busca impor através da satisfação dos interesses, desejos ou dos conflitos doentios, sejam eles sexuais ou emocionais, dos algozes; também os cidadãos e cidadãs comuns são vítimas desse poder, eles(as) que constroem suas identidades, expectativas e desejos num dos poucos espaços em que têm acesso a outras linguagens e expressões culturais além daquelas da sua comunidade: a mídia de massa. Repetidamente expostos a essas ideias, têm um potencial maior para repetirem os valores nelas contidos.

Da mesma forma, esse paradigma confirma a naturalização das desigualdades de gênero que, articuladas às desigualdades raciais, se apresentam nas assimetrias quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, em relação aos quais o segmento mais vulnerabilizado pela fragilidade das instituições garantidoras do acesso à justiça é, sem sombra de dúvidas, o segmento de mulheres negras.

Cristalizando tal paradigma, o trecho final do livro é a referência básica de todo o ideário da democracia racial; fecha-se, com o trecho, o arsenal de frases simplistas, desprovidas de preocupação histórica e pedagógica, e a grande fantasia perversa que nega os conflitos raciais – a exclusão, a discriminação, a opressão sobre a população negra e os povos indígenas – existentes na formação brasileira:

(...) em regra geral, ao tempo do Império e do Brasil-Colônia, os cantos dos negros encheram de alegria a vida de nossos antepassados – a vida das casas-grandes e das senzalas, cenários de tantos acontecimentos importantes para a História, a partir do século XVI, da sociedade brasileira (pág. 60).

A Mobilização

O Observatório Negro e a Articulação Negra procuraram desenvolver uma mobilização social de denúncia à obra racista. Além de encaminhar denúncia à PFDC (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão) – órgão do Ministério Público Federal, encaminharam-se, em 2007, ao Conselho Municipal de Promoção da Igualdade Racial em Recife; à Representação Regional do Ministério da Cultura, ATT, Sra. Tarciana Portela; à Secretaria da Educação da Prefeitura da Cidade do Recife, que distribuiu os livros para a rede municipal de ensino; à Diretoria de Promoção da Igualdade Racial da Cidade do Recife; à Secretaria da Educação do Governo do Estado de Pernambuco, que também tinha como proposta a distribuição da obra na rede estadual de ensino; à Secretaria Estadual de Pernambuco da Justiça e Direitos Humanos; ao Conselho Estadual de Pernambuco de Direitos Humanos; à Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco; realizaram moção de repúdio na Conferência de Políticas para Mulheres, ainda em 2007; por fim, encaminharam a denúncia ao Ministério Público do Estado de Pernambuco, e às promotorias da educação e de direitos humanos, com a adesão das entidades do Movimento Nacional de Direitos Humanos – articulação Pernambuco.

No primeiro movimento, a PFDC reencaminhou o caso à PRDC (Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão) de São Paulo, que arquivou o pedido, sob a alegação de não visualizar discriminação racial na obra, que apenas relatava a “história” da escravidão.

Dos órgãos públicos e gestores provocados, apenas o Governo do Estado reagiu à moção de repúdio, elaborando Nota Oficial em 20 de agosto de 2007, se comprometendo a não mais adquirir, distribuir ou utilizar a publicação; do mesmo modo, a Secretaria Especial da Mulher do Governo do Estado de Pernambuco emitiu parecer no Processo nº4600249/2007 reconhecendo que, com base no princípio da promoção dos direitos humanos para a proteção dos direitos das mulheres da população negra e indígena, o uso recorrente de expressões degradantes em torno da mulher na obra “Casa Grande & Senzala em Quadrinhos” tornava-a inadequada à utilização pedagógica, causando graves danos à subjetividade das crianças e adolescentes, sendo desaconselhado o seu uso em escolas da rede pública estadual.

Não houve resposta dos demais órgãos. A Secretaria Municipal de Educação da Cidade do Recife não emitiu nota oficial nem assumiu qualquer responsabilidade diante do fato e embora tenha havido parecer do GTERÊ da mesma Secretaria desaconselhando o seu uso, não emitiu nota oficial nem assumiu qualquer responsabilidade diante do fato.

A Audiência Pública

O Ministério Público Estadual, através dos promotores Dr. Westei Conde e Dra. Katarina Morais de Gusmão, decidiu, em não havendo acordo possível nas diversas audiências entre as partes, realizar audiência pública, tendo esta ocorrido no dia 26 de novembro de 2007, às 14h, na sede do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

Naquela audiência compareceram, além da representação da denunciante - a entidade Observatório Negro -, o representante da Fundação Gilberto Freyre, o advogado Nilzardo Carneiro Leão, a secretária de educação da Prefeitura da Cidade do Recife (PCR), que havia realizado a distribuição do livro na rede municipal de ensino, a representante do GTERÊ, grupo de trabalho sobre educação e relações raciais da PCR, a representante do Coletivo de Entidades Negras (CEN), da Articulação Negra de Pernambuco e, ainda, a representação do Movimento Nacional de Direitos Humanos, a do Centro Dom Hélder Câmara, a do Centro de Cultura Luiz Freire - pela educadora negra Delma Silva, da ONG Dignitatis, da A-Colher, da Relatoria Nacional pelo Direito ao Trabalho - por sua então assessora e militante negra Rivane Arantes. Compareceram, ainda, a militante do movimento negro Marta Rosa, a antropóloga e professora universitária Liana Lewis, o vereador de Olinda e defensor de direitos humanos Marcelo Santa Cruz e o defensor de direitos humanos e cientista político Manoel Moraes.

A audiência foi conduzida pelo promotor de cidadania, dr. Westei Conde e pela dra. Katarina Gusmão, promotora da educação. Como convidada, esteve presente a dra. Bernadete Azevedo, coordenadora do GT Racismo do Ministério Público de Pernambuco (MPPE), que iniciou a sessão considerando a necessidade de se combater os padrões racistas na educação e, portanto, impedir a utilização de material didático que utilize estereótipos racistas, como a obra em questão.

O promotor Dr. Westei Conde em seguida apresentou imagens da obra em que as pessoas negras são apresentadas com referências racistas e levantou as questões suscitadas pela denunciante, a quem deu a palavra em seguida.

O Observatório Negro trouxe os elementos da representação contra a Fundação Gilberto Freyre e contra as Secretarias de Educação da PCR e do Estado de Pernambuco, fazendo a retrospectiva da ação contra a disseminação da obra "Casa Grande & Senzala em Quadrinhos" desde 2005. O Observatório Negro destacou que essa ação se iniciou pelo Ministério Público Federal em Brasília, tendo sido reencaminhado o caso para a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão em São Paulo que, por duas vezes, arquivou o pedido por considerar não haver elementos de racismo na obra denunciada. Relembrou que foi solicitada audiência com representantes da Prefeitura da Cidade do Recife por diversas vezes e, na ausência de

interesse da mesma sobre a denúncia, foi adentrada a representação junto ao MPPE, sendo que, até então, apenas o Governo do Estado havia respondido publicamente pelo compromisso de não utilizar a obra em sala de aula na rede pública estadual. Finalizou afirmando que a obra viola os direitos da população negra, em especial das mulheres e das crianças e adolescentes, sendo, portanto, necessário o seu recolhimento para evitar danos maiores.

Em seguida, deu-se a palavra ao representante da Fundação Gilberto Freyre. Mais uma vez, a FGF demonstrou sua completa indiferença à denúncia, por não enviar nenhum de seus integrantes administrativos ou gestores, apenas o advogado constituído, que se limitou a fazer uma defesa de Gilberto Freyre como um pensador do Brasil, avaliando a obra como a representação da "verdade" e a nossa denúncia como um "mascaramento" dessa dita "verdade"; em sua defesa, cumpriu fervorosamente o papel do homem branco da Casa Grande.

Após a defesa da Casa Grande, deu-se a palavra aos presentes que, em unanimidade, repudiaram a obra como material didático, fazendo a distinção entre a obra original - que tem seu uso restrito em atividades acadêmicas e, portanto, é passível de análises críticas - e a obra quadrinizada, que impõe um cenário vívido de estereótipos racistas e sexistas, colocando a pessoa - principalmente a mulher negra e a mulher indígena - num local de violência naturalizada e tornada parte da cultura nacional como motivo de "orgulho", próprio do mito da democracia racial.

As pessoas participantes contribuíram, ainda, com elementos de prova do racismo presente na obra.

Foram levantados pontos do livro que vão de encontro a uma preocupação pedagógica de formação de crianças e adolescentes; apontaram-se questões do pensamento social que conflitam com o mito da democracia racial propugnado por Gilberto Freyre; representantes do movimento negro repudiaram a obra em nome da população negra; ressaltou-se a importância da mulher negra e a desnecessidade de termos, hoje em dia, uma obra racista daquele porte; concluindo a participação dos presentes, fez-se referência à imagem final do livro, que defende a ideia de que a população negra foi feliz com a escravidão, e demonstrou-se que essa mesma ideia entra diretamente em conflito com a realidade brasileira e pode causar graves danos à subjetividade de estudantes negros.

A secretária municipal de educação, Sra. Malu Alessio, em seu posicionamento apenas afirmou não ter tido conhecimento da distribuição da obra a tempo, somente quando da denúncia, e disse não ter sido uma política da Prefeitura a sua distribuição em sala de aula. No entanto, continuou a não se comprometer publicamente a não utilizá-la, do modo que fez o Governo do Estado.

Finalizando a audiência, o promotor repassou a palavra à denunciante, que reafirmou o pedido de se retirar a obra de circulação, com base na Lei nº 7.716, que determina o recolhimento, por decisão judicial, de obras com conteúdo racista; ainda, solicitou a responsabilização da Fundação Gilberto Freyre pelos danos causados à população negra com a reprodução do livro, bem como cobrou da PCR uma nota pública comprometendo-se a não distribuir nem utilizar a obra na rede pública de ensino.

Com a palavra, o representante da denunciada repetiu o discurso de defesa da obra de Gilberto Freyre, demonstrando indignação por esta ter sido contestada e buscando encontrar apoio em decisões como a do procurador federal em Pernambuco – Marcelo Mesquita Monte, já nosso conhecido da decisão relativa ao caso das cervejarias – e também na posição do homem branco da Casa Grande, que afirmou ser a obra digna de aplausos e não de críticas.

Fechando a audiência, as promotorias da cidadania e da educação se comprometeram a analisar todas as contribuições e elementos para fundamentar a sua decisão.

Essa audiência, que ainda repercute socialmente e da qual aguardamos o encaminhamento definitivo, foi um marco para o movimento negro: uma audiência pública de boa participação da sociedade civil, contestando coletivamente uma obra de conteúdo racista que propugna nada mais que o mito da democracia racial, por seu próprio mentor, Gilberto Freyre.

A obra, no entanto, não é distribuída apenas em Pernambuco. A Fundação Gilberto Freyre, para a sua publicação e distribuição por uma editora paulista, encontrou apoio no Ministério da Cultura que, através do convênio SIAFI nº 588641 disponibilizou R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para a edição e distribuição da obra. Trata-se de uma ação com recursos federais. Diversos convênios estão sendo feitos entre a FGF e gestões públicas. É necessário que haja uma reação em nível nacional contra a distribuição desta obra - Casa Grande & Senzala em Quadrinhos -, tão danosa à população brasileira, em especial às populações negra e indígena.

Enfim...

Vimos que monitorar as expressões racistas e sexistas da nossa sociedade não é fácil. É uma luta muito desigual: de um lado, a maior parte dos meios de comunicação reproduzindo estereótipos inferiorizantes da mulher e em especial da mulher negra, e um aparato doutrinário para justificá-los; de outro, a necessidade de uma mobilização social forte o bastante para confrontá-los.

Tanto o pensamento social quanto o pensamento jurídico hegemônicos fazem parte desse círculo vicioso, que alimenta e retroalimenta o racismo e suas expressões. O papel da sociedade civil organizada e dos movimentos sociais, acreditamos, é cumprir a ação contra-hegemônica que desnaturaliza essas expressões – e o monitoramento da mídia faz parte dessa ação, já que esta consolida as imagens e as representações discriminatórias.

O Ministério Público, constitucionalmente previsto como órgão essencial à Justiça, em cuja prerrogativa está a defesa dos direitos coletivos e difusos, não diferentemente também é permeado desse pensamento social e jurídico hegemônico; provocá-los, seja o MPF ou os MPE, faz parte da necessidade de construir alianças dentro dessas próprias instituições, de forma a viabilizar a concretização de tal prerrogativa e combater o racismo institucional que limita as ações de garantia do direito à dignidade da população negra.

O caso “Casa Grande & Senzala em Quadrinhos”, assim como o combate às propagandas sexistas, ainda não teve fim. Nem há previsão para tanto. Afinal, são séculos de discriminação sexista e racista banalizada em nossas práticas culturais hegemônicas. Não há previsão, por outro lado, para o arrefecimento da nossa luta. Pretendemos, sempre mais, consolidar mecanismos jurídicos e políticos de reação ao racismo na mídia e em todas as expressões comunicativas. E isso passa pelo fortalecimento gradual das protagonistas dessa luta: as mulheres negras. Cada vez mais organizadas, vamos progressivamente apresentando a nossa versão da História, tradicionalmente menosprezada pelo senso comum racista e sexista.

03

ADVOCACY FEMINISTA PARA O ACESSO À JUSTIÇA

*por Elena Erling Severo^[33]
Rubia Abs Da Cruz^[34]*

A THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO é organização não governamental fundada em 1993 e tem como missão a ampliação das condições de acesso à justiça, através da promoção e defesa dos direitos humanos das mulheres, atuando especialmente na Educação Jurídica Popular e na Advocacia Feminista, desenvolvendo projetos, pesquisas e publicações. A Themis foi idealizada por um grupo de advogadas feministas que objetivavam revelar a história de exclusões e conquistas feministas, questionando o mito da igualdade de todos perante a lei, em especial, na igualdade de todas as mulheres. A missão institucional se apóia no fato de que as desigualdades nas relações sociais são estruturadas a partir de diferenças de gênero, raça, classe social e geração.

No desenvolvimento do seu trabalho, foi entidade pioneira no Brasil na criação e no desenvolvimento de cursos de formação de Promotoras Legais Populares – PLPs, inspirada na experiência latino-americana das Paralegales. Desde a sua origem, destaca-se na realização dos cursos de educação jurídica popular, eixo principal de sua intervenção, que consiste na capacitação de mulheres, preferencialmente oriundas da periferia, proporcionando noções básicas de direito e exercício da cidadania. Isso contribui para a diminuição do déficit de cidadania que acomete, em especial, as mulheres de camadas populares. Também desenvolve o programa da advocacia feminista, que atende demandas de violação dos direitos humanos das mulheres em situação de vulnerabilidade social, destacadamente, em casos de violência de gênero, sobre o qual se discorrerá de forma mais aprofundada a seguir.

Nas ações de advocacy têm-se a atuação das Promotoras Legais Populares, Jovens Multiplicadoras de Cidadania e assessoras técnicas nas comunidades e nos conselhos, foros e demais espaços de inserção pública, apontando para o monitoramento e proposição de políticas que visem à promoção da igualdade de gênero e a erradicação da violência e da discriminação contra a mulher. Além disso, importante ação de advocacy ocorre na articulação com as organizações feministas em consórcio, projetos, foro e debates virtuais. Exemplo recente dessa ação foi a construção da Lei Maria da Penha e a participação no Observatório da Lei. Os programas são articulados junto ao Centro de Documentação, Estudos e Pesquisas

[33]Elena Erling Severo: Advogada e apta ao título de bacharel em Ciências Sociais/UFRGS em agosto/09, voluntária no projeto Advocacia Feminista da Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.

[34]Rubia Abs da Cruz: Advogada, Coordenadora Geral da Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Especialista em Direitos Humanos das Mulheres pela Universidade do Chile e Especialista em Direitos Humanos pela American University Washington College of Law; Conselheira Fiscal da Rede Feminista de Saúde e Membro do CLADEM – Comitê Latino Americano e Caribenho em Defesa dos Direitos das Mulheres.

que comporta conhecimento e publicações referentes aos temas trabalhados na organização, pretendendo, dessa forma, a qualificação da intervenção da entidade nas esferas em que atua, buscando responder à demanda de debate sobre gênero, direitos humanos, teoria feminista e demais áreas do direito. Além disso, proporciona que esse debate seja aberto e travado na sociedade, entre e dentro do Poder Público.

A Themis no desenvolvimento de seu trabalho social, além de obter reconhecimento com inúmeros prêmios, nacionais e internacionais, mostrou ter um alcance que ultrapassa as fronteiras jurídicas nacionais e coloca na agenda das discussões o exercício de reflexão sobre a violência contra a mulher, realidade esta, como se verá a seguir, ainda muito presente no cotidiano.

A realidade da violência

Inicia-se trazendo os poucos dados estatísticos nacionais existentes sobre violência doméstica e familiar. Os primeiros remetem à pesquisa realizada pelo Data Senado e demonstram que todas as mulheres que declararam ter sofrido violência, afirmaram que esta foi perpetrada por seus atuais ou ex-companheiros. A pesquisa comprova que a maior parte da violência sofrida dentro de casa é infligida pelos companheiros (12,2%) e maridos (74,8%).^[35]

Aliado a isso, o fenômeno da violência contra a mulher, em especial a que ocorre no âmbito doméstico e das relações familiares, acarreta sérias e graves consequências, não só para o seu pleno e integral desenvolvimento pessoal, comprometendo o exercício da cidadania e dos direitos humanos, mas também para o desenvolvimento econômico e social do país.

Assim, a violência doméstica ainda apresenta como consequência o prejuízo financeiro. Em conformidade com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o faz por ter sofrido agressão física^[36]. A violência doméstica compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB) da América Latina, cerca de US\$ 170 bilhões. No Brasil, a violência doméstica custa ao país 10,5% do seu PIB^[37].

A violência produz gastos e é uma obstrução para o crescimento de um país, reduzindo investimentos e o desenvolvimento da região. Quando se fala sobre os custos econômicos da violência contra a mulher— especialmente doméstica, dada a

[35] www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sepop/pdf/Relatorio%20analitico%20Violencia%20Domestica.pdf

[36] Folha de São Paulo, Caderno São Paulo, 21 de julho de 1998, pp. 1 e 3.

[37] Jornal da Rede Saúde, Informativo da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, Nº 19 – novembro 1999, citado por Valéria Pandjarian, Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação (mimeo). Ver El costo del silencio, Banco Interamericano de Desenvolvimento, 1997, capítulo 3.

sua grande incidência – para os governos, para as mulheres agredidas e para a sociedade, há que se pensar, ao menos, em duas hipóteses: a) do valor dos bens e serviços usados para prevenir e tratar a violência e suas consequências; e 2a) do valor dos bens e serviços que deixam de ser produzidos devido à violência.^[38]

Os altos índices acima referidos referem-se, em parte, a uma estrutura patriarcal em que a violência de gênero nos espaços privados ainda é um fato. Sucede que na divisão sexual do trabalho em que a mulher se restringe, muitas vezes, ao espaço de cuidado com os outros, visto como privado, e ao homem cabe o espaço público, em que estão disponíveis os bens de poder, dominação, capitais social, cultural e econômico, e afins, propicia-se uma atmosfera de controle e posse sobre a presença de tudo o que remete ao feminino.

Contextualizando a violência contra a mulher

Para melhor compreensão sobre a inserção e o desenvolvimento da violência nos espaços privados, deve-se atentar para as consequências de uma socialização permeada pela ordem patriarcal e, ainda, conturbada por valores que relegam à mulher uma postura de submissão. Nesse sentido, o conceito de gênero, surgido da reflexão feminista, traz à tona a desigualdade vivida no contexto das relações entre homens e mulheres, derivando-se disso pelo menos duas proposições. Como esclarece Scott^[39], na primeira delas, o gênero aparece como elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos. Na segunda proposição, o gênero é tido como uma forma primária de dar o significado às relações de poder^[40]. Resultado disso são as denominadas assimetrias das relações de poder, com reflexos na forma como a violência de gênero se expressa no processo de socialização. Vale dizer, portanto, que, muitas vezes, é na mais tenra infância que se inicia a lógica de dominação do masculino sobre o feminino e que prossegue, na maioria dos casos, na educação escolar e nas campanhas publicitárias, entre outros espaços, fazendo com que a mudança de cultura neste contexto seja muito lenta.

A cada quatro crianças e/ou adolescentes que sofreram crimes sexuais, três são meninas. Trata-se de uma estatística internacional apresentada no Dossiê – Violência de Gênero contra Meninas – produzido pelas Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos e Rede Feminista de Saúde Regional do Rio Grande do Sul^[41]. As culturas adultocêntrica e falocêntrica estão geralmente associadas na legitimação da violência contra a mulher e contra as crianças e os

[38] Ver: Demasiado Cercano al Hogar: Violencia doméstica en las Américas. BID, Estados Unidos, 1999, especialmente el Capítulo 3, apud "Reflexiones sobre el contexto económico de la violencia doméstica contra las mujeres en Latino América desde una perspectiva de género", Valéria Pandjarjian (mimeo, original en inglés). Texto disponível no Anexo V do Informe do CLADEM à Relatora Especial da ONU sobre Violência contra a Mulher (em espanhol): <http://www.cladem.org/espanol/regionales/Violenciadegenero/Monitoreando/VIOINFOR.DOC>

[39] SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: Revista Educação e Realidade. Porto Alegre: Editora da UFRGS, v. 20, jul/dez 1995, p. 71-99.

[40] Idem, p. 86.

[41] Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Reprodutivos, 2005, p. 04.

adolescentes, especialmente, as do sexo feminino. As meninas, desde cedo, aprendem o dever à obediência à figura paterna, submetendo-se aos desígnios desta e, conseqüentemente, não podem recusar-se às suas investidas sexuais^[42]. A convivência nesse meio hostil para a criança e o adolescente acarreta na naturalização e na banalização de práticas abusivas. A reiteração dessas práticas pode conduzir à introjeção de um modelo de relação conjugal como único possível, no qual a violência está presente, reforçando o comportamento da subordinação da mulher como regra dos laços estabelecidos no seio familiar. Ao interiorizar essas concepções como pertencentes à dinâmica familiar e como algo que não poderia ser evitado, a violência e a submissão do gênero feminino tornam-se invisíveis, ou seja, as situações de violência sofrida não são identificadas como tal.

Narvaz, como Soares, coloca que o sofrimento continuado de abusos físicos gera nas mulheres distorções cognitivas, o que pode levar ao desenvolvimento da “Síndrome de Estocolmo”. Nessa linha, vale ressaltar que prisioneiros ou reféns que recebem tratamento desumano, tendem a desenvolver a obediência voluntária aos seus algozes.

Nesse sentido, importante abordar a ocorrência da violência conjugal e refletir por que independentemente da estrutura social adversa para a mulher em relação ao homem, a violência de gênero atinge determinadas pessoas e não outras. E também por que as mulheres que sofrem esse tipo de violência não conseguem romper imediatamente com esse padrão de conduta.

Para Azevedo^[43], que assume a perspectiva do conceito de violência pregado por Chauí, “ao analisar a violência contra a mulher como forma específica de violência interpessoal nas relações conjugais^[44]” existem dois conjuntos de fatores denominados condicionantes e precipitantes. O primeiro refere-se ao sistema social – capitalista – e sua característica discriminatória à mulher. O segundo compreende a utilização de substâncias químicas (álcool e tóxicos), além do estresse e cansaço que desencadeiam descontrole emocional, levando a atos agressivos. Essa conclusão tem por base o estudo de mais de dois mil boletins de ocorrências de violência às mulheres, registrados em cinquenta distritos policiais de São Paulo em 1981. Anterior, portanto, à criação da primeira Delegacia de Defesa da Mulher. Esse estudo, que teve como objetivo traçar o perfil dos homens, o perfil das mulheres, e elencar os tipos de violência constantes nos boletins, embora, seja bastante significativo, não transcende a vitimização, ainda experimentada por muitas mulheres. Retorna-se na pesquisa a culpabilização exclusiva dos homens nos atos de violência, já que parte-se do pressuposto da sua tendência em ser agressivo e, dessa forma, apela-se para modelos globalizantes e gerais que desqualificam as nuances e

[42] NARVAZ, 2005, p. 38-48 apud Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Reprodutivos, 2005, p. 18.

[43] GREGORI, Maria Filonema. *Cenas e Queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993, pp. 125-127.

[44] Idem, p. 125.

as diferenças nos relacionamentos conjugais, mesmo que celebrados no interior de uma ordem patriarcal. Nesse sentido, Gregori traz a contribuição de Chauí. Compactua esta autora com a idéia de opressão formulada pelo feminismo, todavia, não como “ato de transgressão de normas e leis, mas, ao contrário, como expressão de uma ‘normalidade’ social que converte diferenças em relações hierárquicas com fins de dominação, exploração e opressão^[45]”.

No tocante às explicações sobre a permanência das mulheres em relacionamentos de constantes sofrimentos físico, psíquico e moral, a primeira baseia-se na ordem social e reúne padrões de comportamento e atitudes, e os recursos de cada comunidade. De acordo com essa primeira explicação, uma lista representativa de motivos pelos quais as mulheres permanecem numa relação abusiva, encontra-se no texto de Barbara Hart, divulgado pela Coalização da Pensilvânia^[46] (EUA) contra a violência doméstica. São eles: 1) esperança de que o marido/companheiro mude seu comportamento, demonstrando o seu amor, dizendo-se disposto a reconhecer os seus erros e a mudar; 2) isolamento – alto grau de vigilância do marido/companheiro sobre sua esposa/companheira, no que esta restringe contato com seus amigos e familiares pelo constrangimento e vergonha de ter a sua situação conjugal publicizada; 3) negação social – banalização da violência ocorrida no âmbito doméstico por parte de especialistas que deveriam comprometer-se com as mulheres inseridas nessa realidade, como médicos, psicoterapeutas, líderes religiosos, policiais, advogados, etc; 4) empecilhos para o rompimento – quando a mulher decide terminar a relação, o companheiro passa a ameaçá-la, bem como aos filhos do casal, quanto à sua integridade física e risco de morte; 5) crença em que os agressores ao tratar seu comportamento agressivo, voluntária, ou forçosamente por mandado judicial, as mulheres reforçam suas esperanças de recomporem seu laço matrimonial; 6) risco do rompimento – muitas mulheres são assassinadas ao acabar a relação, e, algumas vezes, as ameaças contra as suas vidas e as de seus filhos se tornam mais intensas no ínterim da separação; 7) autonomia econômica – muitas mulheres não detêm uma capacitação profissional necessária para estabelecer novas relações de trabalho; 8) deixar a relação é um longo processo e implica preparo emocional para o desenlace, preparo das condições de segurança para a fuga, o que requer levantamento de recursos disponíveis na comunidade e sua viabilização, e preparo para a auto-suficiência material^[47].

Em entrevista realizada em 2009 pelo Ibope/Instituto Avon^[48], foi constatado que 17% das mulheres consultadas declararam que mantêm a relação porque têm medo de serem assassinadas.

A segunda explicação diz respeito a uma patologia desenvolvida como reação a vivência de sucessivas experiências traumáticas, denominada síndrome do estresse

[45] Idem, p. 131.

[46] PCADV, 1990.

[47] SOARES, 1999, p. 149-150.

[48] Ibope/Instituto Avon, 2009 – Base Amostra (2002).

pós-traumático. O trauma desenvolvido por mulheres em situação de violência conjugal (*battered woman syndrome*^[49]), explicada pela relação abusiva, seria um subtipo do estresse pós-traumático.

Segundo os critérios do DSM-III-R (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 3ª. ed. rev.), a “síndrome do estresse pós-traumático” engloba os seguintes critérios: 1) presença de um fator de estresse, capaz de causar uma resposta traumática; 2) sintomas que prevalecem por mais de um mês; 3) mudanças mensuráveis na memória e na cognição; 4) pelo menos três sintomas mensuráveis de evitação; 4) pelo menos três sintomas mensuráveis de excitação (Walker, 1993). Essas síndromes e desordens vêm frequentemente acompanhadas do que se chamou de “*learned helplessness*”, que traduzo precariamente como “desesperança aprendida”. (Walker, 1979; Dutton, 1995; Tiffit, 1993; Barnes e La Violette, 1993; Pagelow, 1984)^[50].

Aplicando essas teorias ao contexto da violência doméstica significa dizer que as mulheres submetidas a experiências crônicas de violência conjugal, sofreriam alterações nas suas capacidades objetivas de percepção, o que as impedia de reagir. Diante disso, procuravam alternativas estratégicas e imediatas de modo a evitar ou minimizar os ataques agressivos de seus parceiros. Outra variante do conceito de desesperança aprendida, formulado pela estudiosa Soares, similar à violência doméstica nos escritos feministas, é a chamada “síndrome de Estocolmo”, já referida anteriormente.

A mulher submetida às agressões físicas, psicológicas e morais no interior de seu lar, passa a incorporar essa situação como verdadeira e, muitas vezes, como única possível, em função da alteração do seu senso da realidade.

Para Walker e suas seguidoras^[51], as mulheres são atingidas de modo bastante intenso pela violência, o que, além de comprometer a sua percepção, permite a interiorização da sua nulificação pessoal, a qual o seu companheiro procura lhe impor e, concomitantemente, desenvolve em relação a ele sentimentos de gratidão e reconhecimento. Essa autora, através de pesquisas laboratoriais, pôde adicionar um caráter científico ao descrever um padrão de violência, antes baseado apenas nos relatos de suas pacientes e entrevistadas. Note-se que essas pesquisas adotam a ciência da psicologia comportamental, cuja metodologia utilizada foi a realização de testes com animais e, posteriormente, testes com seres humanos. Soares salienta e reconhece os problemas que podem haver nos resultados apoiados em testes de laboratórios sobre a observação do comportamento humano e animal, ainda mais por serem submetidos a condições provocadas de estresse e a desafios controlados.

[49] Idem, p. 131. Traduzido para o português como “Síndrome da mulher espancada”, tradução imperfeita.

[50] Idem, p. 142-143.

[51] WALKER, 1993 apud SOARES, 1999, p. 143.

Nesses testes, a avaliação do comportamento humano estaria comprometida, pois isolado de todas as variáveis a que associado em condições “naturais”. A sua preocupação maior, todavia, se pauta na consequência da interpretação desses resultados remeterem a uma concepção universalista, pressuposto das correntes feministas mais radicais, o que não seria o caso.

Uma das formas das mulheres, inseridas num contexto doméstico e familiar de violência, transformarem a passividade e a impotência em valores de afirmação é trazer a sua experiência para a dimensão coletiva e dar ao seu problema, em forma de narrativa, o caráter de testemunho político, a exemplo do Programa das Promotoras Legais Populares desenvolvido pela Themis.

Deve-se atentar para o fato de que nem todas as mulheres submetidas a uma relação abusiva, necessariamente, apresentarão os sintomas acima expostos. E quanto a isso, há de se cuidar para que a essas mulheres seja despendida a mesma atenção da literatura, serviços e profissionais especializados em lidar com a violência de gênero contra a mulher, sob pena de se estar reforçando a sua exclusão do sistema social concernente à busca pela equidade de condições. Se uma mulher, dada a sua condição biológica, e todas as consequências daí advindas, sofrer qualquer discriminação, especialmente, por sua socialização ter se dado numa ordem patriarcal, todas as mulheres estão sofrendo discriminação. Na medida em que se diferencia o tratamento relegado a uma mulher que se mostra mais vulnerável à violência sofrida em detrimento de outra com o mesmo problema, mas que demonstra maior capacidade de resiliência, está se criando obstáculos por aquilo que todas as cidadãs almejam: a verdadeira igualdade de acesso aos recursos, bens disponíveis e poder.

Instrumentos de Justiciabilidade na incidência da violência de gênero – a Lei Maria da Penha.

Conforme mencionado anteriormente, a Themis desenvolve o programa de advocacia feminista e busca, em sua atuação, jurisprudências favoráveis às mulheres, além de introduzir os standares internacionais de direitos humanos das mulheres no âmbito interno, trabalhando igualmente com litígio internacional, na perspectiva de combater violações ocorridas e perpetradas no estado brasileiro. O programa atende demandas de violação dos direitos humanos das mulheres em situação de vulnerabilidade social, destacadamente, em casos de violência de gênero, direitos sexuais e reprodutivos, racismo e discriminação, tendo conquistado jurisprudências favoráveis às mulheres. Já foram enviadas pela Themis três situações de violação de direitos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, tal qual ocorreu no caso Maria da Penha, que foi igualmente encaminhado à Comissão em 1998, sobre o qual trataremos a seguir. Dois dos casos encaminhados à CIDH referem-se a situações relacionadas à violência sexual, a primeira delas

realizada por um médico, e a outra por um frei capuchinho; os fundamentos estão inseridos na Convenção Americana, e quanto às violações específicas, encontra-se amparo na Convenção pela Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, e na chamada Belém do Pará - Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, todas ratificadas pelo Brasil.

O terceiro caso encaminhado pela Themis é relativo ao reconhecimento dos direitos da mãe adotiva à licença maternidade, da mesma forma que à mãe biológica. Como o Supremo Tribunal Federal manifestou-se de forma adversa, o caso foi enviado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e foi fundamental para a aprovação da Lei 10.421/2002, pois essa atitude resultou em solução amistosa e no reconhecimento dos direitos da mãe adotiva à licença maternidade, o que se comprova através da inserção daquela legislação no ordenamento jurídico brasileiro. Espera-se, com os casos de litígio internacional e também com as estratégias jurídicas nacionais, que contemplem as referidas Convenções ratificadas pelo Brasil, conseguir-se romper com a aparente divisão dos direitos humanos em seu âmbito interno, como se fossem diferentes ou separados, haja vista seu caráter internacional e, portanto, abrangente.

A expectativa em relação aos casos individuais emblemáticos em que a Themis atua internacionalmente é fazer com que, no âmbito interno, conquistem-se jurisprudências favoráveis aos direitos humanos das mulheres, de modo que assim, não seja necessário recorrer ao litígio internacional, buscando uma resposta positiva do Judiciário e do Estado Brasileiro, que transpareçam decisões que garantam os direitos humanos, e que, fundamentalmente, respeitem esses direitos, dando ensejo a políticas públicas efetivas. Associado a isso, busca-se monitorar o tratamento dispensado às mulheres, especialmente, frente ao Judiciário, com interposições de mandados de segurança ou habeas corpus, sempre que necessário para garantia de direitos fundamentais. Além disso, vários encaminhamentos já foram feitos às Corregedorias do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Corregedoria do Ministério Público do mesmo estado, com o objetivo de se investigar os procedimentos contrários à Lei Maria da Penha junto ao Juizado de Violência de Porto Alegre. Nesse caso, procura-se fazer um monitoramento de decisões que possam violar os Direitos contemplados nas Convenções Internacionais, na Constituição Federal e em legislações específicas.

Em âmbito nacional, além da atuação em inúmeros casos individuais de violação de direitos das mulheres, também se obteve êxito em uma Ação Coletiva ingressada pelo Ministério Público Federal após uma representação da Themis, que culminou na condenação da produtora responsável pela gravação da música "Tapinha não dói!" ao pagamento de uma indenização direcionada a um fundo de direitos humanos das mulheres, por considerar que a música causa dano moral difuso às mulheres.

Recente atuação da Advocacia Feminista foi o encaminhamento de um *amicus curiae*^[52] junto ao Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade da Lei Maria da Penha na Ação Direta de Constitucionalidade – ADC 19, ainda sob julgamento, apesar da solicitação de preferência de pauta realizada pela Presidência da República, através da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Entende-se que essa suposta inconstitucionalidade trata de resistências culturais ao fenômeno da violência contra a mulher, sem que se analise que a igualdade formal não se reflete na igualdade material de direitos no que diz respeito à violência contra a mulher, bastando verificar os registros policiais sobre referida violação de direitos. Isto é, a realidade, de fato, é que as mulheres ainda precisam de proteção estatal quando se encontram em situação de vulnerabilidade, mesmo que a Constituição Federal expresse, formalmente, que todos são iguais perante a Lei. Exatamente por isso é que existem legislações específicas para pessoas em situação de vulnerabilidade como para crianças, adolescentes, idosos, ou sobre a questão racial.

A Lei Maria da Penha

O caso Maria da Penha foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1998, por denúncia realizada em conjunto pelas entidades CEJIL-Brasil – Centro para a Justiça e o Direito Internacional – e CLADEM – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher –, este composto por diversas organizações feministas, dentre elas a Themis. O encaminhamento deu-se ante a existência de um caso individual de violação dos direitos das mulheres, especificamente, violência doméstica e familiar e que apresentava um padrão de violação sistemática de direitos no Estado Brasileiro. A Lei Maria da Penha recebe esse nome em homenagem a este caso individual, referente a uma biofarmacêutica, residente à época em Fortaleza (CE), que em 1983, aos 38 anos de idade, após sucessivas violações sofridas, incluindo duas tentativas de assassinato na constância de seu casamento, ficou paraplégica devido a um tiro disparado pelo marido enquanto ela dormia. O marido argumentou, à época, que o tiro teria sido fruto de uma tentativa de assalto, sendo que Maria da Penha somente teve certeza da tentativa de assassinato quando, logo após a este primeiro fato, seu marido tentou novamente matá-la eletrocutada enquanto tomava banho, já paraplégica. O marido, autor do disparo, respondeu, durante 15 anos, ao processo em liberdade por dupla tentativa de homicídio. Passados 18 anos da prática do crime, em 2001, o Estado Brasileiro foi condenado pela OEA por negligência e omissão quanto à violência doméstica. E, somente após 19 anos, todavia, alçou-se uma condenação definitiva no âmbito nacional pelos Tribunais brasileiros. Apenas em outubro de 2002, o réu foi preso, cumprindo unicamente dois

[52] Amicus Curiae interposto em parceria com o CLADEM - Comitê Latino Americano e Caribenho em Defesa dos Direitos das Mulheres, Antígona e IPE.

anos de pena de prisão, conquistando o regime aberto. A indenização do Estado Brasileiro à Maria da Penha, conforme condenação da CIDH em 2001, foi realizada em 2008. E a legislação pertinente, oriunda da mobilização do movimento de mulheres, em especial de um Consórcio de organizações feministas integrado pela Themis, foi o que impulsionou a construção e posterior aprovação da referida lei de combate à violência contra a mulher, conforme se descreverá a seguir.

Importa salientar que de dezessete países da América Latina, o Brasil era o único que até 2006 não dispunha de legislação específica coibindo a prática da violência contra a mulher no cenário familiar e doméstico. Não prevendo, portanto, mecanismos de proteção e prevenção às mulheres em situação de violência. Até maio daquele ano, quando implementada a Lei Federal 11.340/06, Lei Maria da Penha, aplicava-se o dispositivo infraconstitucional 9.099/95 que instituiu além do Juizado Especial Cível (JEC), o Juizado Especial Criminal (JECrim), procedimento competente para lidar com as sanções consideradas de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima prevista no conjunto das leis brasileiras não fosse superior a um ano e, em 2002, por alteração de lei federal, cuja pena não superasse dois anos. Dentre os crimes condizentes com este período de pena, incluem-se vários no rol da violência doméstica e familiar, tais quais, crimes contra a honra e crimes contra a integridade física.

Esse procedimento era visivelmente violador dos direitos humanos das mulheres, pois seu objetivo era tratar das penalidades a serem aplicadas ao réu pelo seu “pequeno” crime cometido, e não da extensão, inclusive em sede social, que tal crime podia acarretar. No caso da violência doméstica e familiar, implicava a legitimação da ordem patriarcal sob o comportamento dos homens violentos, reiterando a hierarquia entre os sexos, e a banalização da violência de gênero vivenciada pelas mulheres.

A Lei 9.099/95 foi construída sob a perspectiva masculina sem a preocupação de acolher a demanda de violação de direitos vivida pelas mulheres de forma sistemática, habitual e de controle sobre seu corpo. Nesse diapasão, mesmo que as mulheres tivessem acesso ao Poder Judiciário não significava que tivessem acesso ao valor justiça, já que a sua demanda era vista como algo menor.

Retomemos uma passagem acerca de uma pesquisa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, realizada pela Themis junto ao Poder Judiciário, nos anos de 2005 e 2006, em que uma das conclusões foi justamente a invisibilidade da violência contra a mulher e o não reconhecimento das dinâmicas de gênero para a condução das audiências judiciais e das suas decisões finais.

Observou-se que a não escuta da violência sofrida pelas mulheres por parte dos operadores e operadoras de Direito acaba sendo, por vezes, discriminatória em relação às mulheres, pois não conseguem compreender as relações desiguais existentes no âmbito doméstico no

contexto judicial, durante uma audiência ou em suas decisões. O atendimento oferecido às mulheres no Projeto Conciliação de Família e nos Juizados Especiais Criminais se fixa na tentativa conciliatória, sem que a mulher tenha voz ou visibilidade quanto à violência sofrida e sua identificação real como um crime e, ainda, como um problema a ser resolvido. O Juizado Especial Criminal naturaliza a violência e a banaliza, na tentativa de composição ou transação em todas as demandas nesta análise. Já o Projeto Conciliação sequer visibiliza a violência na tentativa conciliatória e, caso a violência apareça, os magistrados rapidamente a direcionam para a competência penal, retirando a violência de sua esfera de competência, como se o litígio que está à sua frente nada tivesse a ver com as relações de poder e violência existentes no contexto familiar, ao qual decidirá. (...) A pesquisa demonstra que é necessário compreender a violência como reflexo das relações de dominação em termos de gênero, porque é a partir desse reconhecimento que poderemos compreender como e quando o ônus de ser uma mulher agredida (física, verbal e/ou psicologicamente) pode, temporariamente em uma instância jurídica, se transformar na possibilidade de conversão da posição de vítima em sujeito de direitos.^[53]

Por outro lado, o procedimento adotado pelo Juizado Especial Criminal, era possível ao réu em troca de ser denunciado e processado, devido ao crime cometido, transacionar a pena, isto é, a denúncia podia ser substituída pelo pagamento de cesta básica, ou algum outro valor, ou bem, simbólicos, ou ainda, no caso de não deter a condição de arcar com essa obrigação de caráter pecuniário, podia transacionar para prestação de serviços comunitários. Além de o procedimento ser um permissivo legal, também ocorria em função da cultura patriarcal em que Estado e sociedade acabam legitimando as violações no espaço doméstico pelo descaso ou omissão: os casos de violência doméstica eram interpretados como “briguinhas” de casal, ou como represália àquela a quem era destinado os abusos contra a sua integridade física, situação que ainda vislumbramos na atualidade nos procedimentos de segurança e justiça, quando verificamos a não implementação e não aplicação da Lei Maria da Penha.

No tocante à responsabilidade do Estado Brasileiro no caso representativo de Maria da Penha, o Estado descumpriu com o previsto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a “Convenção de Belém do Pará”, ratificada em 1995, e com o que dispõe a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, esta ratificada em 1993. Por essa violação o Brasil foi condenado pela Organização dos Estados Americanos - OEA a adotar medidas eficazes para proporcionar o respeito e a dignidade da mulher.

[53] CRUZ, et all., 2008, p. 103, 104

Ao encaminhar-se o caso à litigância internacional conquistou-se, ao menos parcialmente, avanços internos em relação à garantia dos direitos humanos das mulheres e à proteção destes direitos, em vista de alguns anos depois ter sido aprovada a Lei Maria da Penha, entre outras responsabilizações já mencionadas.

Para a redação deste importante instrumento legal, houve a elaboração de um documento base em formato de anteprojeto de lei, construído por organizações feministas em Consórcio Nacional^[54], destacando-se a participação da organização não governamental Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, em conjunto com outras especialistas. Em março de 2004, foi apresentado um documento no formato de anteprojeto de Lei à Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, contemplando questões consideradas mais relevantes para o movimento feminista contemporâneo: 1) o reconhecimento das Convenções Internacionais como pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro na proteção dos direitos humanos das mulheres; 2) a implementação de juizados que condigam com o adequado tratamento cível e penal aos autores de violência, e adequadas medidas, inclusive de urgência, de proteção às mulheres que sofrem violência doméstica e familiar; 3) direito da mulher poder ser representada legalmente pela defensoria pública; 4) conceituação da violência doméstica e familiar de modo a ser incluída como tipo penal no código criminal brasileiro^[55].

Constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Piovesan^[56] elenca algumas das primordiais inovações trazidas pela Lei Federal 11.340/06, são elas: 1) mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher – a Lei caracteriza a violência doméstica e familiar como uma violação aos direitos humanos; 2) incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher - na dimensão da Lei devem ser consideradas as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. 3) incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar, baseando-se na Lei Maria da Penha, que consagrou medidas integradas de prevenção, por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e de ações não-governamentais.

Realça a importância da promoção e realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como da difusão da Lei e dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres. Acresce a importância de inserção nos currículos escolares de todos os níveis de ensino para os conteúdos relativos a

[54] Advocacy, Agende, Cepia, Cfemea, CLADEM e Themis.

[55] CRUZ, Rubia Abs da. *Advocacy Feminista e a Lei Maria da Penha*. In: WOLF, Cristina Scheibe; FÁVERI, Marlene de; RAMOS, Tânia Regina Oliveira (Org.). *Leituras em rede gênero e preconceito*. Florianópolis: Editora Mulheres, 2007, p. 470-471.

[56] PIOVESAN, Flávia. *Lei Maria da Penha – Violência contra a Mulher*. Ano 11 - nº 41 - Março/Maio – 2007, p. 6-7.

direitos humanos, à equidade de gênero e de raça, etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. Adiciona a necessidade de capacitação permanente dos agentes policiais quanto às questões de gênero e de raça e etnia^[57].

4) fortalecimento da ótica repressiva sem substituição da pena e previsão da criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, bem como atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher; 5) harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – ampliando o conceito de violência contra a mulher^[58] 6) consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual reiterando que toda mulher, independentemente de orientação sexual, classe, raça, etnia, renda, cultura, nível educacional, idade e religião tenha o direito de viver sem violência. 7) estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.

Para se chegar a essa relevante conquista legal, muitos caminhos foram percorridos pelo movimento feminista na tentativa de demonstrar a importância de haver uma conscientização sobre a gravidade da situação das mulheres inseridas em um contexto de violência.

[57] Idem, p. 6-7.

[58] Compreendendo tal violência como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", que ocorra no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Considerações Finais

Analisando a evolução dos instrumentos voltados à defesa dos direitos das mulheres, observa-se que houve uma considerável evolução. Exemplo disso é a Lei Maria da Penha – Lei 11340/06 –, que protege uma série de direitos das mulheres no âmbito da violência de gênero. Anterior à vigência desse instrumento jurídico, os casos de violência doméstica e familiar eram tidos como crimes de menor potencial ofensivo, em afronta aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres. As mulheres permaneciam vulneráveis ao problema social da violência de gênero visto que este não era resolvido mesmo que trazido ao Poder Judiciário.

Em 1988, com o advento da Constituição Federal foi garantida, no caput do artigo 5º, a igualdade de todos perante a lei. Esse dispositivo, todavia, não era cumprido na prática: vigia (e vige) a cultura de que os problemas havidos no espaço doméstico não estariam relacionados com a interferência da ordem pública, mesmo que tal dispositivo tenha por finalidade o de proteger as cidadãs, e as crianças e os adolescentes, contra quem também eram (e são) perpetradas as mais variadas formas de violência. Parece-nos ser equivocado buscar alegar a inconstitucionalidade da Lei com base neste artigo 5º da Constituição. Desconsidera-se a realidade social e simplifica-se demais a questão.

Diante dessas considerações, conclui-se que muito teve de se trilhar para a implementação dos instrumentos jurídicos tão importantes de defesa das mulheres que se encontravam desprotegidas diante da violência doméstica e familiar. Ainda se está no início da busca pela igualdade material, já que foram realizados grandes avanços no tocante à garantia de direitos formais. A próxima etapa é avaliar como se dá a aplicação da lei ao caso concreto, se está sendo efetiva na proteção das mulheres que estão submetidas à realidade da violência no espaço doméstico e familiar, e em que situações o Estado Brasileiro permanece sendo violador dos direitos na lei introduzidos, e, nessa perspectiva, atua-se de forma diligente, sempre na busca pela garantia dos direitos humanos das mulheres.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

CAMURÇA, Sílvia. 'Nós mulheres' e nossa experiência comum. In: Cadernos de Crítica Feminista. Ano I – N° 0 – Dez – 2007.

CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 2003.

CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer). Dossier sobre Violencia Doméstica en América Latina y el Caribe. Lima: CLADEM, 2005.

CRUZ, Rubia Abs da. Advocacy Feminista e a Lei Maria da Penha. In: WOLF, Cristina Scheibe; FÁVERI, Marlene de; RAMOS, Tânia Regina Oliveira (Org.). Leituras em rede gênero e preconceito. Florianópolis: Editora Mulheres, 2007.

CRUZ, Rubia Abs da; PASINI, Elisiane; SILVEIRA Ielena Azevedo. Nominando o Inominável: Violência contra a mulher e o Poder Judiciário. Porto Alegre: Editora Themis, 2008.

DATA SENADO. Relatório Analítico – Pesquisa de Opinião Pública Nacional. Pesquisa Sobre Violência Doméstica Contra a Mulher, 2007.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO - Núcleo de Opinião Pública. A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado. Outubro, 2001. Disponível em:

<<http://www.perseuabramo.org.br.pdf>> Acesso em: 01 junho, 2008.

GREGORI, Maria Filonema. Cenas e Queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

LEI MARIADA PENHA – Lei Federal 11.340/06. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 28 de abril, 2008.

PIOVESAN, Flavia. Lei Maria da Penha – Violência contra a Mulher. Ano 11 - nº 41 - Março/Maio – 2007.

PRÁ, Jussara Reis. (Re)socializar é preciso: aportes para uma releitura sobre gênero e juventude no Brasil. In: BAQUERO, Marcello (Org.). Democracia, Juventude e Capital Social no Brasil. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

REDE NACIONAL FEMINISTA DE SAÚDE, DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS – Rede Feminista de Saúde – Regional do Rio Grande do Sul. Dossiê – Violência de Contra Meninas. Porto Alegre, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições Feministas para o Estudo da Violência de Gênero. Labrys, Estudos Feministas, 2002. Disponível em:

<http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys1_2/heleieth1.html> Acesso em: 20 abril, 2008.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: Revista Educação e Realidade. Porto Alegre: Editora da UFRGS, v. 20, jul/dez 1995.

SOARES, Barbara Musumeci. Mulheres Invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

WOLF, Cristina Scheibe. Jogos de gênero na luta da esquerda armada no Brasil; 1968-1974. In: WOLF, Cristina Scheibe; FÁVERI, Marlene de; RAMOS, Tânia Regina Oliveira (Org.). Leituras em rede gênero e preconceito. Florianópolis: Editora Mulheres, 2007.

04 LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS – A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL

por *Marcela Fogaça Vieira*^[59]
Renata Reis^[60]

Introdução

A carta constitucional de 1988 cristalizou a defesa e o respeito aos direitos humanos no país – entre eles o direito à saúde. A nova constituição marcou o rompimento com o período ditatorial imediatamente anterior e trouxe oportunidade para que os movimentos sociais e organizações da sociedade civil pudessem recorrer ao sistema judiciário em busca da efetivação de seus direitos. A litigância em direitos humanos no Brasil é objeto de diversos estudos e análises por parte da sociedade civil e da academia e a partir da leitura desses estudos percebe-se uma concentração de litigância em relação a direitos civis e políticos. Não obstante a importância da litigância nessa seara, percebendo os direitos humanos como indivisíveis e interdependentes, acreditamos ser fundamental avançar também na concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio da utilização de estratégias de litigância.

Na busca da efetivação do direito à saúde e à assistência farmacêutica adequada, muitos daqueles que necessitam urgentemente de medicamentos recorrem à via judicial. Esse caminho não poderia ser diferente tendo em vista a situação limite em que muitas pessoas se encontram e faz-se necessária uma pronta resposta do judiciário. No entanto, a sociedade civil organizada brasileira, ao longo dos últimos anos, vem recorrendo às esferas judiciais e administrativas questionando as causas que levam às altas cobranças por medicamentos e insumos de saúde. Através desse novo caminho, a sociedade civil organizada não buscou afastar a responsabilidade do Estado em prover os insumos necessários à saúde da população, mas buscou incluir mais um ator nesse processo: as empresas farmacêuticas.

Hoje, a luta e a litigância em busca da satisfação do acesso a tratamentos no Brasil não está mais descolada da denúncia dos abusos do sistema de patentes e práticas anticompetitivas por parte das empresas detentoras das tecnologias. Esse artigo se dedica a discutir algumas experiências em litigância do Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual da Rede Brasileira pela Integração dos Povos (GTPI/REBRIP), grupo esse composto por organizações da sociedade civil^[61], e que

[59] Marcela Fogaça Vieira: Advogada da Conectas Direitos Humanos, coordenadora do projeto Artigo 1º de litigância estratégica em direitos humanos.

[60] Renata Reis: Advogada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids – ABIA, coordenadora do Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual da Rede Brasileira pela Integração dos Povos – GTPI/REBRIP.

[61] O GTPI é atualmente composto pelas seguintes organizações da sociedade civil brasileira: Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids – ABIA; CONECTAS Direitos Humanos;

há alguns anos milita para mitigar o impacto das regras de apropriação intelectual na saúde pública. O grupo trabalha com a perspectiva de que o Estado é ator essencial da efetivação do direito à saúde, seja implementando da melhor forma possível as diretrizes do Sistema Único de Saúde, seja coibindo ações abusivas de empresas privadas, posto que essas são também atores indissociáveis na promoção do acesso a tratamentos e do respeito aos direitos humanos.

Serão abordados dois casos emblemáticos de como a sociedade civil brasileira tem utilizado a via judicial como forma de minimizar esse impacto e ampliar o acesso a medicamentos e tornar o direito humano à saúde mais efetivo.

O primeiro caso a ser analisado conta a experiência da primeira ação civil pública ajuizada no Brasil com o intuito de obrigar o Poder Público a emitir uma licença compulsória para um medicamento – a combinação *Lopinavir/Ritonavir*, utilizada no tratamento da AIDS. A emissão de uma licença compulsória possibilitaria a fabricação e comercialização de versões genéricas desse medicamento, o que levaria a uma significativa redução de preço e economia de recursos públicos.

O segundo caso trata do questionamento da constitucionalidade do mecanismo de concessão de patentes conhecido como *pipeline*, pelo qual foram solicitadas mais de mil patentes no Brasil. Caso seja reconhecida a inconstitucionalidade dessas patentes, seus objetos cairão imediatamente em domínio público, possibilitando sua utilização por qualquer interessado. No caso dos medicamentos, isso possibilitaria a comercialização de versões genéricas de inúmeros medicamentos essenciais, inclusive constantes nas listas de medicamentos essenciais e excepcionais do SUS, gerando enorme economia de recursos públicos e possibilitando a ampliação do acesso.

Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Ajudicialização do Direito à Saúde

O direito à saúde é reconhecido internacionalmente como um direito fundamental de todo ser humano. Com a constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, a saúde passou a ser entendida como “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social*” e “*gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir*” passou a “*constituir um dos direitos fundamentais de todo o ser humano*”^[62]

Os principais tratados internacionais de direitos humanos, todos eles ratificados pelo Brasil, estabelecem o direito à saúde como um direito humano fundamental. Entre eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem (*Artigo XXV. Todo homem*

[62] Constituição da Organização Mundial da Saúde – disponível em www.who.int, acessado em 04 de julho de 2009.

tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (*Artigo 10. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social*) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Artigo 12. 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental*), que possui força cogente.

No Brasil, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito fundamental com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição, em seu artigo 6º, estabelece quais são os direitos sociais definidos, em seu preâmbulo, como valores supremos da nossa sociedade, entre os quais está inserido o direito à saúde. Além disso, o direito à saúde é condição essencial para o cumprimento do postulado da dignidade da pessoa humana, bem como está intrinsecamente ligado ao direito à vida. Caracterizando-se como direito essencial para a plena realização da vida e da dignidade, a Constituição Federal configurou o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, conforme disposto em seu artigo 196. Visando à promoção da saúde, a Constituição estabeleceu um sistema único regido pela diretriz de atendimento integral, garantindo acesso dos cidadãos a tratamento médico adequado, nos termos do artigo 198.

Os dispositivos constitucionais referentes ao direito fundamental à saúde foram regulamentados pela Lei nº 8.080/90, conhecida por Lei Orgânica da Saúde, que estabelece ainda os objetivos e as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados pelo Poder Público. Entre os objetivos do SUS, está a previsão de realização de ações assistenciais e de atividades preventivas e, no campo de atuação, prevê a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro constitui a saúde como direito fundamental e respalda a pretensão de acesso universal a tratamento, bem como impõe ao Estado tal dever. Deve o Estado, portanto, agir de maneira a assegurar o direito fundamental à saúde de seus cidadãos, adotando políticas públicas que reflitam essa obrigação.

Nesse sentido, a jurisprudência vem consolidando o entendimento de que, como corolário dos artigos 196 e 198 da Constituição, **é dado a todo o indivíduo exigir que o Estado disponibilize os meios necessários para concretizar o direito fundamental à saúde**, inclusive o fornecimento de medicamentos. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de reconhecer que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República e que cabe ao Poder Público zelar por sua implementação.^[63]

[63] Recurso Extraordinário 271.286/RS, relator Ministro Celso de Mello, Informativo STF nº 210, de 22.11.2000, p. 3.

Sendo assim, o direito à saúde insere-se dentre as prestações positivas do Estado, enunciadas pela Carta Magna, e que possibilitam melhores condições de vida. Não constitui mera norma programática, sem efetividade. O Estado, em suas três esferas de Poder, encontra-se vinculado à implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, estando juridicamente obrigado a cumprir as tarefas e os deveres impostos pelo texto constitucional na busca da efetiva concretização desses direitos. Deve o Estado adotar medidas positivas para que possa cumprir o estipulado na Constituição.

Não obstante toda a construção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida nos últimos anos afirmando a possibilidade de se cobrar judicialmente determinado serviço de saúde do Poder Público – ou seja, consolidando a justiciabilidade do direito à saúde – o STF foi recentemente palco de uma audiência pública que visava justamente debater os limites e as possibilidades de se demandar a prestação de tratamentos e medicamentos pela via judicial.^[64]

Não se nega aqui que há excessos. No entanto, a experiência demonstra – como demonstraram os diversos especialistas que participaram da audiência pública – que esses excessos são poucos e que devem ser tratados como exceções e não como regra, não tendo o condão de restringir a justiciabilidade do direito à saúde.

De fato, em decisões recentíssimas proferidas pelo Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes^[65], foi confirmado o entendimento de que a omissão administrativa no tratamento de determinada enfermidade poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas – reafirmando a justiciabilidade do direito à saúde decorrente de sua aplicação imediata estabelecida pela Constituição Federal.

Em suas decisões, o Min. Gilmar Mendes reconheceu que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Assim, portanto, não haveria que se falar em interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

[64] Para mais informações sobre a audiência pública sobre saúde no STF, ver <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>, acessado em 02 de outubro de 2009.

[65] STA 175, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-182 DIVULG 25/09/2009 PUBLIC 28/09/2009 e STA 244, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-180 DIVULG 23/09/2009 PUBLIC 24/09/2009, disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, consultado em 02 de outubro de 2009.

Em relação aos casos em que não há uma política pública previamente formulada, o Min. Gilmar Mendes formulou alguns critérios para análise da obrigação estatal no fornecimento de determinada prestação de saúde. Não é objeto do presente artigo fazer uma análise pormenorizada dos critérios em discussão no STF. Gostaríamos apenas de destacar que, ao que tudo indica, a única vedação que o Supremo Tribunal Federal deverá estabelecer ao fornecimento de tratamentos de saúde está relacionada aos tratamentos de caráter meramente experimental e à ausência de registro sanitário na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), ainda assim admitindo algumas exceções a essa vedação.

Um último ponto em relação à discussão, atualmente em andamento no STF, que gostaríamos de mencionar – e que está mais diretamente relacionado aos casos abordados neste artigo – diz respeito ao valor cobrado pelos tratamentos de saúde. Ainda que o STF entenda que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, entendemos que esta questão constitui o ponto principal que ensejou toda a recente discussão sobre a justiciabilidade do direito à saúde.

De fato, o maior problema apontado pelos gestores de saúde nas diversas ações em trâmite no STF e ressaltado nas manifestações apresentadas durante a audiência pública é a escassez de recursos públicos e a necessidade de alocação desses recursos da forma mais eficiente possível. Assim, antes de pensar em restringir ainda mais os já tão negligenciados direitos fundamentais da população, acreditamos ser necessário trazer para a discussão sobre a obrigação do Estado de custear prestações de saúde de alto custo **a questão dos preços cobrados pelos serviços de saúde, especialmente no que se refere a medicamentos essenciais**. Não é apenas se o Brasil deve ou não disponibilizar tratamentos de saúde para quem deles necessita (obrigação imposta pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional e já consolidada pela doutrina e jurisprudência) que deve ser analisado, mas também o preço que o governo brasileiro vem pagando por esses tratamentos. Outro aspecto que não deve mais ser negligenciado nesse debate é a responsabilidade das empresas farmacêuticas transnacionais no estabelecimento de altos preços, aproveitando-se de uma situação de monopólio, em muitos casos abusivo, via patentes de invenção.

Foi por esta razão que participamos, na qualidade de especialistas, da audiência pública sobre saúde realizada no STF com a tese sobre o **impacto da proteção à propriedade intelectual nos preços de medicamentos e nas políticas públicas de saúde**.^[66]

Antes de começarmos a análise dos casos, acreditamos ser necessária uma breve explicação sobre o atual sistema de proteção à propriedade intelectual na área farmacêutica no Brasil e seus efeitos no sistema público de saúde.

[66] Manifestação oral realizada pela Conectas Direitos Humanos, representando o GTPI, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Heloisa_Almeida.pdf e manifestação escrita disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Memorial_Conectas.PDF, acessados em 02 de outubro de 2009.

Os direitos de propriedade intelectual e seus impactos na saúde pública

A discussão sobre os direitos da propriedade intelectual tem sido cada vez mais intensa na sociedade. Muito se discute sobre a eficácia do sistema de proteção ora estabelecido para alcançar os objetivos de promover a inovação tecnológica e a transferência e difusão de tecnologia. Além disso, questões sobre acesso ao conhecimento são cada vez mais constantes e acirram o debate sobre o uso de flexibilidades dentro do sistema de proteção vigente ou mesmo sobre a possibilidade de adoção de um sistema mais adequado para promover o acesso e ao mesmo tempo incrementar a inovação.

O aprofundamento das regras de propriedade intelectual ocorrida nos últimos anos trouxe um impacto direto na saúde pública e no acesso da população aos medicamentos essenciais. As patentes conferem direitos de exclusividade a seus detentores e permitem que estes impeçam terceiros de fabricar, usar, comercializar, vender ou importar as invenções patenteadas. Os possíveis concorrentes são impedidos de atuar no mercado durante o tempo de proteção estabelecida, – no caso de patentes de invenção, 20 anos. Ou seja, as patentes limitam a concorrência e criam uma situação de monopólio, que permite aos titulares dos direitos estabelecer altos preços, com impacto significativo no acesso a medicamentos.

O principal tratado internacional de propriedade intelectual na atualidade é o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS ou Acordo ADPIC) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Esse acordo foi assinado em 1994 e representou importante mudança no tratamento dado aos direitos de propriedade intelectual, cujo aspecto comercial passou a ser priorizado.

Antes da constituição da OMC, os temas relacionados à propriedade intelectual eram tratados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), criada em 1967. Em 1974, a OMPI passou a ser um organismo temático do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). O papel da OMPI no sistema internacional de propriedade intelectual começou a dar sinais de enfraquecimento quando o tema dos direitos de propriedade intelectual passou a ser discutido no âmbito do comércio internacional, durante a chamada Rodada Uruguaí do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT – sigla do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*), que ocorreu entre 1986 e 1994. A Rodada culminou na criação da OMC.

Essa mudança de foro para a OMC foi fortemente influenciada pelas indústrias de alta tecnologia dos países desenvolvidos. O fato de o Acordo da OMC ter sido negociado como um pacote único facilitou a tarefa de convencer os países em

desenvolvimento a aceitarem as regras mais rígidas para os direitos de propriedade intelectual em troca de promessas de compensações nas áreas agrícola e de produtos têxteis. Importante observar que essa inclusão no âmbito da OMC proporcionou aos países desenvolvidos uma ferramenta para impor a observância dos direitos de propriedade intelectual, qual seja, o Mecanismo de Solução de Controvérsia – MSC da OMC.

A principal mudança trazida pelo Acordo TRIPS foi o estabelecimento da obrigatoriedade de proteção da propriedade intelectual para todos os campos tecnológicos, incluindo os produtos e processos farmacêuticos. Os países tiveram que modificar suas legislações nacionais para adequar-se ao TRIPS, o que representou para muitos o reconhecimento de proteção via patentes para campos tecnológicos não desenvolvidos internamente.

O Brasil, até 1996, não reconhecia patentes para produtos e processos farmacêuticos em sua legislação. Apesar da possibilidade conferida pelo Acordo TRIPS para alterar sua legislação até 2005, o Brasil, já em 1996, aprovou a nova Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), que incluiu proteção para o setor farmacêutico, e que passou a vigor a partir de 1997.

A adoção de patentes para o setor farmacêutico no Brasil causou grande impacto no sistema público de saúde, uma vez que impossibilitou a produção nacional de versões genéricas de novos medicamentos. Os genéricos são comercializados a preços muito mais acessíveis em relação aos produtos patenteados, tendo em vista que a entrada de novas versões no mercado promove a concorrência. A entrada de competidores genéricos no mercado quebra a lógica do monopólio, em que fornecedores exclusivos podem praticar altos preços. No caso do tratamento para HIV/AIDS, por exemplo, a resposta brasileira à epidemia foi baseada no acesso universal e gratuito de medicamentos possibilitado principalmente pela produção nacional de medicamentos genéricos, o que não teria sido possível caso os medicamentos fossem protegidos por patentes no país à época.

Em seguida à aprovação da nova lei de propriedade industrial, diferentes desafios surgiram para a manutenção das políticas públicas de assistência farmacêutica. O maior desses desafios está relacionado ao aumento no custo dos tratamentos devido à utilização de novos medicamentos sujeitos à proteção patentária e impedidos de serem produzidos nacionalmente ou importados a preços mais acessíveis. Esses novos medicamentos estão sendo recomendados pelos consensos terapêuticos para substituir ou complementar protocolos de tratamento anteriores, incorporando novas tecnologias de tratamento.

No caso da AIDS, estudo realizado pelo Ministério da Saúde demonstra que a incorporação de medicamentos patenteados nos consensos terapêuticos e o aumento de pacientes em tratamento de segunda linha (com utilização de medicamentos patenteados) colocou em risco a sustentabilidade da política de acesso universal a tratamento para HIV/AIDS no Brasil ^[67] e, consequentemente, a saúde e a vida de milhares de brasileiros. É neste cenário que a possibilidade de utilização das flexibilidades previstas pelo Acordo TRIPS se torna necessária.

O Acordo TRIPS permite que os países membros incluam em suas legislações algumas flexibilidades ou salvaguardas que possam garantir proteção para a saúde pública. As principais flexibilidades previstas no Acordo TRIPS são: período de transição (artigos 65 e 66), licença compulsória (artigo 31), importação paralela (artigo 6), uso experimental (artigo 30), exceção Bolar (artigo 30) e ação do setor de saúde nos processos de pedidos de patentes farmacêuticas (implícita no artigo 8).

No entanto, o Brasil não aproveitou o período de transição de 10 anos permitido pela OMC para que os países em desenvolvimento reconhecessem patentes para todos os campos tecnológicos. O Brasil utilizou o período de transição por menos de dois anos, tendo alterado sua lei em 1996, com aplicação a partir de maio de 1997. ^[68] Além disso, a legislação brasileira deixou de adotar algumas das flexibilidades permitidas pelo TRIPS e, em alguns aspectos, estipulou regras além do requerido pelo Acordo.

É importante ressaltar que a proteção da saúde, por meio da utilização das flexibilidades do Acordo TRIPS, além de absolutamente legal e constitucional no Brasil, foi igualmente reafirmada na Declaração de Doha da OMC sobre TRIPS e Saúde Pública em 2001, além de figurar em inúmeras resoluções aprovadas no âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS) e outras organizações das Nações Unidas até o presente. ^[69]

No entanto, muito embora algumas dessas flexibilidades estejam incorporadas na legislação brasileira e sejam compatíveis com as regras internacionais, a sua previsão normativa não tem resultado em efetiva utilização como forma de minimizar o impacto das patentes no sistema de saúde, não apenas no Brasil, mas também em muitos países em desenvolvimento. Recentemente, alguns países em desenvolvimento fizeram uso das medidas do TRIPS, especialmente a licença

[67] MINISTÉRIO DA SAÚDE, Programa Nacional de DST/AIDS, A sustentabilidade do acesso universal a anti-retrovirais no Brasil, Brasília, 2005. Disponível em http://www.aids.gov.br/data/documents/storedDocuments/%7BB8EF5DAF-23AE-4891-AD36-1903553A3174%7D/%7B0938AD30-E212-4E08-AE96-7C96622C85A3%7D/Cons._nacional_sustentabilidade.doc

[68] Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids – ABIA, Patentes: por que o Brasil paga mais por medicamentos importantes para a saúde pública?, 2006, disponível em www.abiaids.org.br, acessado em 22 de janeiro de 2009.

[69] Durante a 54ª Assembleia Mundial de Saúde, realizada em 2001 em Genebra, a OMS, partindo de uma proposta formulada pelo Brasil, aprovou a Resolução WHA 54.11 na qual reafirma a primazia dos interesses da saúde pública em face da produção e comercialização de produtos farmacêuticos e estabelece o direito de acesso a medicamentos como um direito fundamental do ser humano. A Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos também aprovou uma declaração definindo o acesso aos remédios como uma questão de direitos humanos, nos termos da Resolução 2004/26: “1. Reconhece que o acesso a medicamentos no contexto de epidemias como o HIV/AIDS, tuberculose e malária é um elemento fundamental para o alcance progressivo da completa realização do direito de todos de gozar do mais elevado nível possível de saúde física e mental.” (tradução livre).

compulsória, como forma de aumentar o acesso a tratamento, como foi o caso da Tailândia^[70] e também do Brasil em 2007. Na realidade, as licenças compulsórias já foram utilizadas em diversas situações e em diversos países, incluindo países desenvolvidos^[71]. É importante notar que apesar de serem publicamente contra a emissão de licenças compulsórias para o tratamento de doenças como a Aids, países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América por exemplo, já fizeram uso de licenças compulsórias quando estas tinham por objetivo a garantia de seus interesses. Como visto, o atual sistema de proteção à propriedade intelectual possibilita às empresas a prática de preços monopolísticos extremamente elevados e proibitivos para a maior parte das pessoas e governos de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Assim, é absolutamente necessário que as flexibilidades permitidas pelo Acordo TRIPS - como a licença compulsória - sejam de fato utilizadas quando o sistema de propriedade intelectual entrar em conflito com o interesse público local e com as obrigações assumidas pelos governos em relação aos direitos humanos, principalmente em relação ao direito à saúde.

Assim, passamos a abordar as estratégias judiciais utilizadas por grupos da sociedade civil brasileira visando à promoção do direito fundamental à saúde por meio da utilização das flexibilidades do Acordo TRIPS e da revogação de normas TRIPS-plus, especialmente no que tange à ação civil pública ajuizada para a emissão de uma licença compulsória para o medicamento *Lopinavir/Ritonavir* e à Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4234, que questiona a constitucionalidade das patentes *pipeline*.

Caso Lopinavir/Ritonavir (Kaletra®) - Buscando a utilização das flexibilidades do acordo TRIPS para proteção da saúde pública

A licença compulsória (permissão de uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular), flexibilidade prevista pelo artigo 31 do Acordo TRIPS, é possível ser concedida sob diversos fundamentos, entre eles emergência nacional ou interesse público, sendo estes os fundamentos que mais se aplicam às políticas de saúde pública.

A Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil (conhecida como Lei de Propriedade Industrial – LPI), estabelece a possibilidade de concessão de licença compulsória, para que terceiros possam explorar o produto por ela protegido sem consentimento de seu titular. O artigo 68 da LPI prevê que o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma

[70] Tailândia, Ministry of Public Health and the National Health Security Office, Facts and evidences on the ten burning issues related to the government use of patents on three patented essential drugs in Thailand, 2007. Disponível em <http://www.moph.go.th/hot/White%20Paper%20CL-EN.pdf>, acessado em 03 de maio de 2009.

[71] Neste sentido, ver estudo produzido por Knowledge Ecology International – KEI, Recent examples of the use of compulsory licenses on patents disponível em http://www.keionline.org/misc-docs/recent_cls.pdf, acessado em 22 de janeiro de 2009.

abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico. O mesmo dispositivo estabelece ainda que uma licença compulsória poderá ser também concedida em caso de não exploração do objeto da patente no território brasileiro ou quando a comercialização do produto patenteado não satisfizer às necessidades do mercado. Poderá haver licenciamento compulsório ainda em casos de patentes dependentes, nos termos previstos no artigo 70 da LPI. Por fim, o artigo 71 prevê que poderá ser concedida uma licença compulsória em casos de **emergência nacional ou interesse público declarados em ato do Poder Executivo Federal**.

Em 1999, o artigo 71 da LPI foi regulamentado pelo Decreto nº 3.201, que dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público. Por este decreto entende-se por emergência nacional o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional, e consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou socioeconômico do País.

No Brasil, a ameaça de emissão de licença compulsória foi o principal instrumento de pressão utilizado durante os processos de negociação de preços dos medicamentos antirretrovirais com os detentores dessas patentes desde 2001. Já nessa época, o laboratório público da Fundação Oswaldo Cruz (Farmanguinhos) foi capaz de subsidiar a ameaça de licença do Ministério da Saúde com as referências de preços aceitáveis e capacidade para produzir os medicamentos localmente. Naquele momento as empresas preferiram reduzir os preços de seus produtos a ter os seus direitos patentários flexibilizados.^[72]

Outras ameaças semelhantes se seguiram nos anos posteriores. No entanto, pelo fato de o governo brasileiro nunca ter até então emitido efetivamente a licença compulsória para a produção local de medicamentos ou importação de medicamentos de outros países, a estratégia de negociação de preços tornou-se ineficiente e os preços posteriormente alcançados foram insatisfatórios. Nos anos de 2004 e 2005, por exemplo, os preços dos medicamentos *Nelfinavir* e *Efavirenz* foram mantidos, enquanto o preço do *Lopinavir/Ritonavir* foi reduzido em 1%. Os descontos obtidos para os novos medicamentos, *Tenofovir* e *Atazanavir*, foram de 5,2% e 7,7%, respectivamente.

O Brasil é um dos poucos países do mundo que mantém uma política de acesso universal e gratuito para tratamento da AIDS. De acordo com dados do Programa Nacional de DST/AIDS, estima-se que há no Brasil 630 mil pessoas infectadas com o vírus HIV. Destas, 190 mil utilizam medicamentos ARV para tratamento da

[72] J.A.Z. BERMUDEZ, M.A. OLIVEIRA, G.C. CHAVES, "O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a saúde pública". In J.A.Z. BERMUDEZ, M.A. OLIVEIRA, A. ESHER (orgs.), op.cit., pp. 69-90.

doença.^[73] Segundo dados da Coordenação Geral de Assistência Farmacêutica de Medicamentos Estratégicos do Ministério da Saúde, o Brasil gastou, em 2007, R\$ 600.000.000.928,00 (seiscentos milhões novecentos e vinte e oito mil reais) com aquisição de medicamentos antirretrovirais. Desse montante, 32,67% foram gastos em medicamentos fabricados nacionalmente, em contraposição a 67,33% gastos com medicamentos importados.^[74] Essa enorme proporção do orçamento a ser gasto com medicamentos patenteados tem colocado em risco a sustentabilidade e a universalidade do programa de tratamento da AIDS no Brasil^[75], referência de excelência em todo o mundo.

Os gastos com a compra do medicamento Kaletra® (associação dos princípios ativos *Lopinavir* e *Ritonavir*), produzido pelo Laboratório Abbott, representava em 2005 aproximadamente 30% de todo o gasto do Programa Nacional DST/AIDS com a compra de medicamentos. Este valor exorbitante levou o governo brasileiro a entrar em um processo de negociação com a Abbott visando à redução do preço do medicamento. Na época, o Kaletra® era utilizado por 17.000 pessoas no Brasil.

A empresa, no entanto, se recusava a reduzir os preços e o governo brasileiro deu mais um passo em direção à emissão de uma licença compulsória. O então Ministro da Saúde, Humberto Sérgio Costa Lima, declarou a fabricação nacional do *Lopinavir/Ritonavir* de interesse público, conforme disposto na Portaria nº 985/GM de 24 de junho de 2005, publicada no Diário Oficial da União no dia 27 de junho. A declaração de interesse público permitiria a concessão de licenciamento compulsório, a fim de promover a produção nacional do referido medicamento, com custo menor e transferência de tecnologia capaz de manter a sustentabilidade do programa de tratamento antirretroviral e a consequente atenção do direito à saúde e à vida da população vivendo com HIV/AIDS. À época, o Brasil pagava por comprimido do *Lopinavir/Ritonavir* \$ 1,17. Havia uma expectativa de que se fosse emitida a licença compulsória, o produto poderia ser produzido pelo laboratório público Farmanguinhos por US\$ 0,41.^[76]

A necessidade de produção nacional de uma versão genérica do medicamento em questão como forma de preservar a sustentabilidade do programa universal de tratamento fica também evidente na fala de diversos conselheiros do Conselho Nacional de Saúde – (CNS), durante a 157ª Reunião Ordinária realizada nos dias 10 e

[73] Brasil, Programa Nacional de DST/AIDS, Sistema de Monitoramento de Indicadores, disponível em <http://sistemas.aids.gov.br/monitoraids2/abrir.asp?valor=234>, acessado em 22 de janeiro de 2009.

[74] Brazil, National Aids Program, 2008. Presentation during the XVII International Aids Conference, Mexico City, Mexico.

[75] Nesse sentido, ver: Brasil, Programa Nacional de DST/AIDS, A sustentabilidade do acesso universal a anti-retrovirais no Brasil, Brasília, 2005. Disponível em:

http://www.aids.gov.br/data/documents/storedDocuments/%7BB8EF5DAF-23AE-4891-AD36-1903553A3174%7D/%7B0938AD30-E212-4E08-AE96-7C96622C85A3%7D/Cons_nacional_sustentabilidade.doc

[76] Técnicos da Saúde, Indústria e Comércio analisaram proposta da Abbott referente ao Kaletra, Agência Nacional da Aids, 19 de agosto de 2005. Disponível em: <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=66822>.

11 de agosto de 2005.^[77] Tais ponderações resultaram na Resolução 352/05,^[78] aprovada por unanimidade de votos, que, diante do fracasso da negociação de redução dos preços de medicamentos, determinava a emissão imediata de licenças compulsórias não só para o *Lopinavir/Ritonavir*, mas também para outros ARVs como o *Efavirenz* e o *Tenofovir*, que também oneram em muito o orçamento do SUS.

Não obstante, a resolução não foi homologada pelo presidente do Conselho Nacional de Saúde – o Ministro da Saúde à época, Sr. Saraiva Felipe. O Ministério da Saúde, além de não homologar a resolução, contrariando a opinião dos membros do Conselho Nacional de Saúde, não determinou a concessão de licenciamento compulsório, descumprindo com seu dever de garantir o direito à saúde da população.

De fato, após meses de negociação, a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, fez um acordo com a Abbott Laboratórios do Brasil^[79] – empresa detentora da patente do Kaletra[®], considerado por muitos grupos da sociedade civil como um péssimo acordo e claramente TRIPS plus, uma vez que foram estabelecidas cláusulas mais restritivas do que as adotadas pelo Acordo TRIPS^[80]. O acordo, apesar de representar uma redução no preço cobrado pelo medicamento, previu cláusulas contrárias ao interesse público nacional, tais como: obrigatoriedade de não concessão de licença compulsória, não fornecimento de qualquer assistência de fabricação do medicamento e manutenção do preço estipulado (US\$ 1.380 por paciente/ano) até o final de 2011, quando a patente do medicamento já estaria próxima a expirar e não importando o incremento da demanda ou variação internacional de preços.

A não emissão de uma licença compulsória nesse caso levou organizações da sociedade civil membros do GTPI^[81], em conjunto com o Ministério Público Federal, a ajuizarem uma ação civil pública^[82] inédita no Brasil contra o governo e contra a Abbott, demandando a emissão de uma licença compulsória para o *Lopinavir/Ritonavir*. Uma decisão favorável permitiria a produção local de uma versão genérica do medicamento^[83].

[77] Conselho Nacional de Saúde, Ata da centésima quinquagésima (sic) sétima reunião ordinária. Disponível em http://conselho.saude.gov.br/atas/atas_05.htm, acessado em 22 de outubro de 2009.

[78] Conselho Nacional de Saúde, Resolução 352, de 11 de agosto de 2005. Disponível em http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_05.htm, acessado em 22 de outubro de 2009.

[79] Brasil, Ministério da Saúde, Acordo entre o Ministério da Saúde e o Laboratório Abbott, disponível em http://www.aids.gov.br/data/documents/storedDocuments/%7BB8EF5DAF-23AE-4891-AD36-1903553A3174%7D/%7B132F255F-85A2-4939-8626-0BB7EE507C72%7D/AIDS_BR_.pdf, acessado em 21 de janeiro de 2009.

[80] GTPI, Acordo do Governo Brasileiro com a Abbot Frustra Expectativas dos Brasileiros, 13 de julho de 2005, disponível em http://www.rebrip.org.br/_rebrip/pagina.php?id=659, acessado em 10 de janeiro de 2009.

[81] Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids – ABIA; CONECTAS Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC; Grupo pela Valorização, Integração e Dignidade do doente de Aids de São Paulo – Pela Vida (SP); Grupo de Incentivo à Vida – GIV; Grupo de Apoio à Prevenção à Aids – Gapa (SP); Gestos Soropositividade Comunicação e Gênero.

[82] Processo n.º 2005.34.00.035604-3, 15ª Vara Cível da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

[83] R. REIS, Patentes farmacêuticas, acesso e produção de ARVs, Boletim ABIA, Rio de Janeiro, Ago-Out. 2006.

No entanto, a medida liminar que foi solicitada no começo do processo foi negada sob os argumentos de que a emissão de uma licença compulsória poderia gerar retaliações pelos países desenvolvidos, possível falta de medicamento e ausência de capacidade de produção nacional do medicamento. A medida liminar é uma decisão que analisa o objeto da ação, mas não representa uma decisão final no processo. Os autores interpuseram recurso de agravo de instrumento^[84] contra o indeferimento do pedido de concessão de medida liminar que, no entanto, foi indeferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Importante ressaltar um aspecto que chama atenção no presente caso: a forma como o Poder Judiciário brasileiro vem lidando com processos envolvendo questões relacionadas à proteção da propriedade intelectual. No caso em análise, as decisões demonstram que o Poder Judiciário brasileiro considera que a utilização de flexibilidades de interesse para a saúde pública violaria as normas internacionais de proteção à propriedade intelectual, levando à aplicação de represálias ao Brasil. Há uma nítida reprodução do discurso internacional adotado pelas indústrias farmacêuticas e até por governos de países desenvolvidos, sem o desenvolvimento de qualquer análise crítica sobre o tema.

Já foi mencionado que, apesar de serem publicamente contra a emissão de licenças compulsórias para o tratamento de doenças como a Aids, países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, por exemplo, já fizeram uso de licenças compulsórias quando estas tinham por objetivo a garantia de seus interesses^[85]. No mesmo sentido, ressaltamos que ao mesmo tempo em que a empresa Abbott contestava a emissão de licença compulsória do Kaletra[®], ela requereu a concessão de uma licença compulsória em relação à tecnologia utilizada em um kit de genotipagem para o vírus da hepatite C, patenteada pelo laboratório Innogenetics^[86]. A solicitação de uma licença compulsória pela Abbott se contrapõe aos argumentos por ela utilizados para contestar a legalidade do uso da referida medida. Não pode a empresa sustentar que a utilização da licença compulsória é ilegal e prejudicial ao sistema de proteção à propriedade intelectual e à inovação, quando ela mesma solicita a concessão de uma licença compulsória de uma patente de outro laboratório, sobretudo no presente caso, no qual a licença compulsória visa à proteção da saúde e da vida de milhares de cidadãos brasileiros e não a obtenção de ainda maiores lucros por um laboratório transnacional.

Visando combater os argumentos utilizados para a não concessão da medida liminar, em 2006, o GTPI, apoiado pela organização internacional Médicos Sem Fronteiras (MSF), contratou especialistas nacionais e internacionais para avaliar a capacidade técnica de quatro laboratórios nacionais (dois públicos e dois privados)

[84] Agravo de instrumento nº 2006.01.00.022732-8, 5ª Turma do TRF da 1ª Região.

[85] Esse foi o caso, amplamente conhecido do medicamento Cipro da Bayer, por ocasião dos supostos ataques bioterroristas com Antrax nos Estados Unidos. Ver <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/1613410.stm>, acessado em 20 de outubro de 2009.

[86] <http://www.innogenetics.com/site/pressview.asp?id=189&lang=E&print=true>, consultado em 13 de agosto de 2009.

para a produção de medicamentos antirretrovirais, com ênfase para os mais novos (conhecidos como de segunda linha, como é o *Lopinavir/ritonavir*. Ficou comprovada a capacidade de produção local dos laboratórios brasileiros para produzir antirretrovirais (tanto de primeira quanto de segunda linha)^[87]. Estes resultados foram também verificados em outros dois estudos concomitantes levados a cabo no Brasil pela Fundação Clinton e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). A produção nacional do medicamento supriria a demanda do medicamento, e, até que o medicamento fosse produzido internamente, o mesmo poderia ser importado de outros países.

Esses argumentos foram utilizados na ação civil pública como forma de subsidiar a decisão final do juiz na ação, uma vez que a medida liminar que foi negada é um pedido prévio que não encerra o processo. A ação civil pública ainda aguarda julgamento.

A primeira licença compulsória para AIDS no Brasil

Enquanto a ação civil pública do *Lopinavir/Ritonavir* não é julgada, diversos fatos novos ocorrem no cenário brasileiro, entre eles a emissão da primeira licença compulsória para medicamentos para AIDS, após forte pressão da sociedade civil organizada. A licença compulsória só foi de fato utilizada no Brasil em 2007, para o medicamento *Efavirenz* comercializado pelo laboratório transnacional *Merck Sharp&Dohme* utilizado por 80 mil pessoas no país.

O custo paciente/ano no Brasil era de US\$ 580 desde 2003, enquanto no mercado internacional era possível encontrar preços muito mais baixos. Na época, o medicamento era comercializado por cerca de R\$ 3 por comprimido, representando um total de R\$ 90 milhões por ano. Após longa tentativa de negociação com a *Merck*, a única oferta realizada pela empresa foi a de reduzir os preços em 2%, oferta considerada inaceitável pelo governo brasileiro. O *Efavirenz* foi declarado de interesse público em abril e a licença compulsória foi emitida em maio de 2007.

Na emissão da licença, foi informado que a versão genérica do medicamento seria importada da Índia por meio de organismos internacionais (Unicef e Opas), até que houvesse a produção por laboratórios brasileiros. Assim, o Brasil passou a comprar uma versão genérica produzida pelo laboratório indiano *Ranbaxy*, ao preço de R\$ 1 por comprimido, um terço do preço anteriormente pago. Com a aquisição do genérico indiano, a economia inicial superou R\$ 60 milhões por ano^[88]. Na época da concessão da licença compulsória, o governo estimou que a economia de recursos

[87] J. M. FORTUNAK, O.A.C. ANTUNES, A produção de ARV no Brasil – uma avaliação, Rio de Janeiro, ABIA/MSF, 2006. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/media/ARV.pdf>, acessado em 22 de janeiro de 2009.

[88] CHAVES, G. C. Perguntas e Respostas sobre o Licenciamento Compulsório do Medicamento Efavirenz no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA, 2007. Disponível em <http://www.abiaids.org.br/cedoc/publicacoes/artigos.aspx?lang=pt&mid=6&smid=2&siid=7&fg=Materias%20Informativos>

públicos seria de mais de US\$ 235 milhões de 2007 a 2012, ano em que a patente do medicamento expira no Brasil^[89].

A sociedade civil comemorou a medida e o GTPI imediatamente publicou um documento de referência para ativistas e para a sociedade em geral, rebatendo os principais argumentos contrários à licença compulsória, principalmente levados a público pelas empresas farmacêuticas transnacionais, escritórios de advocacia nacionais que defendem seus interesses no país e demais setores conservadores ligados às indústrias^[90].

Em janeiro de 2009, foi anunciada a produção nacional do medicamento pelo laboratório público Farmanguinhos, que será comercializado ao preço de R\$ 1,35 por comprimido, 45% do preço praticado pela Merck. É compreensível que o preço inicial do *Efavirenz* brasileiro não seja o mesmo do praticado pelos concorrentes indianos, tendo em vista o volume de venda, número de produtores e pré-adaptação do parque industrial até 2005 (ano em que a Índia reconheceu patentes farmacêuticas). A produção em larga escala é um importante fator na redução de preços. Por esse mesmo motivo é de se esperar que o preço do produto brasileiro seja reduzido em curto prazo, pelo aumento da produção não só do *Efavirenz*, mas também de outros medicamentos ARVs cujas patentes vão expirar em breve e também de medicamentos de alto custo utilizados no tratamento de outras doenças. Além disso, o fortalecimento da produção nacional é a resposta para outro problema que terá que ser enfrentado em breve: a incapacidade dos laboratórios internacionais em atender a crescente demanda por ARVs no mundo^[91].

A licença compulsória no Brasil, assim como outros países em desenvolvimento - a exemplo da Tailândia -, provocou uma imensa modificação no cenário nacional, trazendo novos elementos para o conteúdo da ação civil pública apresentada em 2005, e, espera-se, tendo importante potencial de influenciar a decisão final do juiz. Primeiramente, trouxe um precedente não existente anteriormente, evidenciando o benefício da medida para a continuidade do programa de acesso universal a tratamento. Segundo, a licença compulsória emitida na Tailândia para o *Lopinavir/Ritonavir* - além de outros medicamentos para Aids e problemas cardíacos - levou à empresa Abbott a reduzir o preço do medicamento para países de renda média, o que incluiu o Brasil (o custo passou para US\$ 1000 por paciente/ano). Ou seja, uma decisão local teve um efeito global, muito embora esse valor ainda esteja alto quando comparado com o preço praticado em países de baixa renda elegíveis pela empresa (US\$ 500 por paciente ano) e considerando o número

[89] MINISTÉRIO DA SAÚDE, Programa Nacional de DST/AIDS, *Efavirenz*: questões sobre licenciamento compulsório. Abril, 2007. Disponível em <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISE77B47C8ITEMIDDBB9D8E24F11488C916A863985A5CD2BPTBRIE.htm>

[90] Ver nota 32.

[91] VIEIRA, Marcela e REIS, Renata. A vitória do genérico. Estado de São Paulo, Caderno Aliás. 31 de janeiro de 2009. Disponível em http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup316231,0.htm, acessado em 21 de novembro de 2009.

crescente de pacientes que utilizam o medicamento. Terceiro, evidenciou a importância da Índia como fornecedor de alternativas genéricas mais baratas em casos de utilização das flexibilidades do TRIPS e a urgente necessidade de os países desenvolverem a capacidade de produção local de medicamentos essenciais, principalmente em decorrência da mudança legislativa ocorrida na Índia em 2005, quando passou a permitir o patenteamento de produtos e processos farmacêuticos, com a consequente impossibilidade de produção de versões genéricas dos novos produtos.

O licenciamento compulsório, utilizado de fato em 2007, foi um aceno positivo do governo à bandeira de ampliação do acesso e sustentabilidade do programa de tratamento do HIV/AIDS amplamente defendido pelos movimentos sociais. Além disso, a possibilidade sinalizada pelo governo de fazer uso da licença compulsória para outros medicamentos^[92] é extremamente desejável, pois visa a assegurar a sustentabilidade não apenas do Departamento Nacional DST/AIDS e Hepatites Virais, mas também de todo o sistema público de saúde.

O caso das patentes *pipeline* - Questionando a adoção de medidas TRIPS-plus prejudiciais à saúde

O GTPI também atuou fortemente na denúncia e no questionamento da constitucionalidade das chamadas patentes *pipeline* no Brasil. O mecanismo *pipeline*, da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4234 recentemente ajuizada pelo Procurador Geral da República, constitui uma disposição temporária por meio da qual foram aceitos depósitos de patentes em campos tecnológicos não reconhecidos até a alteração da legislação sobre propriedade intelectual ocorrida em 1996, possibilitando a proteção patentária de produtos farmacêuticos e alimentícios. O mecanismo *pipeline* é uma forma de possibilitar proteção retroativa para objetos já patenteados em outros países ou já divulgados no Brasil, ferindo assim o princípio da inderrogabilidade do domínio público e violando direito adquirido da coletividade. As patentes *pipeline*, por concederem proteção a setores tecnológicos estratégicos, como medicamentos e alimentos, causaram grande impacto em áreas sensíveis para o interesse social e para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

No final de 2007, organizações da sociedade civil^[93] apresentaram ao Procurador Geral da República uma representação^[94] que demonstra a inconstitucionalidade de dois artigos da legislação brasileira de propriedade intelectual, que criaram o

[92] Brasil, Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na cerimônia de assinatura de ato de licenciamento compulsório do medicamento Efavirenz. Palácio do Planalto, Brasília, 04 de maio de 2007. Disponível em <http://www.imprensa.planalto.gov.br/download/discursos/pr128-2.doc>, acessado em 22 de janeiro de 2009.

[93] A representação foi proposta pela Rede Brasileira pela Integração dos Povos (REBRIP), por meio do GTPI, e pela Federação Nacional dos Farmacêuticos (FENAFAR), entidade membro do GTPI.

[94] Representação disponível na íntegra na página eletrônica da Conectas Direitos Humanos: http://www.conectas.org/noticia.php?not_id=192, acessado em 22 de janeiro de 2009.

mecanismo de concessão de patentes conhecido como *pipeline*. A representação pediu ao Procurador Geral da República para que este ingressasse com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) contra o mecanismo *pipeline* perante o Supremo Tribunal Federal, uma vez que organizações da sociedade civil não possuem legitimidade para ajuizar esse tipo de ação^[95].

Uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é um instrumento judicial que permite o controle concentrado de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em âmbito federal, ou seja, por meio dessa ação é possível questionar se determinada legislação – federal ou estadual - está ou não de acordo com a Constituição Federal brasileira. A ADI é julgada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal e a declaração de inconstitucionalidade resulta por retirar a norma questionada do ordenamento jurídico e impedir que esta produza quaisquer efeitos.

O mecanismo *pipeline*, questionado na ADI requerida, constitui uma disposição temporária por meio da qual foram aceitos depósitos de patentes em campos tecnológicos para os quais o Brasil não concedia patentes até então, entre os quais produtos farmacêuticos e alimentícios. As patentes *pipeline* foram concedidas durante o período de vacância da lei de propriedade intelectual brasileira, ou seja entre 1996 e 1997. As patentes *pipeline* ferem a Constituição Federal por concederem proteção patentária a conhecimentos que já estavam em domínio público, violando direito adquirido da coletividade. Além disso, ferem também as razões pelas quais a Constituição determinou proteção à propriedade intelectual, uma vez que não atendem ao interesse econômico e tecnológico do país. Assim, não há nada que justifique a sua concessão.

De fato, os pedidos de patentes pelo mecanismo *pipeline* sujeitos apenas a uma análise formal seguiriam os termos da patente concedida no exterior, não sendo submetidos a uma análise técnica dos requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - pelo escritório de patentes brasileiro (INPI).

Ainda mais grave, a proteção patentária pela via *pipeline* representa a concessão de privilégios a invenções que já se encontravam em domínio público. O Brasil adota o princípio da novidade absoluta em matéria de patentes, ou seja, se a tecnologia para a qual se pede proteção já entrou no estado da técnica^[96] em qualquer lugar, em qualquer tempo, não pode ser protegida^[97]. As invenções protegidas pelo *pipeline* já se encontravam no estado da técnica, uma vez que já haviam sido publicadas no

[95] Os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade estão estipulados no artigo 103 da Constituição Federal. São eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[96] Estado da técnica ou estado da arte é toda a informação tecnológica tornada acessível ao público no Brasil ou no exterior, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, antes da data do depósito da patente ou do modelo de utilidade (art. 11, § 1º da LPI).

[97] Denis B. BARBOSA, Pipeline: uma inconstitucionalidade patente. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/27.rtf>, acessado em 03 de dezembro de 2008.

exterior. Como os pedidos de patente foram feitos no Brasil após o término do período de prioridade^[98], as invenções já eram de domínio público, não cabendo proteção a elas.

As patentes *pipeline* causam grande impacto em áreas sensíveis para o interesse social e para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. De acordo com levantamento feito pelo GTPI, dentro do prazo legal de um ano a contar da publicação da Lei nº 9.279/96, foram depositados 1.182 pedidos *pipeline*^[99], dos quais mais da metade já foi concedido e as demais concessões estão em andamento^[100].

Parte da contrariedade ao desenvolvimento econômico brasileiro causada pela concessão das patentes *pipeline* pode ser demonstrada em termos de valores monetários. Um parecer técnico elaborado por conceituados economistas^[101] a pedido das organizações autoras da representação que deu origem à ADI dimensiona o prejuízo hipotético causado pela adoção do mecanismo *pipeline* no Brasil no caso de compras governamentais de cinco medicamentos antirretrovirais utilizados no tratamento da AIDS ocorridas entre 2001 e 2007. **Os dados revelam que o Brasil gastou entre US\$ 420 milhões (a partir da comparação com os preços mínimos da Organização Mundial de Saúde - OMS) e US\$ 519 milhões (comparando com preços mínimos da organização Médicos sem Fronteiras) a mais**, apenas na compra dos cinco medicamentos antirretrovirais.

Ainda que este cálculo seja hipotético, para se ter uma idéia do prejuízo estimado, ele é o equivalente, respectivamente, **a 5,5 e 6,8 vezes o valor gasto em P&D (pesquisa e desenvolvimento) por ano**, realizado pelo conjunto da indústria farmacêutica no Brasil (cerca de US\$ 77 milhões de dólares em 2003^[102]). Esse prejuízo estimado também é equivalente, respectivamente, **a 3,6 e 4,4 vezes o valor dos recursos públicos destinados pelo governo à inovação**, através dos editais de financiamento no período 2003-2006^[103].

Considerando que as patentes concedidas pelo mecanismo *pipeline* chegam a quase 1.200 e que seus períodos de proteção são muito superiores aos 7 anos analisados, torna-se quase impossível mensurar o real prejuízo monetário causado pela concessão de patentes *pipeline*, o qual, no entanto, foi estimado pela economista autora do parecer na ordem de **alguns bilhões de dólares americanos**.

[98] De acordo com o artigo 4 da Convenção da União de Paris – CUP, aquele que tiver apresentado um pedido de patente de invenção em um determinado país terá o prazo de 12 meses para apresentar o mesmo pedido em outros países. Este prazo é conhecido como “período de prioridade”.

[99] Conforme consulta realizada no Banco de Patentes do Instituto Nacional de Propriedade Industrial em outubro de 2007: www.inpi.gov.br.

[100] J. A. Z. BERMUDEZ, R. EPSZTEJN, M. A. OLIVEIRA, L. HASENCLEVER, O acordo TRIPS da OMC e a Proteção Patentária no Brasil: Mudanças recentes e Implicações para a Produção Local e Acesso da População aos Medicamentos, Rio de Janeiro, Ensp-Fiocruz/OMS, 2000, p. 131.

[101] Lia Hasenclever - Economista, mestre em Economia Industrial e doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

[102] IBGE, 2005. Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica. PINTEC 2003. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

[103] Paranhos, Julia e Lopes, Rodrigo. (2007). Políticas de Financiamento à Inovação na Indústria Farmacêutica. In: VIII Seminário de Economia Industrial. GEEIN/UNESP – Araraquara.

O *Efavirenz*, medicamento recentemente licenciado compulsoriamente, é protegido por uma patente através do mecanismo *pipeline*. Ou seja, quando esse medicamento foi depositado no Brasil não mais atendia ao requisito de novidade (pois a informação sobre a invenção já havia sido publicada no exterior cinco anos antes)^[104]. O *Efavirenz* é o maior exemplo de que as patentes *pipeline* foram uma política contra o interesse público, exigindo que o Estado tomasse medidas de flexibilização, para remediar um ato anterior praticado pelo próprio Estado.

Outros medicamentos fundamentais para uma resposta adequada à epidemia de HIV/AIDS, como o *Lopinavir/Ritonavir*, *Abacavir*, *Nelfinavir* e *Amprenavir*, também foram protegidos pelo pipeline, assim como o medicamento para câncer – *Imatinib* ou *Glivec* (nome comercial), entre muitos outros, incluindo alguns das listas de medicamentos essenciais e excepcionais do SUS.

A representação teve por objetivo a propositura de uma ADI, ou seja, o principal objetivo é demonstrar que as patentes *pipeline* são contrárias à Constituição Federal. No entanto, acreditou-se ser de relevância ao caso demonstrar que as patentes *pipeline* não são parte do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual e, em certos pontos, são incompatíveis com este sistema. Essa estratégia teve o intuito de evitar que as regras do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual possam ser utilizadas como entrave ao questionamento dessas patentes perante o Poder Judiciário brasileiro, como já ocorreu no caso da não concessão da medida liminar na ação civil pública para a licença compulsória do Kaletra[®], como acima relatado.

Assim, demonstrou-se que o mecanismo *pipeline* não foi uma exigência de acordos adotados pelo Brasil em âmbito internacional e é até mesmo incompatível com o Acordo TRIPS, a Convenção da União de Paris (CUP) e o Tratado de Cooperação em Patentes – (PCT) da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Foram recebidas diversas cartas de organizações da sociedade civil internacional especialistas no tema que demonstram seu apoio à ação do GTPI, além de reforçarem os argumentos de incompatibilidade das patentes *pipeline* o sistema internacional.^[105] Essas cartas de apoio recebidas também demonstram a importância da ação no cenário internacional, principalmente em relação ao papel de liderança que o Brasil exerce em âmbito internacional em questões relacionadas à propriedade intelectual e à saúde pública.

[104] B. CORIAT, F. ORSI, C. d'ALMEIDA, TRIPS and the international public health controversies: issues and challenges, *Industrial and Corporate Change Advance Access*, November 2006, pp. 1- 30.

[105] Os grupos e pesquisadores que enviaram cartas de apoio foram: 1 - Fundación IFARMA - Colômbia; Oxfam International; Thai network of people living with HIV/AIDS; (TNP+); AIDSACCESS Foundation; Thai Foundation for consumers; Thai Rural Doctors society; Thai Chronic renal failure network; Thai Alternative Agriculture network; Thai Parents network; Thai Rural Pharmacist society; Thai NGOs Coalition on AIDS; FTA Watch; Drug Study Group; Prof. Kevin Outterson (Boston University School of Law); Prof. Brook K. Baker (Northeastern University School of Law); Knowledge Ecology International (KEI); Third World Network; Lawyers Collective HIV/AIDS Unit; Indian Network for People Living with HIV/AIDS; Delhi Network of Positive People; Alternative Law Forum; Cancer Patients Aid Association e ActionAID India.

Como dito anteriormente, em maio de 2009, dois anos após a representação da sociedade civil, o Procurador Geral da República ingressou com a ADI 4234 questionando a constitucionalidade das patentes *pipeline*.

A ação já levanta forte interesse dos setores industriais. Até o momento do fechamento deste artigo, várias associações ligadas a setores industriais já haviam pedido para ingressar na ação na qualidade de *amicus curiae* ^[106]. Constam na ADI até o momento os seguintes pedidos: Associação Brasileira de Sementes e Mudanças (ABRASEM), Associação Brasileira de Química Fina (ABIFINA), Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA), PróGenéricos - Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos e Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI).

Além das associações ligadas aos setores industriais apontadas acima, diversas organizações do GTPI ingressaram com dois requerimentos de *amici curiae*, a saber: o primeiro é assinado pela CONECTAS Direitos Humanos e o GAPA São Paulo e o segundo pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS - ABIA, Médicos sem Fronteiras Brasil, Grupo de Incentivo à Vida – GIV, GAPA RS, Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC e Federação Nacional dos Farmacêuticos – FENAFAR ^[107]. Até o momento, o único requerimento de ingresso como *amicus curiae* deferido pela Relatora da ação, – Ministra Cármen Lúcia, - foi o da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA) ^[108].

É com grande expectativa que acompanhamos o desenrolar da ADI em questão e esperamos com ansiedade a decisão do Supremo Tribunal Federal que pode devolver à sociedade patentes injustamente retiradas do domínio público.

O GTPI nesse momento prepara o lançamento de uma campanha via internet denominada “STF, julgue o caso das patentes *pipeline*”, com vistas a estimular o ativismo e a mobilização da sociedade em torno do tema.

[106] Oriundo do direito norte-americano, o “amicus curiae” (amigo da corte) permite que terceiros interessados se manifestem em ações de seu interesse, colaborando para a decisão do órgão judiciário.

[107] As petições elaboradas pelas organizações do GTPI, assim como as das demais organizações, estão disponibilizadas para consulta no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), no andamento processual da ADI 4234 e no site www.stfemfoco.org.br.

[108] Data de fechamento da redação do artigo: 22 de outubro de 2009

Considerações finais

A saúde é um direito humano fundamental e, no ordenamento constitucional brasileiro, constitui um direito público subjetivo do qual decorre a prerrogativa jurídica de qualquer cidadão poder exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas para sua efetivação, inclusive o fornecimento de tratamentos médicos em sua integralidade.

Não se nega, evidentemente, que os recursos públicos disponíveis para a implementação de políticas públicas de saúde são escassos. No entanto, antes de se pensar em restringir o direito à saúde dos cidadãos, especialmente no que se refere aos tratamentos de alto custo, é necessário perguntar por que o custo desses tratamentos é tão alto e se há alternativas para sua redução. Cabe lembrar que o Brasil se comprometeu, inclusive em esferas internacionais, a aplicar o máximo de recursos disponíveis na efetivação do direito à saúde.

É necessário que o governo brasileiro adote internamente as medidas de proteção à saúde, pela legítima flexibilização da proteção à propriedade intelectual, que defende tão veementemente em esferas internacionais. E não apenas para os medicamentos utilizados no tratamento do HIV/AIDS, mas para todos os medicamentos essenciais para a saúde de sua população. A economia de recursos públicos é incalculável, assim como o são os consequentes benefícios que serão gerados aos cidadãos brasileiros, sem a necessidade de restringir ainda mais seus tão já negligenciados direitos fundamentais. A própria OMC, pela *Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública*, declarou que saúde pública deve ter primazia sobre os interesses comerciais, para que os países em desenvolvimento possam assegurar a todos os seus cidadãos medicamentos com preços acessíveis, valendo-se de todos os meios de flexibilização dos direitos decorrentes da proteção da propriedade intelectual previstos no Acordo TRIPS, tal como a licença compulsória. Além disso, a OMS e a ONU também já se pronunciaram no sentido de que o direito à propriedade intelectual em casos de acesso a medicamentos para pacientes com AIDS em países com população carente deve ser relativizado. É importante ressaltar que a maioria dessas resoluções foram propostas e lideradas pelo governo brasileiro nessas instâncias de negociação, sendo necessário que as políticas adotadas em âmbito interno mantenham coerência com o que é defendido no nível internacional.

O Relator Especial da Organização das Nações Unidas para o direito à saúde, Anand Grover, em recente relatório^[109] apresentado ao Conselho de Direitos Humanos, analisou os efeitos do Acordo TRIPS no acesso a medicamentos e, conseqüentemente, na promoção e proteção do direito à saúde. E recomendou: “97. *O Relator Especial, desse modo, recomenda que os países em desenvolvimento e os*

[109] UNITED NATIONS. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover. Geneva: UN, 2009. A/HRC/11/12.

países menos desenvolvidos devem revisar suas leis e políticas e considerar se fizeram uso integral das flexibilidades do Acordo TRIPS ou se incluíram medidas TRIPS-plus, e se necessário devem considerar modificar sua legislação e políticas para usar totalmente essas flexibilidades”.

No entanto, na realidade, os países em desenvolvimento enfrentam um triplo desafio quando efetivamente tentam fazer uso das flexibilidades de interesse para a saúde. Primeiro, para a incorporação das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS nas legislações nacionais dos países são necessárias grandes negociações entre os diversos atores envolvidos, e aqueles que defendem a sua incorporação enfrentam a pressão do forte lobby da indústria farmacêutica. Essa dificuldade de incorporação das flexibilidades nas legislações nacionais pode ser ilustrada por um estudo realizado com 19 países da América Latina e Caribe que demonstra que nenhum dos países incorporou plenamente em suas legislações todas as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS.^[110] Em segundo lugar, mesmo após serem incorporadas nas legislações nacionais, os países em desenvolvimento raramente utilizam as flexibilidades. O caso do Brasil é sintomático nesse sentido. Há anos o Brasil ameaça utilizar a licença compulsória como forma de assegurar a sustentabilidade do programa universal de tratamento de HIV/AIDS, ameaçada pelos altos preços praticados pela indústria farmacêutica. No entanto, apenas em 2007 o governo brasileiro emitiu a primeira – e única – licença compulsória da história do país. Por fim, quando os países efetivamente utilizam as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS e incorporadas em suas legislações nacionais, eles são criticados e eventualmente punidos pelos governos dos países desenvolvidos ou pelas próprias empresas transnacionais, a despeito do que reza o Acordo e de o direito de sua utilização já ter sido reiteradas vezes afirmado pela ONU, OMS e pela própria OMC. Em relação à implementação das flexibilidades existentes, principalmente a licença compulsória, o recente caso do *Efavirenz* permitiu um maior avanço da percepção de como a sociedade em geral lida com o tema. Ao mesmo tempo em que houve muita pressão na grande mídia contra a licença compulsória emitida pelo governo brasileiro, muitos grupos puderam apoiar o interesse público e a importância da medida. Muitos grupos pressionaram o governo a favor da implementação das flexibilidades para a proteção da saúde pública como parte da agenda de movimentos HIV/AIDS e de saúde. Ainda, houve grande apoio internacional à adoção da licença compulsória.^[111]

Neste caso, também houve a demonstração de que o governo brasileiro está comprometido com o acesso universal ao tratamento e à saúde. Apesar disso, alguns fatores foram essenciais para que o governo tomasse a medida: o importante precedente aberto pela Tailândia ao emitir uma licença compulsória, a existência de uma oferta no mercado farmacêutico internacional para o fornecimento do

[110] CHAVES, Gabriela Costa e OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. A proposal for measuring the degree of public health-sensitivity of patent legislation in the context of the WTO TRIPS Agreement. Bulletin of the World Health Organization, January 2007.

[111] http://www.agenciaaids.com.br/arquivos/lista_abia.doc, acessado em 21 de janeiro de 2009.

medicamento licenciado e principalmente pressão por parte da sociedade civil organizada, sobretudo de grupos que militam no campo da saúde pública e dos direitos humanos.

No entanto, essa não é uma batalha encerrada e existem muitas outras barreiras a serem superadas. Já é sabido que os custos de novos antirretrovirais estão aumentando e demandam a maior parte do orçamento do Ministério da Saúde para a compra desses medicamentos. Cada vez mais pacientes estão fazendo uso dos medicamentos de segunda linha, medicamentos estes patenteados no Brasil. Os medicamentos ainda mais novos também estão patenteados em outros países em desenvolvimento, produtores de genéricos, como a Índia. Assim, em caso de emissão de uma licença compulsória, não haverá nenhuma outra oferta no mercado para o fornecimento do medicamento, sendo a única alternativa a sua produção local.

Os direitos humanos, principalmente o direito à saúde, estão intimamente relacionados a um debate sobre direito ao desenvolvimento e direito de desfrutar do progresso científico e suas aplicações. O ativismo da sociedade civil é componente essencial para a garantia desses direitos e a denúncia dos abusos cometidos por empresas transnacionais, seja no tocante aos direitos de propriedade industrial, seja nos abusos concorrenciais e econômicos praticados por essas empresas. O papel dos Estados, embora mais fragilizado pelas assimetrias advindas dos grandes acordos de comércio, tem papel fundamental não apenas em zelar e prover medicamentos a sua população, mas também em resistir aos avanços de práticas liberalizantes notoriamente contrárias ao interesse público.

Muitos desafios estão postos em termos de litigância contra grandes empresas transnacionais. Um deles, talvez o principal, é a dificuldade em incluir esse novo ator nas demandas de direitos humanos.

Outro aspecto que dificulta a atuação da sociedade é a mobilização em torno de um tema novo nas agendas dos movimentos e que demanda o conhecimento de um sistema completamente opaco, em que as informações são acessadas com enorme dificuldade. O sistema de patentes foi desenvolvido a partir da ideia da revelação de conhecimento, mas, no entanto, aqueles que manejam e trabalham no tema sabem que estamos falando mais de segredos do que de revelações.

Por fim, apesar das dificuldades encontradas, acreditamos que a via judicial pode e deve ser utilizada como um canal em potencial para a defesa de direitos coletivos no tema de acesso a medicamentos e propriedade intelectual principalmente porque: (a) é uma forma de implementar alternativas dentro do atual sistema de patentes em vigor no Brasil; (b) é uma forma de aumentar a atenção pública sobre os impactos negativos dos direitos de propriedade intelectual no acesso à saúde; (c) é uma forma de estimular a participação e envolver o Poder Judiciário na adoção de medidas que possam pressionar o Poder Executivo a implementar flexibilidades para a proteção da saúde pública.

05 ALIMENTOS TRANSGÊNICOS, DIREITOS HUMANOS E O PODER JUDICIÁRIO

por *Andrea Lazzarini Salazar*^[112]
Karina Bozola Grou^[113]

Introdução

A introdução de organismos geneticamente modificados, os transgênicos, no meio ambiente e na alimentação da população vem acompanhada, desde o início nos anos 90, de uma intensa discussão de ordem científica, ética, jurídica, ambiental, econômica e social, que está longe de se arrefecer.

Sob o enfoque jurídico, ao falar de transgênicos confrontamos direitos humanos de várias gerações^[114] na medida em que se está diante de impactos à saúde e ao meio ambiente, destacando-se o empobrecimento da biodiversidade, impactos econômicos especialmente associados aos agricultores familiares e ao aumento de dependência tecnológica, impactos sociais e culturais relacionados às práticas agrícolas e ao cultivo de sementes crioulas, ameaça à soberania alimentar e ofensa aos direitos dos consumidores.

[112] Andrea Lazzarini Salazar: Advogada, consultora jurídica do Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) e de outras organizações não-governamentais, pesquisadora do Laboratório de Economia Política da Saúde – LEPS/UFRRJ, autora de artigos e publicações na área de saúde, consumidor e transgênicos.

[113] Karina Bozola Grou: Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, advogada, consultora jurídica do Idec e de outras organizações não-governamentais, pesquisadora do Laboratório de Economia Política da Saúde – LEPS/UFRRJ, autora de artigos e publicações na área de saúde, consumidor e transgênicos.

[114] A grande maioria dos doutrinadores que se dedica ao tema divide os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, como preferem alguns (Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 40). Alguns autores já apontam o surgimento, ainda embrionário, de uma quarta dimensão de direitos humanos fundamentais. Além da integridade do patrimônio genético, aparecem como direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 571).

A primeira geração dos direitos humanos fundamentais surge no século XVIII como reação aos excessos do regime absolutista. Ganha força a reivindicação por freios às ações estatais, o que tornou latente a necessidade de reconhecimento formal, por parte do Estado, de direitos inerentes ao homem. O não atuar do Estado era entendido como liberdade à atuação dos indivíduos e garantia das liberdades-resistência, tanto desejadas, especialmente pela burguesia, patrona da Revolução Francesa e, pode-se dizer, importante propulsora do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais de primeira geração. No rol desses direitos, chamados de direitos civis e políticos, podem-se citar os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Todavia, as liberdades formais passam a não ser suficientes para atender às necessidades da classe operária, que ganharam contornos a partir da revolução industrial, iniciada na segunda metade do século XIX. De nada adiantava haver direitos de liberdade e igualdade abstratamente garantidos, se, na prática, grande parte dos indivíduos não possuía os meios para exercê-los. Diante desse cenário, passa a ser exigida uma postura intervencionista do Estado, que assume um papel provedor, objetivando assegurar condições necessárias à vida digna dos indivíduos. Surge a segunda geração de direitos humanos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais – tendo como exemplos: assistência social, saúde, educação, trabalho, cultura, entre outros.

Os novos direitos reconhecidos conferem nova roupagem aos antigos. O direito à vida, por exemplo, tem sua extensão ampliada e cada vez mais ligada à dignidade da pessoa humana. A proteção e a garantia da vida digna é objeto último do direito à saúde, ao trabalho, à educação etc. Foi no plano do direito internacional que se desenvolveu a terceira geração de direitos fundamentais, também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade. Entre eles, pode-se apontar o direito à paz, ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos e o direito ao meio ambiente. A internacionalização dos direitos humanos fundamentais foi motivada pelos entraves do período entre guerras. As dificuldades dos Estados em concretizar os direitos então consagradas nos textos de suas Constituições e a repulsa aos regimes nazista e fascista levaram à necessidade de reafirmação dos direitos fundamentais em âmbito internacional. A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, é o documento mais comentado pela doutrina. (Cf. Grou, Karina Bozola, *O Acesso aos Medicamentos como Direito Humano Fundamental*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, na PUC/SP).

Sobretudo, a autorização de transgênicos pelos governos vem sendo marcada pela violação ao princípio democrático, sendo notória a imposição de uma verdadeira mudança de modelo agrícola e alimentar à população sem lhes assegurar o direito à legítima participação nesta decisão. Estamos frente a uma tecnologia voltada à produção de um bem caro à humanidade cujo modelo beneficia, exclusivamente, um pequeno grupo de empresas detentoras dos *royalties* das sementes patenteadas e dos agrotóxicos a elas associados.

Como em outras partes do mundo, a violação à participação social no processo decisório e os riscos associados à tecnologia, vem sendo acompanhados por organizações não-governamentais desde as primeiras tentativas de introdução de transgênicos no Brasil. A primeira Lei de Biossegurança, Lei 8.974, data de 1995, e a Comissão responsável pela avaliação de transgênicos, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, foi instalada no ano seguinte, iniciando-se, assim, a tramitação de processos, em sua maioria, das empresas de biotecnologia com vistas à liberação de seus produtos.

Ao contrário dos Estados Unidos, primeiro país a autorizar uma espécie transgênica, sem o menor conhecimento da sociedade, em nosso país, organizações não-governamentais atuaram desde o início, a partir de denúncias e por meio do Poder Judiciário.

O conjunto de ações judiciais propostas por associações e pelo Ministério Público teve o condão de impedir liberações conflitantes com a legislação brasileira e anular atos administrativos desprovidos de legitimidade e legalidade. As ações judiciais, indiretamente, contribuíram para trazer o debate para os atores sociais legítimos, forçando a alteração do “script” planejado em que o processo decisório ficava restrito ao trinômio formado por governo, um pequeno grupo de cientistas integrantes da CTNBio e as empresas de biotecnologia^[115].

O embate perdura por mais de uma década nas diversas instâncias do Poder Público – no Congresso Nacional e Poder Legislativo dos estados e municípios; no Poder Executivo Federal e também estaduais e municipais; e no Poder Judiciário. As vitórias conquistadas no âmbito judiciário em matéria de OGM frente às inobservâncias da Lei (pelo menos, as principais) cometidas pela CTNBio reforçam a importância da existência de um Judiciário atuante e independente para a consolidação da democracia e da legalidade no país.

O presente artigo tem o propósito de relatar a emblemática ação civil pública referente à soja transgênica que abriu caminho para tantas outras que se seguiram, sublinhando algumas delas, e sintetizar os principais avanços trazidos a partir das decisões judiciais.

[115] A esse respeito, v. PELAEZ, V. Science and governance in the national systems of innovation approach. In: Blandine Laperche; James Galbraith. (Org.). Innovation, Evolution and Economic Change. London: Edward Elgar, 2006, v. , p. 241-263.

Os transgênicos nos tribunais: o caso da soja

Em 1997, foi proposta a primeira ação civil pública relacionada aos transgênicos pela Associação Greenpeace, em face da União Federal e outros, com o objetivo de suspender a autorização dada pela CTNBio de importação de soja transgênica solicitada pela ABIOVE – Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais. O pedido liminar foi acolhido, determinando o Juiz da 6ª Vara Federal do Distrito Federal que a CTNBio exigisse da ABIOVE “o regular cumprimento do Código de Defesa do Consumidor mediante a rotulagem de todo produto feito a base da soja transgênica (EPSPS), esclarecendo aos consumidores as especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem”^[116].

Esta decisão inaugurou a reprovação às condutas cegas aos transgênicos da CTNBio. Mas foi em 1998 que o Poder Judiciário deu uma impactante decisão que alteraria o curso da história da introdução de OGM no Brasil, determinando o cumprimento da Constituição Federal e da legislação brasileira.

No dia 17 de setembro, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio se reuniria para emitir o parecer favorável à liberação da soja *Roundup Ready* da Monsanto, que concretizaria a primeira liberação comercial de uma espécie transgênica no país. O Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – integrara a Comissão até alguns meses antes como representante dos consumidores e considerava absolutamente inadequada a forma açodada como a CTNBio pretendia liberar transgênicos sem a prévia definição de regras para analisar os riscos relacionados à saúde e ao meio ambiente.

Com esta convicção, na véspera da inédita decisão favorável à soja da Monsanto, o Idec ingressou com uma medida cautelar com pedido liminar visando impedir a União de autorizar tal liberação antes que a Comissão elaborasse as normas para garantir a avaliação de riscos à saúde, a rotulagem de alimentos transgênicos e até que fosse realizado prévio Estudo de Impacto Ambiental – EIA, conforme preconizado na Carta Constitucional^[117].

A liminar concedida no mesmo dia impediu a autorização da soja *Roundup Ready* até que fossem criadas normas para avaliação de riscos à saúde e rotulagem de transgênicos, bem como prévio EIA. Diante da decisão, a CTNBio ainda tentou acelerar a autorização da soja RR, emitindo o parecer técnico favorável ao evento, ressalvando que “A CTNBio entende que, por razões de natureza jurídica relativas à rotulagem e à autorização de plantio, permanece pendente a utilização comercial da soja geneticamente modificada “*Roundup Ready*”^[118].

[116] ACP 1997.34.00.036170-4.

[117] MC 1998.34.00.027681-8 distribuído à 6ª Vara Federal do DF, após decisão da Juíza Federal da 11ª Vara Federal de São Paulo determinando a remessa à 3ª Vara Federal do DF que, por sua vez, determinou a distribuição à 6ª Vara em razão da conexão com a ACP mencionada na nota anterior.

[118] Comunicado 54 da CTNBio de 29/09/98, publicado no DOU em 01/10/98.

Havia a expectativa de cassação da liminar e muitos recursos processuais foram utilizados e grande pressão foi exercida sobre o Judiciário que, porém, manteve inabalável seu posicionamento pela biossegurança e pela rotulagem.

A ação proposta em face da União logo recebeu assistência da Monsanto e da Monsoy, ao lado da União, e da Associação Greenpeace ao lado do Idec. Também, o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – solicitou seu ingresso na ação como assistente do Autor, reforçando a razoabilidade do pedido inicial, ao passo em que o órgão responsável na esfera federal pela exigência de licenças ambientais, entendia que o estudo prévio de impacto ambiental era imprescindível para a liberação da soja transgênica^[119].

Após o deferimento da liminar, o mérito foi julgado procedente em 1ª instância pelo então Juiz Federal Antonio Souza Prudente, em 23 de agosto de 1999, decisão essa confirmada, por unanimidade, em 2º grau, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pelos Desembargadores Assusete Magalhães (Relatora), Jirair Aram Megueriam e Carlos Fernando Mathias.

A ação civil pública, ação principal, ajuizada em 15 de outubro de 1998, por sua vez, pretendia exigir a realização de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – EIA/RIMA diante da liberação em grande escala de todo e qualquer evento OGM (não apenas da soja *Roundup Ready*) e a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso XIV, do Decreto 1.752/95 e das Instruções Normativas 3 e 10 da CTNBio, no ponto em que tornavam facultativo à CTNBio solicitar estudo prévio de impacto ambiental. A ação buscava, ainda, obrigar a CTNBio a elaborar normas sobre avaliação de riscos à saúde e de rotulagem.

A ação civil pública foi igualmente julgada procedente pelo mesmo Juiz Federal, Antonio Souza Prudente. Mas, no TRF da 1ª Região, em 25 de fevereiro de 2002, a relatora dos recursos, Desembargadora Selene Maria de Almeida, entendeu por bem dar provimento aos apelos da União Federal e da Monsanto. Em razão de pedido de vistas, o julgamento, somente, chegou ao final em 28 de junho de 2004, com decisão favorável à União e à Monsanto, por maioria de votos. O Desembargador Antonio Ezequiel, acompanhou a relatora, tendo o Desembargador João Batista Almeida divergido, manifestando-se pela manutenção da sentença^[120].

[119] Em 27/06/2000, às vésperas do julgamento das apelações da União e Monsanto nos autos da ação cautelar, o IBAMA peticionou solicitando desistência como litisconsorte ativo na ação. A fundamentação do pedido não era outra senão a edição da Medida Provisória 1.984-18, cujo artigo 11 dispunha competir à Advocacia Geral da União – AGU – dirimir as controvérsias existentes entre diferentes órgãos da Administração Federal indireta ou entre tais entes e a União Federal e neste caso, o órgão técnico (IBAMA) vinculado à Administração Pública Federal havia se posicionado contrariamente à CTNBio e à União. Em seu voto, mesmo acolhendo o pedido de desistência, a Desembargadora Assusete Magalhães, relatora do processo, deixou consignada “a atitude corajosa e independente do IBAMA, (...) na defesa de seus objetivos institucionais, tolhida pelo advento da Medida Provisória nº 1.984-18, de 01/06/2000”.

[120] Em 2009, ainda pendia o julgamento dos embargos infringentes interpostos pelo Idec e pelo Greenpeace, sendo certo que o resultado final desta ação civil pública está longe de chegar, inclusive em razão da matéria constitucional envolvida, a exigir a manifestação do Supremo Tribunal Federal na lide.

O Ministério Público Federal, em todas as suas manifestações, posicionou-se favoravelmente à procedência dos pedidos da ação na defesa dos interesses coletivos e difusos relacionados na causa (saúde pública, informação ao consumidor e meio ambiente).

A proibição da soja *Roundup Ready* e de outras espécies transgênicas manteve-se até o advento da Medida Provisória 113, de 26/03/2003, por meio da qual o Presidente Lula autorizou a comercialização da soja da Monsanto, em manifesta violação da tripartição de poderes e à segurança jurídica, na medida em que vigoravam decisões em sentido contrário. Foram, portanto, mais de quatro anos de embargo judicial, em que valiosa construção jurisprudencial se deu a favor da proteção ambiental e da saúde e do direito à informação.

As principais controvérsias jurídicas instauradas desde o ajuizamento dos processos dizem respeito aos aspectos ambientais, quais sejam: a interpretação do comando constitucional que determina a realização de estudo prévio de impacto ambiental (EIA) diante de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental (artigo 225, IV); a natureza e o alcance do princípio da precaução, relacionando-o ao estudo prévio de impacto ambiental e organismos geneticamente modificados; a discricionariedade administrativa no tocante à exigência do licenciamento e do EIA e às competências dos órgãos federais. Outras questões debatidas referem-se à rotulagem de alimentos transgênicos, direito básico do consumidor previsto nos artigos 6º e 31 do Código de Defesa do Consumidor e a necessidade de definição de normas para avaliação dos riscos à saúde.

Ao longo de mais de uma década, diversos juristas, dentre os quais Antonio Herman Benjamin, Paulo Affonso Leme Machado, Édís Milaré, Nelson Nery Junior, Miguel Reale, Toshio Mukai, Guido Fernando Silva Soares (os três últimos como consultores da empresa Monsanto), além de insígnies representantes do Ministério Público, como Aurélio Rios e Luciano Mariz Maia, e da magistratura que atuaram nas ações judiciais, como o então Juiz e atual Desembargador Antonio Souza Prudente, Assusete Magalhães, João Batista de Almeida se debruçaram sobre essas questões.

Do farto e robusto conjunto de decisões judiciais elaboradas ao longo das ações cautelares e principais, destacamos algumas passagens que merecem registro pelo brilhantismo com que relacionam o princípio democrático com o trato dos OGM e apresentam o princípio da precaução – como princípio de direito internacional, internalizado em nosso país e inclusive constante expressamente da Constituição Federal –, exigindo sua aplicação, por meio do competente estudo prévio de impacto ambiental. Nas palavras de Aurélio Rios, Sub-Procurador Geral da República, que à época atuou nestas ações pelo Ministério Público Federal, o presente caso “é certamente o processo judicial mais importante, ocorrido no país, relacionado com a

aplicação *in concreto* do princípio da precaução”^[121], segundo o então Juiz Federal Antonio Souza Prudente:

No eco de tantas vozes autorizadas, no mundo da biotecnologia, a exigir prudência e segurança no trato de organismos geneticamente modificados (OGM), com vistas **a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais, das plantas, dos seres vivos em geral e de todo o meio ambiente, impõe-se a observância rigorosa do princípio da precaução**, na espécie.

A apresentação **cientificamente fundamentada do Estudo Prévio de Impacto Ambiental**, na forma preconizada pelo art. 225, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, **como condição indispensável ao plantio, em escala comercial, da soja *round up ready***, resulta, **em termos vinculativos, dos direitos fundamentais** (vida, liberdade, segurança e meio ambiente ecologicamente equilibrado) **de primeira e quarta dimensão**.

Nessa convicção, escreve **Ingo Wolfgang Sarlet**:

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos (...). (Eficácia dos direitos Fundamentais - Ed. Livraria do Advogado - Porto Alegre - 1998 - p. 327).

Nesse particular, **o princípio da precaução** é imperativo constitucional, que não dispensa o **Estudo Prévio de Impacto ambiental**, para o plantio, em escala comercial, da soja transgênica (**round up ready**).

(...)

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) atende, de pronto, à eficácia vinculante do princípio da precaução, pois se caracteriza como **procedimento imprescindível de prévia avaliação diante da incerteza do dano**, como observa o conceituado **Paulo Afonso Leme Machado** (fls. 508).

[121] O princípio da precaução e a sua aplicação na Justiça Brasileira: estudo de casos. In: Princípio da Precaução. Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros Platiau (organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 377.

(...)

Nos meus quinze anos de magistratura federal e mais de trinta anos de vida forense, posso testemunhar, por onde passei, exercendo jurisdição - Acre, Rondônia e Pará (**Santarém** - sul do Pará, onde instalei a Justiça Federal) a mais bárbara degradação ambiental de nossos rios, flora e fauna, diante da impotência e irresponsabilidade dos órgãos governamentais. A Amazônia, sem dúvida, é um continente do ecossistema, entregue, lamentavelmente, à ganância do capitalismo selvagem, que só visualiza o lucro e a barbárie da espécie humana, sob a máxima deste final de século, antevista por Tobias Barreto: **Serpens qui serpentes non comederit, non fit Dracon (a serpente que não devora a serpente não se faz Dragão)**.

Antes que sejam todos devorados pela **insanidade do século**, urge adotar-se medidas de precaução.

(...)

É preciso defender a vida, numa civilização que lucra com a morte.

Para se construir uma sociedade livre, justa e solidária, como objetiva, fundamentalmente, a República Federativa do Brasil (CF, art. 3º., I), há de se buscar uma **ordem econômica** que assegure a todos uma **existência digna** (CF, art. 170, **caput**), observando-se, dentre outros, os **princípios da soberania nacional**, da **defesa do consumidor** e do **meio ambiente** (CF, art. 170, incisos I, V e VI).

De outra parte, convém mencionar o voto divergente do Desembargador João Batista Moreira nos autos da ação civil pública^[122] que traz o princípio democrático como fundamento principal a impor a procedência da ação.

O brilhante voto situa o meio ambiente em face do princípio democrático, explicitando que o *caput* do artigo 225, ao determinar que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (...)”, usando as expressões *direito de todos* e *bem de uso comum do povo*, remete ao princípio democrático ou princípio da soberania popular. E prossegue:

Não é casual a especificação do *princípio democrático* na disciplina do meio ambiente, logo no pórtico do respectivo capítulo. Em virtude desse indicador, exame que se faça de questões relacionadas com a matéria ambiental haverá de ter como ponto de partida a necessidade de atenção qualificada ao mencionado princípio. Inválida será conclusão interpretativa de normas constitucionais e infraconstitucionais que não tenha como referência a magna orientação de que nosso

[122] No momento da conclusão deste artigo, como mencionado em nota anterior, pendiam de julgamento os embargos infringentes interpostos pelo Idec e pelo Greenpeace visando fazer prevalecer na Corte o entendimento do Desembargador João Batista de Almeida.

Estado *democrático* de direito tem como um de seus fundamentos a **cidadania** e de que “o poder emana do povo, que o exerce por meio de **representantes eleitos** ou **diretamente**”, nos termos da Constituição (art. 1o).

A necessidade de atenção qualificada ao princípio democrático, em matéria de meio ambiente, se impõe, de outra parte, em cumprimento à regra do devido processo legal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus **bens** sem o devido processo legal” (art. 5o, LIV, da Constituição). Ora, na medida em que ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atribui-se a qualidade de *bem de uso comum do povo*, qualquer intervenção que possa significar privação, alteração ou restrição de seu gozo requer *devido processo*, com a participação do respectivo interessado, o povo (Enquanto o direito de propriedade é oponível *erga omnes*, assistindo ao proprietário a faculdade de excluir quem pretenda interferir na utilização do bem, em relação *aos bens de uso comum do povo* cabe ao usuário a pretensão de não ser excluído) (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 78).

Justifica-se esclarecer, para prevenir objeções, que *devido processo legal* não significa, restritivamente, qualquer processo previsto em lei, mas *devido processo de direito* ou *processo justo*, conclusão a que se chega emprestando relevância à utilização dos termos *due* (devido) e *law* (direito), que fazem parte daquela expressão no direito anglo-americano. No caso, referindo-se a um bem de uso comum do povo, *devido processo legal* é sinônimo de *devido processo democrático*, que corresponde a processo de decisão por meio de *representantes eleitos* ou *diretamente* pelo povo, usuário do bem.

(...)

É, pois, sob a estrela-guia do *princípio democrático*, o qual, como aqui sustentado, condiciona especialmente a interpretação das normas relativas ao meio ambiente, que deve ser examinado o disposto no art. 225, *caput* e § 1o, da Constituição, em que está incluída a regra de que incumbe ao poder público “**exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade**” (inciso IV).

Em outro ponto, analisa o Desembargador a carência de legitimidade democrática e de independência da Comissão para decidir a liberação de organismos transgênicos em caráter conclusivo e vinculante, “uma vez que composta de membros designados discricionariamente pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, sem controle do Poder Legislativo”.

E continua:

É evidente a vulnerabilidade dessa entidade decisória às pressões políticas e econômicas. Seus membros estão humanamente sujeitos, mais que nas agências reguladoras, a cooptação por grupos de interesses, justamente num setor econômico que envolve vultosos investimentos e lucros transnacionais. Não é preciso ir longe para constatar essa vulnerabilidade. Basta ver que no governo anterior era ostensivo o interesse da União, por meio do Poder Executivo - que designa os membros da entidade -, na liberação do cultivo da soja geneticamente modificada. Lembre-se que até houve veemente sustentação oral em favor da manutenção do ato da CTNBio, ao início do julgamento, pelo ilustre Sub-Procurador-Geral da União.

Adiante, ao situar o conceito de significativa degradação ambiental previsto no artigo 225, IV, da Constituição Federal, entre os conceitos indeterminados, defende que a determinação de tais conceitos é suscetível de controle judicial. E conclui especificamente quanto à definição de *significativa* degradação ambiental relacionado ao cultivo de transgênicos que:

*A significativa degradação é um conceito que se opõe ao de degradação insignificante ou irrelevante. Não é a degradação anormal, grave, extraordinária ou incomum, mas a significativa, que exige estudo prévio de impacto ambiental. A interpretação dos conceitos fluidos, também chamados de indeterminados, “se faz contextualmente, ou seja, em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30). A própria CTNBio, ao estabelecer medidas alternativas de acompanhamento do cultivo da soja transgênica, reconheceu, implicitamente, que há potencialidade de degradação ambiental. Não teriam sentido tais medidas diante de uma atividade insignificante ou irrelevante e, se não é insignificante, é de algum significado, logo, significativa. O caráter significativo da referida atividade para o meio ambiente foi oficialmente reconhecido, também, pela Resolução nº 237/97 e pela atual Resolução nº 305, de 02 de junho de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, ao sujeitarem a licenciamento ambiental a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas.*

(...)

Em resumo, considero que, na ausência de solução legislativa válida ou na interpretação da lei, o juiz pode e deve aplicar diretamente a Constituição,

concretizando o conceito (indeterminado) de *significativa degradação ambiental* e, realizando essa tarefa, concluirá que a atividade de cultivo de produtos transgênicos é potencialmente causadora de *significativa degradação* do meio ambiente, de modo a exigir a realização de EIA/RIMA.

Por fim, não podemos deixar de citar o entendimento do referido voto vencido que ensina a importância das audiências públicas (obrigatórias no processo de estudo prévio de impacto ambiental), que permite a participação dos cidadãos. Em suas palavras:

A solução pela realização de EIA/RIMA, além do mais, abre a porta à participação popular na decisão em referência, por meio das audiências públicas, com o que se atende ao princípio democrático. Reconhece-se o descrédito que subsiste em relação às audiências públicas como instrumento de promoção da democracia direta. Dir-se-á que *o povo não sabe opinar nessa matéria*, principalmente pelo seu caráter altamente técnico e científico. É essa, entretanto, uma posição autoritária e pessimista, que desconhece a democracia como processo de constante experiência e aprendizado^[123]. Não se ignora o fenômeno da alienação das massas populares, a que se refere o multicitado Paulo Bonavides, mas, como aconselha o mestre, deve ser alimentada a esperança de gradativa incorporação dessas massas ao processo político, o que será factível, principalmente, se algum dia vingar a idéia, já sustentada, de que os veículos de comunicação de massa sejam tratados, à semelhança do meio ambiente, como bens de uso comum do povo (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149-166).

O cultivo da soja transgênica não se restringe a uma questão de competência científica, tendo também implicações sociais e políticas, para as presentes e futuras gerações, do que é exemplo a possibilidade de criação de monopólio transnacional na produção e comercialização de sementes e agrotóxicos, manietando a organização produtiva tradicional. É reducionismo enfatizar a questão – como pretendem os interesses econômicos – apenas pelo ângulo da saúde dos consumidores. Calha a advertência de Fábio Konder Comparato quando diz que “os reflexos econômicos da distribuição em massa de produtos transgênicos podem ser catastróficos para os agricultores mais pobres. Como salienta uma publicação das Nações Unidas, cerca de um bilhão e quatrocentos milhões de agricultores em todo o

[123] Presente a uma reunião do Conselho Nacional de Saúde tive oportunidade de ouvir discussão a respeito do funcionamento dos conselhos municipais de saúde, dizendo-se que acabam se transformando em uma mera burocracia, sem utilidade prática, porque os conselheiros, geralmente, não estão preparados para opinar sobre as questões que lhes são apresentadas, limitando-se a acompanhar a opinião de alguém que ali está para defender interesses político-partidários. No auditório, uma pessoa comentou que esse fato não justifica a extinção dos referidos conselhos, pois, no mínimo, permitem o aprendizado da participação popular e, nas suas palavras, democracia aprende-se atirando no pé. A essa sua observação acrescentei que democracia aprende-se, às vezes, dando flechada no pé, já que, naquele caso, tratava-se de um município situado em longínquo interior do Estado do Amazonas.

mundo reutilizam para plantio as sementes de colheitas passadas. Eles podem ficar inteiramente nas mãos das poucas empresas transnacionais que vendem sementes transgênicas, pois estas em regra só germinam uma vez” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 433). Esses outros aspectos a serem considerados para o licenciamento de produto geneticamente modificado exigem, especialmente, informação ao povo e decisão pelo povo.

Em artigo publicado a propósito de “um operário de esquerda^[124] ter sido democraticamente eleito, com uma maioria esmagadora e sem precedentes, para a Presidência da República do Brasil”, Marilena Chauí coloca a questão do saber e da participação popular na tomada de decisões políticas. Diz que “a ideologia da competência afirma que aqueles que possuem determinados conhecimentos têm o direito natural de mandar e comandar os que supostamente são ignorantes, de tal maneira que a divisão social das classes aparece como divisão entre dirigentes competentes e executantes que apenas cumprem ordens. Essa ideologia, dando enorme destaque à figura do *técnico competente*, tem a peculiaridade de esquecer a essência mesma da democracia, qual seja, a ideia de que os cidadãos têm direito a todas as informações que lhes permitam tomar decisões políticas, porque são todos politicamente competentes para opinar e deliberar, e que somente após a tomada de decisão política há de se recorrer aos técnicos, cuja função não é deliberar nem decidir, mas implementar da melhor maneira as decisões políticas tomadas pelos cidadãos e por seus representantes” (“A mudança a caminho”. *Folha de S. Paulo*, ed. 03.11.2002, p. A3). Não é sem razão que se diz que a *discricionariedade técnica* “permanece sendo um obstáculo à participação dos cidadãos na Administração e ao contraste pleno da atividade administrativa”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266).

Esta valiosa contribuição nos faz lembrar uma vez mais que o princípio democrático previsto na Constituição Federal assegura que as decisões que afetam a sociedade a ela pertencem.

Com essas rápidas passagens de decisões judiciais das ações judiciais em comento, pretendemos ilustrar a riqueza do processo em curso – judicial e extrajudicial – em busca da consolidação da democracia e do respeito às leis.

[124] Conforme noticiado pela imprensa, o Presidente da República teria dito não admitir o qualificativo de esquerdista.

Os transgênicos nos tribunais: outras discussões

O debate acerca dos organismos geneticamente modificados perante a Justiça extrapola as questões tratadas na medida cautelar e na ação civil pública acima mencionadas, mas, pode-se afirmar que todas são consequências diretas da falta de respeito à legislação brasileira, especialmente no tocante à preservação do meio ambiente e da saúde pública, à participação popular no processo decisório, bem como à rotulagem de transgênicos – e a maior parte intentada em face da União Federal^[125].

Entre as primeiras ações coletivas que se seguiram à ação da soja transgênica merece menção a ação a respeito da rotulagem de alimentos transgênicos ou contendo ingrediente transgênico. No ano de 2001, sob o impacto de denúncias do Idec e do Greenpeace sobre alimentos contendo soja transgênica sem informação para o consumidor, a pressão da sociedade por uma norma obrigando a rotulagem de transgênicos e possivelmente também devido à determinação judicial exigindo respeito ao Código de Defesa do Consumidor dada na ação civil pública da soja transgênica, o então presidente Fernando Henrique Cardoso publicou o Decreto 3.871. De acordo com o decreto, a informação seria obrigatória quando houvesse mais de 4% de ingrediente transgênico.

A restrição do direito à informação prevista na norma resultou na propositura de uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal e Idec^[126]. Mesmo após a edição de novo decreto, Decreto 4.680/03, pelo Presidente Lula que exige a rotulagem quando houver mais de 1% de transgênico^[127], a ação segue em tramitação em razão da não alteração de seus fundamentos e pedido inicial, no sentido de exigir a informação quanto à presença de organismo transgênico, independentemente do percentual^[128].

Outra ação relevante foi proposta pelo Ministério Público Federal para ver declarada a obrigatoriedade de exigência do Registro Especial Temporário - RET, previsto na Lei de Agrotóxicos, Lei 7.802/89, como condição para o cultivo e manipulação, ainda que em caráter experimental, de quaisquer sementes transgênicas que funcionem como bioinseticidas e sejam consideradas agrotóxicos ou afins^[129].

[125] Não é nosso propósito aqui discorrer sobre todas as ações judiciais sobre transgênicos existentes no país. Há ações que discutem competências dos entes federados, ADIns que questionam a constitucionalidade de MPs, ações para obrigar a rotulagem de transgênicos, entre outras iniciativas valiosas que não constam deste artigo.

[126] ACP 2001.34.00.022280-6/DF distribuída à 13ª Vara Federal do Distrito Federal. A ação foi julgada procedente em 1ª instância em 2007, pendendo julgamento das apelações da União Federal e ABIA.

[127] A rotulagem prevista no decreto vigente é baseada na rastreabilidade, ou seja, independe da possibilidade de constatação no produto final. Além disso, a norma obriga a rotulagem de alimentos de origem animal, se alimentados com ração transgênica.

[128] Mais recentemente, outras ações foram ajuizadas pelo Ministério Público em face de empresas alimentícias com o fim de exigir a rotulagem.

[129] ACP 2001.34.00.010329-1/DF distribuída à 14ª Vara Federal do Distrito Federal, julgada parcialmente procedente em 1ª instância em 2003, pendendo de julgamento os recursos das partes.

Diversas outras ações ainda foram propostas sob a égide da antiga Lei de Biossegurança, a Lei 8.974/95 até a edição da atual Lei de Biossegurança, a Lei 11.105/05. A nova lei, originada a partir do Projeto de Lei 2.401/03 encaminhado pelo Governo Federal, pretendia declaradamente “eliminar conflitos legais existentes, especialmente entre os mecanismos legais mencionados [a então vigente legislação de biossegurança] e a legislação ambiental”^[130].

De fato, a atual Lei de Biossegurança buscou concentrar as competências em matéria de OGM na CTNBio, subtraindo atribuições inerentes a outros órgãos, como os Ministérios do Meio Ambiente e da Saúde. A Lei 11.105/05 também torna o licenciamento ambiental facultativo à Comissão, além de convalidar seus atos passados e afastar a aplicação da Lei de Agrotóxicos, tornando incontestável o propósito já declarado de “resolver conflitos legais”.

O objetivo do Governo Federal e dos parlamentares que aprovaram a proposta legislativa não foi alcançado. A começar pelo ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República que sustenta a violação da Constituição Federal, no tocante às competências comuns para tratar da proteção do meio ambiente dos Estados e Municípios; à dispensa do estudo prévio de impacto ambiental nas atividades relacionadas aos transgênicos; e à violação da coisa julgada material, na medida em que a nova Lei confrontou decisões judiciais em vigor^[131].

Outros conflitos legais continuam se avolumando no Poder Judiciário após a edição da nova Lei, diante de atitudes à margem da legislação cometidas especialmente pela CTNBio. Destas, sublinhamos o Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato do Presidente da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, para garantir o acesso de qualquer pessoa às reuniões plenárias e das subcomissões setoriais da CTNBIO – que até então aconteciam às portas fechadas. Foi concedida a segurança, com base no princípio constitucional da publicidade dos atos públicos assegurado no artigo 37, *caput*^[132].

A falta de transparência sempre permeou o trabalho da CTNBio, sendo uma das principais reivindicações das organizações que compõem a campanha “Por um Brasil Livre de Transgênicos”. Com o retorno das atividades da Comissão, após a aprovação da nova legislação de biossegurança, a Lei 11.105/05, a conduta não mudou.

[130] Conforme ofício do então Ministro Chefe da Casa Civil José Dirceu, em 30/10/2003, dirigido ao Presidente Lula, com o PL 2.401/03 e sua justificativa.

[131] A ADIn 3.526 recebeu diversos *amici curiae* e em setembro de 2009 recebeu o parecer da Procuradoria Geral da República pela procedência da ação.

[132] Mandado de Segurança 2007.34.00.012278-6 distribuído à 2ª Vara Federal do Distrito Federal.

A CTNBio retomou a regularidade de suas atividades em fevereiro de 2006, logo incluindo para deliberação o pedido de liberação comercial do milho geneticamente modificado *Liberty Link* da empresa Bayer. Diante da importância da primeira liberação de milho transgênico no país para toda a sociedade e da iminência de sua discussão e deliberação na CTNBio, em 18 de outubro do mesmo ano, o Idec, a Terra de Direitos e a AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa –, encaminharam à Comissão um requerimento para a realização de audiência pública para garantir a participação de cientistas, cidadãos, pequenos agricultores e organizações da sociedade civil no debate acerca da liberação deste OGM.

Neste caso específico, a realização de audiência pública se mostrava ainda mais imprescindível, tendo em vista os interesses de pequenos agricultores e comunidades locais que cultivam variedades crioulas e ao seu alto risco de contaminação; além da divergência entre os cientistas sobre o milho *Liberty Link*; sem falar nas implicações para o meio ambiente e para a saúde humana.

Após a reiteração do requerimento por duas vezes a Comissão decidiu por não realizar a audiência pública, sustentando que o artigo 15 da Lei de Biossegurança prevê a possibilidade e não a obrigatoriedade de sua realização. Diante da negativa, as organizações ajuizaram uma ação civil pública visando obrigar a CTNBio a realizar a audiência pública garantindo a participação de todas as organizações e cidadãos interessados, de forma que fossem amplamente discutidas com a sociedade civil as questões referentes à liberação comercial do milho geneticamente modificado *Liberty Link*¹¹³³.

Em 14 de dezembro de 2006, foi concedida a liminar que obrigou a realização de audiência pública. Em sua interpretação do artigo 15 da Lei, o juiz federal Konkel Junior da Vara Ambiental de Curitiba esclarece que

(...) este dispositivo foi o único de toda a lei que veio a proporcionar uma forma, a mínima que seja, de efetiva participação popular no processo de liberação comercial de transgênico. Ressalve-se, neste ponto, que a participação popular encontra-se garantida pela Constituição Federal de 1988, como forma de viabilização do Estado Democrático atualmente existente, o que se traduz pelo disposto no art. 1º, parágrafo único: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Sendo assim, a realização de audiência pública na hipótese em tela nada mais é do que a consagração desta participação do povo, que inegavelmente se encontra diretamente interessado em qualquer decisão que venha a ser tomada pela CTNBio na liberação do milho transgênico.

Na mesma decisão liminar, o magistrado discorre sobre a imperiosa observância ao princípio da precaução para concluir que “o atendimento ao princípio da precaução vem ressaltar ainda mais a necessidade de realização de audiência pública em casos como o presente.” Finaliza enaltecendo a relevância da participação dos cidadãos no processo, nos seguintes termos:

Por fim, importante frisar que, na hipótese em tela, a justificativa para o indeferimento do pedido não se sobrepõe à importância da participação popular do procedimento. Por mais que a ré busque justificar sua atitude sob o fundamento de que a comissão está composta por especialistas de várias áreas do conhecimento, esta não é justificativa suficiente a fim de desconstituir a importância da participação popular, na medida em que se trata de assunto de interesse geral, de toda a população, e não de apenas algumas pessoas específicas, escolhidas em listas tríplices, e não por votação popular.

Sob esta imposição judicial, ocorreu a primeira audiência pública em 20 de março de 2007, presidida pela CTNBio. As regras para participação neste debate público foram mais uma demonstração inequívoca da falta de prática democrática da Comissão – fato que não impediu a exposição pública das falhas graves cometidas nos processos de análise de risco de milhos transgênicos cometidos pelos cientistas que integram o órgão^[134].

Outra importante medida merece registro. Em 15 de junho de 2007, a Terra de Direitos, Idec, AS-PTA e ANPA – Associação Nacional dos Pequenos Agricultores – ajuizaram nova ação civil pública contra a União Federal, com o objetivo de anular a decisão técnica da CTNBio que autorizou a produção, comercialização e o consumo do milho *Liberty Link* da Bayer^[135] – como já mencionado o primeiro pedido de liberação comercial de milho – e suspender quaisquer liberações de outros eventos de milho transgênico antes da elaboração de normas de biossegurança e regras específicas de liberações comerciais^[136].

As organizações fundamentaram seu pleito por meio de diversas afrontas à legislação brasileira cometidas durante todo o processo de liberação do mencionado milho transgênico, que, se não sanadas, atingiriam todas as demais liberações. A inexistência de normas que orientassem devidamente a CTNBio nos casos de liberação comercial de transgênicos; a falta de regras de monitoramento de OGM e de coexistência; a ausência de estudos ambientais no país; a desconsideração das questões formuladas e de documentos entregues por organizações à Comissão foram os principais argumentos para demonstrar a ilegalidade do ato administrativo. A

[134] Duas outras audiências públicas foram realizadas posteriormente, por determinação da CTNBio, para tratar da liberação do algodão transgênico e do arroz transgênico.

[135] A aprovação do milho *Liberty Link* ocorreu na reunião da Comissão realizada em 16 de maio, tendo sido publicada no Diário Oficial da União somente em 08 de junho.

[136] ACP. 70.00.015712-8/PR distribuída à Vara Ambiental de Curitiba.

precariedade e insuficiência das respostas da empresa proponente a uma série de questões apresentadas por membros da CTNBio e os riscos à saúde e ao meio ambiente associados ao milho Liberty Link ignorados pela CTNBio, apesar de apontados em pareceres de membros da Comissão, também embasaram a ação.

Em 28 de junho, a Juíza Pepita Durski Tramontini Mazini suspendeu a decisão técnica da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança referente à liberação do milho Liberty Link. Segundo a Juíza, a decisão da CTNBio não poderia surtir qualquer efeito até que fossem elaboradas normas de coexistência das variedades orgânicas, ecológicas e convencionais com as variedades transgênicas e até que fossem definidos os termos do monitoramento do milho Liberty Link. A liminar ainda impedia a liberação do milho da Bayer nas regiões Norte e Nordeste antes da realização de estudos ambientais nas referidas regiões.^[137]

Às pressas, a CTNBio elaborou duas normas para “resolver” a pendência judicial instaurada – as Resoluções Normativas 3 e 4 – enquanto a Advocacia-Geral da União e as empresas de biotecnologia afetadas com a decisão recorriam ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para reverter a determinação judicial.

A insuficiência das normas foi informada nos autos do processo pelas organizações autoras, novamente, levando o Poder Judiciário a rechaçá-las, tendo em vista que o monitoramento previsto na RN 3 se resumia a delegar a competência legal exclusiva da Comissão de estabelecer o plano de monitoramento às proponentes da tecnologia. Por sua vez, a RN 4 determinava a distância mínima de 100 (cem) metros entre uma lavoura comercial de milho geneticamente modificado e outra de milho não geneticamente modificado, localizada em área vizinha, ou, alternativamente, 20 (vinte) metros, desde que acrescida de bordadura com, no mínimo, 10 (dez) fileiras de plantas de milho convencional de porte e ciclo vegetativo similar ao milho geneticamente modificado. Com relação a este último aspecto, anotou a Juíza Federal:

É certo que este Juízo não detém o conhecimento técnico necessário para indicar exatamente quais regras de coexistência devem ser elaboradas pela comissão. Contudo, é evidente que, mesmo para o homem médio, exclusivamente a determinação de distanciamento mínimo entre as espécies de milho não se mostra suficiente a tanto, até pelo que foi asseverado na decisão proferida e acima transcrita. Vislumbra-se que não foi apontada nenhuma medida de biossegurança, procedimentos, restrições, etc, conforme determina a Lei de Biossegurança.

[137] Importante registrar que no mês seguinte, a ANVISA e o Ibama apresentaram recurso ao Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS contra a decisão da CTNBio de liberar o milho Liberty Link. E, posteriormente, os órgãos manifestaram-se formalmente contra a liberação dos milhos MON 810 e Bt 11.

Lamentavelmente, o Tribunal Regional Federal, em decisão relatada pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, entendeu que não se encontravam presentes os requisitos para concessão da liminar, revogando a medida e mantendo em vigor as normas questionadas.

A contaminação de variedades convencionais, orgânicas e ecológicas por milho transgênico, que é uma das discussões centrais da ação coletiva acima resumida, ganhou novo fôlego em 2009, com a realização de um Plano de Monitoramento do Fluxo Gênico das Lavouras de Milho Transgênico no Estado do Paraná, realizado pela Secretaria de Estado da Agricultura e do Abastecimento. Os resultados divulgados, em agosto, comprovaram a ocorrência de contaminação das plantações de milhos não transgênicos, o que consequentemente demonstra a insuficiência da norma criada pela CTNBio, a RN 4, para evitar a contaminação.

Com base nos dados oficiais do Governo do Paraná, mais uma vez a ANPA, a ASPTA, o Idec e a Terra de Direitos, buscaram o Poder Judiciário para solicitar em uma nova ação a declaração da ilegalidade da referida norma, e, em caráter de urgência, a suspensão da comercialização de sementes transgênicas; o cultivo de variedades de milhos transgênicos e quaisquer novas liberações comerciais de variedades de milhos geneticamente modificados até que sejam feitas as normas de coexistência adequadas à legislação pátria^[138].

[138] ACP 2009.70.00.021057-7 distribuída à Vara Ambiental de Curitiba. Originalmente, fora proposta uma medida cautelar incidental à ACP .70.00.015712-8/PR antes referida, mas a juíza indeferiu o pedido liminar e determinou a emenda da inicial, ajustando-a como ação civil pública e para livre distribuição.

Considerações Finais

As medidas judiciais destacadas no presente artigo, dentre várias outras relevantes ações propostas no país, ilustram o valor da luta pela preservação de direitos humanos. Contudo, as conquistas alcançadas diante de interesses econômicos tão expressivos trouxeram também respostas contrárias aos interesses da população.

Os retrocessos legislativos de que são exemplo a nova Lei de Biossegurança e as diversas medidas provisórias editadas sobre o assunto são exemplos disto e demonstram a intensa batalha travada entre as forças antagonicas atuantes no Poder Judiciário e em outras esferas.

As alterações legislativas que culminaram com a concentração de competência em torno da CTNBio, em detrimento dos demais órgãos governamentais competentes, sem dúvida, foram prejudiciais ao princípio democrático e, conseqüentemente, ao meio ambiente e à população brasileira. Pior, a estrutura da Comissão Técnica, tanto de representação como de funcionamento, continuou extremamente frágil.

Apesar disso, o papel das organizações que se mobilizaram, do Ministério Público e, sobretudo, do Poder Judiciário foi fundamental para levar ao processo de liberação de organismos geneticamente modificados no Brasil ares de transparência, aproximando as discussões da população em geral.

A “moratória judicial” imposta pelas primeiras decisões proferidas na medida cautelar e na ação civil pública contra a liberação da soja transgênica proporcionou fôlego crucial para a informação dos diversos públicos e para a formação da opinião pública quanto à exigência do seu direito de escolha mediante a necessária rotulagem destes alimentos^[139]. Contribuiu, ainda, para que os agricultores e demais atores pudessem entender melhor a sistemática de negócio das multinacionais de biotecnologia e suas estratégias de domínio agressivo das sementes e da produção, embora muitos ainda estejam iludidos pelo marketing da maior produtividade.

Mesmo com as amarras da nova legislação de biossegurança, o Poder Judiciário prosseguiu pondo freios aos atos contrários à Constituição Federal de 1.988 e aos direitos fundamentais à saúde, de proteção ao consumidor e ao meio ambiente. A obrigatoriedade de realização de audiências públicas, até então entendida pela CTNBio como uma opção (assim como a realização de EIA/RIMA) e a abertura de suas reuniões ao público em geral lembraram aos seus membros e ao Poder

[139] Diversas pesquisas de opinião realizadas no Brasil, a exemplo de outras realizadas em outras partes do mundo, apontam que a maioria optaria por um alimento não transgênico: 74% da população (IBOPE, 2001); 71% (IBOPE, 2002); 74% (IBOPE, 2003); e 70,6% (ISER, 2005).

Executivo que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil, e que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

A decisão conquistada na ação civil pública que questionou a liberação do milho transgênico *Liberty Link* tentou mostrar à Comissão que erros passados não seriam permitidos, cometidos especialmente devido ao injustificável aqodamento com que se tomam decisões de tamanha relevância. Como liberar uma espécie transgênica sem normas claras de liberação comercial e de monitoramento pós-comercialização? Como plantar milho transgênico em todo o território nacional sendo que algumas regiões, com biodiversidade totalmente diferentes, nunca tinham recebido nem os questionáveis plantios experimentais?

Muito há que se avançar, porque não é possível esperar que o Poder Judiciário consiga por fim ao conjunto de atropelos e ilegalidades cometidos contra a biossegurança. É necessária ampla participação da população e vontade política dos gestores para a construção de uma sólida política de biossegurança, sedimentada em princípios que regem o Estado democrático de Direito, como a soberania nacional, o bem-estar da população, a precaução, a transparência e o respeito a bens maiores, a saúde, o meio ambiente e a vida das presentes e futuras gerações – consagrados e protegidos pela Constituição Federal de 1988. Para isso têm atuado organizações da sociedade civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário brasileiro.

Muito embora o papel do Poder Judiciário, ao imiscuir-se em decisões de políticas públicas seja criticado, sob a alegação de violação à tripartição de poderes e judicialização de políticas públicas, entidades da sociedade civil, o Ministério Público e o próprio Judiciário tornam-se porta-vozes da população em demandas que, em tese, poderiam ser resolvidas pela democracia representativa, mas que acabam por não encontrar qualquer eco no Legislativo e muito menos no Executivo. O certo é que, neste caso, o Poder Judiciário ganhou significativo protagonismo na consolidação da democracia no Brasil e para o respeito aos direitos humanos fundamentais.

06 LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA PARA A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AS AÇÕES EM DEFESA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM SÃO PAULO

por Ester Rizzi^[140]
Salomão Ximenes^[141]

Introdução

Este artigo pretende sistematizar e analisar as iniciativas da ONG Ação Educativa na promoção da justiciabilidade como estratégia para impulsionar as políticas públicas voltadas à realização do direito à educação infantil no município de São Paulo, bem como fortalecer seu controle social. Nesse sentido, mesmo admitindo que a luta pelo reconhecimento e realização de direitos pressupõe diferentes dimensões de exigibilidade (social, política e jurídica)^[142] – todas incorporadas à estratégia de atuação institucional na temática, aqui priorizaremos o aspecto da litigância de interesse público desenvolvido pela instituição. Ao final, esperamos haver contribuído com as discussões em torno das seguintes questões: como a litigância estratégica “não-governamental” pode promover políticas públicas e fortalecer o controle social para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, no caso específico à educação? Por que é socialmente relevante e politicamente estratégico, em um contexto de ampliação e especialização do sistema de justiça (sobretudo do Ministério Público e da Defensoria Pública), o recurso à justiciabilidade por meio da litigância direta no Judiciário?

Com o objetivo de enfrentar tais questões e diante do fenômeno de crescente influência do sistema de justiça na definição do direito à educação e, conseqüentemente, na determinação das políticas educacionais, a Ação Educativa criou, em 2004, o programa Ação na Justiça, que tem por finalidade promover a justiciabilidade do direito à educação desde a perspectiva dos direitos humanos. Além da atuação judicial propriamente dita, são objetivos do programa: o aprofundamento e difusão de tais conceitos nos campos jurídico e educacional; a participação no debate público; a mobilização pela ampliação das garantias materiais e processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e mobilização de defensores populares do direito à educação. Em sua estratégia de litigância, procura fortalecer a articulação com redes de defesa e promoção de direitos humanos e educacionais.

[140] Ester Rizzi é advogada e mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP); é assessora jurídica do Programa Ação na Justiça da ONG Ação Educativa; contato: ester.rizzi@acaoeducativa.org.

[141] Salomão Ximenes é advogado, mestre em Educação Brasileira (UFC) e doutorando em Direito do Estado (USP); é coordenador do Programa Ação na Justiça da ONG Ação Educativa e membro da coordenação colegiada da Plataforma DhESCA Brasil; contato: salomao.ximenes@acaoeducativa.org.

[142] Para uma aproximação à idéia de exigibilidade do direito à educação e uma abordagem de seu conteúdo jurídico, consultar: PLATAFORMA DHESCA BRASIL: AÇÃO EDUCATIVA. Direito Humano à Educação. Curitiba : Coleção Cartilhas de Direitos Humanos, v.4, 2009. Disponível em: www.acaoeducativa.org, seção publicações.

Após um período inicial de implantação (2004 a 2006) do programa, no qual foram priorizadas iniciativas de pesquisa, voltadas ao conhecimento do posicionamento do Judiciário frente a demandas pelo direito à educação; de produção e difusão de informações públicas, através de boletim informativo específico e publicações especializadas,^[143] e de formação de atores estratégicos, educadores, militantes sociais e estudantes de graduação em Direito e Pedagogia; a Ação Educativa vem se constituindo nos últimos anos como um agente na litigância estratégica do direito à educação, propondo demandas e prestando assessoria jurídica a movimentos e organizações sociais.

Nesse sentido, além de permanente atuação na esfera administrativa, o programa propôs ações jurídicas na defesa do direito à educação - Ações Cíveis Públicas e Mandados de Segurança, em articulação com outras organizações, fóruns e, sempre que possível, com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Além disso, vem acompanhando o debate constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), com a participação direta como *Amicus Curiae* em processos de controle de constitucionalidade que tenham como objeto aspectos relevantes do direito humano à educação, como é o caso da ADI n. 4167, que trata do piso nacional salarial dos profissionais da educação básica pública. Na proposição e acompanhamento das ações, prioriza as demandas de caráter coletivo ou paradigmático, em que, além dos interesses imediatos defendidos, estão em jogo teses jurídicas relacionadas à amplitude da exigibilidade do próprio direito à educação, possibilitando sua expansão.^[144]

Como veremos adiante, a educação infantil em creches e pré-escolas, para crianças com idade entre 0 (zero) e 5 (cinco) anos, é um desses “temas de fronteira” do direito à educação e, numa perspectiva mais geral, dos direitos sociais. Prevista como direito na Constituição de 1988 e em seguidas normas legais, somente muito recentemente passou a ter seu status de exigibilidade reconhecido pelo Judiciário. Dadas as implicações políticas e econômicas de tal reconhecimento, uma vez que cerca de 80% das crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos e 25% daquelas com idade entre 4 (quatro) e 5 (cinco) anos atualmente não encontram vagas em instituições públicas de ensino dos municípios - a quem compete a oferta direta, muito se tem discutido a respeito da efetividade das decisões judiciais e sobre a forma adequada de tutela desse direito. Dessas discussões tanto podem resultar novos avanços no reconhecimento do direito à educação, sobretudo em seu caráter transindividual, e no controle judicial das políticas públicas e do orçamento público, como, inversamente, podem ocorrer retrocessos judiciais, com o revigoramento de teses contrárias à “judicialização” dos direitos econômicos, sociais e culturais.

[143] Desde 2005 a Ação Educativa publica o Boletim OPA (Oportunidades e Possibilidades de Acesso à Justiça) – Informação pelo Direito à Educação, com informações sobre o direito à educação e a legislação, a jurisprudência dos tribunais, as iniciativas de defesa e as oportunidades de aprofundamento da temática. Com circulação bimensal, o Boletim encontra-se em sua 51ª edição.

[144] Maiores informações sobre o programa Ação na Justiça estão disponíveis em www.acaoeducativa.org.

Daí a Ação Educativa atuar nesse tema, em articulação com outras organizações da cidade de São Paulo, no Creche para Todos. Este se constitui como uma articulação informal de entidades e militantes sociais que têm como objetivo lutar pela inclusão educacional de qualidade de todas as crianças em unidades de educação infantil. Nesse sentido, desde o final de 2007, o Creche para Todos organiza mobilizações e iniciativas de incidência política com comunidades e organizações locais no município de São Paulo e na Região Metropolitana, buscando consolidar o reconhecimento desse direito e a articulação social para a sua garantia, fortalecendo sua exigibilidade.

O Creche para Todos tem ainda como objetivos fortalecer o controle social das iniciativas públicas no campo da educação infantil e promover sua justiciabilidade, tendo em vista: (i) a ampliação do número de vagas associada à priorização do atendimento nas áreas de maior vulnerabilidade social; (ii) a melhoria da qualidade do atendimento e (iii) o acesso às informações públicas e a garantia de um sistema de registro da demanda por essa etapa educacional.

Por um lado, o Creche para Todos fomenta a mobilização social para reivindicar a ampliação do acesso e a melhoria da qualidade nessa etapa educacional, o que é feito por meio de um cadastro da demanda não atendida, organizado e alimentado desde o fim de 2007. Tal cadastro identifica e estimula a demanda social por educação infantil, dá publicidade à inexistência de oferta em áreas estratégicas da cidade e serve de base à estratégia judicial. Por outro lado, busca permanentemente atuar sobre os poderes públicos competentes, propondo mobilizações junto aos órgãos responsáveis pela administração do ensino, cobrando informações sobre “planos de expansão” e promovendo debates junto à Câmara Legislativa Municipal.

Em articulação com as iniciativas de incidência política e mobilização social, as organizações do movimento, assessoradas pelo Programa Ação na Justiça, vêm se utilizando da litigância judicial estratégica como forma de fortalecer o direito e de dar visibilidade à temática, com o que buscam também incidir sobre a configuração da jurisprudência e a posição dos órgãos oficiais do sistema de justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Justiça da Infância e da Juventude)^[145].

Feitas essas considerações preliminares e antes de tratarmos especificamente da litigância estratégica desenvolvida até aqui pela Ação Educativa em articulação com o Movimento Creche para Todos, será importante traçar algumas considerações sobre o tratamento jurídico conferido ao direito à educação infantil pela legislação brasileira e sobre a jurisprudência já existente sobre o tema, bem como sobre os desafios colocados ao Poder Judiciário diante do enorme déficit de políticas públicas de educação infantil na maior metrópole do país.

[145] Além da Ação Educativa, participaram da criação do Creche para Todos: Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP), Casa dos Meninos, Instituto de Cidadania Padre Josimo, Instituto Lidas, Fórum do Jardim Irene e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emílio Carlos e Irene. Mais informações em www.crecheparatodos.org.br.

O direito à educação infantil: previsão legal e reconhecimento jurisprudencial

Toda criança com idade entre 0 (zero) e 6 (seis) anos incompletos tem direito à educação infantil, sendo dever do Estado assegurá-la com qualidade, gratuidade e acesso indiscriminado. Dessa forma está previsto na Constituição Federal de 1988, que a inclui no rol dos direitos fundamentais sociais estipulados nos arts. 6º e 7º, XXV. Este último dispositivo constitucional também atribui aos pais o direito à educação infantil, uma vez que somente por meio de sua garantia lhes é possibilitado o pleno exercício do direito ao trabalho. Nesse sentido, é um direito de dupla titularidade.

Em matéria de direito à educação, as previsões constitucionais supramencionadas configuram-se como verdadeiras “normas de abertura”, que ganham corpo no Capítulo III, Seção I, Título VIII, da Constituição, que dispõe, respectivamente, nos arts. 205 e 208, IV, sobre o direito à educação infantil: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” e “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (com redação da EC nº 53/2006).”.

Com a promulgação das Emendas Constitucionais nº 14/1996 e nº 53/2006, o dever constitucional de assegurar educação infantil a todas as crianças passou a ser atributo expresso dos Municípios, e, a partir de 2007, as matrículas nessa etapa passaram a ser contabilizadas para efeito de redistribuição de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

Também a Constituição do Estado de São Paulo dispõe, em seus artigos 240 e 247, sobre o direito à educação infantil e a atribuição municipal de assegurá-la. No mesmo sentido dispõe a Lei Orgânica do Município de São Paulo, que nos arts. 200, 201 e 203 estabelece o dever da administração local de ofertar educação infantil.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996), ao regulamentar os dispositivos constitucionais, repete, em seus arts. 4º e 11, V, as disposições constitucionais relativas ao dever do Município com a educação infantil. Foi essa norma que instituiu no país o conceito de educação básica, cuja primeira etapa é representada justamente pela educação infantil. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), antes da LDB, já previa o direito à educação infantil em seus arts. 53 e 54, estabelecendo, ademais, o dever de assegurá-la próxima à residência da criança. Além disso, o Estatuto incorporou ao direito brasileiro o princípio da “prioridade absoluta” (art. 4º) das políticas voltadas à infância.

No âmbito do direito internacional, diversas são as normas que asseguram o direito à educação e, mais especificamente, à educação infantil: o art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (assinada em 1948); o art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (ratificado em 1992); a Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada em 1990), pela qual o país se comprometeu a adotar, em seu art. 18.3, “todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus”, compromisso que deve ser lido em consonância com a garantia, em todos os casos, do interesse superior da criança e o direito universal à educação, assegurados, respectivamente, nos arts. 3.1 e 28 da mesma Convenção. Também o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador (ratificado em 1996), em seu art. 13.1, assegura o direito de todos à educação.

Assim, do ponto de vista das garantias legais, não há dúvida de que o direito à educação infantil é parte do direito humano fundamental à educação, sendo plenamente exigível com base na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais, devendo ainda ser atendido com prioridade pelos administradores públicos. Havendo demanda ou procura (pelos pais ou responsáveis), nasce o dever do Estado de disponibilizar o referido direito. O impedimento do acesso da criança à educação infantil em instituições públicas faz gerar a responsabilidade do administrador público, obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência.

O reconhecimento do direito à educação infantil no ordenamento jurídico e nas normas internacionais, no entanto, não assegurava – ao menos até 2005 - decisões favoráveis a esse direito no Judiciário paulista. Os argumentos mais frequentes para a esquivia do reconhecimento judicial baseavam-se (i) na ideia de “reserva do possível” – ou seja, a administração pública não teria condições orçamentárias de garantir o direito à educação infantil, aqui incluídas alegações em torno do princípio da anterioridade da previsão orçamentária; (ii) na separação dos poderes – isto é, alegava-se que a determinação de atendimento da demanda configuraria uma intervenção indevida do Judiciário na esfera do Poder Executivo; e (iii) no fato de que, nos casos em que as ações judiciais pediam o reconhecimento do direito difuso ou coletivo, ou seja, a determinação de que fosse matriculada toda a demanda num determinado prazo ou ainda que fossem construídas novas unidades de ensino, o Judiciário tendia a reconhecer alegações de impossibilidade de conceder a tutela para pedidos genéricos e indeterminados ou ainda “pedidos futuros”^[146].

[146] Marinho, 2009.

Esse cenário começa a se modificar a partir de 2005, com as primeiras decisões do STF em favor de Recursos Extraordinários do Ministério Público, interpostos contra a jurisprudência até então dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Tais decisões do STF extrapolam, por seu caráter paradigmático e simbólico, o tema específico da educação infantil, podendo ser reconhecidas como importantes precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral. Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, em tais decisões o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário determinar que sejam asseguradas vagas a todos os que demandarem, sempre que comprovada a omissão dos demais poderes. Além disso, nessas decisões o Tribunal interpretou de forma bastante restritiva a chamada “cláusula de reserva do possível” – amplamente alegada em ações contra o poder público, reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis. A discricionariedade administrativa também foi minimizada na recente jurisprudência. Segundo as mesmas decisões, o poder público municipal não pode se esquivar da obrigação de oferta de educação infantil com base em alegações de discricionariedade, pois esta não se aplicaria a “políticas públicas definidas como prioritárias pela própria Constituição”, como é o caso das creches e das pré-escolas.^[147] Desde o fim de 2005, o STF já apreciou nove outros casos de demanda por educação infantil e manteve o mesmo posicionamento.^[148]

Como aponta levantamento realizado pela Ação Educativa sobre as ações coletivas em defesa da educação pública na cidade de São Paulo, até 2005 não havia se consolidado uma jurisprudência hegemônica no TJSP em relação à temática.^[149] Já a partir de 2006, no entanto, as decisões do TJSP passaram a reconhecer, de forma

[147] Nesse sentido, é paradigmática a decisão do STF no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410715-5/SP, do Ministério Público de São Paulo contra o Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005.

[148] RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007. RE 595595 AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 28/04/2009, DJ em 28/05/2009. RE592.937 AgR/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/05/2009, Publicação em 04/06/2009. AI 592.075 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 19/05/2009, DJ em 04/06/2009. RE 554.075 AgR/SC, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 30/06/2009, DJ em 20/08/2009.

[149] Esse estudo foi publicado em: GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; FERNANDES, Fernanda. “As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo”. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). A educação entre os direitos humanos. Campinas : Autores Associados, 2006. Carolina Marinho, confirmando a diversidade de entendimentos em dissertação de mestrado apresentada em 2009, identificou 36 ações civis públicas, propostas pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente de São Paulo, que tiveram decisões com trânsito em julgado entre os anos de 1996 e 2005: “Nas outras 14 ações procedentes em primeira instância, o TJSP reformou duas ações (22-1 e 130-4), entendendo que a forma de acesso ao ensino infantil era discricionária ao administrador público. Mas, em outras três decisões (12-5; 73-6 e 379-0), o Tribunal negou provimento aos recursos, confirmando a procedência da primeira instância. Nas outras nove ações, os recursos à segunda instância foram suspensos por um prazo de três anos, por conta da celebração de TAC com a Prefeitura paulistana. Essas ações foram extintas sem julgamento de mérito por perda de objeto, pois a Prefeitura comprovou ter matriculado as crianças. (...) Em todas essas decisões de acesso ao ensino infantil, além da grande divergência existente entre os diversos julgadores de primeira instância, o que salta aos olhos é que mesmo no TJSP o tema não era pacífico à época das decisões, o que levou à aplicação da norma de forma não uniforme”. (Marinho, C. M. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2009, pp. 59-67).

bastante uniforme, a procedência dos pedidos de vagas em instituições de educação infantil por meio do Judiciário, tornando evidente a influência das decisões do STF no sentido da uniformização da jurisprudência deste Tribunal.^[150]

Contexto da educação infantil em São Paulo

Apesar do amplo reconhecimento do direito à educação infantil, não só na legislação nacional e nas normas internacionais, mas também na jurisprudência dos tribunais – inclusive, após 2006, no Tribunal de Justiça de São Paulo – a situação do atendimento no município de São Paulo encontra-se, à época de início de intervenção do movimento e ainda hoje, em uma situação periclitante.

Enquanto a média nacional, em 2007, de frequência escolar na faixa etária de 0 (zero) a 3 (três) anos não passou de 17,1%, a região Sudeste apresentou o maior índice de crianças atendidas – 22,1%, sendo que isoladamente o estado de São Paulo tinha uma taxa de frequência em creches de 25%.^[151] Enquanto isso, a cidade de São Paulo apresentava taxa de atendimento em creche inferior à de sua região e estado, equiparando-se à média nacional, o que expressava a pouca prioridade atribuída a essa política pública no município.

Em 2001 havia, nas creches diretamente custeadas e organizadas pelo poder público municipal, 23.819 crianças matriculadas, chegando a 27.525 em 2006 e 33.770 em 2007. Somando o atendimento nas demais redes (federal, estadual e, principalmente, privada), chega-se a 99.270 matrículas em 2006 e 116.331 em 2007. Mesmo com esse crescimento entre 2006 e 2007, a taxa de frequência equivalia a somente 15,52% da população na faixa etária adequada, estimada em 749.523 crianças.^[152]

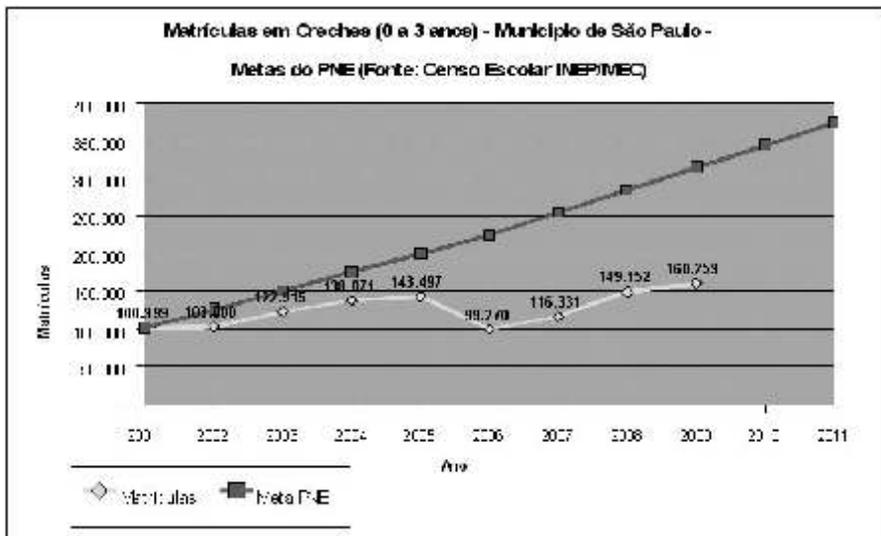
Levando em conta que o Plano Nacional de Educação (Lei nº. 10.172/2001) estipulou metas, a serem alcançadas em 2006 e 2011, de atendimento de, no mínimo, 30% e 50%, respectivamente, da população na faixa etária de creches, havia em 2007, no município de São Paulo, uma demanda legal não atendida de 108.531 crianças, em relação à meta de 2006, e com uma previsão de 258.436 crianças nessa situação, quando considerada a meta a ser alcançada em 2011.

[150] No sentido da garantia judicial de vagas em educação infantil, podem ser destacadas as seguintes decisões do TJSP: Apelação Civil nº. 124.741-0/6-00, Julgada em 30/01/2006; Apelação Civil nº. 131.511-0/3-00, Julgada em 30/05/2006; Apelação Civil nº. 134.918-0/2-00, Julgada em 31/07/2006; Apelação Civil nº. 134.506-0/2-00, Julgada em 31/07/2006; Agravo de Instrumento nº. 131.514.0/7-00, Julgado em 31/07/2006; Agravo de Instrumento nº 716.274-5/3-00, Julgado em 07/11/2007; Agravo de Instrumento nº 711.901 5/0-00, Julgado em 28/01/2008; Apelação Civil com Revisão nº 684.251-5/2-00, Julgamento em 30/01/2008; Apelação Civil nº. 155.042-0/8-00, Julgamento em 03/03/2008; Apelação Civil com Revisão nº 737.349-5/0-00, Julgamento em 04/03/2008; Recurso Ex-Ofício nº. 149.699-0/6-00, Julgamento em 28/04/2008; Apelação Civil nº. 389.888-5-8, Julgamento em 12/05/2008; Apelação Civil nº. 161.842-0/8-00, Julgamento em 26/05/2008; Apelação Civil nº. 163.9.955-0/8-00, Julgamento em 23/06/2008; Apelação Civil nº. 389.888-5-8, Julgamento em 11/08/2008; Apelação Civil com Revisão nº 738.562-5/9-00, Julgamento em 11/11/2008; Apelação Civil com Revisão 742.938-5/0-00, Julgamento em 16/02/2009; Apelação Civil nº. 169.464-0/0-00, Julgamento em 16/02/2009; Agravo de Instrumento nº. 868.020-5/0-00, Julgamento em 02/03/2009; Recurso Ex-Ofício nº. 180.787-0/5-00, Julgamento em 14/09/2009. Para uma análise da recente jurisprudência em matéria de educação infantil nos tribunais superiores e no TJSP, consultar: AÇÃO EDUCATIVA. Boletim Eletrônico OPA – Informação pelo Direito à Educação, Ano V, Ed. 51, dezembro/janeiro, 2010; disponível em www.acaoeducativa.org/boletins.

[151] Fonte: IBGE/PNAD 2007.

[152] IBGE, Censo Demográfico 2000 / Estimativa Sempla 2007.

Como se pode perceber no gráfico abaixo, há uma tendência de crescimento nas matrículas a partir de 2006, persistindo, no entanto, a defasagem em relação ao determinado no PNE. Ressalte-se, ademais, que a queda no número de matrículas observada entre 2005 e 2006 é fruto de ajustes na metodologia do Censo, que não mais permitiu a contabilização de crianças maiores de 3 anos como matrículas em creches:



Essa expansão, ocorrida sobretudo a partir de 2006, foi viabilizada pela ampliação da rede própria do Município – Centros de Educação Infantil (CEIs), administrados de forma direta ou indireta – e, principalmente, pelo crescimento exponencial do número de convênios com a iniciativa privada filantrópica, comunitária ou profissional.^[153] A opção por expandir o atendimento com os convênios vem sendo criticada por diversas organizações da sociedade civil, assim como por pesquisadores do campo educacional, especialmente porque há uma diferença significativa entre as condições qualitativas de funcionamento na rede conveniada e na rede própria, o que se reflete na grande diferença de custo por aluno. Além disso, a prioridade dos convênios, em detrimento de maiores investimentos diretos na rede, fragiliza a capacidade de planejamento da administração local quanto às regiões que devem ser priorizadas.

[153] Atualmente, há 312 Centros de Educação Infantil Diretos, 311 Centros de Educação Infantil Indiretos, 45 Centros de Educação Infantil nos Centros Educacionais Unificados (CEU) e 695 Creches Particulares Conveniadas, totalizando 1.363 unidades educacionais que oferecem vagas em creche. Com vagas em pré-escolas, há 461 Escolas Municipais de Educação Infantil – EMEI, além de 45 EMEI funcionando nos Centros Educacionais Unificados (CEU), totalizando 506 unidades. Informações coletadas no Portal da Secretaria Municipal de Educação (<http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/default.aspx>), referência de janeiro de 2010.

Por isso, como constatariam as organizações do Ação Educativa em seus primeiros levantamentos, a exclusão se agrava justamente nas áreas de maior vulnerabilidade social do município,^[154] nas quais a taxa de atendimento em creches gira em torno de 10% a 12%. Outro fator que merece ser destacado é que parte das 60.989 vagas em creches criadas entre 2006 e 2009 se deu mediante a injustificável redução de oferta em pré-escola (4 e 5 anos), etapa que sofreu redução de 18.306 vagas no período.^[155] Ou seja, parte considerável da recente expansão em creches se deu por meio de mudanças nos critérios de atendimento das unidades de ensino e não por expansão real da rede, o que contribuiu para que persista uma grande demanda não atendida também em pré-escolas.^[156]

Vale ressaltar ainda, a título de contextualização, que parte da expansão de vagas em creches ocorrida após 2005 se deu após a assinatura de seguidos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a administração e o Ministério Público (MP), que assim se abstinha de promover novas ações judiciais ou de executar as sentenças já obtidas desde que o poder público criasse 15 mil novas vagas por ano. Em decorrência da forma como as vagas foram criadas e da negativa do Município em assumir critérios qualitativos de atendimento da demanda, o TAC não foi assinado em 2009, ano em que o MP voltou a propor medidas judiciais propriamente ditas.

Assim, foi nesse cenário de altíssima exclusão, de pouca atenção da opinião pública e de estagnação da atuação do MP paulistano – o qual havia desenvolvido importante papel na já referida mudança de entendimento jurisprudencial – que as organizações que hoje compõem o Movimento Creche para Todos formularam suas primeiras estratégias de litigância. Tratava-se, num primeiro momento, de dar visibilidade social à questão da demanda não atendida, aproveitando-se do calendário eleitoral com o objetivo de elevar a educação infantil à condição de pauta prioritária das campanhas. Por outro lado, era importante romper o “represamento das demandas” por parte do MP, tanto porque as organizações entendiam que as metas estabelecidas no TAC estavam abaixo da capacidade orçamentária e operacional do Município, como porque o Creche para Todos se constituiria a partir da mobilização de atores locais junto às regiões de mais alta vulnerabilidade social, que cadastrariam as crianças excluídas e levariam a demanda diretamente ao Judiciário.

[154] Informações regionalizadas constantes no Sistema de Diagnóstico da Situação da Criança e do Adolescente na Cidade de São Paulo: <http://www.criancaadolescente2007.com.br/modulo/consultas.php>, consultado em 22/10/2009.

[155] Em 2006 foram registradas 285.444 matrículas em pré-escolas no município de São Paulo, ao passo que em 2009 foram registradas 267.138 matrículas na mesma etapa (Fonte: Censo Escolar INEP/MEC).

[156] Segundo informações oficiais, em setembro de 2009 a demanda não atendida em pré-escolas era de 36.124 crianças (Fonte: Portal SME). No entanto, a demanda não atendida em pré-escolas vem sendo subdimensionada pela carga horária reduzida de atendimento das unidades de ensino. Por volta de 210 mil crianças estudam em pré-escolas que funcionam em 3 (três) turnos diários de menos de 4 horas, sendo comum, nesta etapa, a persistência do popularmente chamado “turno da fome”, que funciona entre 11h e 15h. Caso tais escolas funcionassem em dois turnos diários (matutino e vespertino), como é recomendado, mais de 70 mil crianças se somariam à demanda oficialmente não atendida por ausência de vagas.

Acesso à informação pública sobre a demanda como estratégia de exigibilidade do direito à educação infantil

O Movimento Creche para Todos tem como objetivo fortalecer a possibilidade de controle social das iniciativas públicas no campo da educação infantil, tendo em vista (i) a ampliação do número de vagas públicas, (ii) a priorização do atendimento nas áreas de maior vulnerabilidade social, (iii) a melhoria da qualidade do atendimento e, por fim, (iv) a garantia do sistema de informações sobre o plano de expansão de vagas e as condições de oferta desta etapa educacional. No caso da educação infantil, etapa não compulsória do direito à educação, é essencial a manifestação de vontade por parte de pais e responsáveis, sendo igualmente necessária e estratégica do ponto de vista da pressão social a existência de sistemas públicos de registro da demanda – razão por que essa reivindicação passou a ser prioritária.

Além dessa característica peculiar do direito à educação infantil, sabia-se que em 2008 ocorreriam eleições municipais, momento em que o debate público sobre os temas da cidade tendem a ganhar relevância. Nesse sentido, para conseguir um compromisso público do governo seguinte (2009-2012) quanto à ampliação do número de vagas e trazer o tema à tona, era preciso agir estrategicamente para colocar o debate na pauta.

O Creche para Todos contava com um trunfo político ainda não utilizado. O Centro de Direitos Humanos e Educação Popular (CDHEP), uma das organizações que o coordena, havia participado da mobilização para a aprovação da Lei Municipal nº. 14.127, de 5 de janeiro de 2006, na qual está estipulada a obrigação da Secretaria Municipal de Educação de divulgar os dados de matrícula e de demanda por educação na cidade de São Paulo.

A Lei estabelece a criação do “Art. 1º (...) Programa de Informação sobre demanda por acesso e permanência de crianças, jovens e adultos nas unidades educacionais integrantes do sistema público de ensino (...)”, que consiste “Art.2º (...) I - no cadastramento a ser feito pelas EMEIs, EMFs, CEIs e creches conveniadas dos pleiteantes à matrícula e de todos matriculados; II - na criação de um programa eletrônico que centralize as informações obtidas no cadastramento sobre as demandas por acesso ao sistema da rede pública de ensino municipal e sobre as matrículas, de modo a evitar a duplicidade de matrícula, e garantir a efetivação da matrícula em uma das unidades educacionais que mais atenda às necessidades da família”.

Com esse programa, todas as unidades educacionais públicas ou conveniadas do Município passariam a ser responsáveis pelo levantamento da demanda educacional na cidade, ou seja, ao procurar vaga em creches, pré-escolas ou escolas, as crianças e os adolescentes deveriam ser atendidos; não havendo vaga disponível, deveriam,

segundo a Lei, ser cadastrados para atendimento em outra unidade, recebendo contraprova de que foram incluídos no Programa. Com o cadastramento, no caso do Município, este reconhece o dever jurídico de atuar imediatamente no sentido de expandir sua rede na escala necessária para atender a todos.

Além do dever de cadastrar e de criar programa eletrônico, a Lei Municipal nº 14.127/2006 estabelece o dever de tornar públicas as informações obtidas e sistematizadas por regiões específicas, possibilitando assim a participação e o controle social da comunidade, nos seguintes termos: “Art. 4º (...) Parágrafo único. A Secretaria Municipal de Educação deverá disponibilizar no seu portal da Internet relatórios trimestrais com os dados estatísticos organizados por Distrito”.

Na única vez em que os dados sobre a matrícula e a demanda por educação infantil haviam sido publicados pela administração municipal até então, causaram um grande impacto na opinião pública,^[157] sendo, por isso, estratégico exigir que fossem atualizados. Em junho de 2007, os demandantes por vagas em creches eram 87.851 (0 a 3 anos), número bastante significativo, principalmente quando comparado às 78.474 crianças atendidas na mesma etapa e faixa etária pela rede municipal, segundo as mesmas informações. Havia, assim, em junho de 2007, mais crianças que oficialmente demandavam vagas ao Município do que crianças efetivamente atendidas por sua rede.

Se o objetivo era intervir no debate político que ocorreria nas eleições de 2008 e colocar a educação infantil como pauta educacional prioritária dos próximos anos na cidade, uma boa estratégia seria obter os dados devidos por lei, pois eles deixavam evidente um dos mais graves problemas dessa etapa educacional: a enorme quantidade de crianças não atendidas e o déficit estrutural de vagas. Ora, se há uma lei que determina a publicação de informações educacionais e ela é reiteradamente descumprida, apesar dos pedidos administrativos formulados nesse sentido (petições administrativas foram encaminhadas ao Secretário Municipal), o recurso à via judicial para o cumprimento do dispositivo da lei pareceu uma boa estratégia.

Assim, sucessivamente foram propostos dois mandados de segurança contra o Secretário Municipal de Educação requerendo o cumprimento da Lei nº 14.127/2006 e, portanto, a disponibilização pública das informações sobre a demanda por educação infantil no município. O primeiro mandado de segurança, impetrado em 06 de junho de 2008, teve um efeito político quase imediato: incentivou a publicação dos dados referentes à oferta e à demanda não atendida por educação infantil uma semana mais tarde (13/06/2008). Esse resultado, porém, não foi estritamente/prorpiamente judicial, já que não houve decisão liminar que impulsionasse a publicação. Nesse caso, a divulgação da medida judicial pela assessoria de imprensa da Ação Educativa levou um órgão de mídia a pedir um posicionamento público do Secretário Municipal de Educação a respeito do

[157] Como exemplo, a matéria publicada no Jornal Agora, de 25/11/2007: “Déficit em pré-escola da capital é de 48 mil vagas”.

descumprimento da Lei, fazendo com que este determinasse a publicação quase que imediata das informações. Assim, neste primeiro caso, o resultado foi alcançado ao se associar, na estratégia de litigância, a função simbólica do Judiciário à utilização tática da mídia. Do ponto de vista estritamente processual, o mandado de segurança foi julgado improcedente pela perda de objeto, já que na data do julgamento os dados já haviam sido divulgados.^[158]

O efeito político esperado foi imediato. A partir da publicação dos dados, potencializados pela controvérsia pública que envolveu a ação[1], diferentes reportagens foram publicadas na grande mídia, visibilizando o fato de faltarem oficialmente “146.834 vagas na educação infantil” e abrindo espaço para as críticas das organizações às políticas públicas municipais. Ao tempo que os candidatos passaram a ser questionados sobre suas propostas para resolver a questão, o Movimento passou a cobrar a formulação de um plano público de expansão de vagas que fosse capaz de atender não somente a demanda oficial, mas aquela determinada pelo PNE.^[160]

O segundo mandado de segurança foi proposto em 13 de outubro de 2008, em razão da não publicação de dados atualizados referentes ao 3º trimestre daquele ano. Mesmo não produzindo o mesmo efeito político da primeira ação, este teve a função de reafirmar a posição de controle social do Movimento, Reforçando sua pauta de reivindicação em torno do aprimoramento das informações públicas. Essa posição levou à reforma da página eletrônica da Secretaria Municipal de Educação, que passou a disponibilizar informações detalhadas sobre cada uma das unidades da rede de ensino, a quantidade de crianças matriculadas, a modalidade de atendimento e seus respectivos orçamentos.^[161]

Mais uma vez, no entanto, do ponto de vista estritamente processual, o mandado de segurança não prosperou. Também neste caso o pedido liminar não foi deferido, sendo posteriormente sentenciada a extinção do processo sem julgamento do mérito, por esgotamento do objeto, uma vez que os dados vieram a ser posteriormente publicados. Tanto no despacho que indeferiu o pedido liminar sem oitiva da parte contrária como na sentença proferida em abril de 2009, o juiz da causa chegou a questionar a legitimidade jurídica das associações autoras para pleitear informações

[158] Contra a decisão que reconhecia a perda de objeto da ação e assim não condenava o réu (Município) em custas processuais, a Ação Educativa e as demais organizações autoras ingressaram, em 14/01/2009, com recurso de Apelação, alegando que a publicação dos dados após a propositura do mandado de segurança implicava o reconhecimento tácito dos pedidos e não a perda de objeto. Apelação com Revisão (Proc. n. 875.392.5/2-00) em curso no Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Antônio Celso Aguiar Cortez.

[159] A Secretaria Municipal de Educação publicou uma nota oficial na qual reclamava da opção pela via judicial in Comunicado Oficial da Secretaria Municipal de Educação. Como resposta, o Movimento Creche para Todos publicou a Nota pública de esclarecimento ao Movimento Nossa São Paulo sobre o comunicado da Secretaria Municipal de Educação, ambos disponíveis em:

<http://www.nossaosaopaulo.org.br/portal/node/775>, consultados em 13 de outubro de 2009.

[160] Nesse sentido, foram colecionadas as seguintes matérias jornalísticas: “Em São Paulo, faltam 146.834 vagas na educação infantil, segundo a prefeitura”, UOL em 14/06/2008; “Por 9 meses, Prefeitura de SP ‘escondeu’ déficit de vagas recorde”, UOL em 14/06/2008; “Creche atende 15,5% das crianças”, no JT de 18/06/2008; “93 mil crianças aguardam vagas em creches de SP”, na Folha de SP de 23/06/2008; “Em São Paulo, déficit de vaga em creche salta 49%”, no JT de 25/07/2008; “110 mil crianças aguardam vagas em creches municipais”, no JT de 25/07/2008.

[161] Nesse sentido, consultar: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/default.aspx>.

de interesse público, confundindo a legitimidade decorrente do direito próprio das associações de ver seus pedidos de publicidade acatados com o instituto da representação processual, em que entidades agem em nome de terceiros, como é o caso dos mandados de segurança propostos por sindicatos em defesa de seus filiados.^[162] Além de confundir tais aspectos, o juiz da causa demonstrou desconhecimento a respeito da natureza jurídica das organizações não-governamentais, o que ademais denota tanto a necessidade de se aprimorarem os mecanismos processuais voltados à advocacia de interesse público, como a urgência de um trabalho pedagógico que aproxime o Judiciário desse novo universo de titularidades jurídicas representado pela litigância movida por ONGs. Como efetivamente à época da sentença as informações pleiteadas no referido mandado de segurança já haviam sido publicadas, apesar da evidente carência de fundamentos da decisão, as organizações do Movimento não viram utilidade em apresentar recurso de apelação.

Desde então, a publicação trimestral de dados atualizados sobre a demanda escolar não atende ao debate na mídia, impedindo que o tema volte a cair no esquecimento em que se encontrava e abrindo espaços para que as organizações da sociedade civil questionem tanto os métodos de contabilização da demanda como as irregularidades no atendimento.^[163]

Do ponto de vista da estratégia jurídica adotada, é interessante perceber que a defesa do direito de acesso à informação pública (assim como do direito à participação) pode ser uma ferramenta essencial na justiciabilidade do próprio direito à educação. Com efeito, no exercício do controle social de políticas públicas, a ausência ou precariedade de informações públicas é uma constante, podendo este fator ser estrategicamente catalisado para dar visibilidade à violação de fundo que se quer enfrentar. Em apoio a essa estratégia de justiciabilidade “reflexa”, está a

[162] “Decido. Como já antes afirmado, mesmo considerando toda a documentação juntada, por primeiro o que se tem é a questionável legitimação dos Impetrantes posto que, também como se sabe, as organizações não governamentais, também conhecidas pelo acrônimo ONG, são entes do terceiro setor da sociedade civil, com finalidades públicas, de interesse social e sem fins lucrativos, que desenvolvem ações em diferentes áreas de forma autônoma e com administração própria (Lei 9637/1998) sendo que a Lei 9790/1999 criou as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) de atuação complementar à ação estatal, de caráter excepcional de modo que, estas organizações podem complementar o trabalho do Estado, realizando ações onde ele não consegue chegar, podendo receber financiamentos e doações do mesmo, e também de entidades privadas, para tal fim. A ONG não tem jurídica a teor do Código Civil (artigo 44, I e III) uma vez que compõem o chamado ‘Terceiro Setor’, as Associações (CC artigo 53), Fundações (CC artigo 62), pelo que e sendo a ONG uma entidade sem fins lucrativos e com objetivo definido em seu estatuto como de natureza política social, falece a ela legitimação para atuar como parte ativa em ação judicial, sendo nesse sentido, aliás, a regra do artigo 2º da Lei 9790/1999. E isso ainda se observado o artigo 199 parágrafo 1º da CF que permite o estabelecimento de parceria e cooperação, por convênio ou contrato, entre entes públicos e privados, desde que observadas as determinações da Lei 8666/93, por conta da regra do artigo 37, XXI, da CF, e até porque, não podem as ONGs serem consideradas como mecanismos de terceirização ou privatização da atividade estatal, uma vez que no pacto, como no caso, não existe transferência do patrimônio público, não ter esse ente finalidade lucrativa e ser o ente estatal co-responsável na prestação do serviço, operando este simples cessão de material e recursos financeiros, inclusive por eventuais obrigações previdenciárias (vide Lei 8212/91)”. Trecho da Sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Proc. n. .08.607730-1, que tramitou junto à 10ª. Vara da Fazenda Pública.

[163] Nesse sentido, outras matérias jornalísticas podem ser citadas: “Kassab investe em creche que não tem professor formado”, na Folha de SP de 24/09/2008; “Creches terão mais 4 mil vagas”, no Estado de SP de 02/09/2008; “Fila nas creches? Lista só após a eleição”, no JT de 09/10/2008; “Não há vagas para Crianças”, no Diário de São Paulo de 21/10/2008; “Creches dominam as perguntas” (audiência sobre orçamento na Câmara), no JT de 30/10/2008; “Justiça obriga Prefeito a publicar ‘fila’ por creche”, no JT de 26/11/2008; “Prefeitura não divulga déficit em creche”, no JT de 16/01/2009.

possibilidade de utilizar, em tais casos, ações cautelares preparatórias (de exibição de documentos, por exemplo) e, principalmente, como no caso apresentado, mandados de segurança, cujos ritos e prazos costumam ser relativamente céleres, quando comparados às ações civis públicas. Como ficou demonstrado, além da utilização estratégica do aparato processual, em algumas situações é imprescindível que a própria propositura das ações se constitua como um fato político, capaz de dar ampla visibilidade à questão em discussão, de abrir canais de ampliação das articulações e de constranger o agente violador dos direitos humanos. Em tais casos, o efeito simbólico do recurso ao Judiciário pode ser mais efetivo que os resultados processuais em sentido estrito.

Rompendo o cerco: Ações Civis Públicas pela ampliação de vagas com qualidade na educação infantil

Se é verdade que o Movimento Creche para Todos, assessorado pela Ação Educativa, conseguira aumentar a visibilidade da exclusão educacional na Capital, isso não significava necessariamente que políticas públicas mais amplas e inclusivas, no sentido de ampliar as unidades públicas de educação infantil, passariam a ser adotadas. A adoção de tais políticas pressupunha, por um lado, a existência e execução de um plano público de expansão e qualificação da rede, compatível com a máxima aplicação de recursos pelo Estado; e, por outro lado, o fortalecimento da pressão social direta, em forma de demanda popular organizada e com acesso ao sistema de justiça. Sobre este último ponto, é importante destacar que havia um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) que impedia a atuação judicial do Ministério Público.

Como já foi dito, além de sua atuação geral no acompanhamento e controle social de políticas públicas, o Creche para Todos se constituiria a partir de mobilizações de atores locais junto às regiões de mais alta vulnerabilidade social, os quais passariam a cadastrar as crianças excluídas e a reivindicar seu atendimento. Essa prática de cadastrar diretamente as crianças em um sistema próprio tinha por objetivo inicial ampliar o conhecimento das articulações locais sobre a real dimensão da exclusão infantil, num contexto de sonegação reiterada de dados pela administração local, servindo posteriormente de base para a propositura de Ações Civis Públicas.

Ao mesmo tempo em que eram efetuados os cadastros, reconheciam-se os limites da “judicialização” dos pedidos nominais de vagas, em uma perspectiva meramente individualizada. Era preciso incidir na política pública, pressionando o poder público a formular um plano de expansão de sua rede, a construir unidades de educação infantil, a realizar concursos públicos para provimento de cargos de professores, coordenadores, assistentes, a garantir os insumos necessários ao

funcionamento das unidades etc. Enfim, era preciso promover ações a fim de garantir novas unidades educacionais e, com elas, novas vagas capazes de atender com qualidade as crianças cujos direitos eram violados. No entanto, tais pretensões esbarrariam necessariamente em posições jurisprudenciais hegemônicas do Judiciário a respeito dos limites de sua intervenção em temas de políticas públicas e orçamento. No caso das demandas sobre educação infantil, o entendimento recente do TJSP (ver Tópico II, acima) vai no sentido de reconhecer a exigibilidade jurídica de vagas na rede pública, desde que especificadas as crianças a serem beneficiadas. Demandas jurídicas que tomam como objeto efetivamente direitos coletivos e difusos, ou seja, que buscam a proteção jurídica de um conjunto de crianças em determinada circunscrição, ou ainda a determinação de ampliação da rede escolar, tendem a ser rejeitadas.

Nesse contexto, seria preciso desenvolver uma estratégia que ao mesmo tempo assegurasse o direito das crianças cadastradas e possibilitasse a discussão das formas de tutela coletiva dos direitos educacionais. As demandas judiciais “individualizadas”, mesmo que representem a garantia do direito de determinadas crianças listadas nas ações (em detrimento de outras, que eventualmente não recorram ao Judiciário), tendem a não impactar nas políticas públicas de modo efetivo.

Por isso, com base nos primeiros cadastramentos realizados em algumas áreas da Zona Sul da cidade, propusemos duas ações civis públicas. Na primeira delas, que tramita na Vara da Infância e da Juventude do Fórum de Santo Amaro, requeremos que (i) fossem construídas unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em número suficiente para atender, nas proximidades de suas residências, as crianças inseridas no cadastro do movimento;^[164] (ii) que a municipalidade fosse compelida judicialmente a apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em São Paulo, plano capaz de atender toda a demanda oficialmente cadastrada, bem como atingir os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001), a serem alcançados até 2011; (iii) que o Poder Judiciário acompanhasse a execução do plano de expansão formulado pela própria municipalidade, formulando-se, assim, uma obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em São Paulo, nos termos do plano formulado pelo próprio Município segundo os parâmetros legais.^[165]

Essa Ação Civil Pública, proposta no dia 04 de setembro de 2008, teve seus pedidos sumariamente negados sob o argumento de impossibilidade jurídica do

[164] No momento da proposição da Ação Civil Pública, eram 736 (setecentas e trinta e seis) crianças cadastradas e ainda não atendidas.

[165] Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Fórum Regional de Santo Amaro – São Paulo, Proc nº. 002.08.150735-6.

pedido, pois, no entendimento da juíza da causa, ao Judiciário não caberia imputar obrigação de fazer referente à apresentação de plano de expansão e construção de unidades. Para a juíza, os pedidos violavam a separação de poderes, sendo uma intromissão indevida do Judiciário na esfera de discricionariedade administrativa. O Judiciário, segundo a sentença extintiva, não poderia “invadir o âmbito de discricionariedade atribuída ao Poder Executivo na formulação e execução de suas políticas públicas”.

Em recurso de apelação junto ao TJSP, no entanto, os autores conseguiram reverter essa primeira decisão, reconhecendo o Tribunal que tais pedidos não poderiam ser sumariamente considerados como juridicamente impossíveis, pois tal conclusão somente decorreria da análise de mérito da Ação, com a apresentação de argumentos e provas pelas partes que eventualmente comprovassem tal impossibilidade.^[166] Após julgamento de embargos propostos pelo Município, foi determinada a devolução do processo à primeira instância, onde os pedidos deverão ser analisados.

Enquanto essa primeira ação foi proposta com o propósito de incidir na jurisprudência dominante sobre as formas de tutela coletiva de direitos educacionais – o que começou a ser feito com o Acórdão do TJSP acima mencionado –, seu indeferimento preliminar exigiu a propositura de uma segunda Ação Civil Pública, colocada em 29 de outubro de 2008, requerendo especificamente a matrícula de 1.030 (mil e trinta) crianças listadas pelo Movimento em unidades de educação infantil próximas às suas residências, dentre as quais estavam aquelas demandas já veiculadas na primeira ação proposta.

A liminar foi concedida em 7 de novembro de 2008, determinando que as crianças fossem matriculadas até o início do ano letivo de 2009. Na liminar, a juíza decidiu favoravelmente à matrícula das crianças identificadas pelo movimento, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$2.000,00 pelo descumprimento da determinação. Em 20 de julho de 2009, após pedido de julgamento antecipado por parte dos autores, a liminar foi confirmada em sentença, e a decisão apenas não deferiu o pedido de arbitramento de indenização por danos morais difusos, correspondentes ao período em que as crianças ficaram excluídas das unidades de ensino^[167].

A Prefeitura, por sua vez, recorreu tanto da liminar, em Agravo de Instrumento rejeitado pelo Tribunal^[168], como apelou contra a sentença – recurso recebido apenas em efeito devolutivo, o que torna válida a sentença de primeiro grau até seu julgamento definitivo. Na fundamentação da sua Apelação, a Prefeitura relata os

[166] Acórdão publicado em 14 de agosto de 2009, nos autos da Apelação Cível nº. 158.0/3, Rel. Des. Martins Pinto.

[167] Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Fórum Regional de Santo Amaro – São Paulo, Proc. nº. 002.08.60075-8.

[168] Agravo de Instrumento processado junto à Câmara Especial do TJSP, Rel. Desa. Maria Olívia Alves, Proc. nº 174.783.0/8-00, julgado improcedente em 5 de outubro de 2009.

esforços que vem empreendendo para cumprir a decisão judicial. Entre as medidas adotadas, reconhece o aumento do número de crianças por educador e por sala nas unidades de educação infantil, o que desrespeita diretrizes quanto à qualidade do ensino.

Ao formular a estratégia da primeira ACP proposta, partiu-se da premissa que a simples demanda judicial por vagas, descolada de pedido de ampliação da rede, poderia ocasionar queda na qualidade das unidades de ensino atingidas pela decisão, já que a administração poderia se valer da superlotação de salas já instaladas sob o argumento de cumprir a decisão judicial. Pediu-se, assim, na ocasião, o início da construção de novas unidades e um plano de expansão que, com suas metas alcançadas, seria capaz de atender toda a demanda oficialmente cadastrada naquela região.

Já na execução das decisões obtidas na segunda ACP, estava comprovado e documentado esse artifício, o que veio reforçar nossa idéia inicial quanto à inadequação dos limites à tutela coletiva (auto)impostos pela cultura judicial predominante. No caso, a própria documentação juntada pela municipalidade em suas contestações e recursos contra as medidas que reconhecem o direito à educação infantil demonstram a necessidade de qualificar tanto as demandas como as decisões, no sentido de que o sistema de justiça venha a acompanhar e indicar como deve ser garantido o direito.

Nos períodos seguintes, com a não renovação do TAC entre o Município e o Ministério Público, as novas demandas oriundas de cadastros realizados pelo Creche para Todos passaram a ser encaminhadas a este órgão, com o qual foi aprofundada a relação de cooperação diante da nova postura. Como chegou a ser relatado em reunião entre os representantes do Movimento Creche para Todos e a Promotoria dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude da Capital, as ações judiciais propostas diretamente pela sociedade civil, assim como as críticas públicas à forma como a administração vinha ampliando as vagas disponíveis, influenciaram a decisão do MP de elevar as condições para assinatura de um novo TAC, que por sua vez não foram aceitas pela municipalidade.

Essa mudança de cenário permitiu às organizações do Movimento passar a acompanhar as questões referentes à qualidade do ensino, com destaque para a política deliberada de redução da carga horária de atendimento infantil – uma das estratégias de ampliação de matrículas com redução da qualidade. Nesse sentido, vários procedimentos administrativos estão sendo instruídos, com o requerimento de informações e a preparação de verificações *in loco*.^[169]

[169] Ao final de 2009, foi proposta uma Ação Civil Pública junto ao Fórum Regional de Pinheiros contra a transferência compulsória e de crianças com idade de 3 (três) anos de creches para pré-escolas, sendo que até o momento do fechamento deste texto o pedido liminar não havia sido apreciado. Para acompanhar novas iniciativas nesse campo, consulte: www.acaoeducativa.org ou www.crecheparatodos.org.br.

Conclusão

Em qualquer levantamento que se faça das ações coletivas propostas em defesa do direito à educação, o grande promotor de tais iniciativas é o Ministério Público – MP^[170], sendo minoritária a atuação ativa e permanente de outros sujeitos. Há indícios de que o fortalecimento das atribuições constitucionais do MP e a incorporação de estruturas institucionais reivindicadas pela sociedade, sobretudo com a organização de promotorias especializadas em direitos difusos e coletivos de crianças e adolescentes, do consumidor, do meio ambiente, de povos indígenas, e, mais recentemente, na defesa da educação^[171], acabaram por inibir uma tendência de crescimento do ativismo judicial por parte da sociedade civil. Esta, à medida que canais institucionais eram criados e testados, passou a encaminhar as demandas ao MP, abstendo-se de agir diretamente.

Com o caso acima relatado, no entanto, demonstra-se como, mesmo nesse cenário, continua a ser relevante a litigância direta por organizações da sociedade civil. Se em períodos anteriores a litigância em direitos econômicos, sociais e culturais era em si inovadora, dada a novidade de tal abordagem e a inexistência de canais institucionais de defesa, hoje essa litigância requer estratégias bem construídas em direção a determinados objetivos. Foi essa a orientação adotada pela Ação Educativa junto ao Movimento Creche para Todos, com a qual registramos alguns sucessos em relação aos objetivos traçados: publicidade da demanda oficial, avanços na transparência governamental da política educacional, elevação e qualificação do debate público, pressão social por apresentação de um plano oficial de ampliação e qualificação da rede de ensino e incidência sobre a postura do Ministério Público, com possibilidade ainda de vir a incidir na jurisprudência do Tribunal local.

[170] Nesse sentido, pode ser citado o estudo realizado pela ONG Ação Educativa em relação às ações coletivas em defesa do direito à educação na cidade de São Paulo, publicado em: GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; FERNANDES, Fernanda. "As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo". In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). A educação entre os direitos humanos. Campinas: Autores Associados, 2006. Para um panorama geral da atuação do Ministério Público na educação, consultar: DE CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. "Direito à Educação e o Ministério Público". In: Ação Educativa. Boletim OPA – Informação pelo Direito à Educação, Ano III, n. 32, janeiro de 2007. MARTINES JUNIOR, Eduardo. Educação, Cidadania e Ministério Público: o art. 205 da Constituição e sua abrangência. 446 f. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: PUC/SP, 2006. E ainda: OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal e seu restabelecimento pelo sistema de justiça. Revista Brasileira de Educação, n. 11, pp. 61-74, maio/ago., 1999. SILVEIRA, Adriana Dragone. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. Rev. Brasileira de Política e Avaliação da Educação, v.24, n.3, pp. 537-555, set./dez., 2008.

[171] A Lei Complementar n. 59, de 14 de julho de 2006, que altera o Código do Ministério Público do Ceará, criou quatro promotorias de justiça de defesa da educação, vinculadas às promotorias cíveis, com as seguintes atribuições: "a) fiscalizar a gestão política de educação do Estado e do Município, promovendo as medidas administrativas e judiciais tendentes a garantir a universalização do ensino, de acordo com as diretrizes e bases da educação nacional; b) promover, conjunta ou separadamente, com o órgão de execução correspondente, medidas para a proteção e garantia dos direitos do portador de necessidades especiais à educação; c) promover, conjunta ou separadamente, com o órgão de execução correspondente, medidas judiciais e extrajudiciais para a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito ao direito fundamental à educação; d) promover medidas objetivando o combate à evasão escolar, bem como à inclusão de crianças e adolescentes no sistema educacional público; e) fiscalizar a correta aplicação dos recursos orçamentários e contribuições sociais destinados à área educacional, promovendo as medidas judiciais, inclusive as referentes à improbidade administrativa, bem como medidas no âmbito administrativo e extrajudiciais cabíveis." (nova redação do art.36, §2º, III, da Lei 10.675/1982).

Tais vitórias, no entanto, devem ser minimizadas frente aos enormes desafios concretos que persistem. Mesmo as normas jurídicas, as políticas públicas e as decisões judiciais mais avançadas estão longe de dar resposta ao desafio de construção de um sistema educacional público efetivamente justo, capaz de assegurar igualdade de oportunidades de ensino e aprendizagem, ou seja, de enfrentar as profundas e injustas desigualdades (econômicas, étnico-raciais, de gênero, de orientação sexual, de origem regional etc.) que estruturam a sociedade brasileira.

De fato, desde o início das ações do Creche para Todos até hoje, a situação concreta da educação infantil não avançou muito, sendo possível identificar retrocessos na qualidade da oferta. Mesmo havendo alguma ampliação da disponibilidade de vagas (ver Tópico III, acima), a própria Secretaria Municipal de Educação registrava, em setembro de 2009, uma demanda oficial não atendida de 95.449 crianças de até 3 anos. No caso da pré-escola também há grande exclusão, mesmo que em menor escala, como comprova a demanda oficial reconhecida pelo próprio Município – 36.124 crianças excluídas (Fonte: Portal da SME, Demanda Escolar). Ao mesmo tempo, há também nessa faixa etária de 0 a 6 anos incompletos um importante contingente populacional à espera de atendimento sequer cadastrado oficialmente, seja por não dispor da documentação e dos pré-requisitos exigidos pela municipalidade, seja porque, sabendo que não será atendida, simplesmente não vê utilidade em procurar uma unidade de ensino oficial.

Para que de fato se atinja o atendimento da demanda no município de São Paulo – ao menos aquele estipulado pelo PNE (50% em creches até 2011), ou ainda a demanda oficialmente registrada – faz-se necessária uma mudança estrutural do padrão de financiamento da política pública educacional, envolvendo diferentes esferas de governo. Nesse sentido, tanto os esforços empreendidos até o momento pela administração municipal como a política federal de subvalorização da educação infantil no FUNDEB mostram-se insuficientes para reverter o quadro de ampla violação desse direito educacional.

Nesse contexto, o Movimento Creche para Todos, com a participação e assessoria da Ação Educativa, pretende manter suas ações de mobilização junto às comunidades que sofrem diretamente com a falta de vagas e a precarização do atendimento, incidindo junto aos poderes do Estado em suas diferentes esferas, e articulando a propositura de ações, na medida do possível, com os órgãos de defesa. Em relação especificamente ao Judiciário, a litigância futura precisará (i) qualificar o debate sobre as possibilidades e, principalmente, as formas adequadas de tutela em direitos humanos econômicos, sociais e culturais; (ii) ampliar a quantidade e a

qualidade das ações que versem sobre dimensões qualitativas do direito à educação; e (iii) aprofundar o tema do controle judicial do orçamento público, dando sequência à estratégia já iniciada nas ações civis públicas acima relatadas, nas quais se comprovava que o Município dispunha de recursos vinculados à educação e não aplicados nos respectivos exercícios fiscais. Uma ação que vise a implementação do direito à educação infantil deve não só apontar a violação do direito mas escancarar para o público e para o Judiciário destinações orçamentárias previstas e não executadas; baixa dotação para expansão da rede; distorções em relação às prioridades almejadas. O debate sobre o orçamento e suas prioridades contribui para a análise das reais possibilidades de realização de políticas públicas educacionais, além de reforçar a competência do Judiciário para vincular ações do Poder Executivo. É por meio de uma fundamentação consistente em relação à viabilidade orçamentária dos pedidos formulados que são esvaziadas as tentativas de defesa fundadas na ideia de “reserva do possível”.

Além disso, a litigância em defesa da educação infantil coloca em destaque um aspecto por vezes esquecido dessa etapa educacional: ser um direito. O fundamento jurídico e o reconhecimento institucional da reivindicação popular reforçam seu caráter de direito, em contraposição à noção de privilégio, de dádiva, que pode ser conferida às ações que vinculam a garantia do direito a benesses conseguidas por influência pessoal. O direito é para todos, e não discrimina em função de afinidades pessoais, preferências políticas, características idiossincráticas etc. O direito é republicano, deslegitima desigualdades pessoais para tratamento diferenciado, levando em conta, no máximo, a maior habilidade para ações de cidadania^[172] como critério de atendimento. A difusão da noção de que a educação é um direito que deve ser garantido a todos é um benefício reflexo do reconhecimento judicial das demandas populares e da adoção de estratégias judiciais na luta por implementação de direitos sociais. É importante destacar também que o Judiciário possui em nossa sociedade força política e simbólica, capaz de influenciar e de dar visibilidade a omissões dos demais poderes, influenciando ainda os meios de comunicação social (jornais, revistas, rádios etc.).

Por fim e mais importante, entende-se que compõe a função institucional do Judiciário o controle do Poder Executivo e Legislativo nas iniciativas que tenham por objetivo a realização de direitos sociais. Acredita-se ser um prejuízo para a realização e implementação dos direitos sociais como um todo ter um Judiciário que não se considera capaz de avaliar e cobrar ações dos outros poderes. Como o Judiciário

[172] Referência aos casos em que, em função do exercício de direitos de cidadania, como o direito de petição e o acesso à justiça, há uma preferência na garantia dos direitos sociais. No entanto, no caso do direito à educação infantil pública, não acreditamos que o acesso à justiça gere distorções no acesso ao bem ou direito.

poderá exercer tal controle sem extrapolar todos os limites e ocasionar retrocessos é questão que está em aberto. Quanto mais demandado o Judiciário para exercer tal função, tanto mais consolidada será a noção de que pode sim controlar as contas públicas para saber se todos os esforços orçamentários e de gestão possíveis estão sendo empreendidos para a efetivação de direitos sociais constitucionalmente assegurados. O circuito de ampliação das possibilidades de atuação do Judiciário frente aos outros poderes pode ter como consequência a garantia de reconhecimento mais amplo dos direitos sociais por meio de políticas públicas. Esse é o caso recente da educação infantil, cujo reconhecimento como “direito” se deu justamente pela via jurisprudencial, que passou a exigir ampliação de vagas disponíveis.

A pergunta a ser respondida nesse contexto é: tal mudança estrutural pode ser pleiteada unicamente por meio do Poder Judiciário? Como tal, não. Mas a mudança prescinde da possível pressão a ser realizada por meio do Poder Judiciário? Também não. Na verdade, o que se apreende da experiência acima relatada é que só por meio de uma estratégia articulada de diferentes formas de exigibilidade que a percepção sobre a importância da garantia desse direito vai se ampliar. O Judiciário tem uma importância estratégica nessa disputa simbólica: ser um ambiente no qual se discutem direitos. Se o Judiciário reconhece é porque é um direito a ser exigido do Poder Executivo, para todos. Tal percepção da educação infantil como direito faz com que a força para sua reivindicação nos meios “políticos” se multiplique.

Esse trabalho de articulação entre diferentes frentes de exigibilidade e a litigância judicial estratégica somente pode ser desenvolvido por organizações da sociedade civil que atuam diretamente na assessoria e apoio aos movimentos e lutas populares. É o compromisso social, aliado à qualidade técnica e inovadora de suas ações, que as torna capazes de produzir experiências transformadoras onde menos se poderia esperar – no rígido e hermético sistema judiciário.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial Trotta, Madri, 2002.

ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, Maria José; COURTIS, Christian. Derechos Sociales – Instrucciones de Uso. Fontamara, México, 2003.

AÇÃO EDUCATIVA. Boletim OPA – Informação pelo Direito à Educação, Ano III, n. 32, janeiro de 2007. (www.acaoeducativa.org.br em Boletins)

AÇÃO EDUCATIVA. Boletim OPA – Informação pelo Direito à Educação, Ano V, n. 51, dezembro/janeiro de 2010. (www.acaoeducativa.org.br em Boletins)

GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; FERNANDES, Fernanda. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. In. A educação entre os direitos humanos. Sérgio Haddad e Mariângela Graciano (orgs). Autores Associados, Campinas; Ação Educativa, São Paulo, 2006.

MARINHO, Carolina Martins. Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional. Mimeo. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2009.

MARTINES JUNIOR, Eduardo. Educação, Cidadania e Ministério Público: o art. 205 da Constituição e sua abrangência. 446 f. Mimeo Tese de Doutorado em Direito. São Paulo : PUC/SP, 2006.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal e seu restabelecimento pelo sistema de justiça. Revista Brasileira de Educação, n. 11, maio/ago., 1999.

PLATAFORMA DHESCA BRASIL e AÇÃO EDUCATIVA. Coleção Cartilhas de Direitos Humanos. Vol. 4 - Cartilha Direito à Educação, 2009. Disponível em: <http://www.bdae.org.br/dspace/bitstream/123456789/2381/1/cartilhaeducacaoacaojustica.pdf>

SILVEIRA, Adriana Dragone. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. Rev. Brasileira de Política e Avaliação da Educação, v.24, n.3, p. 537-555, set./dez., 2008.

Páginas eletrônicas consultadas

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.tj.sp.gov.br>

www.acaoeducativa.org.br

www.crecheeparatodos.org.br

<http://www.dhescbrasil.org.br>

<http://www.ibge.gov.br>

<http://www.inep.gov.br/basica/censo/default.asp>

<http://sempla.prefeitura.sp.gov.br/infocidade/>

<http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>

<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/775>

07 PLANO DIRETOR E EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR: A “REVISÃO” DO PLANO ESTRATÉGICO DE SÃO PAULO.

*por Nelson Saule Jr.
Karina Uzzo
Luciana Bedeschi
Vanessa Koetz
Stacy Torres
Isabel Ginters*

Programa Direito à Cidade - Instituto Polis

O Plano Diretor pode ser definido como um conjunto de regras e princípios que orientam as ações dos agentes que constroem o espaço urbano e nele habitam. É, portanto, um plano imperativo à coletividade, que visa à execução da política urbana, como meio de garantir a função social da propriedade urbana.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001), baseado nos preceitos constitucionais do capítulo de “Política Urbana” – art. 182 e 183, da Constituição Federal de 1988 – estabelece que o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbanos (art. 39 e 40). Cabe a ele estabelecer metas e diretrizes para a política urbana e critérios que definam a função social da propriedade, visando ao cumprimento efetivo de tal função e, conseqüentemente, garantindo condições dignas de vida a todos aqueles que habitam o espaço da cidade – habitar no sentido de morar, trabalhar, usufruir serviços públicos e praticar o lazer. Assim, os Planos Diretores têm o papel de garantir o bem-estar daqueles que habitam um determinado espaço.

No Plano Diretor, são definidos critérios para utilização dos instrumentos contidos no Estatuto da Cidade, tais como a outorga onerosa, as Zonas Especiais de Interesse Social, o direito de preempção e a transferência do direito de construir. Alguns princípios e diretrizes norteiam os Planos Diretores. São eles: a função social da cidade e da propriedade, o desenvolvimento sustentável, a igualdade, a justiça social e, principalmente, a participação popular. Tendo em vista essas diretrizes, os Planos Diretores devem partir de uma leitura real da cidade, com todas as suas heterogeneidades, a fim de que seja possível fundamentar a elaboração de propostas pertinentes, relativas a concepções de desenvolvimento e modelos de território.

Considerando o espaço urbano mutável, o Estatuto da Cidade dispõe, no § 3º do art. 40, que os Planos Diretores deverão ser revistos em um intervalo máximo de dez anos contados a partir de sua aprovação. Nessa lógica, reconhece o Estatuto que a

cidade está em constante transformação. Sendo assim, a revisão do Plano Diretor tem a função de atualizar o planejamento urbano, de modo que se mantenha sempre atual às necessidades do espaço urbano, sejam elas de curto, médio ou longo prazo.

Deve-se enxergar a cidade, ainda, como espaço habitado pelo coletivo, e, nesse sentido a cidade deve ser planejada e usufruída por essa população. Ou seja, a cidade deve ser construída coletivamente. Logo, a participação da população e de associações que representam segmentos da sociedade, no processo de elaboração e revisão do Plano Diretor garante que a intervenção no território, delimitada em tal Plano, seja a mais próxima, apropriada e efetiva para a realidade desse ambiente urbano.

A Lei nº 10.257, de 2001 impôs obrigações ao Poder Público (Executivo e Legislativo) que tiveram por objetivo garantir a participação política, daqueles que ocupam as cidades no processo de elaboração e implementação do Plano Diretor Municipal. São estas obrigações, principalmente, a publicização e divulgação de informação à população e a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, como instrumentos de controle popular das políticas urbanísticas.

Aqueles que habitam a cidade têm o direito à publicidade de toda e qualquer informação relativa às políticas urbanas, nos termos dos incisos II e III do § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade. Esse direito assegura ao cidadão a apropriação de conhecimentos inerentes ao planejamento urbano e sua implementação, tais como disponibilidade de recursos, modelos de sistemas de gestão, exigibilidade de serviços. Isso significa que o Plano Diretor deve prever a criação de mecanismos e sistemas de informação, de consulta e participação, e de gestão democrática. Assim, devem ser estruturados sistemas regionais e setoriais de informações referentes à cidade, acessíveis à população, em bibliotecas, terminais de computador, publicações (como o Diário Oficial), cadastros, mapas disponíveis em órgãos públicos etc. Mais concretamente, deve o Poder Público divulgar todas as ações que envolvam o processo de implementação e de revisão do Plano Diretor, bem como, e principalmente, disponibilizar a minuta de seu respectivo projeto de lei ou de revisão.

Sobre as audiências públicas, cabe dizer que elas são devidas tanto na esfera do executivo quanto do legislativo municipal, conforme dispõe o inciso I do art. 40, da Lei 10.257/01, de modo a significar um espaço de debate dos cidadãos e de planejamento coletivo de intervenção urbanística.

Diante disso, a participação popular tem por objetivo eliminar desigualdades sociais e superar as barreiras que impedem a efetivação do direito à cidade. Esse processo participativo, porém, não é respeitado, sequer reconhecido, por diversas gestões municipais, como no caso do processo de revisão do Plano Diretor Estratégico de São Paulo (Lei Municipal nº 13.430, de 13 de setembro de 2002), descrito abaixo.

Da revisão do plano diretor estratégico – PDE – do município de São Paulo

Em 2002, foi aprovado, com significativa participação popular, o Plano Diretor da Cidade de São Paulo, para o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, conforme dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade. Em julho de 2007, a Prefeitura do Município de São Paulo convocou audiências públicas destinadas à discussão e à exposição do anteprojeto de “revisão” do Plano Diretor Estratégico.

Passados quase seis anos da aprovação do Plano Diretor, pôde-se observar que as determinações deste, pouco foram colocadas em prática. Pontos essenciais para sua implementação, como, por exemplo, o Plano de Habitação e o Plano de Circulação Viária e Transportes, não foram aprovados pela prefeitura. A ausência desses planos tende a desqualificar sua revisão do Plano Diretor, ainda que prevista.

O anteprojeto de revisão era composto de três partes a serem revistas: (i) Parte I – Plano Diretor Estratégico (PDE); (ii) Parte II – Planos Regionais Estratégicos das Subprefeituras; e (iii) Parte III – Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo. Esta revisão focava em duas leis basilares do Município de São Paulo, colocadas à revisão em um único projeto de lei. A Lei nº 13.430, de 13 de setembro de 2002, engloba a Parte I do anteprojeto, e a Lei nº 13.885, de 25 de agosto de 2004, engloba a Parte II e a III. Em outras palavras, não deu o poder executivo municipal importância às dimensões espaciais e populacionais da cidade e desconsiderou a nítida diferença entre o Plano Diretor e a Lei de Zoneamento Urbano.

A Lei de Zoneamento Urbano, ou Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, se limita a impor restrições quanto ao uso e à ocupação do solo urbano, dividindo espacialmente o território da cidade. Já o Plano Diretor, a partir da expressão da comunidade local, estabelece normas para o desenvolvimento global da cidade, sob os aspectos físico, social e econômico-administrativo. Neste sentido material, essas leis devem ser discutidas em momentos distintos, dada a distinta natureza material de cada uma dessas leis.

Além de não dar a devida importância à peculiaridade dos diplomas legais, a Prefeitura Municipal não divulgou integralmente a proposta de revisão nos diversos meios - tais como a imprensa oficial e os jornais locais de ampla circulação - nem nas 31 subprefeituras que a compõem. Absteve-se, também, de distribuir cópias gratuitas do anteprojeto com seus mapas. Tal projeto de lei era acessível apenas por meio da *internet* - (sendo que uma parcela significativa da população brasileira não possui computador e nem acesso à *internet*). Portanto, para ter conhecimento sobre o anteprojeto, o cidadão deveria ter um computador que acessasse à *internet* e, ainda, atual e moderno, com bastante memória, já que os programas de acesso ao

anteprojeto contém alto volume digital de informação, com diversos mapas e tabelas. Pela dificuldade de acesso, por si só, restou violado o princípio da informação.

Não bastasse isso, a Prefeitura, por meio da Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA, convocou apenas quatro audiências públicas para a discussão da Parte I do anteprojeto de “revisão” do PDE, dividindo o território paulistano em cinco gigantescas áreas (Norte, Sul, Leste, Oeste), sem levar em conta as complexidades regionais de São Paulo (teve a Prefeitura a pretensão de discutir o planejamento de cerca de 380 km² em uma única audiência pública!). Convocou, também, 31 Assembléias Regionais para discutir sobre a revisão dos Planos Regionais Estratégicos e da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo na área de cada subprefeitura (Partes II e III do anteprojeto).

Cabe ressaltar que São Paulo é uma das cidades brasileiras com os mais graves problemas de mobilidade urbana, cujo trânsito é caótico e o transporte público não atende a todos aqueles que a ocupam. Assim, o direito à participação da maioria da população foi cerceado, descumprindo os incisos II e III, do § 4º, do art. 40, do Estatuto da Cidade.

Restou evidente que a Prefeitura tinha intenção de não construir o anteprojeto junto à população, futuramente afetada por esse “planejamento”, já que esse anteprojeto veio concluído quando do conhecimento da população sobre sua existência. A elaboração do projeto de lei já estava encerrada. A população foi convocada para “participar” no meio do processo, sendo que deveria participar de sua elaboração. O processo de revisão do Plano Diretor já estava viciado desde o momento da convocação para as 36 audiências. Evidente o desprezo pela construção coletiva e a pressa de aprovar esse projeto de lei.

Quando da realização das quatro audiências públicas, convocadas pela SEMPLA, sobre a Parte I do projeto de lei (que trata do Plano Diretor), foram concedidos 2 minutos de fala para associações representativas de setores da sociedade e para a população. Tiveram 120 segundos para exporem suas visões sobre um projeto de lei que impacta sobre cerca de onze milhões de habitantes! Foram essas audiências públicas meras formalidades, não objetivando envolver a população na construção e discussão do planejamento da capital.

A precariedade das audiências públicas configurou-se ainda pelo uso da linguagem excessivamente técnica de apresentação e abordagem do projeto, que impediu à maioria das pessoas a compreensão real das propostas e de seus efeitos e consequências para a cidade e para a população paulistana.

Outro ponto é que uma revisão do Plano Diretor só poderia ser realizada se estudos ou avaliações da implementação do Plano Diretor vigente (Lei nº 13.430, de 2002) tivessem sido realizados; afinal, uma revisão requer um balanço das facilidades e dificuldades que o planejamento vigente enfrentou. Tais estudos, se realizados, não foram disponibilizados de forma que a população pudesse compreender o caráter da revisão. E outro ponto de destaque, é que o anteprojeto não trata de uma revisão, mas da elaboração de um *novo* Plano Diretor.

O Plano Diretor, como já explicitado anteriormente deve ser uma construção da sociedade, sobre o planejamento do local que ocupa, já que é a população da cidade que sabe quais as demandas prioritárias para a melhoria de seu espaço urbano. Fez a Prefeitura de São Paulo uma inversão, no sentido de elaborar um planejamento tecnocrata, sem ouvir as realidades e demandas de cada porção da cidade.

Implicações pela apresentação de novo plano diretor – ausênciade políticas de interesse social

A Prefeitura da Cidade de São Paulo, ao realizar os procedimentos administrativos de Revisão da Lei 13.430/02 (Plano Diretor Estratégico - PDE), deixou de cumprir o estabelecido pelo art. 293, do mesmo diploma legal, cujo texto destacamos abaixo:

(Lei Municipal 13.430/02)

Art. 293 – O Executivo deverá encaminhar à Câmara Municipal o projeto de revisão do Plano Diretor Estratégico em 2006, adequando as Ações Estratégicas nele previstas e acrescentando áreas passíveis de aplicação dos instrumentos previstos na Lei Federal 10.257/2001 - Estatuto da Cidade.

Parágrafo Único. - O Executivo coordenará e promoverá os estudos necessários para a revisão prevista no “caput” deste artigo.

O art. 293 do Plano Diretor Estratégico vigente define expressamente a abrangência de seu projeto de revisão e determina que a proposta deverá ser feita “adequando as ações estratégicas” e “*acrescentando* áreas passíveis de aplicação dos instrumentos previstos na Lei Federal nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade” (grifos nossos). A limitação se justifica. Havendo ações de curto, médio e longo prazo, não se justifica uma revisão integral do Plano, sem que as ações de médio e longo prazo, dentre os quais objetivos possam ser melhor planejadas e implementadas. Entretanto, a “revisão” feita pela Prefeitura Municipal foi muito mais ampla. Significou tal “revisão” a criação de um novo plano, retirando da lei em vigor toda a disposição sobre as políticas de interesse social.

Quando o Projeto de Lei de Revisão do Plano Diretor foi encaminhado ao Prefeito da Cidade de São Paulo, declarou o Secretário Municipal de Planejamento que (Ofício nº 298/2007/SEMP.LA.G, de 01/10/2007):

A revisão do Plano Diretor Estratégico teve como orientação básica simplificar ao máximo o texto do documento em pauta, ***excluindo as matérias a ele não pertinentes, tais como as políticas públicas setoriais não diretamente vinculadas à organização e orientação do território.*** (grifo nosso)

Dessa forma, quando entendeu o Secretário sobre “matérias a ele não pertinentes”, suprimiu importantíssimos elementos do desenvolvimento urbano, como o Capítulo das Políticas Públicas Setoriais constante nos art. 17 a 53, do PDE. Tais artigos abrangem as questões de desenvolvimento humano da Cidade e, conseqüentemente, da qualidade de vida de seus cidadãos, integrando todos os setores da vida urbana: Turismo; Qualidade de Vida; Trabalho, Emprego e Renda; Educação; Saúde; Assistência Social; Cultura (exceto Patrimônio Histórico e Cultural); Esportes, Lazer e Recreação; Segurança Urbana; Abastecimento; e Agricultura Urbana.

Além disso, retirou/modificou artigos que dispunham sobre controle e participação popular, ampliou áreas permissivas à verticalização (inclusive áreas de várzea), retirou Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) de áreas vazias ou subutilizadas em bairros localizados no centro da cidade, diminuiu o percentual mínimo de moradia social nas ZEIS, retirou prazos para apresentação do plano de circulação e transportes e do plano de habitação, etc.

Assim, tornou-se o **PL 671/2007 um plano de uso e ocupação do solo, de caráter eminentemente imobiliário**, com significativo retrocesso nos aspectos sociais, culturais e ambientais do Plano vigente. Neste sentido, citando o professor José Afonso da Silva, em seu *Direito Urbanístico Brasileiro* (Ed. Saraiva, 2006), temos que **o aspecto social é relevante em urbanismo**, configurando um dos meios de busca à melhoria da qualidade de vida da população, através das transformações que se impõem aos espaços habitáveis. Portanto, entra no conteúdo do Plano Diretor os objetivos de oferecer à população serviços de educação, saúde e saneamento básico, habitação, bem-estar social, lazer, recreação, cultura e esporte. A ordenação do solo importa já criar as condições necessárias à instituição de equipamentos e prestação dos serviços sociais e estabelecer os meios para que a população possa auferi-los. Resta transparente, portanto, o descompromisso do Poder Executivo Municipal com a qualidade de vida da população.

Das ações judiciais propostas face à revisão do PDE

Em maio de 2007, quando a proposta de revisão ainda se encontrava em discussão junto à Secretaria de Planejamento, em meio ao calendário de 31 audiências públicas nas subprefeituras de São Paulo, o Ministério Público do Estado ajuizou Medida Cautelar em Ação Civil Pública, requerendo a suspensão de todas as audiências realizadas e das audiências agendadas (autos nº 583.53.2007113480-1).

Argumentou o Ministério Público que a Municipalidade não atendeu à ordem urbanística, em especial à legislação paulistana, que estabelece, primeiro, a revisão do Plano Diretor para somente após proceder-se à revisão dos Planos Regionais e Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do solo, eis que esses diplomas estão condicionados à aprovação do Plano Diretor, que deve fixar diretrizes à revisão das leis que lhe são complementares. Dessa forma, o processo de revisão acabou por violar o princípio da razoabilidade, deflagrando revisões de normas complementares, quando as normas gerais ainda passavam pelo processo de revisão. Essa ilógica inversão legislativa frustrou as audiências públicas prejudicando o debate e a formulação de propostas pela população.

Também denunciou o Ministério Público a ausência de informação e prazo hábil à convocação das audiências públicas. A atitude da Municipalidade, de forma a evitar essa ausência de informação deveria ter sido a de apresentar informes sobre a implementação do plano em vigor, assim como um resumo das propostas e mudanças pretendidas com essa “revisão” do Plano Diretor, de modo a cumprir com os princípios de informação e de publicidade, além do disposto no art. 40 do Estatuto da Cidade. Especificamente sobre o prazo entre as audiências, o Ministério Público requereu nulidade das audiências realizadas, pois que não fora dado prazo hábil para que a população pudesse conhecer a proposta de revisão. Tomou como fundamento a Resolução nº 25, de 18 de março de 2005, editada pelo Conselho das Cidades, órgão do Ministério das Cidades:

Art. 3º. O processo de elaboração, implementação e execução do Plano Diretor deve ser participativo, nos termos do art. 40, § 4º e do art. 43 do Estatuto da Cidade.

§1º. A coordenação do processo participativo de elaboração do Plano Diretor deve ser compartilhada, por meio da efetiva participação de poder público e da sociedade civil, em todas as etapas do processo, desde a elaboração até a definição dos mecanismos para a tomada de decisões.

§2º Nas cidades onde houver Conselho das Cidades ou similar que atenda os requisitos da Resolução nº 13 do CONCIDADES, a coordenação de que trata o §1º, poderá ser assumida por esse colegiado;

Art. 4º. No processo participativo de elaboração do plano diretor, a publicidade, determinada pelo inciso II, do § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, deverá conter os seguintes requisitos:

- I** – ampla comunicação pública, em linguagem acessível, através dos meios de comunicação social de massa disponíveis;
- II** – ciência do cronograma e dos locais das reuniões, da apresentação dos estudos e propostas sobre o plano diretor com antecedência de no mínimo 15 dias;
- III** – publicação e divulgação dos resultados dos debates e das propostas adotadas nas diversas etapas do processo;

O Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública decidiu pela tutela cautelar cujos trechos a seguir trazemos:

(...) Com efeito, ainda que se aproxime a data-limite para que se ultime a revisão do Plano Diretor e dos Planos Regionais (o que sucederá em 30 de junho de 2007, quando o projeto deverá ser encaminhado para análise da Câmara Municipal de São Paulo), é necessário que o Poder Público Municipal faça chegar ao pleno conhecimento da população em geral e dos segmentos organizados da sociedade civil as propostas de modificação que tais projetos abarcam, de molde que tais assembléias apresentem alguma frutuosidade, se a elas quer dar o exato fim para que criadas, que é o de fazer com que a população em geral, conhecendo dessas mesmas propostas, possa discuti-las, participando ativamente da vida da cidade, como sói deveria ser em um regime verdadeiramente democrático.

Sobrevela considerar, neste contexto, que o Plano Diretor constitui, segundo o artigo 182 parágrafo 1º, da Constituição da República de 1988, um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana – azado mecanismo, pois, de ordenação da cidade e de caráter programático de política urbana a adotar-se para determinado período, no que se revela sua complexidade, sobretudo quando se trata de ordenar uma Cidade como a de São Paulo. Daí a evidente importância do Plano Diretor desta Capital e a patente necessidade de que se dê, de seu conteúdo, um amplo e efetivo conhecimento e acesso à população em geral, o que somente será possível obter se, como validamente pleiteia o Ministério Público, as assembléias ocorram apenas depois que o respectivo edital tiver sido publicado com razoável antecedência, e que nomeadamente se possa identificar, com suficiente clareza, seu objeto, para que as discussões, aí sim, possam ter algum real significado, supeditando a população em geral, nessas assembléias, ao Poder Executivo Municipal e à Câmara Municipal de São Paulo o que necessário ao aprimoramento de um mecanismo tão importante como é o Plano Diretor.

(...)

E como o Ministério Público demonstra com a documentação que apresenta, lacônica e vazada em caráter geral a referência que a ré, MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, fez quanto ao objeto de cada assembléia, indevidamente obstaculizando assim que se o identifique e que possa ser melhor prescrutado em seu conteúdo e alcance.

(...)

Tutela cautelar que é liminarmente concedida para imediatamente suspender a realização de qualquer assembléia que se realize no bojo da revisão do “Plano Diretor Estratégico e dos Planos Regionais”, até que se torne o respectivo procedimento consentâneo com a necessária finalidade, que é a de fazer com que haja uma prévia e perfeita identificação do objeto de cada assembléia, mediante publicação do respectivo edital em período oficial, com razoável antecedência (ao menos quinze dias).

A Municipalidade Apresentou Agravo de Instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo, em agosto de 2007, concedido pelo Desembargador Relator da Quarta Câmara de Direito Público.

Entretanto, a cisão da revisão do Plano Diretor e Lei de Zoneamento (daí integrantes, a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação e Planos Regionais) não foi objeto do Agravo de Instrumento pela Municipalidade, o que levou o Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública, Sr. Dr. Valentino Aparecido de Andrade a proferir nova decisão, cujos trechos seguem transcritos:

Com razão o Ministério Público no que obtempera às folhas 252/254. De fato, a medida liminar cautelar tinha seus efeitos circunscritos à suspensão da realização das assembléias regionais para adequação do respectivo procedimento.

(...)

Destarte, nada se decidiu, naquela primeira decisão, quanto à questão que radica na realização, a um só tempo e bloco, do procedimento de revisão tanto do Plano Diretor quanto dos Planos Regionais Estratégicos, além da lei de uso e Ocupação do Solo, pois que nesta demanda principal também propugna o Ministério Público que ao final declare, por provimento jurisdicional, que ilegal o sincretismo adotado pela ré, objetivando, pois, se lhe comine a obrigação de levar a cabo de primeiro apenas a revisão do Plano Diretor, ultimando-o, e apenas ao depois é que trate de colocar em curso a revisão dos Planos Regionais Estratégicos e da Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano.

(...) Concedo a tutela emergencial antecipatória para determinar a ré MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, cinda o referido procedimento, procedendo inicialmente apenas a revisão do Plano Diretor até ultimá-lo, para então, e somente então dar início à revisão dos Planos Regionais e da Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano, atendendo-se assim a pretensão que o Ministério Público formula nesta demanda.

A partir disso, a Municipalidade elaborou um novo anteprojeto de lei de “revisão” do Plano Diretor, que tratamos acima, abrangendo também a “revisão” do Plano Diretor e da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do solo. Mas percebe-se que o Executivo Municipal, outrossim, desrespeitou a referida decisão do magistrado, já que elaborou novo e único anteprojeto, contendo, como na origem da revisão, as duas leis importantíssimas à esfera municipal. Importante lembrar que esse anteprojeto foi encaminhado aos membros do Conselho Municipal de Política Urbana - CMPU, incompleto, sem os indispensáveis Quadros e Mapas que o integram, o que impediu o exame profundo de seu conteúdo e a deliberação responsável e técnica dos Conselheiros.

O anteprojeto foi aprovado, mesmo sob protesto escrito de quatro membros do CMPU. Com enorme pressão exercida pela Municipalidade, o anteprojeto foi encaminhado à Câmara Municipal para imediata aprovação.

O novo anteprojeto foi publicado de forma incompleta, sem inclusão dos Quadros e Mapas, no Diário Oficial do Município e tramita na Câmara Municipal de São Paulo sob o nº 671, de 2007 (Projeto de Lei nº 671, de 2007).

Quando da apresentação dessa proposta de “revisão” à Câmara Municipal, recebendo o PL nº 671/07, ajuizaram as entidades União dos Movimentos de Moradia da Grande São Paulo e Interior, Federação das Associações Comunitárias dos Estado de São Paulo, Instituto Pólis, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos e Movimento Defesa São Paulo, Ação Civil Pública (autos nº 583.53.2008.111161-0) em face da Municipalidade de São Paulo, denunciando, assim como fez o Ministério Público, a ausência de transparência na elaboração da revisão do Plano Diretor, caracterizada pela insuficiência de documentação à disposição dos interessados; pela não publicação no Diário Oficial dos mapas e quadros necessários ao entendimento do projeto; assim como a escassez de tempo hábil, restrito a 2 minutos, para manifestações de interessados em audiências públicas, implicando na não observância ao Estatuto da Cidade. Ao final, requereram a devolução do projeto de lei ao poder Executivo para que este refizesse as audiências e procedesse com as devidas devolutivas. Não havendo deferimento de liminar, as entidades propuseram recurso de Agravo de Instrumento (sob o nº 830.488.5/1-00), que tramita sem a pretendida liminar e aguarda data para julgamento.

Por outro lado, e em virtude da ação promovida pelo Ministério Público em 2007, na qual foi acordada entre o Poder Judiciário, Ministério Público e Municipalidade a cisão da “revisão” do Plano Diretor e Planos Regionais, verificou-se, ao avaliar a proposta de “revisão” enviada para a Câmara Municipal, que esta convocou audiências públicas para rever o Plano Diretor revogando, assim, o Plano Diretor vigente (Lei 13.420/02) e os artigos 1º a 47 da Lei de Zoneamento de Planos Regionais (Lei 13.885/04).

Entendendo se tratar de descumprimento à ordem judicial naquela Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público, as entidades Instituto Polis e Movimento Defesa São Paulo, ingressaram com pedido cautelar no Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública, requerendo a suspensão e a nulidade das audiências realizadas na Câmara Municipal, sendo que três audiências, uma da Comissão de Constituição e Justiça e duas audiências da Comissão de Política Urbana, haviam sido realizadas. Assim decidiu o magistrado:

(...) Medida liminar que, examinando em cognição sumária a situação material subjacente, é de rigor conceder-se, reconhecendo-se a legitimidade das autoras para questionarem em Juízo a validade do procedimento legislativo ora em curso e que abrange a revisão do Plano Diretor Estratégico, revisão, aliás, que forma o objeto de ação cautelar e de ação civil pública ajuizadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em trâmite por esta Vara. Destarte, identifico a plausibilidade no fundamento jurídico desenvolvido pelas autoras nesta sede cautelar, pois que, em tese, a Prefeitura de São Paulo, ao fazer introduzir no projeto de Lei 671/2007 a discussão acerca da revogação dos artigos 1 a 47 da Lei 13885/2004, e a Câmara Municipal ao dar início ao respectivo procedimento legislativo com a realização das audiências públicas, estão a indevidamente ampliar o objeto de revisão do Plano Diretor Estratégico, violando dessa forma o que lhes fora determinado na ação cautelar e na ação civil pública em trâmite por esta Vara, em que expressamente se determinou que a revisão das normas complementares (as que cuidam dos Planos Regionais das Subprefeituras e de normas do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano), somente possa ocorrer quando se ultime a revisão do Plano Diretor Estratégico, o que de resto atende à natureza e à finalidade do Plano Diretor, que vem a ser, como enfatiza HELY LOPES MEIRELLES, "um instrumento norteador dos futuros empreendimentos da Prefeitura, para o racional e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade", a patentear que a revisão das normas complementares ao Plano Diretor somente possa ser realizada quando a revisão do Plano Diretor estiver sido concluída, com a clara definição das diretrizes a

serem adotadas pelo Poder Público Municipal, em face das quais as normas complementares deverão ser depois editadas, nos limites, por óbvio, do que tiver sido decidido na revisão do Plano Diretor Estratégico. Os artigos 1º a 47 da Lei 13.885/2004, como normas complementares ao Plano Diretor, tratam da regulamentação edilícia, do uso e ocupação do solo urbano, do zoneamento, dos diversos instrumentos urbanísticos, da rede viária estrutural, do transporte coletivo, de quais devam ser as ações estratégicas de cada subprefeitura, da forma como deve se dar a proteção ao meio-ambiente temas fundamentais da vida da Cidade de São Paulo e que somente podem ser disciplinados em detalhes por normas complementares quando a revisão do Plano Diretor Estratégico tiver sido aprovada, com a definição das diretrizes que devem ser implementadas para o futuro. Sem a prévia definição dessas diretrizes gerais, que formam o Plano Diretor Estratégico, não há sentido lógico em discutir-se acerca das normas complementares. Há uma situação de risco emergencial e irreversível que é necessário controlar para tornar útil o resultado da ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, porquanto as audiências públicas que estão sendo realizadas com o objetivo de implementação da participação popular na revisão do Plano Diretor Estratégico, não podem, essas audiências, versar sobre as referidas normas complementares, nomeadamente sobre a pretendida revogação dos artigos 1º. a 47 da Lei 13.885/2004, considerando o que ficou decidido nos autos da ação civil pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, em trâmite por esta Vara.(...)

Entretanto, esta decisão também foi cassada, pelo Desembargador Relator Ferreira Rodrigues, da 4º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, que alegou, em preliminar, não haver óbice à Municipalidade em rever leis simultaneamente.

As audiências públicas continuaram a ser realizadas, pela Câmara Municipal de São Paulo, nos mesmos moldes que as realizadas pela SEMPLA, mas desta vez concedendo aos munícipes o prazo de cinco minutos para intervenções, porém, desprezando a efetiva participação popular na elaboração do planejamento da cidade, eis que não há perspectivas de devolutivas no tocante às propostas apresentadas em audiências públicas.

Efeitos

Embora os resultados judiciais tenham sido inicialmente frustrantes, na medida que as liminares em favor da plena participação popular na revisão do Plano Diretor, concedidas pelo Juízo de primeira instância, tenham sido cassadas no Tribunal de Justiça, nota-se que o movimento de questionamento judicial despertou a mobilização da sociedade civil pelo interesse na revisão do planejamento municipal. Essa mobilização provocou algumas mudanças na maneira de agir do Poder Executivo, e na Câmara Municipal.

Nesse sentido, o movimento impulsionado pelas liminares levou à mídia de massa a questão da revisão do Plano Diretor, até então limitada aos grupos de interesses imobiliários, e obrigou a Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente, da Câmara Municipal de São Paulo, onde o projeto de lei tramita neste momento, a divulgar mais informações e conceder maior tempo para intervenção dos presentes às audiências públicas.

Mesmo assim, esses efeitos ainda não significam que a “revisão” do Plano Diretor da Cidade de São Paulo tenha cunho popular que impulse a justiça social, na busca pela diminuição das desigualdades e construção de uma sociedade igualitária. O risco de transformar essa “revisão” em um Plano voltado aos interesses imobiliários ainda é muito alto.

E, em meio às discussões e reivindicações populares pela participação efetiva no processo de revisão do Plano Diretor, surgiu a “Frente de Defesa do Plano Diretor Estratégico”, que reúne cerca de 180 entidades na cidade de São Paulo, na luta por um Plano Diretor democrático, de cunho social e, portanto, por uma cidade mais inclusiva.

Com essa experiência, resta evidente que não apenas através de instrumentos jurídicos-normativos se efetiva a participação da sociedade nas decisões que concernem ao espaço da cidade. A luta jurídica tem o papel de pressionar a favor das lutas sociais, para a atuação concreta do Poder Público no dever de garantir a dignidade da pessoa humana. A luta jurídica nunca será plena. A luta pela justiça social vai além do acesso ao Judiciário.

Na luta pelo desenvolvimento urbano com justiça social, a atuação política de fato, efetivada pela população, é fator essencial para a exigibilidade e concretização dos Direitos Humanos.

Glossário

Medida Cautelar: procedimento judicial que visa à conservação de um direito, antes do tempo de seu efetivo uso.

Ação Civil Pública: instrumento processual utilizado para a defesa de interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos, previsto na Lei nº 7.437, de 1985. Segue a classificação dos direitos conforme art. 81, do Código de Defesa do Consumidor (melhor que o verbete seja somente explicado):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Primeira Instância, Segunda Instância, Juízo, Tribunal de Justiça, Magistrado e Desembargador: Esses verbetes referem-se à dinâmica do Poder Judiciário Brasileiro. A Constituição Federal definiu que, no Brasil, todas as decisões judiciais definitivas podem ser submetidas a um novo julgamento de um órgão especial. Assim, a decisão que o magistrado (entenda-se “juiz”, um único indivíduo que decide e sentencia sobre o conflito), pode ser submetida a outro órgão, o Tribunal de Justiça, composto por colegiado (no mínimo três indivíduos acordam sobre a decisão do conflito – cada indivíduo que forma o colegiado denomina-se desembargador), cuja decisão é definitiva. Dessa maneira, a primeira instância é onde a demanda foi proposta. No julgamento, se uma das partes se vir insatisfeita com a sentença do juiz, pode recorrer ao Tribunal de Justiça, segunda instância.

Medida Liminar: Provimento judicial de caráter emergencial.

Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS: Zonas urbanas específicas, que podem conter áreas públicas ou particulares ocupadas por população de baixa renda, onde há interesse público de promover a urbanização e/ou a regularização jurídica da posse da terra, para salvaguardar o direito à moradia^[172].

[172] Definição retirada da publicação “Regularização da Terra e Moradia – O que é e Como Implementar”, coordenada pelo Instituto Pólis.

08 A CONSTRUÇÃO DAS HIDROELÉTRICAS COMO AFRONTA AOS DIREITOS DE COMUNIDADES RURAIS

por Rafael Filippin - Liga Ambiental

Introdução

O artigo apresentado a seguir narra e avalia criticamente alguns casos de conflitos pelo uso dos cursos d'água e do espaço em seu redor. Esses conflitos envolveram diretamente redes^[174] formadas por comunidades ribeirinhas, movimentos sociais, entidades da sociedade civil, órgãos do Estado, membros da academia e outros setores mais ou menos organizados no questionamento judicial do processo de tomada de decisão acerca da instalação e operação de empreendimentos hidrelétricos de grande porte nesses cursos d'água, localizados no estado do Paraná.

A escolha desses casos se deu pelo fato de que foram intensamente cobertos pela imprensa local e regional e também porque os documentos oficiais estão disponíveis para consulta pública e exemplificam muito bem o que ocorre no Brasil, na medida em que o Paraná retrata muito bem o resto do país: ao mesmo tempo em que possui usinas hidrelétricas (UHE) em operação, também apresenta projetos em fase de planejamento e instalação.

Apesar do autor do artigo ter funcionado (e ainda funcionar) como advogado nas inúmeras ações judiciais e representações administrativas em que se discute a legalidade e a constitucionalidade das decisões governamentais tomadas no contexto narrado acima, o objetivo não é apresentar apenas um libelo apaixonado contra a operação e instalação dessas usinas hidrelétricas. Não, o objetivo é identificar e extrair dessas décadas de enfrentamentos políticos, jurídicos e institucionais causados pela instalação e operação dessas usinas, ensinamentos que possam permitir aos militantes da sociedade civil organizada compreender o alcance e as possibilidades da judicialização dos conflitos envolvendo os direitos humanos, em especial o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal de 1988) e o direito à dignidade humana (art. 3º da CF/1988), e qual o grau da democratização do acesso ao Poder Judiciário e outras instâncias decisórias.

Por isso, este texto não se presta a atacar a imagem desta ou daquela autoridade específica, ou ainda deste ou daquele empreendedor, nem tampouco se presta a desmerecer os julgamentos de qualquer magistrado. Ao contrário, os fatos são

[174] SCHERER-WARREN e LÜCHMANN, 2004.

expostos para que cada leitor chegue às suas próprias conclusões, sem esquecer o objetivo primordial de permitir, aos militantes da sociedade civil organizada que tomarem contato com este texto, a oportunidade de identificar erros e acertos que foram cometidos e que podem ser evitados ou replicados em futuras mobilizações em torno do respeito aos direitos dos cidadãos brasileiros afetados por essas grandes obras de infra-estrutura. Afinal, a cidadania é algo que não está pronto e acabado e deve ser construída dia a dia^[175] por aqueles que acreditam na democracia.

Enfim, a metodologia adotada para a exposição a seguir é a das duas pontas^[176], pela qual se confrontam os fatos, de um lado, com as normas jurídicas, de outro, para que se possa emitir uma conclusão posterior a respeito da efetividade ou não do direito na realidade.

Por que questionar empreendimentos hidrelétricos?

Essa pergunta é muito oportuna na medida em que é preciso deixar bem claro que não se está numa cruzada obscurantista contra o desenvolvimento da sociedade brasileira, como querem fazer crer alguns dos interessados nesses empreendimentos. As redes de cidadãos e instituições que enfrentam esse debate têm, além do objetivo de participar democraticamente na decisão de qual a melhor matriz energética para o Brasil, também o intuito muito claro de fazer com que o setor elétrico, esse *lobby*^[177] gigantesco e poderoso que leva adiante a expansão das usinas hidrelétricas de grande porte no Brasil e no mundo, respeite os limites impostos pelos direitos democraticamente instituídos, em especial na Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, não é demais lembrar que esse *lobby* é formado por seres humanos, que são falíveis como todos os outros, e que quando se arvoram no direito de usar recursos naturais, que são bens públicos de uso comum do povo (como a água), e de exercer serviços públicos por meio de concessão (como é o caso da geração de energia elétrica), podem e devem ser submetidos republicamente às mais variadas formas de controle social.

Em segundo lugar, a pergunta acima é oportuna também porque o setor elétrico tem um histórico imenso de produção de iniquidades no Brasil e no mundo, seja por meio do desrespeito aos direitos humanos, seja pelo abuso no emprego de recursos financeiros públicos.

[175] CHAUI, 1981, p. 28-29.

[176] CAUBET, 2004, p. 9.

[177] CAUBET, 2004, p. 85.

As iniquidades produzidas pelo setor elétrico

Dentre as iniquidades produzidas pela instalação e operação de grandes usinas hidrelétricas, chama a atenção em primeiro lugar o tratamento desumano dispensado às comunidades ribeirinhas, que, ou são obrigadas ao deslocamento compulsório, que muitas vezes parece uma pena de ostracismo, como aquela imposta a Caim, conforme a tradição judaico-cristã. E não são atingidos apenas os que são obrigados a deixar seus lares: os que permanecem vizinhos ao empreendimento perdem o espaço como ele era. O rio deixa de ser rio e vira lago. Quem vivia do rio tem que aprender a viver do lago, que nem sempre pode ser acessado como o rio era antes.

Se a situação de pequenos agricultores, pescadores, apicultores e garimpeiros atingidos pelos empreendimentos é ruim, o tratamento dispensado às comunidades indígenas e quilombolas é ainda pior, na medida em que suas terras são usurpadas e suas culturas desrespeitadas.

Num país agrícola como é o Brasil, as florestas, cerrados e campos naturais foram e ainda são intensamente convertidos em lavouras, fazendo com que os mais importantes remanescentes da biodiversidade sejam localizados nos vales profundos dos rios. Acontece que estes espaços são considerados os locais ideais para a instalação de usinas hidrelétricas que, não bastasse a destruição desses remanescentes, não restaura as florestas ciliares, tão importantes como corredores de biodiversidade e para evitar a erosão.

A riquíssima fauna aquática encontrada nos rios brasileiros, constituída por inúmeras espécies migradoras de grande porte, que constituem a base da alimentação de muitas comunidades ribeirinhas (autóctones ou não) e têm nas corredeiras seu hábitat natural (em vista da oxigenação da água), tem sido paulatinamente exterminada, uma vez que é impossível sobreviver num ambiente de reservatório de águas paradas e com pouco oxigênio, totalmente diferente do natural.

A enorme quantidade de biomassa e o calor característico da geografia brasileira, combinados com a submersão advinda da formação de um lago de hidrelétrica, produzem os gases responsáveis pelo efeito estufa, em quantidades tais que uma usina termelétrica movida a gás natural apresenta um balanço de carbono favorável quando comparado ao de alguns empreendimentos hidrelétricos.

Os orçamentos dos projetos hidrelétricos geralmente são apenas indicativos, haja vista que a subavaliação de impactos socioambientais, a demora na construção da usina, a pouca transparência e a má gestão fazem com que sejam necessários investimentos muito maiores do que os inicialmente orçados para a conclusão do projeto.

Tudo isso tem sido investigado por vários pesquisadores^[178] e foi documentado pela Comissão Mundial de Barragens, uma iniciativa internacional que teve por objetivo propor critérios de sustentabilidade para esse tipo de empreendimento e tem feito com que seja razoável questionar se os benefícios econômicos e financeiros proporcionados pelas usinas hidrelétricas de grande porte são tão bons assim que valem a pena mesmo produzindo tamanha injustiça socioambiental^[179], isto é, a sistemática apropriação do ambiente natural por um determinado setor da economia em detrimento de camadas mais frágeis da sociedade.

O que o direito brasileiro dispõe sobre essas questões?

É muito comum o uso da expressão “Constituição Cidadã” e a opinião de que a atual legislação ambiental brasileira é uma das mais avançadas do mundo. De fato, a Constituição de 1988 determina que são finalidades da República Federativa do Brasil o combate às desigualdades e o respeito à dignidade humana. E mais, ela assegura o direito à terra, à água, à biodiversidade e ao equilíbrio ecológico, vedando o desenvolvimento de qualquer atividade econômica (inclusive de serviços públicos) que não respeitem os direitos humanos e o meio ambiente. Aos indígenas e quilombolas também garante o direito à terra e ao livre exercício e preservação de sua cultura.

Por sua vez, a legislação ambiental infraconstitucional determina que os perigos conhecidos pela ciência ao equilíbrio ecológico devem ser evitados, assim como os danos e prejuízos socioambientais causados devem ser reparados pelo conjunto de responsáveis, que pode incluir não só os empreendedores, mas também financiadores e mesmo o Estado (no caso de serviços públicos e da exploração de bens públicos dominicais, como são os potenciais hidráulicos e os minerais). As avaliações ambientais devem ser conduzidas de modo a identificar os possíveis impactos não só nos locais das obras mas também em toda a bacia hidrográfica em que se insere o empreendimento.

Mas poderia ser dito que essa legislação é de fins do século XX e que, portanto, o grosso das iniquidades produzidas pelo setor elétrico é anterior a esse período; assim, não se poderia simplesmente estigmatizar o importante vetor de desenvolvimento do país que é a geração de energia.

Esse raciocínio não pode ser tomado como razoável por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, porque não existe direito adquirido de poluir e de desrespeitar os direitos humanos. Se algo foi feito antes de vigorar determinada norma jurídica que assegura direitos e impõe novos padrões de dignidade e de sustentabilidade, é preciso que se proceda à atualização de todo e qualquer projeto ou empreendimento.

[178] CAUBET, 2004, SEVA FILHO, 2005, VAINER, 2004, dentre outros.

[179] ACSELRAD et al., 2004.

Em segundo lugar, a geração de energia elétrica é regulada desde 1934 pelo chamado Código de Águas (ainda vigente), que em seu art. 143 já estabelece que todo e qualquer empreendimento hidrelétrico deveria adotar medidas para assegurar a sobrevivência das comunidades ribeirinhas e manter a conservação e livre circulação dos peixes. A esmagadora maioria dos ribeirinhos deslocados compulsoriamente e que foram abandonados à própria sorte no Brasil o foram na segunda metade do Século XX. As maiores barragens construídas no país, que impedem a conservação e a livre circulação dos peixes, também o foram na segunda metade do século XX^[180].

Se já não bastasse isso, desde a Lei de Terras de 1850, os povos indígenas têm o direito de ver resguardadas as terras que efetivamente ocupavam, direito este que foi reafirmado em todas as normas jurídicas editadas no decorrer do século XX, mas que não impede o setor elétrico de expulsar seus habitantes e se apoderar desses espaços, quando ainda não foram devidamente demarcados.

Vigora desde 1960 uma lei que manda efetuar a remoção da vegetação do local em que será formado o reservatório, para que não haja a depreciação da qualidade da água, o que evitaria também a emissão de gases do efeito estufa.

O Código Florestal vigente é de 1965 e desde aquela época já instituíra a figura da área de preservação permanente nas matas ciliares, à beira de rios e lagos (naturais ou artificiais), mas somente após 2002 é que os empreendedores (de novos projetos apenas) têm incluído em seus projetos esse requisito.

A avaliação de impactos ambientais foi definitivamente positivada no direito brasileiro com a entrada em vigor da Política Nacional do Meio Ambiente de 1981. Essa avaliação deve ser precedida pela realização de estudos verossímeis e fidedignos, cuja adulteração ou manipulação de dados é considerada crime de falsidade ideológica pelo Código Penal de 1940. Entretanto, não são poucos os estudos prévios de impacto ambiental de usinas hidrelétricas que apresentam modificações ilícitas.

Enfim, o passivo, por assim dizer, socioambiental apresentado pelo setor elétrico foi nitidamente acumulado ao arrepio da lei no decorrer do século XX e ainda persiste no século XXI.

[180] CHUAHY e VICTER, 2002.

O enfrentamento dessa situação no Paraná

Seguindo a recomendação de que a cidadania é fruto da conquista diária de respeito a direitos instituídos, não são poucas as demandas judiciais, nos últimos anos, encaminhadas pela sociedade civil e por alguns órgãos do Estado também encarregados constitucionalmente da defesa de direitos, tanto em face de novos projetos como também diante de empreendimentos em operação.

Em fins da década de 1980 e início da de 1990, foram propostas as primeiras ações civis públicas contra empreendimentos hidrelétricos no Paraná. Apenas como exemplo, são listadas a seguir algumas delas.

O consórcio formado pelos municípios afetados pela UHE Capivara (instalada no rio Paranapanema, região norte do Paraná) pleiteou compensações em face da concessionária da usina, pedindo inclusive a paralisação do seu funcionamento enquanto não fossem realizados estudos ambientais. A ação movida diante da Justiça Estadual foi num primeiro momento exitosa, com a expedição de decisões favoráveis pelo Tribunal de Justiça do Paraná que, num segundo momento, recuou diante do argumento de que a falta da energia gerada pela usina contrariava o interesse público^[181]. A demanda culminou com a realização de uma composição entre os municípios e a concessionária. Todavia, não há um balanço detalhado que compare os impactos causados e as compensações obtidas.

Em 1999, o Ministério Público Federal e a Associação dos Atingidos por Barragens moveram ações perante a Justiça Federal de Londrina^[182] contra o licenciamento da UHE São Jerônimo (no rio Tibagi), em vista da falta de uma avaliação feita por bacia hidrográfica e, também, por conta da extinção de peixes essenciais à dieta dos povos indígenas que a usina causaria. Foram expedidas ordens judiciais determinando a suspensão do licenciamento, que foram mais tarde cassadas pelo Tribunal Regional Federal de Porto Alegre. Apesar disso, a usina ainda não foi instalada em vista da necessidade de autorização do Congresso Nacional.

A UHE Capivari-Cachoeira (instalada entre o primeiro planalto e o litoral do Paraná) vem enfrentando o questionamento judicial da Associação de Defesa do Meio Ambiente Araucária a respeito da não restauração das áreas de preservação permanente desde 2001. Mas outras entidades questionam também, perante o Poder Legislativo local e estadual, os danos provocados pela transposição de bacias, que causa impactos na dinâmica dos rios do litoral. Ainda não há solução judicial para o caso, e a ocupação das margens (que deveriam ser restauradas) prossegue.

Em 2002, os municípios afetados pela UHE Taquaruçu (instalada no Paranapanema, região norte do Paraná) moveram ação perante a Justiça Estadual de

[181] FERREIRA, 2006.

[182] BRASIL, 2001.

[183] BRASIL, 2009a. É preciso frisar que o número da ação é de 2009, pois foi redistribuída de Maringá para Curitiba.

Colorado buscando a reparação dos danos causados pela instalação da usina. Em 2008, a entidade Liga Ambiental aliou-se aos municípios pleiteando perante a Justiça Federal em Curitiba^[184] o cumprimento do Código de Águas e do Código Florestal: a restauração das áreas de preservação permanente e a compensação pela extinção de peixes e pelo deslocamento de ribeirinhos sem a indenização suficiente. Entretanto, o Poder Judiciário ainda não tomou nenhuma decisão definitiva, e a concessionária vem buscando ordens judiciais para impedir os ribeirinhos de acessar o reservatório.

A partir de 2005, o Ministério Público Federal^[185], a Liga Ambiental^[186], a ONG MAE e a Associação de Pescadores de Telêmaco Borba moveram ações civis públicas perante a Justiça Federal em Londrina, Ponta Grossa e Curitiba, além da Justiça Estadual de Telêmaco Borba e Curitiba, para impedir o licenciamento da UHE Mauá (projetada para o rio Tibagi, região central do Paraná). Foram reveladas nas ações várias irregularidades, que passam pela adulteração dos estudos ambientais, pela usurpação de terras indígenas^[187], pela falta de remediação de antigas minas de carvão, de indenização de comunidades ribeirinhas e pela omissão de vários órgãos públicos e pelo alijamento das competências de colegiados participativos que deixaram de tomar parte na decisão de instalar a usina. Várias decisões judiciais de primeira e segunda instâncias foram deferidas mandando paralisar o licenciamento da UHE Mauá. Entretanto, uma decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça – STJ suspendeu todas as demais sob o argumento de que se trata de uma obra prioritária do Governo Federal, integrante do Plano de Aceleração do Crescimento. Assim, a usina começou a ser construída sem que as irregularidades apontadas fossem sanadas. Recentemente a Assembléia Legislativa do Paraná negou sua autorização à obra, o que pode vir a impedir a continuidade do projeto, dependendo da interpretação que vier a dar o Poder Judiciário sobre esse fato. Enfim, a situação continua indefinida.

Em 2005, a Terra de Direitos^[188] e a Liga Ambiental^[189] moveram ações civis públicas contra o licenciamento da UHE Baixo Iguaçu (prevista para ser erguida a trezentos metros dos limites do Parque Nacional do Iguaçu, onde estão localizadas as famosas Cataratas). Foram questionadas a falta de anuência do órgão que administra o Parque e a ausência de um estudo que contemplasse a bacia hidrográfica como um todo. Foram deferidas ordens judiciais mandando paralisar o licenciamento, que novamente foram cassadas pelo Tribunal Regional Federal – TRF de Porto Alegre. Entretanto, o projeto não prosseguiu, na medida em que o órgão ambiental retirou a licença ambiental que havia expedido, pois a companhia estadual de geração de energia perdeu o leilão para uma empresa privada do Rio de Janeiro, o que desagradou o Governador que ordenou a manobra.

[184] BRASIL, 2009a. É preciso frisar que o número da ação é de 2009, pois foi redistribuída de Maringá para Curitiba.

[185] BRASIL, 2006b.

[186] BRASIL, 2005a.

[187] BRASIL, 2009c.

[188] BRASIL, 2005b.

[189] BRASIL, 2006a.

Em 2008, foram movidas ações pelos municípios^[190] afetados pela UHE Salto Santiago e pela UHE Salto Osório, ambas localizadas no trecho médio do rio Iguaçu, perante a Justiça Estadual, para que a concessionária fosse obrigada a pagar compensações e restaurar as matas ciliares. A Liga Ambiental fez pleitos em 2009 perante os Poderes Executivo e Legislativo para que houvesse a desapropriação das áreas necessárias à formação da mata ciliar, a exemplo do que fez no caso da UHE Taquaruçu, para que o ônus não recaísse sobre os ribeirinhos, mas a concessionária insiste em demandá-los perante a Justiça Federal para que assumam esse prejuízo. As ordens da Justiça Estadual foram emitidas, mas não se consegue executá-las, por conta da manobra da concessionária perante a Justiça Federal.

Recentemente, no ano de 2009, foi julgada^[191] uma ação movida pelo Ministério Público Federal perante o TRF de Porto Alegre concedendo o direito aos índios de permanecer em áreas da UHE Itaipu, em vista da falta de programas de realocação para aquelas comunidades. No mesmo ano, entrou em pauta de julgamento no STJ a ação movida contra a UHE Itaipu pelos agricultores atingidos pelas mudanças climáticas causadas pela formação do reservatório. A ação já recebeu duas decisões desfavoráveis, mas ainda existe a esperança de uma reviravolta em Brasília.

Esse breve relato de conflitos socioambientais complexos revela o enorme esforço feito por entidades da sociedade civil e alguns órgãos do Estado (em especial o Ministério Público Federal e alguns municípios afetados) no sentido de fazer valer a legislação. Na maioria das vezes, há decisões favoráveis do Poder Judiciário nas instâncias inferiores. Entretanto, os órgãos superiores costumam reformá-las conforme os pedidos feitos pela Advocacia da União, que geralmente se alinha aos interesses dos empreendedores, na medida em que são concessionários do serviço público federal de geração de energia. Os argumentos manipulados pela Advocacia da União indicam, falaciosamente, que o interesse público está do lado do empreendimento e não da sociedade. É para discutir essa questão que os tópicos adiante foram elaborados.

O alcance da política no interior do Poder Judiciário

O Poder Judiciário tem tradicionalmente no Brasil o discurso de que compõe as controvérsias com base em critérios técnicos, legais, doutrinários e jurisprudenciais, negando veementemente que toma decisões com base em articulações políticas. Entretanto, é inegável a “excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo”^[192].

Diante dessa dura constatação, é oportuno verificar algumas circunstâncias que confirmam essa situação no contexto do controle judicial do planejamento, instalação e operação de usinas hidrelétricas.

[190] PARANÁ, 2008.

[191] BRASIL, 2008.

[192] DALLARI, 1996, p.3.

Como já afirmado acima, percebe-se que a primeira instância vem acatando os pleitos do Ministério Público e das entidades da sociedade civil. No caso da UHE Baixo Iguaçu, por exemplo, dois juízes federais diferentes da Seção de Francisco Beltrão mandaram paralisar, em mais de uma oportunidade (2005 e 2008), o licenciamento ambiental conduzido pelo IAP. No caso da UHE Mauá, outros dois juízes federais diferentes da Seção Judiciária de Londrina mandaram paralisar três vezes o licenciamento ambiental (em 2006, 2007 e 2008).

É interessante notar, também, que a segunda instância, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, ao qual se submete a Justiça Federal do Paraná, atuou nesses casos não só por meio do instrumento excepcional da suspensão de liminar, mas também com o julgamento de recursos judiciais (na normalidade, por assim dizer) chamados de agravos de instrumento. No caso da UHE Baixo Iguaçu, o desembargador federal relator do recurso negou os pedidos dos interessados privados no licenciamento. No caso de Mauá, a situação foi um pouco diferente: dois desembargadores federais diferentes mandaram parar o licenciamento ambiental, acatando os pedidos do MPF, enquanto outros três magistrados (uma desembargadora federal e dois juízes federais substitutos em segundo grau) negaram os recursos das entidades da sociedade civil. Entretanto, essas decisões de segunda instância foram todas suspensas por uma medida excepcional (outra suspensão de liminar) proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça^[193] (em Brasília) às vésperas de sua aposentadoria (a medida foi deferida numa sexta-feira, e a saída do ministro ocorreu na segunda-feira seguinte).

Essas idas e vindas e posições contraditórias encontradas no seio de um mesmo Tribunal, mais do que evidenciar que não há um entendimento pacífico sobre a aplicação do direito no planejamento, instalação e operação de usinas hidrelétricas, realçam que há divergências sensíveis de matiz político entre os magistrados.

Não se pode ignorar que o Poder Judiciário, como todo órgão público, é gerido conforme ditames políticos, e isso não só transparece em suas decisões jurisdicionais, como também nas decisões administrativas, de consumo interno.

É oportuno verificar o que ocorreu em paralelo aos julgamentos de recursos perante o TRF da 4ª Região no caso da UHE Mauá, para tentar exemplificar essa afirmação. Uma magistrada foi convocada por ato administrativo da Presidência para atuar no Tribunal em meados de 2007, tendo sido designada para a 3ª Turma, que é encarregada de julgar a matéria ambiental. Entretanto, no mesmíssimo dia em que essa magistrada deferiu uma ordem liminar paralisando o andamento do projeto da UHE Mauá, outro ato da Presidência do Tribunal remanejou-a para a 2ª Turma do

[193] BRASIL, 2009b.

Tribunal. Para o seu lugar, na 3ª Turma, foi convocado outro magistrado de primeira instância que havia sido recentemente designado para outra função. Tão logo assumiu o posto no Tribunal (praticamente interrompendo suas férias), esse magistrado proferiu decisões permitindo o andamento do projeto de Mauá e, em seguida, entrou em férias. Esses fatos estão documentados nos atos da Presidência do TRF da 4ª Região nº 283, 292, 425, 507 e 508 publicados em diário oficial no decorrer de 2007^[194]. E a Presidência do TRF da 4ª Região estava sendo exercida, na ocasião desses atos, por uma magistrada que também havia proferido decisões permitindo o andamento do projeto de Mauá. Tudo isso pode ter sido uma grande coincidência, e as manobras administrativas internas do Tribunal podem não ter relação alguma com as decisões proferidas nos vários recursos que versavam sobre a usina. Todavia, a coincidência realmente impressiona e leva a pensar, ainda mais depois do que a Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, disse publicamente por meio da imprensa de circulação nacional no dia 22 de novembro de 2009 a respeito da promoção e da carreira dos magistrados no país. Além de admitir que a articulação do falecido senador Antonio Carlos Magalhães foi condição sem a qual a Ministra não teria chegado ao STJ, criticou o fato de que magistrados não sobem na carreira sem que caiam nas graças dos políticos. Isso faz com que as entranhas do Poder Judiciário sejam expostas de tal maneira que aquilo que se pensava a respeito da chegada dos Ministros ao Supremo Tribunal Federal seja, na verdade, a regra para toda a carreira da magistratura. Isto é, mais vale o trânsito político que o currículo que se ostenta. E o trânsito político é obtido mediante decisões judiciais favoráveis, como aquelas a que se referiu acima o Professor Dalmo de Abreu Dallari.

Essa constatação, ao invés de lançar descrédito sobre as decisões do Poder Judiciário, deve servir para mostrar que, assim como os empreendedores do setor elétrico fazem o jogo político de articulação dentro do Poder Judiciário, os militantes das entidades da sociedade civil, dos movimentos sociais e dos órgãos públicos que defendem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos devem estar preparados para enfrentar essa situação.

Decisões políticas ou econômicas?

Final, é preciso dizer, sem qualquer receio, que apesar dos recursos naturais serem um dos elementos básicos de qualquer atividade econômica, a decisão de utilizá-los ou não, ou em que quantidade e para qual finalidade, não é uma decisão tomada estritamente com base num cálculo econômico. A oferta e a demanda de produtos e serviços influenciam determinadamente os preços praticados no mercado, e é o aumento desses preços (e consequentemente dos lucros das empresas

[194] BRASIL, 2007.

que os praticam) que atija a procura pelos recursos naturais. Entretanto, a decisão de usá-los ou não, não é uma decisão simplesmente econômica, mas essencialmente política – com conteúdo econômico, é verdade, mas tomada pelas instituições, as quais são compostas por agentes políticos e funcionam num contexto de normas legais que contém em si uma série de princípios e regras, elaborados no âmbito político, mesmo que passem pelo crivo do Judiciário.

Aliás, no contexto da atual crise mundial, por exemplo, cujos efeitos devastadores que o mercado financeiro não pôde suportar e foi a vontade política dos líderes mundiais que viabilizou os recursos necessários para mitigar as consequências da falta de liquidez mundial, a articulação política se mostra essencial^[195].

Assim, não é demais afirmar que, se não houver vontade política dos agentes que ocupam postos nas instituições e poderes constituídos, para dar suporte a uma decisão econômica (de utilizar certa quantidade de recursos naturais de determinada maneira), esta não se realiza, por mais que apresente fundamentos técnicos, financeiros, ambientais etc.

Decisão política democrática?

Sendo então a decisão de utilizar recursos naturais (em especial para a geração de hidroeletricidade) eminentemente política, é oportuno investigar se essa decisão é democrática ou não. E por quê? Porque a democracia é um valor da sociedade brasileira. Um valor não só consagrado na Constituição de 1988, mas também compartilhado pela quase unanimidade das correntes de pensamento e de ação política brasileiras.

Em outras palavras, não há quem defenda abertamente no cenário político brasileiro que decisões políticas (inclusive as que se referem ao uso dos recursos naturais) possam ser tomadas antidemocraticamente.

No entanto, não há consenso no que se refere ao que seja democracia, isto é, qual é o alcance do conceito, e quais são as práticas verdadeiramente democráticas. O que se pode fazer então é investigar quais são as formas de democracia mais aceitas e debatidas pela ciência política como forma de balizar a discussão com conceitos cientificamente elaborados.

Não é necessário remontar aos conceitos gregos de democracia para se balizar este debate. Isso porque é corrente hoje na ciência política que o significado preponderante de democracia é aquele segundo o qual se entende um conjunto de

[195] CORDONNIER, 2009, p. 11.

regras que permitem a mais ampla e a mais segura participação da maior parte dos cidadãos possível, seja de forma direta, seja de forma indireta, nas decisões políticas, isto é, nas decisões de interesse de toda a coletividade^[196]. Assim, basta enveredar pelos conceitos de democracia representativa e democracia participativa para concluir se a decisão de utilizar recursos naturais é verdadeiramente democrática ou não.

Diante disso, é oportuno dizer que a democracia representativa tem como justificativa mais simples a de que é impossível reunir o imenso número de cidadãos, como se fazia na ágora grega, que os Estados passaram a congregiar na contemporaneidade. Por isso, foi necessário criar um sistema democrático de escolha de representantes que fizessem as vezes de seus representados numa assembléia com poderes deliberativos.

A democracia representativa é adequada, portanto, para a tomada das grandes decisões de Estado, estratégicas, com alcance e abrangência nacional. No entanto, no que concerne ao uso dos recursos naturais, as decisões tomadas distantes do local em que seu uso se dará não raro causam problemas. É por isso que, nesses casos, aplica-se o que a doutrina do direito constitucional e a do administrativo chamam de princípio da subsidiariedade^[197], pelo qual se entende como mais adequada a decisão tomada pelo órgão mais próximo possível da realidade local.

Afinal, é o órgão mais próximo que conhece a situação de vida e os usos que já estão sendo feitos dos recursos naturais locais, os quais não podem simplesmente ser ignorados por quem também deseja utilizá-los.

A participação direta, além de viável no nível local, permite que os novos usos propostos para os recursos naturais não conflitem com os já estabelecidos, desde que estes sejam levados em conta e respeitados, possibilitando também a construção de alguns consensos em torno do que se deseja e do que é viável fazer com os recursos naturais.

A participação verdadeira na tomada de decisão política

Mas a participação na tomada de decisão que pode formar consensos e, assim, evitar conflitos é somente aquela capaz de influenciar decisivamente as políticas públicas, isto é: a democracia se concretiza quando a participação política funciona como uma espécie de “contra-poder social”^[198] que determina, controla, limita e modifica as propostas iniciais vindas de quem deseja utilizar os recursos naturais, seja ele privado ou público, mas em especial o público, que geralmente planeja e decide o uso dos recursos naturais, e que ainda faz investimentos orçamentários e orienta financiamentos privados.

[196] BOBBIO, 1991, p. 34.

[197] BARACHO, 1997, p. 92.

[198] CHAUI, 2005, p. 25.

Em outras palavras: a decisão de utilizar os recursos naturais é democrática na medida em que as comunidades locais têm oportunidade significativa de participar da formação das políticas públicas de uso desses recursos^[199].

Portanto, a participação democrática a que se faz menção aqui é aquela que vem em substituição ao modelo concentrador das decisões, poderes e riquezas, uma vez que as soluções devem vir das bases locais, e não decretadas autoritariamente de cima para baixo^[200].

Em outras palavras, o que caracteriza a democracia participativa é um conjunto de regras cuja aplicação faz com que nenhuma decisão tomada pela maioria (obtida pelos mecanismos da democracia representativa) limite os direitos da minoria (que se faz presente por meio da participação direta no nível local), em particular o de fazer valer suas aspirações no âmbito local. Aliás, para que a tomada de decisão seja verdadeiramente democrática, talvez não baste apenas a observação do conjunto de regras mencionado acima, mas é certo que é suficiente que apenas uma delas seja transgredida para que a decisão não seja democrática (nem verdadeira, nem aparentemente)^[201].

Ou seja, a decisão de utilizar recursos naturais só pode ser tomada se não se limitarem os direitos garantidos por normas jurídicas das minorias locais (em especial as mais frágeis do ponto de vista étnico, cultural, social e econômico^[202]) de participar diretamente do processo decisório, pois são as que sofrem mais diretamente os efeitos deletérios dos aproveitamentos hidrelétricos objetos desta avaliação.

E mais, não basta simplesmente enunciar a participação. Não é suficiente que a participação esteja prevista nos textos normativos e seja sempre lembrada em discursos de autoridades e agentes políticos. É preciso verificar se o conteúdo das decisões políticas se modificou em razão da participação democrática.

Outrossim, o fato de sustentar hodiernamente que a participação política é fundamental, quando se trata de gestão de recursos naturais, exige que se analise se a participação prevista pelos textos jurídicos (tais como os das Leis Federais nº 9433/1997 e nº 9784/1999) corresponde a uma práxis. A palavra participação em si mesma não é suficiente para legitimar qualquer tipo de reunião ou de decisão pelo simples fato de ser utilizada. O conteúdo efetivo das decisões e a forma como se dá a participação devem ser examinados para que se possa qualificar adequadamente essas decisões políticas^[203].

[199] CHOMSKY, 1997, p. 10.

[200] MONTORO, 1982, p. 13.

[201] BOBBIO, 1991, p. 34.

[202] ACSELRAD, 2004, p. 9-10.

[203] CAUBET, 2004, p. 10.

E no contexto do planejamento, instalação e operação de usinas hidrelétricas, o que menos se vê é o incentivo a que as comunidades locais modifiquem as decisões inicialmente traçadas. No caso das usinas hidrelétricas em processo de planejamento e instalação no Paraná, os órgãos participativos (Comitês de Bacia e conselhos Estaduais de Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos) foram instados a se posicionar por iniciativa da sociedade civil organizada. O comitê de Bacia do Tibagi, por exemplo, aprovou moção em 4 de outubro de 2006 no sentido de que o leilão da UHE Mauá não fosse realizado enquanto o planejamento do uso da água da bacia fosse realizado, como prevê a Lei Federal nº 9733/1997. Todavia, essa decisão foi olímpicamente ignorada por todos os demais órgãos governamentais^[204]. Foi apresentada ao plenário do Conselho Estadual dos Recursos Hídricos do Paraná uma proposta de resolução pela qual uma moratória na expedição de atos administrativos seria determinada até que todo o planejamento participativo fosse realizado. Entretanto, essa proposta foi rejeitada^[205].

Sendo assim, a decisão de instalar usinas hidrelétricas está longe de ser democrática, e a ação judicial se apresenta como um instrumento institucional ao qual se recorre porque não há alternativa dentro dos marcos do Estado Democrático de Direito.

E a tecnocracia?

Ademais, é preciso verificar com profundidade a postura que o Estado brasileiro vem assumindo quando afirma praticar uma política participativa na gestão dos recursos naturais e na realização de empreendimentos hidrelétricos. Afinal, não é novidade que parte da tecnocracia que atua diretamente na tomada de decisão acerca da utilização de recursos naturais julga ser a participação apenas uma forma de viabilização política dessas decisões, e deveria acontecer, segundo sua visão particularista, preferencialmente sob o modo da informação e da consulta, sem que o Estado deixasse de exercer a decisão conforme suas preferências^[206].

Em outras palavras, a tecnocracia encarregada de gerir os recursos naturais e promover a geração de energia elétrica entende a participação não como uma oportunidade da sociedade de deliberar acerca do planejamento e implementação desses empreendimentos, mas apenas como a possibilidade da sociedade vir a receber informações ou mesmo ter um espaço para expor suas considerações a respeito, sem que isso vincule o projeto.

[204] PARANÁ, 2006.

[205] PARANÁ, 2009.

[206] BARTH e POMPEU, 1987, p. 69.

É certo que o acesso à informação é válido. Aliás, a exigência de transparência assinala um movimento de reforço contínuo do direito à informação das populações sobre os riscos a que estão sujeitas em vista dos empreendimentos^[207]. Mas limitar o direito de participar diretamente da tomada de decisão ao acesso à informação é desvirtuá-lo de modo inaceitável.

Mesmo porque a disseminação de informação descendente faz-se necessária para provocar a participação das comunidades, que em seguida são capazes de formular uma informação ascendente. Isto é, as comunidades e minorias locais alimentadas de informação são plenamente capazes de exprimir novas reivindicações perante as instâncias disponíveis, inclusive judiciais^[208].

Dito de outro modo, na medida em que a sociedade civil local tem acesso à informação vinda do Estado (informação descendente), ela elabora novas e maiores demandas e formula novas pretensões políticas (informação ascendente). Agindo assim, a sociedade encara o Estado não como se estivesse sujeitada a ele, mas, ao contrário, formulando demandas e encaminhando pretensões, principalmente porque é a destinatária final dos serviços públicos de geração de energia.

Assim sendo, com as ações judiciais mencionadas acima, a sociedade visa fazer da relação política aquilo que esta deveria ser conforme os textos normativos, que garantem o direito à participação. Afinal, vale recordar que esta ocorrerá somente se puderem ser exercitados poderes efetivos de tomar parte da decisão, os quais infelizmente não são observados regularmente na prática^[209].

Isto é, se não se podem formular pretensões (a informação ascendente) e, se essas pretensões não modificam as políticas públicas (por meio da complacência do Poder Judiciário já descrita acima), então não se pode falar em participação democrática na tomada de decisão acerca do uso dos recursos naturais e do aproveitamento da água para fins hidrelétricos, mas apenas em sujeição da sociedade ao Estado.

Diante disso, é possível enumerar três características complementares da democracia participativa: a igualdade, compreendida como livre acesso de todos os cidadãos aos recursos naturais e à informação; o autogoverno, isto é, a participação direta dos cidadãos locais na tomada de decisão e, por fim, o planejamento participativo, ou melhor, a definição dos fins, métodos e metas que orientem as decisões em um conjunto coerente e consoante às demandas locais^[210].

Em outras palavras, a democracia participativa pressupõe, por definição, a capacidade da sociedade civil local de influenciar na tomada de decisão política, de modo a determinar o quanto e o como se dará a utilização dos recursos naturais no presente com vistas ao futuro (mediante planejamento). E o processo judicial é um

[207] NOVILLE, 2005, p. 132.

[208] RUFFOLO, 1991, p. 209.

[209] GIUDUCCI, 1991, p. 73.

[210] RUFFOLO, 1991, p. 212.

instrumento que deve concretizar isso tudo, afinal, é preciso reconhecer: há imperativos que estão nas leis, mas que não são observados espontaneamente pelos empreendedores do setor elétrico^[211].

E ao invés do Estado ampliar sua atuação por meio da inserção de mais atores sociais no jogo político democrático, sua ação cresce por meio do inchaço da burocracia dos técnicos, sob a justificativa de cumprir as funções do Estado de bem-estar social e ambiental. Assim, o Estado moderno cresce não só em dimensões, mas também em funções, gerando um crescimento do aparato burocrático, ou seja, de um aparato de estrutura hierarquizada e centralizada (e portanto não democrática), cuja principal característica é exercer o poder de modo descendente e não permitir o exercício ascendente, a partir das demandas locais^[212].

Ou melhor, para fazer frente às demandas e aos problemas cada vez mais complexos oriundos do uso crescente dos recursos naturais por meio de tecnologias predatórias, contraditoriamente, a resposta do Estado não é democratizar, mas sim aprofundar a sua dependência dos técnicos cujas próprias tecnologias vêm causando os problemas. É o que se constata ao vislumbrar que o efeito do desenvolvimento técnico, característico das sociedades industriais, é que os problemas que requerem soluções técnicas são aumentados de maneira sempre mais acelerada pela própria aplicação das tecnologias, o que ocasiona uma certa tentação de governar por meio da tecnocracia para resolver os problemas causados por ela própria^[213].

E a ideia-força que sustenta essa crescente dominação da tecnocracia sobre a sociedade é a crença na tecnociência como resposta para os anseios da sociedade humana, pela qual a tecnocracia se julga capaz inclusive de substituir o cidadão pelo cientista no trato político. Há quem diga que a tecnociência é uma espécie de locomotiva da era atual, que invadiu todos os tecidos das sociedades desenvolvidas, implantando de forma organizadora a lógica da máquina artificial até na vida cotidiana, expulsando da competência democrática os cidadãos em proveito dos *experts* e dos especialistas^[214].

Aliás, a predominância da tecnocracia na gestão dos recursos naturais e na determinação dos rumos políticos do Estado tem sido criticada por causa do perigo do totalitarismo, pois um Estado-cientista é totalizante no sentido de que engloba o econômico e o político num campo técnico e administrativo autoritário, uma certa tecnocracia sujeita à palavra de ordem da pretensa racionalidade científica. Assim, o Estado-cientista designa condutas governamentais e administrativas que produzem efeitos sociais materialmente identificáveis, em especial no que concerne ao uso dos recursos naturais^[215].

[211] CAUBET, 2004, p. 109.

[212] BOBBIO, 1991, p. 38.

[213] *Ibid.*, p. 39.

[214] MORIN, 2003, p. 88.

[215] CHATELET e PISIER-KOUCHNER, 1983, p.562-3.

A quem beneficia a gestão tecnocrática?

Outrossim, a ciência política também adverte que tanto a mercantilização cada vez maior dos bens e valores da humanidade quanto a concentração de poder na burocracia tecnológica são modos do mesmo fenômeno político, o do império de um mercado mundial que lamina os sistemas particulares de valor, que coloca num mesmo plano de equivalência os bens materiais, os bens culturais e as áreas naturais e que submete o conjunto das relações sociais e das relações internacionais à direção de verdadeiras máquinas^[216].

Aliás, não se pode olvidar que a manipulação da participação da sociedade local na decisão de usar recursos naturais engendrados pela tecnocracia serve aos interesses do Império^[217], isto é, de uma ordem política e econômica elitista e individualista de caráter global. De fato, os meios políticos continuam a ser empregados concentradamente nessa direção unilateral, como se o crescimento econômico servisse, apenas e tão somente, para que houvesse acumulação de riquezas. Assim, a sociedade civil local se vê impedida de exercer a participação democrática por uma burocracia técnica que não está disposta a dividir o exercício do poder do Estado, que tem sido voltado historicamente a satisfazer um conglomerado de setores privilegiados, o que se demonstra facilmente a partir de um rápido vislumbre na vergonhosa concentração de riquezas no país^[218].

Em resumo, não é necessária muita agudeza de raciocínio para compreender que tecnocracia e democracia participativa são antônimos. A tecnocracia é o governo dos especialistas, isto é, dos que sabem muito em profundidade e pouco em extensão, enquanto que a democracia é o governo de todos os cidadãos, dos que deveriam decidir por meio de seus representantes no âmbito nacional e direta e participativamente no âmbito local, não se baseando, apenas, na competência técnica, mas sim na experiência e nos anseios próprios^[219].

Assim sendo, estão lançados os fundamentos suficientes e necessários para se justificar que a tomada de decisão acerca do uso dos recursos naturais para a geração de energia hidrelétrica não pode mais ser feita concentradamente. E se os Governos insistem nisso, sofrerão a resistência judicial da sociedade civil organizada.

As vantagens da decisão tomada no contexto da participação

Descritas as características da decisão democrática e participativa, assim como criticadas as formas e as finalidades da atuação da tecnocracia, resta ainda ponderar acerca das inúmeras vantagens concretas que aquela apresenta no que se refere ao uso dos recursos naturais para a geração de energia hidroelétrica.

[216] GUATTARI, 2004, p. 10.

[217] HARDT e NEGRI, 2004.

[218] FERNANDES, 1995, p. 129.

[219] BOBBIO, 1991, p. 40.

Não é à toa que a tecnocracia reconhece, como visto acima, que a participação viabiliza politicamente uma decisão, pois tendo tomado parte no processo de tomada de decisão, a sociedade local dificilmente se insurge contra a decisão tomada com o seu aval.

Esta é sem, dúvida, a vantagem mais explícita, mais facilmente identificável da participação da sociedade na tomada de decisão. Mas diante das circunstâncias em que a decisão formal de se utilizar os recursos naturais é tomada pela tecnocracia que negligencia a decisão participativa, numa nítida manobra autoritária desprovida de respaldo jurídico, fatalmente ocorrerá resistência.

E a verdade é que todos esses empreendimentos mencionados acima estão com seus cronogramas bastante atrasados, justamente por causa da resistência local que se seguiu ao desrespeito à decisão participativa. E a causa desse prejuízo ocasionado pelo atraso não é o radicalismo infantil como apregoam alguns agentes políticos e os interessados em edificar essas obras (que não raro contribuem com as campanhas eleitorais dos primeiros). Não! A verdade é que é a falta de participação verdadeira que leva aos atrasos e prejuízos.

Se os posicionamentos das comunidades locais fossem respeitados e observados na formulação das políticas públicas, a resistência certamente não seria mesma. É certo, também, que os projetos não teriam a escala que os empreendedores desejam, certamente seriam menores e teriam que adotar uma série de medidas mitigatórias e compensatórias para poderem ser levados adiante, o que também diminuiria os lucros. Assim sendo, o que leva a tecnocracia e os empreendedores a optarem pelo conflito com as comunidades locais, quando sabem que haverá resistência, o que certamente fará com que o projeto seja menos lucrativo?

Parte da resposta reside num ranço herdado de tempos menos felizes da nossa história contemporânea, em que o Brasil viveu sob a égide de um regime ditatorial fardado. Outra parte é fruto de certo autoritarismo ínsito ao direito administrativo brasileiro do século XX, cujos valores centralizadores foram interiorizados, infelizmente, por uma parte do Poder Judiciário^[220].

Mas outra parte da resposta é, certamente, a arrogância e a ganância daqueles que acreditam na passividade e na ignorância do povo brasileiro, que paulatinamente, vem demonstrando exatamente o contrário, conforme notícia diariamente a imprensa brasileira que cobre os inúmeros movimentos locais de resistência, ora mais, ora menos organizados.

Sendo assim, não há dúvida de que a participação prévia à tomada de decisão é muito mais vantajosa e menos conflitiva para o país como um todo do que a resistência local posterior. A participação verdadeira na tomada de decisão a respeito do uso dos recursos naturais obriga a que os princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador sejam observados com mais atenção, pois a tecnocracia e os empreendedores são alertados previamente até aonde podem ir, o que precisam compensar, de modo que os usos que já são feitos dos recursos naturais localmente sejam preservados e não causem a desarticulação econômica e social local.

É inegável que grandes empreendimentos são lucrativos para seus empreendedores, mas não raro, causam impactos ambientais e sociais que, se fossem devidamente contabilizados, desmascarariam a lucratividade inicialmente projetada, pois fictícia.

Nessas condições, a atuação da comunidade local é benéfica, inclusive, para a maioria do país, na medida em que grandes projetos que utilizam recursos naturais geralmente dependem de estímulos, incentivos tributários e financiamentos com origem nos recursos orçamentários, que podem ser economizados ou bem melhor aplicados se as comunidades locais forem ouvidas e suas demandas acolhidas, pois assim, os investimentos, concessões e licenças só serão autorizados e expedidos para empreendimentos realmente sustentáveis, do ponto de vista ambiental e social, que geram mais benefícios do que impactos.

Diante de todos esses argumentos, não se pode concluir senão no sentido de que a democracia participativa, ao invés de se constituir num entrave ao desenvolvimento, é condição sem a qual esse desenvolvimento (previsto na Constituição de 1988 e que visa suplantar as desigualdades sociais e regionais), jamais ocorrerá de modo verdadeiramente sustentável no país.

O uso das ações civis públicas e as suspensões de liminares como medidas de exceção

Assim, é preciso notar que, na realidade, quando são manejadas ações civis públicas para questionar atos administrativos que fazem parte ou institucionalizam programas governamentais, dificilmente se verifica um julgamento final procedente. Nos exemplos da UHE Mauá e da UHE Baixo Iguaçu, as decisões das Presidências dos Tribunais frustraram as tentativas de trazer razoabilidade e legalidade a esses projetos hidrelétricos. Principalmente porque as ações civis públicas mencionadas acima visaram o cumprimento dos princípios da prevenção e da precaução. Essas ações, que tinham pedidos liminares para serem suspensos os projetos por apresentarem perigos e riscos, tendem a perder seus objetos no decorrer das demandas, seja pelo fato consumado da construção das usinas, seja pelo reconhecimento de uma situação de exceção...

Estas circunstâncias são constatadas porque as decisões liminares deferidas nas instâncias inferiores foram cassadas pelos Presidentes de Tribunais aos quais as primeiras estão subordinadas, e não porque afrontam o direito positivo, mas porque estariam causando lesão aos interesses de governo^[221], com base nos seguintes dispositivos:

Art. 4º da Lei nº 4.348/1964 (modificado pela MP nº 2180-35/2001): Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

Art. 4º da Lei nº 8.437/1992 (modificado pela MP nº 2180-35/2001): Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Ambos os dispositivos autorizam os Presidentes de Tribunais a exercerem um juízo de valor que escolhe entre a aplicação do direito da normalidade e o de exceção. É, portanto, uma verdadeira brecha no direito da normalidade.

Em outras palavras, o direito de exceção vigente permite que as decisões liminares, que se fundamentam na demonstração do receio de que haja dano grave irreparável ou de difícil reparação, possam ser cassadas se, a critério das pessoas jurídicas de direito público interno (administração pública direta e indireta que exerçam poderes administrativos), houver receio de lesão à ordem, à economia, à saúde ou à segurança do Estado (e não das políticas de governo!). No entanto, a experiência diária constata que as pessoas jurídicas de direito público interno exercem a prerrogativa de pleitear a suspensão das liminares perante os presidentes de tribunais para defender apenas e tão somente interesses de governo, o que consiste numa subversão do direito de exceção.

Assim, o que este item e os seguintes pretendem demonstrar é que o problema não é o direito de exceção em si, mas sim, o seu uso inadequado, que se constata facilmente no dia a dia. Afinal, o direito de exceção está em conformidade com a Constituição de 1988, o que inclusive já foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal, como será visto mais adiante.

[221] Lembrando, obviamente, a distinção entre interesse de governo e interesse de estado feita por MELLO, 1997.

Mas o abuso desse poder de declarar a situação de exceção e convalidá-la perante o Judiciário é, infelizmente, uma constante no país. Exemplo disso é o seu uso sistemático sob a justificativa de se promover o desenvolvimento, por meio da “blindagem” das obras que fazem parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

O desenvolvimento, ah, o desenvolvimento

A propósito, não há governante no Brasil que não participe de cerimônias de inauguração de obras, como forma de promover sua gestão, o que, não raro, tem o desenvolvimento econômico como sua principal bandeira de marketing político.

Essa característica da política brasileira, que já foi bastante analisada pela ciência política, tem consequências jurídicas bastante evidentes e a mais clara delas é o esforço dos órgãos do Poder Executivo, em especial, mas também dos Poderes Legislativo e Judiciário em algumas oportunidades, em facilitar o andamento dos processos institucionais, burocráticos e jurídicos necessários ao prosseguimento dos projetos cuja justificativa ideológica é o desenvolvimento econômico.

É que existe praticamente um consenso político no Brasil de que o principal objetivo que as instituições devem perseguir é o crescimento econômico. Não há personalidade da vida pública brasileira que se levante para criticar o discurso do crescimento econômico. Em abril de 2002, por exemplo, o presidente Fernando Henrique Cardoso chamou de “birra” (que atrapalha o país...) o posicionamento de ambientalistas, indigenistas e do MPF, que eram – e ainda são – contrários à construção da UHE Belo Monte (projetada para o rio Xingu, no estado do Pará) que, ainda segundo o ex-presidente, representa mais empregos e mais desenvolvimento econômico para o país. Em 2006, outro exemplo: durante a inauguração de uma estrada na Amazônia, o atual presidente, Luis Inácio Lula da Silva, qualificou os índios, ao lado de ambientalistas, quilombolas e do Ministério Público como sendo “entraves ao desenvolvimento”. Ou seja, mesmo forças políticas antagônicas têm isso em comum: o desenvolvimento é um dogma, uma verdade incontestável e, seus críticos, hereges.

Há apenas os que falam em desenvolvimento sustentável, isto é, no crescimento econômico, de modo que as necessidades das gerações futuras sejam observadas no momento em que se decide consumir os recursos naturais^[222]. De fato, a noção de desenvolvimento econômico a todo custo não tem a simpatia da opinião pública brasileira, mas é inegável também que não há quem critique as teses do crescimento

[222] É a definição da famosa Comissão Bruntland.

econômico, que desde o chamado Clube de Roma vêm sendo desmistificadas. Mais recentemente, economistas como Martinez-Alier^[223], Georgescu-Roegen^[224] e filósofos como John Gray^[225] têm posicionado que o crescimento econômico é fictício (pois o cálculo do PIB não contabiliza as externalidades econômicas, nem mesmo a deterioração dos recursos naturais, do capital natural) e não proporciona melhoria de qualidade de vida de forma horizontal, isto é, para toda a população indistintamente. Muito pelo contrário. O desenvolvimentismo tem proporcionado o enriquecimento de uns poucos, à custa da deterioração dos recursos naturais de todos.

Mas o fato é que entre os brasileiros, o crescimento econômico é um verdadeiro dogma político e, em seu nome, as decisões dos mais variados âmbitos dos Poderes Públicos vêm sendo tomadas, apesar da busca constante pelo crescimento da economia poder ser comparada com a metáfora do asno que persegue a cenoura amarrada em si, logo à sua frente, isto é, por mais que a persiga, o asno jamais a alcançará. Assim, se a economia nunca cresce aquilo que se deseja (ou se divulga desejar), vive-se numa eterna situação de crise, na qual a situação econômica nunca está boa...

Na história recente, por exemplo, se for considerado apenas o século XX, a crise de 1929 demandou amplos esforços de reconstrução mundial, que foram praticamente neutralizados pela irrupção da Segunda Guerra Mundial, que foi sucedida por um período de prosperidade (os chamados “30 anos gloriosos do capitalismo”), que desembocou numa outra grave crise – a do petróleo – que fez com que a década de 80 fosse conhecida como a década perdida e que permitiu a ascensão novamente dos liberais, que promovendo a desregulamentação dos mercados financeiros internacionais, lançaram a economia mundial num verdadeiro cassino, em que megaespeculadores trataram de testar a capacidade econômica dos governos nacionais, que não raro sucumbiram, como no caso das graves crises da Rússia, do México, da Argentina, ocorridas na década de 1990, o que culminou na atual crise global, ocasionada pela quebra do sistema imobiliário dos Estados Unidos.

Ou seja, a história recente é a história da crise econômica e, assim, o combate à crise passou a ser a bandeira de praticamente todos os segmentos e ideologias políticas que disputam o poder (defendendo que são os mais preparados para resolvê-la). E no momento atual, a situação de crise econômica atingiu a todos no nível global e está demandando uma série de decisões por parte das instituições políticas.

[223] MARTINEZ-ALIER, 1998.

[224] Apud MÉRICO, 2002.

[225] GRAY, 2006.

A este respeito, é interessante notar que a intervenção das instituições políticas na economia é fruto do pensamento keynesiano, isto é, de Sir John Maynard Keynes, que no início do século XX elaborou uma teoria pela qual o Estado deveria regular e intervir na economia, por meio da edição de políticas macroeconômicas, de modo a combater as crises cíclicas (senão permanentes) do capitalismo^[226].

E, novamente, os Estados Nacionais estão sendo chamados a intervir, estatizando instituições financeiras privadas, gastando recursos públicos, baixando normas, enfim, tudo com o objetivo de combater a crise e promover o crescimento econômico, como já visto acima. Mas nessas situações de crise permanente, será que o direito ambiental, próprio da normalidade prevalece, ou é o direito de exceção? O que mais se constata é a prevalência deste, principalmente no contexto das suspensões de liminares deferidas em ações judiciais que questionam a instalação de usinas hidroelétricas.

Estado de exceção

É oportuno, no contexto das decisões que aplicam um direito de exceção aos processos judiciais mencionados acima, definir o que é estado de exceção e identificar as circunstâncias na realidade que precisam acontecer para que se constate a sua ocorrência. O estado de exceção é a resposta do Estado e do direito positivo para momentos de crise, para situações extremas em que já estejam consumados fatos que evidenciam que o direito do estado de normalidade não se mostrou capaz de regular a realidade. E, assim, para que se possa invocar o estado de exceção e suas regras exceção é preciso que se constate uma situação de fato extrema. Mas como essa situação de fato extrema é verificada? Quem diz que ela está ocorrendo? No sistema instituído pelas normas reguladoras da suspensão de liminar, são as pessoas jurídicas de direito público interno e os Presidentes dos Tribunais, competências estas que não têm uma nítida menção constitucional...

Em outras palavras, são as instituições estatais que dizem se a situação é de crise, na atual era da comunicação de massa, em que se utiliza a propaganda para informar e conformar os cidadãos a respeito da ocorrência dessas circunstâncias.

Não raro, os governos utilizam a retórica do sacrifício necessário para a superação da crise, pois o objetivo é um futuro melhor, principalmente quando se constatam fatos consumados, que precisam ser regularizados, ou melhor, reconhecidos como lícitos, pois são irreversíveis.

E mais, a comunicação oficial, não raro, envia mensagens aparentemente contraditórias, mas que se completam perfeitamente: ao mesmo tempo em que

[226] Apud. MERICO, 2002 e DERANI, 1997.

sinaliza que há um permanente risco de crise (de oferta de energia, de transportes, de comunicações etc.), informa também que o governo dispõe de medidas institucionais (de exceção) para lidar com o problema. Logo, surgem as condições políticas suficientes e necessárias para que o direito da situação de normalidade não seja mais adequado (ou um empecilho...) para que o governo implemente suas decisões, que têm por motivo declarado solucionar a situação de crise^[227].

Mas e se a comunicação social der conta de que a realidade está diante de uma crise crônica, de que a sociedade está mergulhada em uma situação quase que permanente de necessidade, em que crise e normalidade praticamente se confundem?

Nessas condições, a crise e os fatos consumados servem de argumento e de justificativa para que os poderes constituídos deixem de aplicar o direito da normalidade. Entretanto, esta situação de fato – o estado de exceção permanente – esbarra em um dos cânones da política e do direito, erigido por ocasião das revoluções burguesas do século XVIII e positivado no nosso sistema jurídico no art. 37 da Constituição de 1988: o princípio da legalidade. Nessas condições, em que o fato consumado serve de argumento para que os poderes constituídos deixem de aplicar o direito, fica claro que “o estado de exceção (...) tornou-se regra”^[228], pois “se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional”^[229].

Entretanto, a crença que é disseminada nos textos normativos, a começar pelo art. 37 da Constituição de 1988, é a de que as decisões de Governo devem ser tomadas conforme o Direito, de acordo com o que se convencionou denominar de Estado Democrático de Direito, e a teoria do direito insiste em dizer que:

O princípio da legalidade (...) expressa a idéia(*sic*) da lei como ato normativo supremo e irresistível a que (...) não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma e fundamento: nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior ‘razão de Estado’^[230].

Em outras palavras, o que o juiz da corte constitucional da Itália, Gustavo Zagrebelski, afirma é que nem mesmo razões de governo podem fazer com que a lei seja ignorada. Todavia, o constitucionalista brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que “(...) a organização limitativa do poder própria para momentos de normalidade é inadequada para períodos de grave crise”^[231].

Ou seja, segundo esse autor, as medidas de exceção são justificadas quando há

[227] GASPARI, 2002.

[228] BENJAMIN apud AGAMBEN, 2004, p. 18.

[229] AGAMBEN, 2004, p. 18.

[230] ZAGREBELSKI, 2002, p. 24.

[231] FERREIRAFILHO, 1990, p. 33.

circunstâncias de crise institucional. E, em razão disso, constata-se uma “tendência moderna de fazer coincidirem emergência político-militar e crise econômica”^[232], a fim de que os atos de exceção passem a ser comumente utilizados. Aliás, há quem chegue a afirmar que o “paralelismo já apontado entre emergência militar e emergência econômica (...) caracteriza a política do século XX”^[233], porque “tratando-a como algo excepcional, justifica[-se] a excepcionalidade da reação”^[234].

É devido a essa conjuntura que Beck já chegou a afirmar que “a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. [E por isso,] nela, o estado de exceção ameaça converter-se no estado de normalidade”^[235].

Assim sendo, em vista da situação de crise, “(...) para o Executivo, nos seus distintos braços operacionais, em sua rotina decisória, importaria, mais do que o respeito a esses direitos, a obtenção de resultados substantivos nos planos econômico, político e social”^[236]. Afinal, como já disse Keynes: “valorizaremos (...) os fins acima dos meios e preteriremos o bem ao útil (...)”^[237].

Isto é, para poder atingir seus objetivos políticos, os poderes constituídos (e em especial o Executivo) simplesmente ignoram o direito posto (o da normalidade) e lançam mão de atos e de decisões fundados no direito de exceção. Nestas condições, pode-se dizer que o que os governos realmente enfrentam é uma crise de governabilidade, que seria

(...) a capacidade que um governo tem de ser obedecido sem precisar violentar as regras do jogo democrático e sem que qualquer eventual ameaça de ruptura da ordem constitucional por grupos ou atores descontentes exija, para sua neutralização e posterior enquadramento, a supressão das garantias e das liberdades estabelecidas por essa mesma ordem^[238].

E, ao invés de buscar resolver seus problemas por meio de mecanismos mais democráticos, como a participação direta tratada nos capítulos anteriores, o Estado que se afirma como democrático prefere lançar mão dos atos de exceção. Aliás, “é importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”^[239]. E, por incrível que pareça, “a teoria do estado de exceção não é, de modo algum, patrimônio exclusivo da tradição antidemocrática”^[240], mas sim uma medida de defesa do chamado Estado Democrático de Direito e, mais, “aceita por todas as forças políticas”^[241], sejam elas

[232] AGAMBEN, 2004, p. 29.

[233] *Ibid.*, p. 37.

[234] GASPARI, 2002, p. 18.

[235] BECK, 1998, p. 30.

[236] FARIA, 1993, p. 37.

[237] KEYNES apud FARIA, 1993, p. 12.

[238] FARIA, 1993, p. 20.

[239] AGAMBEN, 2004, p. 16.

[240] *Idem.*, p. 30.

[241] *Ibid.*, p. 26.

conservadoras, ou progressistas. E, com fundamento no argumento da defesa do Estado, os políticos que ocupam o governo sentem-se à vontade para manejar as medidas que bem lhe aprouverem, segundo seus interesses transitórios de governo, pois:

A partir da complexidade dos inúmeros problemas que precisam ser equacionados de modo congruente por esses políticos, os códigos, as leis e até a própria ordem constitucional parecem ser vistos não propriamente como um ‘frame’ institucional, que fornece as ‘regras do jogo’ (...), mas sim como um mero recurso de poder à disposição (...), por meio do qual implementam e executam decisões sempre justificadas em nome de um equilíbrio apresentado como sendo de ‘interesse público’^[242].

Em outras palavras, o interesse público é invocado automaticamente e aparece como se fosse uma expressão autoevidente, que dispensaria os poderes constituídos de explicar por que, em dada circunstância se constata o interesse público. Por que a decisão liminar proferida em ação civil pública, por exemplo, atenta contra a ordem, a economia, a saúde e a segurança públicas, no caso das suspensões, que não raro afirmam apenas e tão somente que se está diante de uma ameaça de lesão a esses bens jurídicos e é o suficiente para que a decisão liminar seja suspensa. Esse raciocínio tem uma “lógica [que] é elementar: o país está acima de tudo, portanto tudo vale contra aqueles que o ameaçam”^[243].

Assim, o Executivo obtém do Judiciário a chancela necessária para prosseguir com suas políticas, bastando dizer que se trata de situações em que existe o interesse público. Exemplos disso foram as suspensões de liminares que permitiram o prosseguimento de duas usinas mencionadas acima: a UHE Mauá e a UHE Baixo Iguçu.

Nas circunstâncias das suspensões de liminar, o Judiciário deixa de lado sua função constitucional de guardião do direito positivo e age com um órgão destinado a fundamentar, a encontrar razões suficientemente convincentes para as decisões tomadas pelo Executivo. Isso evidencia “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – [que] mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”. Em outras palavras, “isso significa que o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco”^[244].

Diante disso, pode-se afirmar que o estado de exceção faz, fundado em razões econômicas, sociais ou militares, e sob a justificativa de cumprir com seus objetivos políticos estabelecidos na Constituição, é, paulatinamente, erodir a própria ordem constitucional. Essa é a opinião do sociólogo do direito José Eduardo Faria:

[242] FARIA, 1993, p. 11.

[243] GASPARI, 2002, p. 17.

[244] AGAMBEN, 2004, p. 19.

(...) as conseqüências(*sic*) de uma ‘razão econômica’ que, situada fora do domínio das determinações políticas e deixada sem um efetivo controle constitucional, conduziria à progressiva erosão do Estado de Direito e, por conseguinte, à substituição do regime democrático-representativo por um regime burocrático-autoritário^[246].

Em outras palavras: “as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína”^[247]. E este é um paradoxo que não se pode ignorar. Afinal, essa situação que caracteriza o estado de exceção, em que os poderes constituídos lançam mão de atos desamparados pelo direito da normalidade, mas sim em um direito de exceção, evidencia que há um vácuo, em que o direito da normalidade não alcança por força da conjuntura política. É o que o filósofo italiano Giorgio Agamben sustenta quando afirma que “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam”^[248].

Por isso é que esse autor conclui que o “estado de exceção apresenta-se com a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”^[249], pois, nesse caso

(...) o direito tenderia a se converter em um mero instrumento de poder; isto é, tenderia a ser relativizado em sua generalidade abstrata por critérios de oportunidade e interpretação, perdendo, em função de sua validade formal, sua capacidade de legitimar o processo de formulação, implementação e execução das políticas governamentais^[250].

Assim sendo:

O estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor^[251].

E o que leva os agentes que ocupam os poderes constituídos a praticar esses atos,

[246] FÁRIA, 1993, p. 10.

[247] AGAMBEN, 2004, p. 20.

[248] AGAMBEN, 2004, p. 39.

[249] *Ibid.*, p. 12.

[250] FÁRIA, 1993, p. 13.

[251] AGAMBEN, 2004, p. 48-49.

ou melhor, a “condição necessária para a eficácia da burocracia da (...) [exceção] é a recompensa funcional, tanto através das promoções convencionais como das gratificações que esse mundo (...) engendra”^[252].

Em outras palavras, o que leva ao estado de exceção é a mera conveniência dos governantes de plantão, quando estes enfrentam resistência política, isto é, no momento em que estão diante da ameaça de “(...) uma crise de hegemonia [que se] traduz [n]a perda da capacidade de direção política e ideológica por parte dos grupos dominantes ou prevaletentes num dado sistema social”^[253]. E, por força disso:

O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito^[254].

Assim, o que os poderes constituídos fazem é dizer que aplicam o direito mas por meio de medidas de exceção, cuja justificativa é uma conjuntura de crise econômica, social ou militar que, em verdade, não tem uma objetividade tão evidente que não permita que se conclua que ela, a crise, não existe. De fato, a noção de crise é algo extremamente subjetivo:

Mas a aporia máxima, contra a qual fracassa, em última instância, toda teoria do estado de necessidade [ou exceção], [talvez] diga respeito à própria natureza da necessidade, que os autores continuam, mais ou menos inconscientemente, a pensar como uma situação objetiva. Essa ingênua concepção, que pressupõe uma pura factualidade que ela mesma criticou, expõe-se imediatamente às críticas dos juristas que mostram como a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais^[255].

Desse modo, o estado de exceção em que se vive, em especial nos momentos de se tomar a decisão de suspender uma decisão liminar em ação civil pública que questiona a instalação de uma usina hidrelétrica é, em verdade, justificado por uma tautologia. Afinal, o Governo proclama, anuncia e declara (e ele mesmo atesta), por meio da mídia, que existe uma situação de crise que ele assegura que é objetiva, real e presente.

[252] GASPARI, 2002, p. 25-26.

[253] FARIA, 1993, p. 39.

[254] AGAMBEN, 2004, p. 131.

[255] AGAMBEN, 2004, p. 46.

Com base nisso, o Estado emite atos de exceção, em desconformidade com o direito da normalidade, mas mesmo assim, alega estar almejando seus propósitos básicos, previstos genericamente no próprio direito...

Como já mencionado acima, a jurisprudência do STF admite situações em que o direito da normalidade deve ser posto de lado (desaplicado), em favor de um direito de exceção. Nos julgamentos da ADIN nº 3689/PA, da ADIN nº 3316/MT, da ADIN nº 2240/BA e da ADIN nº 3489/SC, todas relatadas pelo Ministro Eros Grau, a mais alta Corte de Justiça do país entendeu que o estado de exceção somente serve para situações excepcionais e consolidadas de fato, impossíveis de se reverter ao status quo, com vistas à segurança jurídica. É o caso da existência de fato de municípios instalados em desconformidade com o direito positivo, o que definitivamente não é o caso de projetos de usinas hidroelétricas suspensos por ordem liminar das instâncias ordinárias e que ainda não foram consumados ou instalados.

Entretanto, apesar dessa expressa orientação do Plenário do Supremo a respeito da aplicação das regras de exceção, as Presidências dos Tribunais brasileiros nem sempre a seguem, como ocorreu no caso da Suspensão de Liminar da UHE Mauá e da UHE Baixo Iguaçu, cujas decisões estavam voltadas a consumir um fato e não a resguardar os efeitos de um fato consumado, o que é muito diferente.

Em outras palavras, para que uma medida de exceção como essa seja obtida na cúpula do Poder Judiciário, basta que se aceitem os argumentos do Poder Executivo de que a ordem, a segurança ou a economia pública estejam em risco (e não o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado – art. 225 e art. 170, III da CF de 1988), o que é absolutamente subjetivo e não raro se confunde com os interesses momentâneos de governo e não com o interesse de Estado, como preconizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho citado anteriormente.

Enfim, é preciso compreender que a realidade dos fatos evidencia que o Direito (em especial o ambiental) encontra barreiras bastante nítidas à sua aplicação nos desejos dos governantes de plantão.

Conclusão

Apesar da situação diagnosticada acima ser bastante difícil, as entidades da sociedade civil contam com alguns aliados no Ministério Público e em alguns outros órgãos do Estado no enfrentamento judicial das iniquidades produzidas pelo setor elétrico no planejamento, instalação e operação de usinas hidrelétricas de grande porte. Mesmo porque não restam muitas alternativas institucionais...

O importante talvez seja não se intimidar diante da possibilidade de medidas de exceção, consubstanciadas nas suspensões de liminares. Afinal, há argumentos robustos para se opor à concessão dessas medidas excepcionais, sendo que o principal deles é o fato de que a continuidade de uma usina hidrelétrica está muito mais voltada à consecução de interesses de governo do que aos verdadeiros interesses de Estado.

Aliás, a realidade é tão complexa que mesmo com ordens judiciais superiores favoráveis, os projetos caminham com dificuldades inesperadas, de modo a fazer com que a utilização da ação judicial seja importante para garantir, pelo menos, tempo para a organização dos atingidos pelas obras, organização esta que pode até mesmo culminar em melhores indenizações, quando comparadas ao que os empreendedores estavam dispostos, de início, a fornecer.

Ademais, a resistência local, por meio de ações judiciais, também pode evitar que o povo diretamente afetado, numa atitude desesperada, seja obrigado a enfrentar as forças de segurança que sempre acompanham a instalação e a operação desses empreendimentos, o que leva à criminalização dos movimentos sociais e a transgressões ainda mais graves aos direitos humanos dos atingidos.

Por outro lado, é certo, também, que a pressão judicial sobre o setor elétrico tem feito com que alguns comportamentos standard no projeto de usinas (como o tamanho dos empreendimentos e a forma de relacionamento com as comunidades afetadas) sejam revistos. Diante disso, até mesmo algum resgate dos erros do passado está sendo possível, como mostram algumas vitórias judiciais parciais diante de empreendimentos hidrelétricos já em funcionamento.

Por isso, o uso de ações judiciais de matiz coletivo e difuso pode não ser a solução final e definitiva, mas sem dúvida permite à sociedade colocar os problemas em debate e avançar em outras frentes como a do Poder Legislativo e a do próprio Executivo, cujas responsabilidades têm sido cada vez mais cobradas pela opinião pública.

É certo, portanto, que a propositura de ações judiciais é mais um instrumento democrático e legítimo ao alcance da sociedade civil organizada e dos movimentos sociais, que para terem uma chance maior de êxito nessa seara devem insistir cada vez mais no diálogo e na articulação política com os membros dos poderes constituídos, inclusive magistrados e parlamentares.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

ACSELRAD, Henri. HERCULANO, Selene. PÁDUA, José Augusto. Justiça ambiental e cidadania. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Fundação Ford, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARTH, Flávio Terra e POMPEU, Cid Tomanik. Fundamentos para gestão de Recursos Hídricos. In: BARTH, Flávio Terra et al. (Org.). Modelos para Gerenciamento de Recursos Hídricos. São Paulo: Nobel: Associação Brasileira de Recursos Hídricos - ABRH, 1987, p. 1 – 91.

BECK, Ulrich. La sociedade de riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. Quais as Alternativas para a Democracia Representativa? In:

BOBBIO, Norberto et al. O Marxismo e o Estado. Trad. Fedrica L. Bocard e René Levie. 2. ed. Rio: Graal, 1991.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Londrina. Autos n.º 1999.70.01.007514-6 (PR). Ação Civil Pública. Autores: ANAB – Associação Nacional de Atingidos por Barragens e Ministério Público Federal. Réus: COPEL – Companhia Paranaense de Energia, IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Autuado em 03 de novembro de 1999.

_____. Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba. Autos n.º 2001.70.00.033259-3 (PR). Ação Civil Pública. Autora: Associação de Defesa do Meio Ambiente de Araucária – AMAR. Ré: COPEL S.A. Autuado em 23 de outubro de 2001.

_____. 1ª Vara Federal de Londrina. Autos n.º 2005.70.01.004055-9 (PR). Ação Civil Pública. Autora: Liga Ambiental. Rés: COPEL – Companhia Paranaense de Energia, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e União Federal. Autuado em 06 de junho de 2005a.

_____. Vara Federal de Francisco Beltrão. Autos n.º 2005.70.07.002134-0 (PR) Cautelar Inominada. Autora: Terra de Direitos. Réus: IAP, IBAMA e ENGEVIX. Autuado em 24 de novembro de 2005b.

_____. Vara Federal de Francisco Beltrão. Autos n.º 2006.70.07.000769-3 (PR) Ação Civil Pública. Autora: Liga Ambiental. Réus: IAP, IBAMA e ENGEVIX. Autuado em 4 de maio de 2006a.

_____. 1ª Vara Federal de Londrina. Autos n.º 2006.70.01.004036-9 (PR). Ação Civil Pública e de Improbidade Administrativa. Autor: Ministério Público Federal. Réus: COPEL – Companhia Paranaense de Energia, IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, IAP – Instituto Ambiental do Paraná, União Federal, ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA, EPE – Empresa de Pesquisa Energetica, CNEC Engenharia S/A, Ronaldo Luis Crusco, Marco Antonio Villarinho Gomes, Lindsley da Silva Rasca Rodrigues. Autuado em 10 de agosto de 2006b.

_____. Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª região. Atos n.º 283, 292, 425, 507 e 508, todos publicados em 2007.

_____. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos n.º 2005.70.04.001764-3 (PR). Autor: Ministério Público Federal. Ré: Itaipu binacional. Publicado em 28 de outubro de 2008.

_____. Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba. Autos n.º 2009.70.00.000780-2 (PR). Ação Civil Pública. Autora: Liga Ambiental. Ré: Duke Energy, IBAMA e ANEEL. Autuado em 13 de janeiro de 2009a.

_____. Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Autos n.º 1.863 - PR (2008/0152687-2). Suspensão de Segurança. Autora: União Federal. Réu: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Publicado em 9 de março de 2009b.

_____. Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba. Autos n.º 2009.70.00.007649-6 (PR). Ação Civil Pública. Autora: Liga Ambiental. Ré: União Federal, FUNAI, Consórcio Energético Cruzeiro do Sul. Autuado em 17 de abril de 2009c.

CARMO, Michele Christina Durães do. À luz dos olhos: o racionamento de energia elétrica e suas justificativas nos anos 1951 e 2001. In: Anais do I Encontro Ciências Sociais e Barragens, Rio de Janeiro, IPPUR/UFRJ, junho de 2005, CD-ROM, p.1-20.

CAUBET, Christian Guy. A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente? Curitiba: Juruá, 2004.

_____. A água doce nas relações internacionais. Barueri: Manole, 2006.

CERRONI, Umberto. Existe uma Ciência Política Marxista? In: BOBBIO, Norberto et al. O Marxismo e o Estado. Trad. Fedrica L. Boccard e Renée Levie. 2. ed. Rio: Graal, 1991.

CHATELET, François e PISIER-KOUCHNER, Evéline. Concepções Políticas do século XX. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1983.

CHAUÍ, Marilena. Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Moderna, 1981.

_____. Considerações sobre a Democracia e os obstáculos à sua concretização In: TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves (org.). Os sentidos da Democracia e da Participação. São Paulo: Instituto Polis, 2005.

CHOMSKY, Noam. Segredos, Mentiras e Democracia: entrevistas a David Barsamian. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CHUAHY, Eduardo e VICTER, Wagner Granja. A construção e a destruição do Setor Elétrico Brasileiro: uma análise crítica e histórica de Getúlio Vargas a Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

CORDONNIER, Laurent. Reestruturação Financeira: Ímpeto reformista do G-20. Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo, ano 2, nº 21, p. 11, abril 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FARIA, José Eduardo. Direito e Economia na Democratização Brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERNANDES, Florestan. Democracia e Desenvolvimento. In: FERNANDES, Florestan. Em busca do socialismo: últimos escritos & outros textos. São Paulo: Xamã, 1995

FERREIRA, Ayr Sebastião. Danos ambientais causados por hidrelétricas. Brasília: OAB Editora, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, p. 21-37, 1990.

FILIPPIN, Rafael Ferreira. Diagnóstico da participação da sociedade civil organizada no sistema de gestão dos recursos hídricos do Paraná no período de janeiro de 2003 a março de 2005. In: IV Seminário Internacional das Águas, Curitiba, CD-ROM Seminário das Águas, 2005.

_____. Barragens de hidrelétricas: como o sistema de gestão dos recursos hídricos (não) interfere na tomada de decisão. In: I Simpósio de Recursos Hídricos do Sul-Sudeste, Curitiba, 2006, p. 105-105.

GASPARI, Elio. A ditadura escancarada: as ilusões armadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIUDUCCI, Roberto. A cidade dos cidadãos e a sociedade dos socialistas. In: BOBBIO, Norberto et al. O Marxismo e o Estado. Trad. Fedrica L. Boccard e Renée Levie. 2. ed. Rio: Graal, 1991.

GRAY, John. Contra el poder y otras ilusiones. Barcelona: Paidós, 2006.

GUATTARI, Félix. As três ecologias. 15ª ed. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 2004.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Império. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. Multitud: Guerra y democracia em la era del Império. Trad. Juan Antonio Bravo. Buenos Aires: Debate, 2004.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. Da economia ecológica ao ecologismo popular. Trad. Armando de Melo Lisboa. Blumenau: Editora FURB, 1998.

MERICO, Luiz Fernando Krieger. Introdução à economia ecológica. 2ª ed., Blumenau: EDIFURB, Coleção Sociedade e Ambiente, 2002.

MONTORO, André Franco. Alternativa Comunitária: um caminho para o Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

MORIN, Edgar e KERN, Anne Brigitte. Terra Pátria. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: Editora Sulina, 2003.

NOIVILLE, Christine. Para uma proteção do lançador de alerta. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). Governo dos Riscos. Brasília: UNITAR-Projeto Alfa, 2005, p. 124 – 157.

PARANÁ. Comitê de Bacia do Rio Tibagi. Deliberação nº 004 de 04 de outubro de 2006.

_____. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Autos nº 0476907-7. Agravo de Instrumento. Autores: Município de São Jorge D'Oeste. Re: Tractebel Energia S.A. Julgado em 02 de setembro de 2008.

_____. Conselho Estadual dos Recursos Hídricos. Ata da 12ª Reunião Ordinária realizada em 25 de fevereiro de 2005, lavrada em 17 de fevereiro de 2009.

RUFFOLO. Igualdade e democracia no projeto socialista. In: BOBBIO, Norberto et al. O Marxismo e o Estado. Trad. Fedrica L. Bocard e Renée Levie. 2. ed. Rio: Graal, 1991.

SCHERER-WARREN, Ilse e LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Situando o debate sobre movimentos sociais e sociedade civil no Brasil – Introdução. Política & Sociedade: Revista de Sociologia Política, Florianópolis, nº 5, p. 11, outubro de 2004.

SEVÁ FILHO, A. Oswaldo (org.). Tenotã-mõ: alertas sobre as conseqüências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu. São Paulo: International Rivers Network, 2005.

VAINER, Carlos B. Deslocamentos compulsórios, restrições à livre circulação: elementos para um reconhecimento teórico da violência como fator migratório. In: XI Encontro Nacional de Estudos Populacionais da ABEP, Caxambu, 19 a 22 de outubro de 1998, p. 819-835.

_____. Águas para a vida, não para a morte. Notas para uma história do movimento de atingidos por barragens no Brasil. In: ACSELRAD, Henry et al. Justiça ambiental e cidadania. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Fundação Ford, 2004, p. 185 – 215.

ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

Introdução

09 A REAFIRMAÇÃO DA RAPOSA SERRA DO SOL E NOVOS DESAFIOS

por Joenia Wapichana^[256]

O advento das novas concepções sobre os direitos humanos e a situação dos povos indígenas trouxe não apenas novos mecanismos de defesa dos direitos indígenas, mas também o desafio de utilizá-los. Nesse sentido, garantir a esses povos os direitos universais de qualquer pessoa humana foi um passo importante; no entanto, é preciso entender que os povos indígenas têm características culturais que lhes são próprias e que são vividas em coletividade, o que expande a noção jurídica de pessoa perante a lei.

Protagonizar a defesa de seus direitos e interesses, além de ser uma nova estratégia de luta social, significa para os povos indígenas participar ativamente de decisões políticas e judiciais que lhes afetam diretamente. Exemplo disso é a luta dos indígenas da Raposa Serra do Sol pelo reconhecimento da demarcação em área contínua, que se tornou emblemática e teve grande repercussão, fazendo a sociedade brasileira pensar ou, até mesmo, repensar, a relação do Estado Brasileiro com os povos indígenas.

O presente artigo tem o objetivo de compartilhar parte da história da demarcação da terra indígena (TI) Raposa Serra do Sol e da atuação dos povos indígenas nesse processo. Passos que influenciaram no reconhecimento dos direitos territoriais dos indígenas na Suprema Corte Brasileira, e os colocaram em frente a novos desafios.

Cenário histórico – o movimento indígena em Roraima

O cenário em que surgiu o movimento indígena, em Roraima, foi extremamente desfavorável. Auge da ditadura militar, leis e políticas eram voltadas para a ocupação e colonização da Amazônia, o que causou a invasão de terras públicas por grileiros, o incremento de latifúndios e sérios danos ao meio ambiente. A resposta encontrada em tal situação foi a união dos povos e comunidades indígenas, com o objetivo de buscar soluções concretas e efetivas para a violação sistemática de seus direitos. O

[256] Joenia Batista de Carvalho é indígena Wapichana do Estado de Roraima. É a primeira mulher indígena a se formar em Direito no Brasil e também a fazer uma sustentação oral no Supremo Tribunal Federal em defesa das comunidades da terra indígena (TI) Raposa Serra do Sol. Tem atuado como advogada das comunidades indígenas em Roraima e do Conselho Indígena de Roraima – CIR – em diferentes instâncias judiciais. Em 2004, recebeu o prêmio internacional Reebok de Direitos Humanos, como jovem atuante pelos Direitos Humanos, e em 2007 foi indicada para o prêmio Nobel da Paz pelo projeto “1000 Mulheres para o prêmio Nobe da Paz”. Foi representante indígena no Conselho Nacional de Biodiversidade – Ministério do Meio Ambiente MMA, pela COIAB (Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira), e fez parte, pelo CIR, do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da Presidência da República. É empreendedora social da Ashoka desde 2006.

lema defendido na Raposa Serra do Sol foi “Ou vai ou Racha” - a situação não poderia continuar com a submissão dos povos indígenas dentro das suas próprias terras.

A primeira assembléia dos tuxauas^[257], ocorrida em 1971, é considerada um marco para o movimento indígena atual de Roraima. Posteriormente, em 1987, uma assembléia geral realizada na Terra Indígena Raposa Serra do Sol decidiu criar uma organização, com sede em Boa Vista, capital do Estado, para representar e encaminhar as reivindicações dos povos indígenas - o Conselho Indígena de Roraima (CIR). Um avanço significativo do CIR foi a conquista progressiva de espaços políticos, tornando-se o principal interlocutor das comunidades indígenas do estado frente às autoridades e órgãos competentes. Entre os objetivos do CIR destacam-se o apoio ao exercício da cidadania indígena, à autonomia, ao desenvolvimento sustentável, à defesa dos direitos humanos e do patrimônio territorial, ambiental e cultural dos povos indígenas, bem como ampliar a participação das lideranças e comunidades na definição das políticas públicas e na utilização dos serviços públicos do país.

A Constituição de 1988 refletiu a atuação dos povos indígenas e de suas organizações, dando-lhes maior respaldo para defender seus direitos e interesses. O artigo 232 da Constituição Federal assegurou que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” Tal reconhecimento foi fundamental para consolidar o entendimento de que os índios e suas organizações podem ingressar em juízo em nome próprio, o que lhes permitiu a utilização ampla de novos instrumentos de defesa e o seu acesso pleno à justiça.

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS) está localizada a nordeste do estado de Roraima, Brasil, na fronteira com a Venezuela e Guiana Inglesa, fazendo limites ainda com a Terra Indígena São Marcos, no mesmo estado. Tem a superfície de 1.747.464 hectares e é “formada ao sul, por extensas planícies de savanas, ou campos naturais, e ao norte, por serras recobertas de florestas”^[258]. O território integral possibilita o sustento material, cultural e espiritual dos povos indígenas e prevê a comunicação que mantém as relações entre as comunidades e povos que a habitam.

A população da Raposa Serra do Sol (RSS) é estimada em 19.559 indígenas pertencentes a cinco diferentes povos: Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana, os quais residem em cerca de 200 comunidades. A RSS tem a terceira maior população indígena do país.

[257] Tuxaua é a denominação dada a líder indígena que representa uma comunidade fora dela. Em outras regiões do Brasil são conhecidos como caciques. Cada comunidade tem um tuxaua escolhido; em alguns casos são repassados em forma de hereditárias transmissões de cargos.

[258] Parecer emitido pela FUNAI em 1993.

Aspectos normativos sobre a demarcação de terras indígenas

Em parte, o desrespeito à legislação brasileira e aos direitos garantidos aos povos indígenas tem gerado e permitido uma série de absurdos e discriminações, os quais restringem os direitos indígenas, em especial, o direito à terra. Um exemplo de absurdo é a ressuscitação da hipótese levantada durante a ditadura militar de que a demarcação de terras indígenas gera riscos à soberania e segurança nacionais.

É relevante que a sociedade brasileira entenda que o processo demarcatório de uma terra indígena não mais é do que o cumprimento de uma obrigação constitucional por parte da União, que o faz por meio da Fundação Nacional do Índio (Funai). É a aplicação das garantias previstas e direcionadas aos povos indígenas para que possam continuar a existir física e culturalmente.

Ao abordar o procedimento demarcatório específico da TIRSS, pode-se entender o ordenamento jurídico sobre as terras indígenas e, a partir disso, compreender porque se tornou um caso paradigmático.

Expressamente, a Constituição Federal norteia, através de seus princípios, a demarcação das terras indígenas. Ela declara que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” fazem parte do patrimônio da União^[259], e lhes garante a “posse permanente” e o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”^[260]. A Constituição também determina que essas terras são bens “inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”^[261], cabendo à União “demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”^[262]. Como a propriedade das terras indígenas corresponde à União, sua demarcação, feita por esta, é resultado de um procedimento administrativo que tem por objetivo estabelecer os limites da ocupação tradicional. Saliento, contudo, que a demarcação das terras indígenas não é ato constitutivo de posse, mas meramente declaratório, de modo a precisar a real extensão da posse e conferir plena eficácia ao mandamento constitucional^[263].

Os instrumentos normativos básicos que estabelecem o processo demarcatório das terras indígenas brasileiras, além da Constituição Federal de 1988, são: a Lei nº 6.001 de 1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, e o Decreto 1.775 de 1996. Este último revogou um decreto anterior, o 22/91, instituindo o denominado “princípio do contraditório” nos processos demarcatórios, que permite que terceiros interessados se manifestem a respeito da área identificada pela Funai. O Decreto 1775/96 também garantiu ainda a participação dos povos indígenas interessados para que pudessem fazer parte e acompanhar o procedimento administrativo e suas fases.

[259] Artigo 20. “São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.”

[260] Artigo 231, §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 nela existentes”.

[261] Artigo 231, §4º. “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

[262] Artigo 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.

[263] Parecer do Ministério Público Federal em 1994.

De acordo com o Decreto 1775, o processo^[264] demarcatório poder ser dividido em seis fases: identificação e delimitação; manifestação dos interessados; declaração dos limites pelo Ministro da Justiça; demarcação física; homologação; e registro em cartório. As terras indígenas, diz o decreto, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio, a Fundação Nacional do Índio (Funai).

O procedimento demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

O processo de reconhecimento oficial da TIRSS remonta ao início do século. Já em 1917, o governo do estado do Amazonas editava a Lei Estadual nº 941, destinando as terras compreendidas entre os rios Surumú e Cotingo aos índios Macuxi e Jaricuna. Com base nessa lei, foi expedido título de concessão das mencionadas terras aos referidos indígenas em 1925. Porém, o título sequer foi respeitado pelas autoridades locais, o que fez com que os indígenas reivindicassem, em 1977, a demarcação das suas terras com base na Lei 6.001/73.

IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO

Iniciadas em 1977, com a portaria que criou o primeiro grupo de trabalho, que todavia não apresentou uma proposta conclusiva. Somente em 1992 a Funai criou novo grupo de trabalho, que reconheceu a terra indígena TIRSS com uma extensão superficial aproximada de 1.678.800 hectares, oficialmente identificada e delimitada, através da Portaria nº 09/E de 18/05/1993.

MANIFESTAÇÃO DOS INTERESSADOS

Por ocasião da edição do Decreto Federal nº 1775/96, foram apresentadas à proposta de demarcação diversas oposições - de fazendeiros locais, de um município, uma mineradora e do Estado de Roraima -, todas elas analisadas e afastadas justificadamente pelo Ministério da Justiça.

DECLARAÇÃO DE LIMITES E A DECISÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA

Em 1996, o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, exarou o Despacho nº 80^[265] julgando improcedentes as contestações apresentadas por terceiros, mas, ao mesmo tempo, de maneira ilegal, determinou a exclusão de algumas áreas da terra indígena. Em 11 de dezembro de 1998, o novo Ministro da Justiça, Renan Calheiros, editou a Portaria 820-98-MJ, que declarava ser de posse permanente dos povos indígenas a totalidade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e mantinha a mesma delimitação previamente aprovada pela Funai com base em estudos realizados e na legislação existente.

[264] O § 3º do artigo 2º do Decreto estabelece que "o grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases."

[265] Despacho 80 - publicado na seção 1 pág. 28 do Diário Oficial nº 249 em 24 de dezembro de 1996.

DEMARCAÇÃO FÍSICA

Nos termos ditados pela portaria, a demarcação física da Terra Raposa Serra do Sol foi efetuada em 1999. A maior parte da terra indígena está limitada por rios - Cotingo, Maú, Surumú e Tacutu. Existe apenas um trecho de linha seca, que constitui poucos quilômetros ao sul da terra indígena.

REVOGAÇÃO DA PORTARIA 820-98 E EDIÇÃO DA PORTARIA 534-2005

As pressões contra a demarcação não ficaram apenas no âmbito político-administrativo. Ações judiciais iniciadas no foro da Justiça Federal de Roraima, após vários recursos judiciais, foram levadas ao Supremo Tribunal Federal. A razão foi a existência de conflito de interesses entre o estado de Roraima e a União Federal. Uma das ações judiciais continha decisão liminar que suspendia o efeito da Portaria 820-98. O então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, reconsiderando o processo administrativo, revogou a Portaria nº 820/98, que havia estabelecido a demarcação da Raposa Serra do Sol e que vinha sendo questionada por diversas ações judiciais, e editou a Portaria nº 534, em 13 de abril de 2005^[266]. O novo ato normativo excluiu da área anteriormente demarcada a sede do município de Uiramutã, os equipamentos públicos (como escolas e linhas de transmissão de energia elétrica), o 6º Pelotão Especial de Fronteira do Exército e o leito das estradas estaduais e federais localizadas na área.

HOMOLOGAÇÃO

Após 28 anos do início do procedimento demarcatório, em 15 de abril de 2005, o Presidente Luiz Inácio da Silva, o Lula, assinou o decreto de homologação^[267], conforme a Portaria 534-05, ratificando a demarcação administrativa feita pela Funai, estabelecendo a superfície total de 1.747.464,078 hectares e 32 centiares como a extensão da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O decreto presidencial estabeleceu ainda novas regras para a TIRSS. Segundo estas, o Parque Nacional do Monte Roraima, sobreposto à terra indígena, está submetido a um regime jurídico de dupla afetação, como bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos povos indígenas. Dessa forma, o parque deverá ter uma gestão compartilhada entre o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), a Fundação Nacional do Índio (Funai) e as comunidades indígenas que habitam a região. Foi reforçada, também, a aplicabilidade do Decreto 4.412-2002, prevendo a atuação das Forças Armadas na defesa do território e soberania nacional e da Polícia Federal, no resguardo da segurança e ordem públicas e garantir a proteção dos direitos constitucionais indígenas na TIRSS.

Os povos indígenas foram surpreendidos com essa série de restrições de direitos, como a exclusão da sede do município de Uiramutã, sempre contestada como inconstitucional, por ser parte da Aldeia Uiramutã, que deu o nome ao município. Ainda mais surpresos ficaram com a questão do Parque Nacional do Monte Roraima,

[266] Portaria MJ nº 534 (DOU nº 72 de 15/04/2005).

[267] Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005 (DOU N.73 de 18/04/2005) que homologa a Portaria MJ No. 534 (DOU N.72 de 15/04/2005).

uma vez que sobreposto a terra indígena, considerando a divisão tripartite de gestão, figura não contemplada pelo ordenamento constitucional, uma vez que os recursos naturais são de 'usufruto exclusivo' e 'indisponíveis' os direitos sobre suas terras. Todavia, a luta continuou, porque o decreto de homologação significou um avanço no procedimento de demarcação das terras indígenas.

A atuação dos povos indígenas

A atuação determinada e persistente das lideranças indígenas e suas comunidades que formam o CIR foi, sem dúvida, fundamental na conquista da demarcação da RSS. O passo inicial dado foi na primeira Assembléia Geral dos Tuxauas, em 1971. A partir desse ano cresceu a atuação indígena na defesa de seus direitos. Somados a ela, os importantes apoios recebidos das organizações de defesa de direitos humanos e socioambientais possibilitaram o sucesso de campanhas a favor da TIRSS, as quais divulgaram a importância da demarcação em área contínua para os povos indígenas.

As lideranças indígenas, principalmente os professores indígenas, muitas vezes tiveram que juntar suas economias e indenizar vários ocupantes por suas benfeitorias, em troca de deixarem o local para que a comunidade pudesse retornar às terras ocupadas por não-índios.

Essa luta envolveu, como dito, lideranças, professores e agentes indígenas, e ainda mulheres, jovens e crianças indígenas. A resistência desses povos na luta pelos direitos humanos tem sido reconhecida como a principal característica na defesa de seus direitos. A morosidade no reconhecimento do direito à terra – 30 anos – resultou em morte, em lesão à integridade física, em destruição de patrimônio, em restrição à liberdade de circulação aos povos indígenas do nordeste de Roraima. Causou também danos ambientais, em consequência da invasão das terras indígenas por garimpeiros, para o plantio de lavouras de arroz, para a exploração da água. A partir do trabalho do CIR, os fatos foram registrados, denunciados, representados às autoridades policiais, judiciais; testemunhas foram apresentadas, milhares de cartas encaminhadas.

A mobilização política das lideranças indígenas e de todos aqueles que apoiam a causa foi vista em conferências, fóruns, seminários sobre direitos humanos, em debates no Congresso Nacional, em universidades, nacionais e internacionais, o que tornou o caso bastante conhecido. A pertinência da causa arrebatou inúmeros apoiadores e muitas ações e moções a favor da RSS, que se refletiram também em copiosas entrevistas, notícias, artigos de pessoas de referência, avaliados como muito importantes para o processo.

Caso na Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH - da Organização dos Estados Americanos – OEA

A violação de direitos acima descrita e a morosidade do processo de demarcação, que já se arrastava por mais de 25 anos, levou os povos indígenas da RSS, o CIR e a Rainforest Foundation US a apresentarem uma petição^[268] perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) denunciando o Estado Brasileiro. A denúncia relatou a violação de artigos constantes da própria Constituição Federal, da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os quais o Estado Brasileiro tem o dever de respeitar. Com a petição objetivou-se:

- a) finalizar o processo demarcatório da Raposa Serra do Sol, oferecendo garantias à integridade dos povos peticionários;
- b) abster-se de tomar medidas no sentido de reduzir os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e
- c) suspender qualquer decisão de criação e/ou desenvolvimento de municípios na área indígena Raposa Serra do Sol, inclusive a aplicação de novos recursos federais para a sede do município de Uiramutã, para evitar mais violência e aumento da colonização na área.

Após um grupo de arroteiros colocarem fogo em três comunidades indígenas, em novembro de 2004, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu adotar medidas cautelares no caso^[269], recomendando ao Estado Brasileiro:

1. Proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana, respeitando sua identidade cultural e sua especial relação com o território ancestral.
2. Assegurar que os beneficiários possam continuar a habitar suas comunidades, livres de qualquer tipo de agressão, coação ou ameaça.
3. Abster-se de restringir ilegalmente o direito de livre circulação dos membros dos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana.
4. Investigar séria e exaustivamente os fatos que motivaram o pedido de medidas cautelares^[270].

[268] PET 250-2004.

[269] "Em 06 de dezembro de 2004 a Comissão concedeu medidas cautelares a favor dos membros dos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Wapichana, Patamona e a Taurepang na Raposa Serra do Sol, estado de Roraima". Cap. III, parágrafo 13. Disponível em: http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm

[270] Povos Comunicação Indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana, MC 818-04, Brasil, Pedido de Medidas Cautelares (6 de dezembro de 2004) citado no Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2004, OEA/Ser.LV/II.122, Doc. 5 rev. 1, de 23 de fevereiro de 2005.

O caso perante o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial – CERD

Os povos indígenas da RSS, através do CIR e da Universidade do Arizona (Programa de Direito e Política dos Povos Indígenas), submeteram denúncias de tratamento discriminatório ao CERD para que este, com base na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Convenção CERD)^[271], auxiliasse na supervisão da convenção e apresentasse comunicações ao Estado Brasileiro sobre a falta de implementação do decreto de homologação da terra indígena e sobre a escalada da violência e discriminação contra os indígenas da RSS. O CERD atendeu a este pedido.

Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal - STF

O decreto de homologação fez avançar o processo demarcatório. Este deveria ter dado o assunto por superado a uma série de ridículas e inconsistentes alegações contra a demarcação contínua da RSS. Contudo, veio a ser interposta uma Ação Popular (Petição 3388-STF)^[272], questionando a constitucionalidade da demarcação em área contínua e requerendo a anulação da portaria 534-05 e do decreto presidencial homologatório.

O autor, senador Augusto Botelho (PT-RR), fez formalizar em sua ação popular velhos e desgastados preconceitos anti-indígenas em torno da demarcação, que somente mostraram o desprezo a esses povos. Alegou, por exemplo, que a Portaria nº 534/2005, apresentava vícios materiais, os quais feriam os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

As comunidades indígenas organizaram um abaixo assinado, com mais de 14 mil assinaturas, e enviaram procurações ad judiciais de 118 diferentes comunidades indígenas da RSS, para serem defendidos em juízo. O CIR, com apoio do Instituto Socioambiental, decidiu ingressar na Ação representando seis comunidades indígenas (Barro, Jacaraezinho, Jawari, Manalai, Maturuca e Tamanduá), como assistentes da União. A comunidade indígena Socó também ingressou com apoio do Conselho Indigenista Missionário - CIMI.

Tomando para si a responsabilidade, lideranças indígenas conversaram com cada ministro do STF para expressar suas razões e a importância da demarcação

[271] 660 U.N.T.S. 195, entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969.

[272] Petição Inicial da 3388-STF arguiu: (i) nulidade do procedimento administrativo, por violação aos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96, tendo em vista a não participação de todos os interessados na lide e não apresentação de relatório circunstanciado por parte do Grupo Interinstitucional de Trabalho; (ii) nulidade do estudo antropológico conclusivo posto ter sido o mesmo assinado por um único profissional; (iii) iminentes prejuízos à economia do Estado de Roraima caso a demarcação da Reserva Indígena ocorra em área contínua; (iv) instabilidade quanto à segurança nacional, porquanto a Reserva Indígena estaria contida em faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana; (v) ofensa ao equilíbrio federativo, haja vista que a área demarcada ocupa grande parte do território do Estado de Roraima.

contínua, e, com suas palavras de sabedoria, desconstituir cada argumento falso e de cunho politiquero contra os seus direitos. Talvez, pela primeira vez, tenham circulado tantos líderes indígenas nos corredores do STF e gabinetes de ministros.

Além dos líderes indígenas, seus aliados também organizaram visitas ao STF: CIMI, ISA, CNBB, FDDI; ministra, à época, Marina Silva; presidente da Funai e equipe, entre outros. Muitos juristas, antropólogos e defensores de direitos humanos escreveram artigos e notas a favor dos povos indígenas. O CIR participou de debates televisivos, realizou o seminário Makunaima Grita e iniciou a Campanha de divulgação da causa indígena “Anna Pata Anna Yan” (Nossa Terra, Nossa Mãe). A causa da RSS teve um eco muito grande pois se a demarcação fosse considerada inconstitucional, todas as outras terras indígenas correriam o risco de ser anuladas e as por demarcar também, pois haveria uma mudança na forma de demarcar.

A consagração da demarcação em área contínua

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Raposa Serra do Sol significou a reafirmação dos direitos e garantias constitucionais, reconhecendo que demarcação de forma contínua é essencial para que os povos indígenas da Raposa Serra do Sol possam exercer seus direitos constitucionais.

O STF confirmou a legalidade dos procedimentos demarcatórios realizados, revalidando o processo demarcatório das terras indígenas, e em particular o laudo antropológico. Também reconheceu que a demarcação da terra indígena não compromete ou ameaça a soberania e a segurança nacionais pelo fato de estar localizada em faixa de fronteira. O STF ainda afirmou que a demarcação da TIRSS não compromete o princípio federativo nem o desenvolvimento do Estado de Roraima.

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto foi, sem dúvida, de muita importância para confirmar os direitos constitucionais indígenas. O voto, apresentado em 108 laudas, abordou argumentos jurídicos que sustentaram a legalidade da Portaria 534-05 e do decreto de homologação, além de rechaçar inconsistentes e equívocas alegações contrárias à demarcação contínua da RSS.

Novos desafios aos povos da Raposa Serra do Sol e do Brasil

A decisão do STF garantiu a demarcação da TI Raposa Serra do Sol, no entanto, estabeleceu 19 condições para o uso da terra, algumas desnecessárias e outras que registrem gravemente direitos já reconhecidos e avançados, sinal de que a saga pela justiça e dignidade ainda não terminou.

O caminho do reconhecimento de direitos vai seguindo assim, carregado de avanços e retrocessos, a romper a mentalidade colonial que insiste em não enxergar os povos indígenas como são, sujeitos de direitos intrínsecos a suas estruturas políticas, econômicas, sociais, culturais, tradicionais, espirituais, na concepção da vida, em seu direito ao desenvolvimento em conformidade com suas próprias necessidades e interesses. Por isso a importância de ter o livre direito às terras e aos recursos destas.

A decisão promulgada pelo STF foi além de analisar a constitucionalidade da Portaria 534-05 e do decreto presidencial. O STF quis estabelecer uma série de orientações para a aplicabilidade dos direitos indígenas, utilizando a ação judicial que tratou da TIRSS como forma de criar precedentes na mais alta corte brasileira. Os efeitos jurídicos, políticos e administrativos decorrentes da maioria das condições estabelecidas na decisão da Ação Popular 3388, julgada em 18 e 19 de março de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em algumas condições ditadas, são um retrocesso em relação à Constituição Federal, à Convenção 169 da OIT e à Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas.

Algumas observações às orientações constantes nos votos dos ministros

A publicação do acórdão, em 29 de setembro de 2009, incorporou novas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal à matéria indígena. Alguns entendimentos extrapolam o caso da TIRSS e estabelecem orientações à aplicabilidade das sentenças concernentes aos direitos dos povos indígenas em todo Brasil. Em adição, abre possibilidades para pedido de súmulas vinculantes sobre tais entendimentos derivados da decisão sobre a PET 3388.

Embasada nos votos do então ministro Menezes Direito e do ministro Carlos Ayres Britto, recentemente a CNA apresentou ao STF a Proposta de Súmula Vinculante - PSV 49. Tal PSV manifestou-se por um “marco temporal de ocupação”, criando a tese do “Fato Indígena”, segundo a qual o direito às terras tradicionais indígenas somente surgiu a partir da promulgação da Constituição de 1988. Tal tese desconsidera os direitos adquiridos, o alcance da doutrina do indigenato e afronta o espírito da Constituição de 1988, que reconhece os direitos originários e a imprescritibilidade para proteger a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas.

Outra preocupação, advinda do voto do ministro relator é quanto ao tratamento dado à questão dos direitos internacionais. Este estabelece salvaguardas à Convenção 169 da OIT e à Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas. O acórdão traz restrições ao direito à autonomia, à autodeterminação, ao uso de

terminologias como 'povos', 'nações' e 'territórios'. A Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU trazem importantes conceitos que corroboram a Constituição Brasileira de 1988, no tratamento dispensado pela lei aos povos indígenas. Nesse sentido, a expressão “povos indígenas” é ignorada em nossa Constituição Brasileira que, em seu artigo 231, apenas faz referência a “índios”, e mais à frente, no artigo 232, menciona “os índios, suas comunidades e organizações...”, porquanto a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU dão efeito direto ao reconhecer que somos “povos indígenas”, com o intuito de valorizar o direito coletivo e a dimensão que traz o reconhecimento do direito consuetudinário.

Vale salientar que a Convenção 169 passou décadas sendo discutida no Congresso Nacional, e obteve sua ratificação em 2002, sendo promulgada em 2004 por decreto presidencial. Da mesma forma, o Estado Brasileiro, exercendo sua soberania, firmou compromisso de respeitar os princípios consagrados pela Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A ideia é avançar. Para tanto, o uso de instrumentos internacionais de direitos humanos servirá como base de interpretação das legislações domésticas referentes a direitos indígenas tratando os povos indígenas como verdadeiros sujeitos de direito.

As restrições estabelecidas por condições, contradições e impactos

Confrontando com o direito à terra assegurado, o ministro Menezes de Direito retornou na segunda parte do julgamento, em 10 de dezembro de 2008, com fantasma e medos sobre os direitos indígenas consubstanciados em 18 condições. No julgamento de 19 de março de 2009, acrescentou mais uma. Ao todo, foram estabelecidas 19 condições que acompanham a decisão do STF no caso RSS. De fato, o vasto material jurídico sobre a questão indígena, já consolidado em lei, por força de lei, deveria imperar sobre as decisões dos tribunais, mas não teve tanta força assim.

A maioria das condições repete as previsões do texto da Constituição Federal de 1988, lembrando os futuros desafios que os povos indígenas em suas terras terão pela frente, sobretudo quando se trata da exploração de recursos naturais ali localizados.

Assustador e drástico é ver estabelecidos retrocessos aos direitos, em condições que não contribuem em nada para o Estado Democrático de Direito que o Brasil diz ser. Nem se coadunam com a diversidade étnica e cultural reconhecida na Carta Magna. Esse tipo de entendimento distancia o rumo de uma política contemporânea que contemple o diálogo com e o respeito aos povos indígenas.

O DESPREZO AO DIREITO DE CONSULTA

Um dos direitos mais ignorados por algumas das condições foi o direito de consulta, o qual prevê, na hipótese de haver adoção e aplicação de medidas administrativas (projetos, empreendimentos e obras estruturais), que os povos indígenas tenham o direito de se manifestar, a fim de que o Estado tenha ou não o consentimento prévio, livre e informado. Tal direito já é reconhecido pela Convenção 169 da OIT, que queria evitar os mesmos abusos e injustiças do passado.

Condição VI

“o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai”

Resguardar o direito de consentimento, com consulta prévia e informada, não significa sobrepor o interesse indígena ao interesse nacional, mas resguardar a lei maior do país. A condição VI contradita, portanto, as garantias constitucionais estabelecidas no artigo 231^[273], inclusive sobre as hipóteses de exceção no caso da exploração de recursos naturais em terras indígenas, o que ocorreria somente em caso de relevante interesse nacional, e ainda assim condicionado à autorização do Congresso Nacional. Cabe acrescentar ainda, que o parágrafo 3º^[274] do artigo prevê às comunidades indígenas o direito de consulta, no caso da exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos.

A atuação das Forças Armadas e Polícia Federal em terras indígenas é prevista no Decreto 4.412/2002^[275]. Assim, a condição VI tem como consequência impossibilitar que os povos indígenas exerçam o direito de consulta, negando-lhes o diálogo acerca de impactos que possam atingir sua organização social, usos, costumes, meio ambiente.

[273] Artigo 231: (...)§ 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 à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

[274] § 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.

[275] Artigo 3º: “As Forças Armadas e a Polícia Federal, quando da atuação em terras ocupadas por indígenas, adotarão, nos limites de suas competências e sem prejuízo das atribuições referidas no caput do art. 1º, medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas.”

Outra grave desconsideração é que a exploração de recursos naturais para viabilizar malhas viárias (estradas) e alternativas energéticas (hidrelétricas) no interior das terras indígenas pode, por exemplo, acarretar prejuízos a uma série de outros recursos essenciais à sobrevivência indígena, tal como a alimentação e qualidade da água. Sem a garantia do direito de consulta às comunidades indígenas; a observância que devem ter as autorizações dadas pelo Congresso, tal como determina a lei; ou, ainda, a obrigação de estudos que possam avaliar adequadamente os impactos que poderão ser causados, como determinam resoluções do CONAMA-MMA, os povos indígenas estarão expostos à insegurança no que se refere a intervenções militares e seus projetos incertos no futuro.

Condição VII

“a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI”

Não considerar o direito de consulta é arriscar os povos indígenas a abusos de funcionários públicos, como soldados ou agentes policiais, ao ingressar na terra indígena.

RELATIVIZANDO O DIREITO

A ideia de relativizar direitos impõe insegurança na sua aplicabilidade. Se o usufruto exclusivo garantido pela CF-88 pudesse ser relativizado, como seria? A preocupação sobre esta condição está na interpretação cabível aos termos utilizados na condição. A expressão sobremaneira preocupante - “pode ser relativizado” - não pode criar uma interpretação afastada das demais garantias constitucionais. Segundo a deliberação de políticas embasada nessa condição, deve haver um procedimento legal.

Condição I

“O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;”

A razão de haver o usufruto exclusivo sobre os rios, lagos e outros existentes nas terras indígenas é evitar a disputa da terra, uma vez que interesses de exploração dos recursos de particulares são contrários à legislação. Os direitos de exploração não podem ficar subordinados a interesses desconhecidos e que podem ser contrários aos interesses indígenas. Essa determinação é conflitante com a CF-88 e com as normas da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, somente poderá ter validade se aplicada a partir da definição que significa relevante interesse público e da União, em devido processo de lei complementar.

O CONTROLE DA TERRA E O DESCASO À AUTONOMIA INDÍGENA

Condição VIII e IX

“o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;”

“o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai”

A condição VIII, de que apenas o órgão ambiental responderá pela administração de unidade de conservação, com a participação das comunidades indígenas em caráter apenas opinativo e com a consultoria da Funai, impede a atuação de um Ingarikó, por exemplo, de ser coordenador de um GT. Ademais, dificulta a atuação de outras lideranças indígenas e de funcionários da Funai, que ficariam em situação desconfortável em relação aos funcionários do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, o que comprometeria todo o trabalho construtivo desenvolvido nos últimos anos.

A sobreposição da unidade de conservação à RSS fere o usufruto exclusivo garantido na CF 88 e tem sido, portanto, considerada inconstitucional face a sua sobreposição, uma vez que o artigo 6º declara que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse” das terras indígenas.

INGRESSO DE NÃO-ÍNDIOS E RESTRIÇÕES

Condição IX

“devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;”

De igual forma discrimina e impede que comunidades indígenas possam cobrar pelo ingresso, trânsito ou permanência de não-índios em suas terras. A Funai expediu várias portarias que regulamentam o ingresso de não-índios em terras indígenas, com diferentes finalidades. Esse controle é feito em conjunto com as comunidades indígenas. Terceiros que adentram as terras indígenas com o fim de prestar serviços públicos o fazem com a autorização ou o consentimento implícito do órgão federal indigenista e das comunidades indígenas.

DIREITO À INDENIZAÇÃO E COMPENSAÇÕES

Condição XII

“o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas”;

Existem situações outras, como a exploração turística de terras indígenas, que poderão contribuir com a sustentabilidade das terras indígenas, e que deverão incluir a cobrança de tarifas a não-índios que quiserem entrar e permanecer nelas. Vedar esta possibilidade às comunidades indígenas é, na mesma linha anterior, criar uma imposição aos índios que não existe aos demais cidadãos brasileiros.

Condição XIII

“a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;”

Ao dizer que não pode haver cobrança de qualquer quantia pela existência de estradas, linhas de transmissão ou quaisquer equipamentos públicos, poderá se estar proibindo as populações indígenas de receberem indenização ou compensação financeira pela criação de servidões ou pela utilização de parte de suas terras por grandes obras de infra-estrutura, como ocorreria com qualquer cidadão. Por que a passagem de uma linha de transmissão por terras particulares gera a estes o direito à indenização e o mesmo não ocorreria com as populações indígenas? A condição XIII seria, assim, uma regra discriminatória. A CF em seu art. 5º estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos que aqui nos interessam, entre eles o direito à indenização por danos causados. Os direitos indígenas contidos no artigo 231 e no artigo 232 da Constituição devem ser interpretados dentro do conjunto da Carta Magna. O propósito de tornar as terras indígenas como bens da União foi o de proteger a base física de sobrevivência dos índios, não de torná-la uma reserva de recursos naturais para a utilização indiscriminada pelo poder público.

VEDAR REVISÃO NO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO TERRAS INDÍGENAS

Condição XVII

“é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”

O STF utilizou a ação referente a TIRSS para criar um precedente judicial que norteasse outros casos de pedidos de ampliação de terra indígena. Em Roraima, por exemplo, terras indígenas demarcadas anteriormente à CF-88, tiveram o modelo

padronizado em formas ilhas. Muitas dessas terras sequer têm acesso aos rios, matas nativas e outros recursos naturais. As comunidades indígenas estão sofrendo por falta dos recursos naturais importantes que ficaram de fora e por falta de espaço para desenvolverem suas atividades produtivas. A política utilizada nessas demarcações não considerou a participação indígena e tampouco o conceito de terra indígena e os direitos originários, assegurados na CF-88. A condição XVII nega o direito que a Constituição garante de ter uma terra conforme necessidades físicas e culturais, de acordo com o estabelecido no caput do artigo 231 da CF-88.

Conclusão

O reconhecimento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol em área contínua, no dia 19 de março de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, marcou uma nova era para os povos indígenas Ingarikó, Macuxi, Taurepang, Patamona e Wapichana, sobretudo por reconhecer a luta emblemática pelo direito à terra.

O caso Raposa Serra do Sol evidencia e visibiliza o tratamento dos direitos indígenas no Brasil. Os povos indígenas agarraram-se em suas esperanças, fortaleceu-se pela união o movimento indígena brasileiro e a mobilização fez soar a voz indígena na corte mais alta do país.

Os povos indígenas da Raposa Serra do Sol vivem uma nova experiência. Buscam mostrar ao Brasil sabedoria indígena na gestão de sua terra, ao mesmo tempo que respondem aos desafios jurídicos sobre as condições estabelecidas na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Os tribunais estão abertos, algumas vitórias foram obtidas, mas a justiça não alcança uma grande parte da população. Ainda temos grandes desafios pela frente, e a determinação dos povos da RSS para conseguir as suas vitórias perdura pelo tempo. A “justiciabilidade” dos direitos humanos deve incorporar de fato os valores reconhecidos em nossa Constituição, dando vida ao dispositivo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A humanidade está precisamente na diversidade do nosso ser que, ao fim, despido de todos os ‘pré-conceitos’, nos une pela essência. Uma essência que exige dignidade, que respeita o indivíduo e o coletivo.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 27 de junho de 1989, Organização Internacional do Trabalho.

Declaração da Onu ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007.

“Povos Indígenas e a Lei dos Brancos”: o Direito à Diferença Serie Série Vias dos Saberes n° 3, 2006, Edições MEC/Unesco.

SANTILLI, Paulo. Pemongon Patá: Território Macuxi, rotas de conflito. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2001. v. 1. 227 p.

ANAYA, S. James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Madri: Editorial Trotta. Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Disponível em www.socioambiental.org.br.

MAIOR, Ana Paulo Souto Maior. Roraima: dez anos de retrocesso., em www.cir.org.br.

MORAES, Alexandre,. Direito Constitucional, 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.
Demarcando Terras Indígenas II, - Experiências e desafios de um projeto de parceria. PPTAL, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. “O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito”. Curitiba: Juruá, 1998.

10 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E TERRITORIALIDADE QUILOMBOLA: EXPERIÊNCIAS E REFLEXÕES SOBRE A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR NA LITIGÂNCIA

por *Fernando G. V. Prioste*^[276]

Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar alguns apontamentos sobre experiências de judicialização dos direitos territoriais das comunidades quilombolas no Brasil, para contribuir numa reflexão sobre a justiciabilidade dos direitos humanos. Os casos apresentados têm acompanhamento da organização de direitos humanos Terra de Direitos, e a abordagem aqui realizada dá especial atenção ao papel da assessoria jurídica popular nessa temática, principalmente quanto aos litígios, a partir da análise de alguns casos concretos.

A Terra de Direitos é uma organização de direitos humanos com atuação nos estados do Paraná, Pernambuco e Pará. A sua intervenção está pautada em linhas de ação^[277], dentre as quais destacamos agora a linha Terra, Território e *Equidade Socioespacial*.

Nessa linha de ação nos propomos ao reconhecimento e à efetivação do direito humano à terra, urbana e rural, e ao território de povos e comunidades tradicionais. Trabalhamos para o fortalecimento de espaços e instrumentos que viabilizem a efetivação da equidade socioespacial, a reforma agrária e a regularização dos territórios dos povos tradicionais.

Nessa perspectiva é que a Terra de Direitos desenvolve trabalhos para garantia de acesso ao território para comunidades quilombolas. Esses objetivos são buscados, principalmente, através de ações de capacitação das comunidades em temas jurídicos relacionados ao direito de acesso à terra, acompanhamento e incidência sobre projetos de lei, monitoramento e incidência em processos administrativos de titulação de territórios quilombolas junto ao INCRA, denúncias de violações de direitos humanos e patrocínio de ações judiciais.

Em termos gerais, as lutas que a sociedade faz pela afirmação, promoção e reparação de direitos humanos não se referem apenas às questões territoriais quilombolas e ocorrem em diversos espaços. Nas lutas sociais travadas nos espaços institucionais se tem dado menos atenção ao sistema de justiça, especialmente ao poder judiciário.

[276] Fernando G. V. Prioste: Advogado, Assessor Jurídico da Terra de Direitos.

[277] Cf. www.terradedireitos.org.br.

Diversos fatores têm orientado essa forma de proceder dos movimentos sociais e demais organizações sociais comprometidas com Direitos Humanos. Entre eles, podemos destacar o perfil fechado do judiciário e, conseqüentemente, a pouca permeabilidade ao controle social deste poder. O fato de o sistema de justiça ter uma estrutura e cultura voltadas para a resolução de conflitos individuais e patrimoniais, além da morosidade e dos altos custos para promover uma ação judicial, tem desacreditado movimentos e a sociedade civil organizada em disputar politicamente o poder judiciário. A esse fator somam-se as dificuldades técnicas e financeiras de manter uma assessoria jurídica popular qualificada, assim como a ainda inexistente defensoria pública do estado do Paraná.

Contudo, não se pode negar que o poder judiciário tem sido chamado a intervir na realização de direitos humanos, principalmente diante da omissão do poder executivo quanto ao seu dever de agir e promover políticas públicas. No entanto, em muitos casos, o judiciário tem sido apontado como elemento impeditivo na realização de direitos, como no caso da reforma agrária. Ocorre que esse chamamento do poder judiciário tem sido feito, majoritariamente, pelos setores mais conservadores da sociedade e pelo próprio poder público. A sociedade poucas vezes tem visto o judiciário como estratégico na luta por direitos humanos.

Entende-se que litigar em direitos humanos, na perspectiva da advocacia popular, importa, também, em “permitir revelar a natureza das coisas por que litigam as partes”^[278]. Nesse sentido, “identificadas as motivações ideológicas subjacentes na lei e nas sentenças, cumpre projetar-se a necessidade de conhecê-las de forma a garantir a revelação do pensamento do juiz no entendimento dos escopos dos processos”^[279]. Com efeito, a litigância em direitos humanos também é essencial para desvelar o cinismo que reveste muitas das determinações judiciais ditas “científicas e neutras”, contribuindo no processo de clareamento das contradições do sistema de justiça.

Direito de acesso ao território e aspectos judicializados

O tema do direito de acesso ao território para as comunidades quilombolas está judicializado desde as primeiras instâncias até o Supremo Tribunal Federal. Pesquisas da Comissão Pró Índio de São Paulo^[280] apontam que a questão territorial quilombola é discutida em ao menos 222 ações judiciais, sendo que destas, 152 estão em andamento atualmente. Das ações judiciais em trâmite, 89 foram intentadas em desfavor dos direitos territoriais das comunidades remanescentes de quilombos e 60 em favor das comunidades quilombolas. Nesses números não está inserida a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239, que questiona toda a política de titulação ao intentar a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n° 4887/03.

[278] Portanova, p 147

[279] idem

[280] Cf www.cpis.org.br

Importante destacar que esse panorama de judicialização da questão territorial quilombola ocorre em um momento em que a efetivação da política pública federal de titulação ainda é pífia frente à demanda. No que tange aos processos administrativos de titulação, atualmente existem 929 instaurados no INCRA para titulação de territórios de comunidades quilombolas. Desses, apenas 101 tiveram efetivo encaminhamento, com a finalização do RTID (Relatório Técnico de Identificação e Delimitação), e estão sendo processados. Apenas 6^[281], em âmbito Federal, com base no Decreto Federal 4887/03, culminaram com a efetiva titulação, delimitação e emissão do título coletivo pró-indiviso em nome das comunidades quilombolas.

Pode-se notar que as ações judiciais intentadas contra direitos territoriais das comunidades quilombolas é próxima ao número de processos administrativos com efetivo andamento. Assim, mostra-se razoável a tendência de que, conforme avance o trabalho de titulação dos territórios, avançará, também, a judicialização da questão, considerando ainda que a estimativa da CONAQ – Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas - é de que existam cerca de 5000 comunidades quilombolas no Brasil.

Com esse panorama é possível perceber que a realização dos direitos territoriais dos quilombolas tem uma significativa nuance judicial e, na forma com que a atual política pública estabelece, tem e terá relação direta com o tratamento que o poder judiciário e o sistema de justiça como um todo darão ao tema. É nesse contexto que o protagonismo dos movimentos sociais e a assessoria jurídica popular têm relevantes papéis na luta pela afirmação de direitos, tornando-se o poder judiciário um importante espaço na luta pela efetivação de direitos.

Imprescindível ressaltar a abertura, no âmbito da 6ª Câmara Temática do Ministério Público Federal, de Inquérito Civil Público para analisar a situação geral das políticas públicas destinadas à garantia do direito à terra das comunidades quilombolas. Pretende o Ministério Público investigar inclusive pressões políticas que estejam inviabilizando a política pública. Há nessa ação nítido caráter de justiciabilizar a efetivação das políticas públicas, para averiguar se estão satisfatoriamente sendo desenvolvidas e, sendo constatada a ineficácia da ação estatal, tomar providências que ajudem a reverter o quadro, apontando as responsabilidades dos agentes do Estado.

O art. 68 do A.D.C.T.^[282] da Constituição Federal de 1988 foi o primeiro marco jurídico brasileiro que reconheceu às comunidades quilombolas direitos territoriais. Durante quase cinco séculos não havia qualquer previsão legal que pudesse garantir, de forma diferenciada e específica, as necessidades étnicas e territoriais, entendidas na sua dimensão socioeconômica e cultural, das comunidades quilombolas. A

[281] Fonte: www.incra.gov.br

[282] Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

garantia desses direitos, que se inserem na linha do direito humano de acesso à terra, é fundamental para a sobrevivência das comunidades quilombolas e para a preservação do patrimônio cultural, material e, sobretudo, imaterial brasileiro.

Para Alfredo Wagner, o acesso ao território para as comunidades tradicionais é fundamental, uma vez que a "territorialidade funciona como fator de identificação, defesa e força. Laços solidários e de ajuda mútua informam um conjunto de regras firmadas sobre uma base física considerada comum, essencial e inalienável (...)"^[283]. No mesmo sentido para Paul Little, território é "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' ou *homeland*"^[284]. Assim, o território significa a incorporação do espaço à história social dos povos tradicionais, sendo indispensável para a continuidade da existência das comunidades quilombolas como tal.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas 108 territórios quilombolas foram titulados pelos governos federal e estaduais. Desses, considerando o período de 2003 a 2010, apenas 6^[285] tiveram o processo realmente finalizado com a desapropriação de áreas e posterior entrega dos títulos aos quilombolas, uma vez que as terras estavam sob o poder de particulares não quilombolas.

Essa situação de não realização do direito constitucional de titulação relaciona-se, entre outras questões, com a ausência, por 12 anos, de um marco jurídico administrativo. Esse longo período sem um marco específico trouxe dificuldades para que se pudesse, ante ao princípio da legalidade, acomodar e aproximar o aparato administrativo da previsão constitucional inscrita no citado art. 68 da ADCT, a fim de subsidiar a atuação da administração pública na consecução de processos administrativos de titulação dos territórios quilombolas. A ausência dessa previsão legal guarda direta relação com a falta de vontade política em conferir efetividade ao comando constitucional. Vontade esta que continua a faltar, mesmo com o atual e extenso marco legal garantidor de direitos territoriais quilombolas.

A atual política pública de titulação dos territórios das comunidades quilombolas tem como marco normativo legal, entre outros, os art. 215, 216 da CF, direito à cultura, o art. 68 do ADCT da Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT. No plano administrativo, há o Decreto Federal 4887/2003 e a Instrução Normativa nº 20 do INCRA. Todos esses dispositivos normativos estão sendo judicialmente contestados, assim como os atos administrativos realizados pelo INCRA, órgão responsável pela realização da titulação.

[283] Pg 133

[284] LITTLE, pg. 3

[285] Fonte: www.incra.gov.br

Os opositores dos direitos territoriais quilombolas atacam no judiciário utilizando teses que têm, dentre outras pretensões: 1- restringir a aplicação do art. 68 do ADCT ao menor número possível de pessoas, conferindo a qualidade de remanescente de comunidades de quilombolas apenas àqueles que provarem descendência dos escravos africanos fugidos e aquiombados antes da abolição oficial da escravatura; 2- restringir a amplitude do direito fundamental de acesso à terra interpretando o art. 68 do ADCT isoladamente, sem qualquer parâmetro legal ou fático, ao defender a tese de que só tem direito à titulação aquele que comprovar ter a posse mansa, direta e pacífica de determinada área, de 1888 a 1988, como dispunha o já revogado decreto 3.912/2001; 3- tachar de inconstitucional, quanto à sua forma de edição, o atual marco legal administrativo, o decreto 4.887/03, que sustenta os procedimentos administrativos de titulação; 4 - inibir a realização de desapropriações para o restabelecimento do território tradicionalmente ocupado pelas comunidades.

Nos casos apresentados a seguir, tais teses foram sustentadas, com fundamentos jurídicos diferentes, para inviabilizar a titulação dos territórios quilombolas. Embora diferentes entre si, tais fundamentos jurídicos têm em comum o fato de estarem amparados em aspectos meramente formais e procedimentais e em direitos de caráter individual, patrimonial e disponível.

Os setores mais conservadores têm atuado de forma a dar à Constituição Federal uma validade apenas formal. Ignoram e extirpam os conflitos e as relações sociais da interpretação da lei no atuar processual. Querem tornar a constituição uma ficção, que só serviria para preparar a aceitação passiva dos trabalhadores à opressão, como se em cada ação não se discutisse o direito das comunidades quilombolas terem acesso ao território.

De outro lado, na defesa dos interesses das comunidades quilombolas e não apenas nos casos acompanhados pela Terra de Direitos, observa-se a presença de teses fundamentadas no acesso e efetividade dos direitos humanos, coletivos e indisponíveis.

Essas ações estão mais voltadas à máxima efetivação dos preceitos constitucionais, em especial daqueles definidores de direitos fundamentais. Da mesma forma, essa intervenção crítica aponta para a necessidade de observar o direito como algo inserido no contexto social, pois a atuação jurisdicional só pode ser justa se considerar os valores sociais em discussão. Nesse sentido repudia-se a noção de que a atuação jurisdicional se finda na exposição de fatos e normas descontextualizadas.

Litígios e territorialidade quilombola

Analisando de forma mais detida três casos de judicialização da temática territorial quilombola, é possível notar a participação da sociedade, através da litigância ligada à assessoria jurídica popular, na exigibilidade de Direitos Humanos. Os casos apresentados a seguir são bem distintos: um deles tem por objeto obstar o andamento de um determinado processo administrativo de titulação; outro se refere à defesa da continuidade de existência da comunidade que está sendo privada de seu território; e o terceiro caso debate a constitucionalidade, formal e material, da atual política pública de titulação dos territórios tradicionais quilombolas.

● Comunidade Quilombola Invernada Paiol da Telha – Fundão (PR)

O primeiro caso a ser abordado é relativo a uma ação judicial intentada pela Cooperativa Agrária S/A, entidade patronal, em face do INCRA, no estado do Paraná. O caso diz respeito ao procedimento administrativo de titulação do território da Comunidade Quilombola Invernada Paiol de Telha - Fundão. A comunidade foi completamente desterritorializada em 1975, despejada ilegalmente de seu território, que posteriormente foi usucapido pela Cooperativa Agrária S/A e seus associados, de forma absolutamente questionável, numa das localidades mais férteis do Brasil, Guarapuava – região Centro-Sul do estado do Paraná, onde hoje um alqueire de terra vale, em média, quarenta mil reais.

A comunidade Invernada Paiol de Telha - Fundão foi reconhecida pela fundação Cultural Palmares como remanescente de quilombo no ano de 2004 e deu entrada no processo administrativo de titulação de seu território junto ao INCRA em setembro de 2005. Com o início dos trabalhos de titulação, notadamente quando os técnicos do INCRA passaram a frequentar o território quilombola para realização dos estudos técnicos que envolvem a elaboração do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, representantes da cooperativa começaram a criar obstáculos, judiciais e extrajudiciais.

Insatisfeitos com o pleito de titulação do território para a comunidade, a cooperativa ruralista buscou a via judicial e, em 26 de dezembro de 2007, ajuizou Ação de Anulação de Procedimento Administrativo^[286], com pedido liminar para ser apreciado pelo juiz de plantão.

Por duas vezes, o juiz que analisou o feito, no juízo federal de Guarapuava, determinou a emenda da inicial, entendendo que os pedidos eram genéricos,

[286] Esse mesmo expediente processual é comumente utilizado por ruralistas na tentativa de barrar o andamento de processos de desapropriação de terras para fins de reforma agrária.

ordenando à autora que indicasse "que atos do contraditório e ampla defesa pretende ver respeitados, inclusive à vista do que está previsto na IN/INCRA 20/2005, cuja validade material e respeito pela administração não se questionou na vestibular"^[287].

Apresentada petição de emenda, ainda entendeu o magistrado que o pedido era genérico, determinando nova emenda, uma vez que: "se limitaram a fazer pedidos genéricos (abstenção de prosseguir a atuação sem observância de garantias constitucionais, por exemplo) sem indicar uma forma real porque o exercício do poder de polícia do réu seria concretizado para o caso."^[288]

A terceira emenda à inicial, apresentada já quando o escritório do advogado Marçal Justen Filho passou a patrocinar os interesses da Cooperativa Agrária S/A, logrou êxito em obter a liminar pleiteada, suspendendo a tramitação do procedimento administrativo de titulação.

Assim, após sucessivas emendas, sem ouvir o INCRA, muito menos a comunidade envolvida, o juiz acatou pedido liminar de declaração de inconstitucionalidade do Decreto Federal 4887/2003, assim como da então vigente instrução normativa nº 20 do INCRA. Acolheu ainda argumentos relativos à nulidade do procedimento administrativo e determinou a suspensão dos trabalhos do INCRA para titulação do território da comunidade.

É importante destacar que a decisão liminar foi tomada sem dar oportunidade ao INCRA, muito menos à comunidade do Paiol de Telha, apresentarem suas manifestações. Tudo isso, ainda, num quadro de disputa judicial por realização de um direito humano fundamental.

O direito só chancela a possibilidade de concessão de liminares *inaudita altera pars*^[289] quando a demora na oitiva da outra parte acabe por tornar ineficaz o provimento judicial que se pretende, ou quando a notícia do pleito judicial à outra parte importe em grande dificuldade de execução da determinação judicial que possa ser deferida.

Neste caso, nenhuma das hipóteses esteve presente. Entre o ajuizamento da ação e o deferimento da liminar transcorreram-se dois meses e cinco dias, por conta das sucessivas emendas à petição inicial. Nesse lapso de tempo, suficiente para que o INCRA e a comunidade pudessem se manifestar, não ocorreu nenhum efeito que prejudicasse o direito da cooperativa ruralista, como até agora não ocorre. Quanto à dificuldade de cumprimento da determinação judicial, melhor razão não há, uma vez que a declaração, incidental, de inconstitucionalidade de normas e a declaração de nulidade do procedimento administrativo poderiam ter efeito prático igualmente eficaz se fosse, agora, mais de dois anos após o ajuizamento da ação.

[287] Autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo nº 2008.70.00.000158-3, JFPR, fls. 113.

[288] Autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo nº 2008.70.00.000158-3, JFPR, fls. 164.

[289] Tradução livre do termo: "sem a oitiva da outra parte".

Apenas após a concessão da liminar o INCRA foi citado na ação e intimado da decisão, bem como para contestar a ação, e apenas naquele momento a comunidade quilombola Paiol de Telha foi comunicada, pelo INCRA, do que havia ocorrido. Muito embora a ação tenha sido ajuizada contra o INCRA, há legítimo interesse jurídico da comunidade quilombola para integrar a ação judicial, como terceiro interessado, já que qualquer decisão judicial quanto à constitucionalidade do Decreto ou nulidade do procedimento do INCRA afetará imediatamente os direitos territoriais da comunidade Invernada Paiol de Telha. A possibilidade jurídica de ingresso no feito, entretanto, não foi o fator determinante para que a comunidade intervesse judicialmente.

A decisão de ingresso da comunidade no feito ocorreu a partir da contribuição que a assessoria jurídica popular pôde dar ao caso, representando os interesses dos quilombolas na questão, de forma a compor uma estratégia mais abrangente para se chegar à titulação do território. Destaca-se que o ingresso da comunidade foi articulado com o INCRA, de forma que as estratégias pudessem se complementar.

A participação dos interessados na ação não é, portanto, meramente figurativa, nem está em descompasso com a atuação do INCRA. O ingresso no caso propicia, entre outros aspectos, a participação direta dos sujeitos do direito no feito que discute a possibilidade de titulação do seu território. Apresentando seus argumentos, demonstrando seu interesse e disposição de defender seus direitos, ao magistrado é possibilitado conhecer diretamente dificuldades, enfrentamentos e aspirações da comunidade desde seu universo simbólico até o representativo e jurídico, trazendo mais elementos para a apreciação da causa e formação da convicção do juiz.

O ingresso dos quilombolas na ação também possibilitou a construção de teses jurídicas que ainda não haviam sido expostas nos autos. Na manifestação da comunidade nos autos foi possível argumentar, além daquilo já exposto pelo INCRA, que o direito de acesso ao território, previsto no art. 68 do ADCT da Constituição Federal, é norma de conteúdo de direito fundamental e, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, conforme prescreve parágrafo 1º do art. 5º da Carta Constitucional.

Também obtiveram êxito no requerimento de deslocamento da competência do Juízo Federal de Guarapuava para a Vara Federal Ambiental de Curitiba, anulando as decisões daquele juízo, inclusive a liminar que já havia sido cassada pelo TRF 4ª Região, impossibilitando à Cooperativa Agrária levar o debate, naquele momento, aos tribunais superiores.

De igual forma, a intervenção da comunidade pode ser decisiva para desnudar os verdadeiros efeitos dessa ação judicial. O advogado da cooperativa ruralista afirma que, com a ação judicial que pretende impedir o INCRA de dar andamento ao procedimento administrativo de titulação, “não se pretende questionar, sob nenhum enfoque, a adequação dos esforços empregados no sentido de resguardar os valores culturais, especialmente dos remanescentes de quilombos que sofreram com a escravidão e de alguma forma estabeleceram um vínculo especial e diferenciado com determinados espaços geográficos.”^[290]

Entretanto, não é isso que se vê na prática. A atuação da cooperativa ruralista, em consonância com os interesses da CNA^[291] já expostos na ADI 3239, tem como efeito prático a impossibilidade de subsistência das comunidades quilombolas, por não terem acesso ao território. Ao mesmo tempo, a intervenção reduz o conceito que a Constituição Federal e a Convenção 169 dão às comunidades quilombolas e à relação destas com o território. É flagrante que os diferentes posicionamentos na ação refletem opostas posições entre a conservação do status quo, com a manutenção da concentração de terras e a defesa do agronegócio, e a necessidade de mudanças indispensáveis para a superação das desigualdades sociais, principalmente da injustiça histórica a que as comunidades quilombolas foram submetidas.

O recurso de Agravo de Instrumento manejado pelo INCRA contra a decisão liminar que suspendeu o andamento do procedimento administrativo de titulação foi relatado pela Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Na ocasião foi deferida a liminar em favor do INCRA, posteriormente confirmada por acórdão, que se tornou uma importante decisão na temática, e tem sido referência para outros julgados semelhantes.

Seguem alguns trechos do acórdão, no qual se chama a atenção para a robusta fundamentação da decisão em normas nacionais e internacionais de Direitos Humanos:

“A disposição contida no art. 68 do ADCT insere-se dentro de uma significativa alteração que vem dando rumo a uma nova forma de constitucionalismo, que assume a plurinacionalidade, a pluriculturalidade, a pluriétnica e a interculturalidade dos países e que põe em discussão, pois, a simultaneidade de tradições culturais no mesmo espaço geográfico, o pluralismo jurídico, a ressignificação de direitos coletivos, a democracia intercultural, a territorialidade, a inclusividade cultural e um grau razoável de incertezas e instabilidades (SANTOS, Boaventura. La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional. Cochabamba: Bolivia, 2007, p. 9-19. Disponível em

[290] Autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo nº 2008.70.00.000158-3, JFPR, fls. 261, que tem como auto Cooperativa Agrária S/A, que por sua vez tem como procurador Marçal Justen Filho.

[291] Confederação Nacional da Agricultura. Entidade patronal ruralista que mais se opõe à democratização do acesso à terra no meio rural.

http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf). Esta nova configuração tem chamado ainda pouca atenção dos constitucionalistas (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1427, 1450-1453), mas tem sido objeto de consideração de sociólogos e será palco, com certeza, de inúmeras discussões no futuro.

(...)

Observo que os comitês internacionais (CERD, DESC e Moradia), em seus relatórios relativos ao Brasil: a) manifestam preocupação com a violação de direitos de comunidades negras, em especial decorrentes de discriminação racial; b) recomendam adoção de procedimentos para a efetiva titulação das comunidades quilombolas; c) a expropriação das terras de quilombolas por mineradoras e outras empresas comerciais; d) a necessidade de processos de capacitação dos atores jurídicos para a área de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Eventual inconstitucionalidade, portanto, a par de não-recomendável, seria passível de sanções ou reprimendas no âmbito dos Comitês e Comissões cuja jurisdição o Brasil aceitou competência para analisar e apreciar violações de direitos humanos.

(...)

Daí se segue que o critério de **auto-atribuição** não destoa da previsão do art. 1º.2 da Convenção 169-OIT, segundo o qual "a consciência de sua identidade indígena ou tribal deve ser considerada como critério **fundamental** para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições". Neste sentido, as considerações de José Afonso da Silva (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ªed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 833) a respeito dos indígenas são válidas para o caso presente: "o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado (...) que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para identificação do índio brasileiro". O art. 2º, "caput", e o art. 3, §4º, do referido Decreto, pois, estão em conformidade com as previsões da referida Convenção.

(...)

De salientar, ainda, que a Convenção garante, "sempre que possível", o direito "de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento" (art. 16.3). Em qualquer hipótese, as comunidades devem ser consultadas (art. 16.2, 16.4 e 17.2) e sua participação no processo é sempre indispensável (art. 2º.1), em especial quando existentes "medidas legislativas ou

administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente" (art. 6º. I. "b"), o que vem expresso no art. 6º do decreto questionado.

(...)

A demarcação, pois, não constitui o direito das comunidades quilombolas, mas é ato meramente declaratório. É situação, pois, similar à das terras indígenas, "ato que vincula a atuação do Estado, que deve se limitar a reconhecer a ocupação dos quilombolas de uma determinada área e expedir os respectivos títulos, não lhe cabendo decidir ou optar discricionariamente pela conveniência ou oportunidade da expedição ou não daquele ato" (SANTILLI, op. cit, p. 177). Como relembra José Afonso da Silva em relação aos índios e totalmente aplicável ao caso, "não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. (...) ela é exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses" (SILVA, op. cit., p. 840 2008.04.00.010160-5, TRF 4ª Região).^{1292]}

Essa ação judicial está ainda em fase de instrução e aguarda julgamento pelo juízo de primeiro grau.

● **Comunidade Quilombola de Arapemã (PA)**

Outra ação judicial que destacamos é a Ação Civil Pública intentada pelo INCRA e pelo Ministério Público Federal em face de pretensos proprietários de terras no município de Santarém, estado do Pará.

A comunidade quilombola do Arapemã tem seu território em uma ilha no rio Amazonas, cerca de 30 minutos de barco de Santarém. Há muitos anos sofre um fenômeno natural por eles designado de "terras caídas". As águas do rio Amazonas têm diminuído o território da comunidade, precisamente na área em que estão as casas, uma vez que provocam erosão nesse lado da ilha. No extremo oposto da ilha, onde estão os pretensos proprietários e posseiros não quilombolas, esse fenômeno não se verifica.

Devido a esse fenômeno natural, e também ao fato de grande parte da ilha, território quilombola do Arapemã, estar em poder de não quilombolas, na década de 1990, famílias da comunidade tiveram que se mudar e se fixar na periferia do município de Santarém por não terem terras onde colocar suas casas.

A partir de 2007 a Terra de Direitos iniciou trabalho de assessoria jurídica popular com comunidades quilombolas locais, ligadas à Federação das Organizações Quilombolas de Santarém. O desenvolvimento das atividades focou a capacitação das lideranças quanto aos direitos territoriais e o acompanhamento dos procedimentos administrativos de titulação dos territórios junto ao INCRA. Essas

[292] Acórdão referente ao Agravo de instrumento nº 2008.04.00.010160-5, TRF 4ª Região.

atividades redundaram no empoderamento, pelas comunidades, de instrumentos jurídicos que contribuem na realização de ações relacionadas com a luta pela garantia e acesso ao território.

De posse de informações e conhecimentos jurídicos relativos ao direito de acesso ao território, a comunidade quilombola do Arapemã pôde redesenhar as estratégias de luta pelo território em um momento que o fenômeno das "terras caídas" os expulsava da parte territorial que estava sob sua posse direta.

Sabendo que o procedimento administrativo de titulação já estava em fase relativamente adiantada, com o RTID já realizado, entendendo que a situação decorrente do fenômeno das "terras caídas" e a presença de não quilombolas no território poderia expulsar os quilombolas da ilha, a comunidade do Arapemã, baseada em seus direitos territoriais e em reflexões sobre a conjuntura política local, entendeu que poderia pleitear junto ao judiciário a posse, mesmo que provisória, da parte da ilha não ocupada por quilombolas, mesmo antes do término no processo administrativo de titulação do território.

A estratégia jurídica traçada pela comunidade, assessorada pela Terra de Direitos, foi a de realizar representações a alguns órgãos públicos para que providências fossem tomadas quanto à continuidade da comunidade na ilha enquanto a titulação final fosse concluída, fato esse que dependia diretamente do acesso à parte de seu território que estava sob uso de não quilombolas.

O Ministério Público Federal, ao receber a representação, realizou tentativa de acordo com os possuidores não quilombolas. Não obtendo êxito, o Ministério Público Federal, em parceria com o INCRA, ajuizou Ação Civil Pública para viabilizar à comunidade quilombola acesso ao seu território, com a conseguinte garantia de sua existência, mesmo antes de finalizado o procedimento administrativo de titulação.

A ação foi julgada procedente em primeiro grau, determinando-se sua imediata execução, independente de recurso com efeito suspensivo, garantindo à comunidade acesso ao território. Ainda haverá julgamento em segundo grau, mas os quilombolas do Arapemã já têm autorização judicial para se instalar no outro lado da ilha.

Este caso chama a atenção, visto que a determinação judicial, na prática, reconhece o direito de acesso ao território necessário para a reprodução física, social e cultural da comunidade, antecipando a esta a posse, mesmo que provisória, de uma área reivindicada como seu território e que estava sob a posse de terceiros não quilombolas.

● Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239, contra o Decreto 4.887/2003

O terceiro caso a ser apontado é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239, ajuizada pelo antigo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Partido Democratas, em 2004, e que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade, formal e material, do Decreto Federal 4.887/2003. A eventual declaração de inconstitucionalidade do citado decreto poderá trazer efeitos muito negativos para a política pública de titulação, uma vez que, declarado inconstitucional o Decreto 4.887/2003, voltará a vigorar o antigo Decreto 3.912/2001, o que caracteriza enorme retrocesso, podendo mesmo chegar a inviabilizar a realização do direito de acesso ao território das comunidades quilombolas.

Com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade formal e material do decreto, a ação proposta pelo Partido Democratas ataca a forma com que a política foi instituída, ou seja, por decreto, defendendo a tese de que o art. 68 do ADCT da Constituição necessita de regulamentação legal infraconstitucional para ter plena eficácia. O acolhimento da citada tese, além de surtir efeitos de total desregulamentação administrativa dos procedimentos de titulação, pode ainda vir a ter efeitos retroativos sobre todos os procedimentos de titulação finalizados ou em andamento cuja referência tenha sido o citado decreto.

No mérito da ação, se acolhidas as teses do Partido Democratas, haveria uma completa ressignificação do conteúdo normativo do art. 68 do ADCT da Constituição, deixando-o praticamente sem conteúdo para assegurar às comunidades quilombolas a necessária titulação de que dependem para continuar a existir.

O partido questiona desde o direito à autoidentificação das comunidades, tema já pacífico em âmbito internacional, inclusive no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Questiona-se, ainda, a abrangência do direito de acesso à terra.

A ação foi ajuizada no ano de 2004 e distribuída ao Ministro Cezar Peluso, e ainda não foi julgada. No feito, existem diversas manifestações, contra e a favor da constitucionalidade do decreto, além daquelas que comumente estão previstas nesse tipo de ação. Até o momento existem 12^[293] petições requerendo habilitação na qualidade de *amicus curiae* protocoladas nos autos, sendo 7 a favor da constitucionalidade do decreto e 5 pela inconstitucionalidade.

Os *amici curiae* apresentados pró-inconstitucionalidade, em sua maioria, são de organizações dos setores empresariais, como a Confederação Nacional da Agricultura e a Confederação Nacional da Indústria. Esta última contratou parecer do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Vellozo, que opinou pela declaração integral de inconstitucionalidade do decreto. A este bloco ainda se soma o Estado de Santa Catarina.

O outro bloco é composto de *amici curiae* apresentados por organizações da sociedade civil, comunidades quilombolas diretamente representadas e pelos Estados do Pará e do Paraná, todos defendendo a constitucionalidade do decreto.

Pela análise dos autos, percebe-se que há uma estratégia coordenada de defesa da constitucionalidade do decreto, com diversas manifestações que se complementam. Exemplo são os vários requerimentos já realizados para realização de audiência pública antes do julgamento do feito.

Acredita-se que, pelo fato de o tema ser relativamente novo no Supremo Tribunal Federal, vez que até o momento o colegiado não julgou nenhuma ação relacionada, também pelo fato de os efeitos do julgamento terem repercussão nacional, vinculada, além de se tratar de matéria referente à preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro, seria salutar, para bem preparar o processo para julgamento, a realização de audiência pública para que todas as posições possam ser expostas aos ministros do Supremo Tribunal.

O caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade demonstra os interesses contrapostos bem distintos e delineados da questão quilombola. De um lado, o setor mais conservador da sociedade, que defende teses em favor de um direito de propriedade absoluto e que não reconhece a necessidade, muito menos o direito, de as comunidades quilombolas obterem os meios necessários para sua continuidade, ou seja, o acesso ao território tradicionalmente ocupado. De outro lado, estão os que defendem a realização do direito humano de acesso ao território como ação imprescindível para a consecução de outros direitos humanos, como à cultura, moradia, alimentação adequada, saúde e educação.

Lamentavelmente, nesse conflito de interesses, prevalece o discurso de defesa das condições para o desenvolvimento do capital, em detrimento do clamor pela defesa da preservação do patrimônio cultural, material e imaterial brasileiro, através do reconhecimento, garantia e realização do direito de acesso ao território para as comunidades quilombolas, somados aos direitos humanos econômicos e sociais de seus membros.

A Terra de Direitos intervém nestes três casos de judicialização dos direitos territoriais quilombolas, o que possibilita instrumentos para refletir sobre a tutela coletiva das questões territoriais quilombolas em juízo e fora dele e, desta forma, contribuir para a qualificação das estratégias da assessoria jurídica popular na efetivação do direito de acesso ao território.

A princípio, pode-se afirmar que a judicialização da questão territorial quilombola é uma realidade concreta e que do posicionamento majoritário a ser adotado pelo sistema de justiça irá depender o sucesso da garantia do direito de acesso ao território. Não que uma posição do judiciário favorável à titulação, nos

moldes da atual política pública, signifique a sua efetiva realização. Mas é possível afirmar que uma resposta negativa do poder judiciário terá a força de impedir a realização da política pública.

Nos três casos expostos, uma premissa básica verificável foi a intervenção consciente e politicamente organizada das comunidades como orientadora da participação dos demais atores envolvidos na defesa dos direitos territoriais quilombolas. Em todos os casos a opinião do movimento social, ou seja, dos quilombolas organizados, é determinante e fundamental para que seja traçada a estratégia de intervenção jurídica em cada situação, sempre ao passo da estratégia política e mais geral do movimento social no tema.

Tanto na ação que envolve a comunidade Invernada Paiol de Telha, como no caso do Quilombo do Arapemã, o judiciário apresentou respostas, ainda que não definitivas, de defesa dos interesses das comunidades quilombolas e da efetivação dos direitos humanos. Essas vitórias, mesmo que parciais, indicam que o poder judiciário não é um bloco monolítico que apenas se presta a defender os interesses da classe dominante. É fato que há uma disputa dentro do próprio sistema de justiça sobre as teses que irão prevalecer nesse tema. Nesse ponto a assessoria jurídica popular tem importante papel.

Também é importante ressaltar que as intervenções judiciais relacionadas à defesa dos interesses das comunidades quilombolas, ao menos nos três casos que nos servem para reflexão, têm em comum a atuação diferenciada da advocacia popular ante os demais escritórios de advocacia comercial. Só através da realização da assessoria jurídica popular a comunidade é chamada a ocupar o papel de protagonista da elaboração e utilização de teses jurídicas que irão embasar os litígios.

Diferente do sistema comercial da advocacia, no qual os advogados traçam as estratégias judiciais sem a participação dos seus clientes, nos casos citados as comunidades, empoderadas dos conceitos e instrumentos judiciais postos à disposição, exercem papel decisivo na construção das estratégias judiciais de defesa de seus direitos. Ao realizarem tal tarefa de participação social e política popular no processo, contribuem para a necessária democratização do acesso à justiça e, também, direta e indiretamente, para o controle social do judiciário.

Nessa linha, é importante ressaltar que em todos os três casos apresentados, em um primeiro momento, as comunidades não compunham os pólos das ações judiciais, e a defesa dos interesses dos quilombolas ficava a cargo de um órgão público. A interferência direta das comunidades nos processos tem se mostrado relevante para que possa chegar ao judiciário a história desde a boca dos sujeitos historicamente envolvidos com aquele território. A possibilidade de participação direta dos quilombolas em juízo também ajuda o Estado brasileiro e o poder judiciário a recuperar e manter o equilíbrio e independência entre os poderes

públicos, que, como se sabe, podem mudar o referencial de atuação, conforme mude o entendimento do governante sobre o tema.

A participação direta das comunidades é salutar, visto que agrega novos elementos teóricos e fáticos às ações, contribui para o monitoramento da intervenção do Estado no tema e traz ao debate o real destinatário do direito de acesso ao território. As comunidades e organizações de defesa dos direitos humanos foram fundamentais para agregar à discussão jurídica o tema dos direitos humanos, tirando o litígio de uma perspectiva unicamente patrimonial e individualista.

Também podemos concluir que é indispensável para a defesa dos direitos humanos que se façam incidências junto aos órgãos de justiça, tencionando que a prestação jurisdicional esteja pautada no respeito e prevalência dos direitos humanos. Pode-se perceber que existem posições divergentes sobre o tema no judiciário, o que torna imprescindível a participação dos atores sociais, uma vez que fortalecem a ação daqueles magistrados com entendimentos que favorecem a realização dos direitos humanos.

Outros dois casos, estes não acompanhados pela Terra de Direitos, podem ser citados como referência de que a intervenção estratégica junto ao poder judiciário, somada a outras ações, pode surtir bons resultados para a efetivação de direitos humanos, reforçando as teses acima expostas.

Mesmo quando ainda não havia um marco legal administrativo federal específico para as titulações, algumas ações judiciais foram intentadas de forma a garantir a efetivação do preceito constitucional. A comunidade quilombola de Ivaporunduva, no vale do Ribeira, estado de São Paulo, ajuizou Ação Civil Pública para que o judiciário determinasse à União Federal a realização da titulação do território da comunidade.

A ação, que foi ajuizada pela Associação Quilombo de Ivaporunduva em 1994, transcorreu durante 14 anos, teve sentença de primeiro grau favorável à comunidade, sendo confirmada no Tribunal. A ação judicial, embora não tivesse o condão de obrigar a União a instituir uma política pública para titulação de territórios quilombolas, obrigou o Estado a realizar determinação constitucional relacionada com a efetivação de direitos humanos aos quilombolas.

Cumprе destacar que na ocasião o Tribunal Regional Federal da 3ª Região apontou que:

“Ademais, assegurar a terra para a comunidade quilombola afigura-se imprescindível não só para garantia de sua própria identidade étnica e cultural, mas também para salvaguardar o direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país (art. 215 da Constituição Federal).

Tratando-se de direito fundamental possui aplicação imediata, conforme dicção do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, haurindo-se do próprio texto constitucional o direito dos integrantes da comunidade quilombola de Ivaporunduva de granjearem a titulação da área por eles ocupada, contra tal direito não cabendo opor o domínio de entidade particular, que, pelo que se dessume dos autos, sequer ocupava ou se utilizava de alguma forma do imóvel.

*Diante do exposto, nego provimento ao recurso oficial, mantendo integralmente a r. sentença de fls. 1470/1479, que julgou procedente o pedido inicial, declarando-se os associados da autora como remanescentes de comunidade de quilombo, devendo a União, ou entidade pública por ela criada, emitir título de acordo com o modelo constante de fls. 1221/1223 dos autos, observando-se os limites das áreas estritamente ocupadas pela Comunidade Remanescente de Quilombo de Ivaporunduva, bem como devendo a União, ou entidade pública por ela criada, providenciar, no prazo de 30 (trinta) dias, o respectivo registro.*²⁹⁴

Esse é um típico caso de judicialização pró-ativa de direitos humanos, em que a litigância teve um papel fundamental na exigibilidade do direito já reconhecido em lei e que não era efetivado por completa inércia dos poderes públicos. Coube nesse caso ao judiciário, dentro dos limites de sua competência constitucional, decidir pela obrigação de fazer da união frente ao dispositivo de aplicação imediata da CF. Observe-se que, segundo esse entendimento, é desnecessária qualquer norma complementadora do conteúdo constitucional para lhe conferir eficácia plena, corroborando as teses defendidas pela assessoria popular.

Destaca-se que, com a propositura da ação, considerando ainda a posição favorável do judiciário ao pleito quilombola, a União e o Estado de São Paulo adotaram normas específicas para a titulação de territórios quilombolas. Não que a ação judicial tenha sido o único fator determinante para a criação de mecanismos que viabilizassem a realização da política estadual, mas com certeza teve importante papel.

Já a Associação Rural de Moradores do Quilombo Jamary dos Pretos, do Maranhão, no ano 2000, ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, junto ao Supremo Tribunal Federal, questionando a completa inércia do Estado brasileiro em viabilizar mecanismos que possibilitassem a realização dos direitos prescritos no art. 68 do A.D.C.T. da Constituição. Como já dito, até então não havia um marco no direito administrativo que pudesse orientar a administração na realização dos trabalhos de titulação dos territórios quilombolas.

Na inicial a associação assim expôs seus argumentos:

"A Constituição de 1988 representa verdadeiro marco jurídico-político no que diz respeito ao reconhecimento público da pluralidade étnico-racial que caracteriza a sociedade brasileira, do que derivou uma profunda reavaliação do papel ocupado pela cultura afro-brasileira e indígena, no passado e no presente, consideradas pelo constituinte como elementos fundantes da nacionalidade e do processo civilizatório nacional, ao lado da cultura de matiz europeu. Ilustrativas do reconhecimento de que falamos são as normas do art. 215, §1º, que prescreve a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e a do art. 216, §5º, por força da qual foram tombados todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. A par de tais prescrições, embora com elas não se confunda, figura o dispositivo do art. 68 das Disposições Transitórias, ora questionado, que conferiu aos remanescentes das comunidades de quilombos o direito de propriedade das terras por eles ocupadas. Convém sublinhar que ao deferir direito de propriedade, o constituinte fixou uma obrigação que transcende os domínios do cultural, *stricto sensu*, pelo que o dispositivo referido reveste-se de atributos típicos da matéria agrária, cujo regime legal, como se sabe, é robusto. Note-se que as cifras ventiladas nos debates constituintes e registradas nos anais, dão conta de que, já naquele período, era de domínio público a informação da existência de centenas destas comunidades espalhadas pelo país. Mais recentemente, recenseamentos realizados por órgãos governamentais apontam a existência de 724 comunidades, número objetado por centros universitários e pela Coordenação Nacional Provisória de Articulação das Comunidades Rurais Quilombolas, cujos levantamentos próprios indicam haver cerca de 1.000 comunidades de quilombos encravadas nas cinco regiões geográficas. Não obstante esta extraordinária conquista jurídico-institucional, decorridos 11 anos da promulgação da Constituição Federal, os dados atualizados do Executivo Federal registram a titulação de 05 (cinco) comunidades, ou seja, adotando-se a cifra governamental aludida, algo em torno de 0,7% das comunidades estaria excedendo o direito constitucionalmente assegurado."

AADPF tramitou sem que fosse julgada durante cinco anos. Contudo, em 2001, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso assinou o Decreto Federal 3912/01, instituindo uma forma administrativa para titulação dos territórios quilombolas. Ainda que o decreto, pela sistemática adotada para a realização, fosse em verdade um grande violador do direito à titulação, abriu caminho para uma ampla discussão sobre o tema, que redundou, anos depois, na edição, já pelo Presidente Lula, do Decreto Federal 4887/03.

A ADPF só foi julgada no ano de 2004. A decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa, embora tenha extinguido o feito pela perda do objeto em razão de já vigorar o Decreto Federal 4887/03, é suficiente para interpretar o entendimento do Ministro de que o Estado realmente não vinha adotando as medidas administrativas necessárias para a titulação dos territórios. Reconheceu ainda avanços entre os decretos de Fernando Henrique Cardoso e de Lula, constituindo-se em primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal chancelando a juridicidade da política pública de titulação hoje instituída.

Esses dois casos, abordados de forma absolutamente sintética, servem para reforçar que a sociedade tem possibilidades reais de realizar ativamente a justiciabilidade de direitos humanos, ainda que em temas polêmicos, e obter bons resultados no judiciário e fora dele. Analisando as consequências da judicialização dessas ações, aliadas a outras tantas ações sociais, houve contribuição direta para modificar o quadro de paralisia em que o poder público se encontrava nesse tema.

Com essas reflexões é possível, por fim, afirmar que o poder judiciário é um importante espaço de disputa pela efetivação de direitos humanos, e que existem reais possibilidades de vitórias na sua defesa, ainda que a estrutura do sistema de justiça não favoreça a prevalência de tais direitos em suas múltiplas dimensões. Na mesma linha, é importante consignar que é necessária uma mudança cultural na forma de prestação da atividade jurisdicional, para que o respeito aos direitos humanos possa ser mais exitoso no judiciário.

Não se está, contudo, afirmando aqui que o sistema de justiça seja o principal ou único espaço de intervenção na efetivação de direitos humanos, nem que a atuação nele seja imprescindível para qualquer luta social. O que se faz é chamar a atenção para as potencialidades desse espaço e para o uso estratégico que pode ser feito dele. Mas essas ações só se realizarão se a sociedade analisar, caso a caso, a possibilidade de incidência e, quando for favorável, efetivamente realizar a litigância para defesa de direitos humanos.

Nesse sentido, sabendo que o direito está em constante disputa, que os debates judiciais estão ocorrendo e surtindo efeitos nas políticas públicas e na realidade social, é relevante verificar que o ingresso em juízo através da assessoria jurídica popular pode, conforme o caso, estar diretamente ligada à efetiva realização material do direito abstratamente previsto em lei.

A disputa do conteúdo e abrangência dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional realizada pela ressignificação política da expressão cultural quilombola e de outras comunidades tradicionais não vem sendo realizada sem um pesado ônus para estes novos sujeitos coletivos de direitos. Tal politização do

cotidiano dessas populações tradicionais se reflete no número de vítimas dos conflitos no campo divulgado pela CPT^[295] no ano de 2008. As principais vítimas dos confrontos são as populações tradicionais, que envolvem indígenas, quilombolas, posseiros, ribeirinhos e camponeses. Em 2007, eles representavam 41% dos envolvidos nesses conflitos – são agora 53% do total. Os sem-terra, que ocupavam o primeiro lugar em 2007, caíram de 44% para 36%. Carlos Walter Porto Gonçalves, professor da UFF que elabora análises para o relatório da CPT desde o ano de 2003, afirma que essas comunidades estão sendo "expropriadas" (...), "São ocupantes históricos que não detêm a titularidade jurídica das terras"^[296].

Da análise dos elementos dispostos no presente artigo também se pode inferir que o sistema de justiça é mais facilmente acessado pelos setores mais conservadores da sociedade. Os institutos civilísticos e patrimonialistas que ainda norteiam majoritariamente a prática e cultura forense e a estrutura adaptada a conflitos individualizados favorecem o acesso desproporcional ao poder judiciário. Resta clara a necessidade de mudança cultural do sistema de justiça a fim de adequar-se aos novos conflitos coletivos que cobram uma postura transindividual e publicista no trato da matéria. A prevalência dos direitos humanos ante os patrimoniais deve nortear esse passo fundamental que o judiciário começa a dar ao aproximar-se da materialidade dos conflitos sociais. Como visto, a provocação criativa dos sujeitos coletivos e uma intervenção qualificada da advocacia popular se fazem fundamentais nessa mudança.

Nas análises aqui realizadas, temos como referência que “uma das expressões reais de poder é a ordem jurídica. Neste sentido, o Direito nem sempre tem sido um fator de harmonização e equilíbrio dos interesses divergentes e da globalização dos conflitos na estrutura sócio política. O direito, enquanto instrumentalização ideológica do poder, pode ser visto como materialização da coerção, opressão e violência.”^[297]

Entretanto, ser o direito um dos instrumentos de poder da manutenção do status quo não deslegitima a atuação no poder judiciário, pelo contrário, torna-a indispensável, sem olvidar de seus limites estruturais.

Nesse sentido, “o certo é que, na construção do saber crítico e dos projetos de juridicidade emancipadora, deve-se ter presente tanto a modificação da estrutura

[295] Dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT) sistematizados em relatório anual "Conflitos no Campo Brasil 2008" apontam que, no ano passado, houve 28 mortes por conflitos no campo – 20 delas na Amazônia Legal, área que concentra 72% dos assassinatos em conflitos no campo em 2008. O índice se refere a disputas pelo acesso à terra e à água, além de casos de trabalho escravo. O relatório da CPT, que passou a ser publicado de forma sistemática em 1985, cita ainda 44 tentativas de assassinato, 90 ameaças de morte, 168 prisões e 800 agressões. Esse é o principal levantamento no país sobre casos de violência ocorridos na zona rural. O número total de pessoas assassinadas se manteve igual ao índice verificado em 2007, no entanto, um dos aspectos negativos fica por conta do Pará – de 5 mortes em 2007 saltou para 13 em 2008. Outros três estados tiveram aumento no número de assassinatos: Bahia, Rondônia e Rio Grande do Sul. Houve uma morte para cada 54 conflitos no país em 2007. Já em 2008, a proporção foi de um homicídio para cada 42 ocorrências. O relatório Conflitos no Campo 2008 e outros estão disponíveis em: <<http://www.cptnac.com.br/>>.

[296] Disponível em: <<http://www.cptnac.com.br>>. Acesso em: 05 jan. 2010.

[297] Wolkmer, pg.93

social vigente, quanto a exploração das fissuras inerentes ao ordenamento jurídico estatal, desentranhando nele os elementos que favorecem a práxis progressista. Ademais a ocupação de espaços democráticos, no âmbito da ossificada cultura jurídica positivista, cria condições para forjar uma práxis diferenciada do direito^[298].

Parafrazeando Rui Portanova^[299], é importante ter em vista que a transformação social é feita de tarefas pequenas, grandes, grandiosas e humildes. Também aos que militam no judiciário cabe uma dessas tarefas, pois se acredita que este também é um agente da transformação. Agindo assim, a advocacia popular talvez não faça a revolução, mas, certamente, contribuirá para que o direito e judiciário não a impeçam.

[298] Wolkmer pg. 95

[299] Portanova.p.153.

Referências Bibliográficas

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras de preto no Maranhão: o mito do isolamento. .

_____. Terras de quilombo, terras indígenas, babaçuais “Livres Terras”, “Castanhais do Povo”, faxinais e Fundo de Pasto tradicionalmente ocupadas. : 2008.

FREIRE FLORÊNCIO, Jackeline Danielly. Quilombolas, o direito ao território étnico e a efetividade das políticas públicas de titulação.(Monografia). UFPE, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista. 3ª ed. Livraria do Advogado, 2001.

LITTLE, Paul. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 2002.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 5ª ed. Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Comunidades quilombolas: direito à terra. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Minc, Abaré, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. 3ª d. Revista dos Tribunais, 2000.

11 O ACAMPAMENTO ELIAS DE MEURA E UMA EXPERIÊNCIA DE ACESSORIA JURÍDICA POPULAR NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA

por *Luciana C. F. Pivato*^[300]

Introdução

A Terra de Direitos atua no caso do Acampamento Elias de Meura, localizado na Fazenda Santa Filomena, município de Planaltina, região noroeste do Estado do Paraná, desde o dia 31 de julho de 2004, quando a área foi ocupada por cerca de 400 trabalhadores do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST.

A escolha desse caso se deve ao seu conteúdo emblemático. No contexto dos movimentos sociais do campo, do Estado do Paraná, compreende-se que a história do Acampamento se destaca pela resistência das famílias, que sustentam a ocupação há mais de 5 anos em uma das regiões de enorme índice de violência contra trabalhadores rurais sem terra. Uma história de centenas de trabalhadores que legitimamente reivindicam a posse de um latifúndio desapropriado, por não cumprir a sua função social, para a construção de um assentamento da reforma agrária. Do ponto de vista da assessoria jurídica popular, o caso é paradigmático porque desde 2005 há uma liminar de reintegração de posse revogada e uma ação possessória suspensa, o que é bastante incomum para a realidade do Estado.

Considerando isso, o objetivo deste artigo é contar essa experiência de assessoria jurídica popular, que em razão da pluralidade das situações ocorridas no caso (atuação de milícias privadas armadas, com assassinato de um jovem sem terra, ameaças de despejo, lentidão no repasse das terras ao INCRA, etc.), desenvolveu-se por intermédio de múltiplos instrumentos de exigibilidade e justiciabilidade dos direitos humanos, dentre os quais se destacam:

- 1) mediação de conflitos – missão in loco;
- 2) denúncias;
- 3) incidência;
- 4) litigância.

A utilização de instrumentos como a mediação de conflitos, as denúncias e a incidência ocupa um lugar de destaque no acompanhamento do caso, pois, infelizmente, a história teve início com um lamentável episódio de violência cometida por jagunços contra trabalhadores rurais. No dia da ocupação, as famílias sem terra foram recebidas a tiros por uma milícia privada contratada pelo fazendeiro. O trabalhador Elias de Meura, de 20 anos de idade, foi assassinado, e outras seis

[300] Luciana C. F. Pivato: Advogada, Coordenadora Executiva da Terra de Direitos

pessoas ficaram feridas. Por isso, a intervenção no caso englobou missões in loco, denúncias a mecanismos de defesa dos direitos humanos, intervenções junto a órgãos públicos, etc., cujos objetivos eram garantir uma eficaz investigação, com a devida responsabilização dos autores da ação violenta, garantir a reparação das violações e defender a ação dos defensores de direitos humanos – neste caso, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - MST.

Outra estratégia utilizada foi a litigância nas ações judiciais, cujos objetos são a posse e a desapropriação da área. Um dos objetivos dessa litigância consiste em, simultaneamente, garantir a permanência das famílias sem terra na posse do imóvel ocupado e buscar a desapropriação definitiva da área para fins de reforma agrária.

Nas ações judiciais possessórias há ainda um importante objetivo que é ampliar a jurisprudência que consagra a prevalência dos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (Dhesca) em relação ao direito individual à propriedade privada e a impossibilidade de garantir tutela jurisdicional à propriedade que não cumpre sua função social, assim como construir um marco jurisprudencial sobre a necessidade de, em casos como esse, proteger a posse dos trabalhadores sobre a terra como forma de garantir acesso aos Dhesca.

Este texto vem, ainda, abordar um grave problema enfrentado no campo da reforma agrária, do qual o caso do Acampamento Elias de Meura é um exemplo. Trata-se da judicialização da política pública de reforma agrária, isto é, do uso que os latifundiários fazem de uma estratégia jurídica de paralisação da reforma agrária no Judiciário.

Para a finalidade de organizar o presente artigo, dividimos o texto em quatro etapas:

- I) Resumo do caso e contexto da região;
- II) As estratégias de assessoria jurídica popular aplicadas ao caso;
- III) A judicialização da política pública de reforma agrária;
- IV) Os aprendizados replicáveis e os objetivos esperados.

Resumo do caso e contexto da região

Na manhã do dia 31.07.2004, por volta das 5h da manhã, cerca de 400 pessoas ligadas ao MST ocuparam a Fazenda Santa Filomena, que há seis anos tinha sido objeto do Decreto Presidencial de 17 de agosto de 1998, que determinava a desapropriação da área para fins de reforma agrária, por descumprimento da função social, face à improdutividade constatada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

Ao ocuparem a terra, as famílias foram atacadas por jagunços da fazenda, que permaneceram por cerca de 3 horas disparando contra os trabalhadores^[301]. O episódio foi amplamente noticiado pelas mídias escrita e televisiva, que chegaram a divulgar imagens do ataque promovido pela milícia privada armada da fazenda.

O trabalhador rural de 20 anos de idade Elias de Meura foi assassinado e outras seis pessoas foram baleadas. O acampamento foi batizado com o nome do jovem assassinado e começou então a luta pela investigação das violações de direitos humanos e pela permanência das famílias na posse da terra.

Um dos motivos de termos escolhido esse caso para o presente trabalho é justamente a necessidade de denunciar as recorrentes violações de direitos humanos contra trabalhadores sem terra ocorridas no Noroeste do Paraná. O caso, sem sombra de dúvidas, é mais uma prova de como a impunidade contribui para a perpetuação das violações de direitos humanos cometidas contra trabalhadores sem terra. Nessa mesma região outros quatro trabalhadores^[302] foram brutalmente assassinados a mando de latifundiários e nenhum dos autores foi responsabilizado. No caso do trabalhador Sétimo Garibaldi, inclusive, o Brasil obteve uma recente condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, devido à falta de apuração dos fatos pelas autoridades competentes, desde a Polícia Militar, passando pelo Ministério Público, até Poder Judiciário^[303].

O noroeste do Paraná, região que hoje concentra grande número de assentamentos rurais, ficou conhecido internacionalmente como terra sem lei. Além dos homicídios, a região já foi palco de outros inúmeros casos de violências contra trabalhadores rurais sem terra, como as conhecidas “megadesocupações”^[304] realizadas no período do Governo Jaime Lerner. Essas violências foram julgadas no Tribunal Internacional dos Crimes do Latifúndio e da Política Governamental de Violação dos Direitos Humanos no Paraná, realizado no ano de 2001, em Curitiba^[305].

A presença de milícias privadas armadas, encobertas por empresas de segurança privadas de fachada, também se tornou um fato de conhecimento público. Os

[301] “O declarante e os demais participantes do movimento procuraram abrigo atrás dos veículos e também em curvas de nível existentes no local para não serem alvejados pelos disparos, e quando o declarante estava em uma curva de nível foi atingido na cabeça; o declarante mesmo ferido, e os demais permaneceram escondidos por cerca de três horas e meia, pois neste período os disparos que vinham em sua direção não cessavam, inclusive alguns integrantes se arrastavam no chão para se proteger dos disparos”. Depoimento prestado pelo trabalhador Eleandro Lima Rodrigues, no Inquérito Policial 49/2004, na data de 02/08/2004, fls. 12.

[302] Sétimo Garibaldi (27/11/1998 – Querência do Norte/PR); Sebastião Camargo (07/02/1998 – Nova Londrina/PR); Sebastião da Maia (21/11/2000 – Querência do Norte/PR); Eduardo Anghinoni (29/03/1999 – Querência do Norte/PR).

[303] Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Garibaldi Vs. Brasil, sentença de 23 de Setembro de 2009.

[304] Megadesocupações foi o nome dado ao conjunto de despejos forçados violentos realizados por um consórcio de fazendeiros, policiais e pistoleiros no período de 1997 a 2000. As operações eram realizadas durante as madrugadas e foram marcadas pela violência e tortura contra os trabalhadores rurais. Os homens, mulheres e crianças eram separados. Mulheres e crianças foram vítimas de torturas psicológicas. Lideranças foram torturadas, obrigadas a comerem fezes de gado, queimadas com brasas de cigarro, espancadas, etc.

[305] “Libelo: (...) 1ª Série – Despejos forçados com violação dos direitos à vida, à integridade física e psíquica, à inviolabilidade do domicílio, à moradia e à reforma agrária”. Sentença: “(...) Finalmente, esse Tribunal reconhece a responsabilidade pelas violações de Direitos Humanos de que tomou conhecimento no presente julgamento, do governo do Estado do Paraná. (...)”. Anais do Tribunal Internacional dos Crimes do Latifúndio e da Política Governamental de Violação dos Direitos Humanos no Paraná. Curitiba, 2002, p. 33 e 89.

próprios fazendeiros admitiram^[306], em diferentes ocasiões, à imprensa, que se utilizavam da contratação de “seguranças” privados para proteger suas propriedades contra as ocupações. Todos os casos de assassinatos de trabalhadores rurais acima mencionados tiveram envolvimento de pistoleiros, que, segundo os trabalhadores, pertencem a uma mesma milícia que age sob comando de fazendeiros da região.

No noroeste do Paraná também se situa a Comarca de Loanda, cuja Juíza Titular à época dos fatos, Elisabeth Kharter, foi denunciada várias vezes por favorecer os interesses dos latifundiários locais. Em um dos casos, o Brasil foi condenado pela Corte de Direitos Humanos da OEA^[307], por terem sido realizadas interceptações e divulgações ilegais do conteúdo de conversas telefônicas entre membros do MST, advogados populares e outros militantes da reforma agrária. Na época, sem qualquer fundamento legal, a juíza autorizou a instalação dos grampos telefônicos.

Apesar de todo o histórico de violações dos direitos humanos dos trabalhadores rurais sem terra, o Estado não tem implementado medidas eficazes de enfrentamento à impunidade e à ação das milícias privadas. De todos os homicídios ocorridos no local, só um caso, o do trabalhador Sebastião da Maia, foi recentemente levado a julgamento. Porém, a magistrada Elisabeth Kharter autorizou que uma testemunha, não arrolada pela defesa no momento processual adequado, prestasse um depoimento forjado, que acabou inocentando os acusados. O homicídio de Elias de Meura ainda continua em fase de inquérito policial, ou seja, sequer existe uma ação judicial em andamento.

A ineficiência da política pública de reforma agrária, somada à omissão do Estado quanto ao enfrentamento da violência contra trabalhadores rurais, desencadeia um ciclo vicioso de violações de direitos humanos.

Diante desse quadro, as iniciativas de assessoria jurídica popular precisam englobar estratégias dirigidas ao enfrentamento dos entraves políticos e jurídicos à efetivação dos direitos humanos. E é sobre as estratégias utilizadas no caso Elias de Meura, e que entendemos podem ser replicadas, que cuida a próxima etapa deste trabalho.

[306] O Fazendeiro Humberto Mano Sá ficou conhecido por propugnar a criação do Primeiro Comando Rural – PCR, criado em analogia, segundo ele, ao grupo criminoso Primeiro Comando da Capital – PCC. Quando da ocupação da Fazenda Santa Filomena, Marcos Menezes Prochet, acusado da execução do trabalhador rural Sebastião Camargo Filho e à época vice-presidente nacional da UDR - União Democrática Ruralista, concedeu várias entrevistas, tendo chegado ao local, junto com a polícia. Estava presente, inclusive, quando o proprietário da Fazenda, Francisco Gomes de Carvalho, agrediu em frente às câmeras de televisão um trabalhador rural, sem que a polícia tomasse qualquer atitude.

[307] Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Arley Escher e Outros Vs. Brasil, sentença de 06 de Agosto de 2009.

A estratégia de assessoria jurídica popular aplicada ao caso

Inicialmente, cabe fazer um pequeno comentário sobre o que se entende por assessoria jurídica popular. Não se trata de esgotar aqui nenhum debate sobre o seu conceito, tantas vezes melhor esmiuçado por companheiros advogados populares como Jacques Távora Alfonsin^[308], mas apenas registrar algumas reflexões que se tem feito no âmbito do trabalho da Terra de Direitos.

Como reflete Leandro Franklin Gorsdorf, as experiências da assessoria jurídica popular partem de um pensamento contra-hegemônico no campo do direito, contrapondo-se ao modelo liberal individualista do direito. Na concepção da professora Eliane Botelho Junqueira, a advocacia popular *“está voltada para os segmentos subalternizados e enfatiza a transformação social a partir de uma atuação profissional que humaniza o indivíduo, politiza a demanda jurídica e cria estratégias de luta e resistência, encorajando a organização coletiva”*^[309].

As ações desenvolvidas pela Terra de Direitos partem, pois, da premissa de que a assessoria jurídica popular possui um conceito amplo, ou seja, não se resume à prestação de serviços advocacia-cliente, tão pouco se restringe ao instrumento da litigância na via judicial. Desse modo, as estratégias de assessoria jurídica popular que desenvolvemos incluem a execução de ações a partir de diversos instrumentos de exigibilidade política e justiciabilidade dos direitos humanos, dentre os quais se destacam: incidência política, mediação de conflitos, missões in loco, advocacy, formação/informação sobre direitos humanos; campanhas, monitoramento de processos administrativos e litigância nas esferas nacional e internacional.

Antes ainda de passarmos à análise da estratégia aplicada ao caso do Acampamento Elias de Meura, é oportuno esclarecer que não se pretende afirmar essa como a melhor ou mais adequada metodologia de intervenção no campo da assessoria jurídica popular. Também se deve ressaltar que os instrumentos empregados no caso não se conformam em uma metodologia protagonizada exclusivamente pela Terra de Direitos. Muito pelo contrário, a complexidade dos casos e especialmente a necessidade de superação da enorme distância entre a afirmação formal e a garantia efetiva de direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, desafiam-nos permanentemente à construção coletiva e articulada de ações estratégicas.

Assim, o objetivo aqui é divulgar uma estratégia aplicada ao caso concreto, para que, naquilo que alcançou êxitos, possa ser replicada; também, quando não pôde superar obstáculos, que possa ser útil à reflexão de novas e ao aperfeiçoamento de boas práticas no campo da sociedade civil.

[308] Para Jacques Távora Alfonsin, o trabalho dos advogados populares “não dispensa os saberes interdisciplinares e os saberes das próprias vítimas que sofrem as injustiças que as trouxeram à assessoria. Antes de se construir num serviço para as vítimas, esse trabalho é realizado com ela”. (ALFONSIN, Jacques T. Dos nós de uma lei e de um mercado que prendem e excluem aos nós de uma justiça que liberta, Cadernos da Renap. p. 93-94)

[309] Apud, Leandro Franklin Gorsdorf. A advocacia popular – novos sujeitos e novos paradigmas. Cadernos RENAP n.º 6, 2005, p. 12.

Para definir a estratégia de intervenção no caso do Acampamento Elias de Meura, o primeiro passo foi a observação de que eram necessárias ações, articuladas entre si, porém com objetivos distintos: 1) ações relacionadas à violação do direito à vida - apurar a violência e impedir a impunidade dos responsáveis pela ação criminosa da milícia privada; 2) ações relacionadas à garantia do direito à posse: evitar o despejo e efetivar a desapropriação da área para fins de reforma agrária.

Muito embora a maior parte do trabalho tenha sido realizado simultânea e articuladamente, para fins deste relato dividiremos a análise da estratégia nestes dois campos de objetivos:

A assessoria jurídica e a luta contra a impunidade das violações de direitos humanos

Mediação de Conflito - Missão in loco

Ainda no dia da ocupação, quando as famílias sem terra foram vítimas de um violento ataque de pistoleiros armados, trabalhadores entraram em contato com advogados da Terra de Direitos, pedindo o apoio da organização. Foi então que nos deslocamos pela primeira vez ao local do conflito, com objetivo de contribuir com as famílias, averiguando a situação e prestando as primeiras ações de assessoria jurídica.

É importante dizer que a realização da missão in loco foi fundamental naquele momento, primeiro porque permitiu que fossem obtidas informações detalhadas sobre a violência sofrida, depois porque foi possível acompanhar vítimas e testemunhas nas primeiras oitivas junto às autoridades policiais.

Além disso, neste momento era necessário contribuir, fazendo a mediação nas interlocuções com representantes de órgãos públicos que se dirigiram ao local. Sobre essas interlocuções é que trata o item sobre Incidência logo adiante.

● **Denúncias**

Simultaneamente, outra parte da equipe, do escritório de Curitiba(PR), tratou de registrar as informações conseguidas e encaminhar denúncias a espaços de defesa dos direitos humanos. Foram então enviadas denúncias sobre as violações de direitos humanos à Ouvidoria Agrária Nacional (Ofício 66/2004), Secretaria Estadual de Segurança Pública (Ofício 71/04), Ministério Público Estadual (Ofício 73/2004) e Ministério da Justiça (Ofício 65/2004). Além disso, realizou-se incidência junto ao Ministério Público - Centro de Apoio Operacional Para Questões da Terra Rural, Judiciário e Polícias locais, para que interviessem no conflito.

Em dezembro de 2004, foram novamente encaminhadas denúncias^[310] à Procuradoria Geral do Estado do Paraná (Ofício 99/2004), Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Paraná (Ofício 100/2004), Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná (Ofício 101/2004), Secretaria Nacional de Segurança Pública (Ofício 102/2004) e Ouvidoria Agrária Nacional (Ofício 103/2004).

Compreende-se que a formulação das denúncias é fundamental por duas razões principais: 1) documentar o fato ocorrido; 2) instrumentalizar o monitoramento e a tomada de providências cabíveis por parte das autoridades públicas.

Uma das grandes preocupações, objeto das primeiras denúncias, era o contexto de impunidades das violações de direitos humanos cometidas contra os trabalhadores rurais, especialmente nesta região do estado do Paraná que, como vimos, possui um sistema de justiça ineficiente na defesa de direitos humanos.

Além disso, um dos absurdos que marcaram o caso foi a inexplicável fuga que os jagunços conseguiram empreender mesmo com a área cercada pela polícia ainda durante o conflito. Apenas dois “funcionários” da fazenda foram detidos e levados até a delegacia. Com eles foram apreendidas armas de fogo e munições^[311]. Em um galpão da fazenda foram localizadas fotografias de dois dos “seguranças” envolvidos nos crimes, Marcio da Silva e Marcos da Silva, ambos exibindo armas em punho. Apesar de tudo isso, ninguém ficou preso e até hoje as violações de direitos humanos, inclusive o assassinato de Elias de Meura, continuam impunes.

A inoperância do sistema nacional de justiça criminal deu causa ao uso de um outro instrumento, a litigância nos espaços internacionais, um dos caminhos encontrados no sentido de reforçar a ação em busca da reparação das violações de direitos humanos. Face à demora injustificada na investigação, a Terra de Direitos e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra estão encaminhando o caso do Acampamento Elias de Meura à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – CIDH/OEA, por entenderem que o caso representa descumprimento à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em particular aos artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (direito ao justo processo legal) e 25º (direito à proteção judicial).

● Incidência

Outro instrumento de assessoria jurídica popular utilizado no caso é a incidência para exigibilidade política de direitos humanos. A incidência que também pode se

[310] No ano de 2005, mais uma vez as violações foram denunciadas a esses órgãos. Já em março de 2006, foram remetidos ofícios aos Desembargadores Federais que decidiriam sobre os processos relativos ao caso (Ofícios 23, 24, 26 e 27/2006).

[311] “Esclarece que a Polícia Militar apreendeu duas armas de fogo calibre 2.0 com as pessoas que foram retiradas da sede da fazenda, sendo dito pelos Policiais que os mesmos seriam presos, quanto aos policiais que fizeram a prisão, o declarante conhece apenas o capitão de Lima e o Sd Marcio; a Polícia Militar localizou também vários cartuchos de diversos calibres os quais estavam nos locais em que as pessoas se escondiam e efetuavam os disparos. (...) O declarante inclusive viu quando Cidão ergueu sua arma e efetuou os disparos, e acredita que foi este disparo que atingiu seu filho na cabeça; a Polícia Militar apreendeu ainda uma arma de fogo longa a qual foi localizada na casa de José, o tratorista da Fazenda”. Depoimento prestado pelo trabalhador Amarildo Marques Rodrigues, nos autos do Inquérito Policial 49/2004, no dia 02/08/04, fls. 11.

dar por meio de campanhas e mobilizações, aqui verifica-se nas interlocuções realizadas com órgãos públicos locais, estaduais e federais com dever de ação no caso concreto.

Na esfera local, concentramos esforços para que o sistema de justiça criminal atuasse de forma eficiente na apuração das violações. Porém, conhecedora do histórico de parcialidade e comprometimento de autoridades locais com fazendeiros e latifundiários da região, a Terra de Direitos fez diversas interlocuções com a Procuradoria de Justiça do Estado do Paraná e com a Secretaria de Segurança Pública do Estado, para que garantissem uma eficaz investigação da violência cometida contra os trabalhadores. Ainda no âmbito do Ministério Público Estadual, incidimos junto ao Centro de Apoio Operacional Para Questões da Terra Rural. E, em âmbito nacional, foram feitas diligências junto à Ouvidoria Agrária Nacional e Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Além da incidência voltada à investigação e reparação das violações de direitos humanos, desde o início foi importante o diálogo junto ao INCRA, pois a solução do conflito só pode se dar, ao nosso ver, evitando-se o despejo e desapropriando-se definitivamente a área para reforma agrária. Portanto, ao INCRA diligenciamos por celeridade e eficiência na condução do processo de desapropriação. No tocante ao risco iminente, à época, de um despejo forçado das famílias sem terra, foi fundamental a incidência realizada, pois levou a autarquia a se manifestar formalmente na ação judicial de reintegração de posse, justificando o interesse do Estado-União no resultado do processo, o que contribuiu para o deslocamento deste, da Justiça Estadual à Federal, onde se deu a suspensão da ordem de despejo, como analisaremos adiante.

A assessoria jurídica como instrumento de defesa do direito à posse da terra

A Fazenda Santa Filomena pertence a Francisco Carvalho Gomes Filho e possui uma área de 1797 hectares, localizados nos municípios de Planaltina e Guairaçá, na região noroeste do Estado do Paraná.

Como já mencionado, a propriedade foi objeto do Decreto Presidencial de 17 de agosto de 1998, para fins de desapropriação para reforma agrária, por descumprimento da função social da terra, visto se tratar de área improdutiva, conforme vistoria técnica realizada pelo INCRA.

Apesar de ter sido considerada improdutiva, até o ano de 2004 a área não havia ainda sido entregue ao INCRA, fato que levou os trabalhadores à ocupação com o objetivo de pressionar o estado a destiná-la definitivamente ao assentamento das famílias sem terra.

Tão logo os trabalhadores ocuparam o imóvel, o suposto proprietário Francisco Carvalho Gomes Filho ingressou com a ação de reintegração de posse n.º 233/2004 junto ao Juízo de Direito da Comarca de Terra Rica. Já no dia 2 de agosto de 2004, dois dias após a ocupação, o Juiz Luiz Henrique Trompczynski concedeu uma liminar de reintegração de posse, determinando, pois, o despejo forçado das famílias acampadas.

É importante observar que mesmo estando diante de um caso em que graves violações de direitos humanos ocorreram, inclusive com o assassinato de um jovem e com outras seis pessoas feridas, algumas hospitalizadas em estado grave, e mesmo se tratando de um imóvel desapropriado porque não cumpria sua função social constitucional, motivo que levou à ocupação pelos trabalhadores sem terra, o Juiz decidiu determinar o despejo imediato das famílias sem sequer conceder a oportunidade de ouvi-las no processo, nem mesmo, nos termos do artigo 928 do Código de Processo Civil, que faculta ao juiz convocar audiência de justificação de posse ao invés de deferir a reintegração tão somente a partir das argumentações do fazendeiro.

Após a concessão da liminar, o suposto proprietário chegou a ajuizar um pedido de intervenção federal, n.º 2004.00156906, por entender que o não cumprimento imediato da ordem liminar de reintegração de posse caracterizaria um desrespeito do Poder Executivo à decisão proferida pelo Poder Judiciário, fato que, segundo ele, atentava contra os preceitos da República Federativa.

Litigância na Ação de Reintegração de Posse

Ao tomar conhecimento da liminar de reintegração de posse, a Terra de Direitos deu início a uma estratégia de defesa dos direitos humanos dos trabalhadores rurais sem terra, através da litigância na ação possessória.

Essa intervenção fundamentou-se, dentre outros aspectos jurídico-processuais, principalmente nos seguintes marcos:

- 1- A prevalência dos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (Dhesca) em relação ao direito individual à propriedade privada;
- 2- A impossibilidade de conferir proteção judicial à propriedade privada que não cumpre sua função social;
- 3- A necessidade de garantir o direito à posse da terra, como forma de garantir os direitos humanos à moradia, alimentação, educação, trabalho etc.

Antes de analisarmos mais detidamente esse conteúdo de mérito, presentes nas contestações, recursos e outras petições levadas ao processo, é necessário comentar brevemente o caminho jurídico-processual percorrido no desafio de evitar o despejo forçado das famílias.

O primeiro passo consistiu em levar ao Judiciário o debate quanto à incompetência da Justiça Estadual para apreciar e julgar ações que possuem como objeto uma propriedade sobre a qual recai um interesse da União. O assunto, já amplamente discutido no âmbito da advocacia popular, consiste em verificar que, se o INCRA já realizou uma vistoria técnica, detectou tratar-se o imóvel de grande propriedade improdutiva, e já houve inclusive Decreto Presidencial considerando a área de interesse para fins de reforma agrária, fica evidente o interesse da União no resultado do processo. Sendo assim, a competência para julgar qualquer ação judicial pertence à Justiça Federal, conforme determina o artigo 109, I, da Constituição Federal.

Após parecer favorável do Ministério Público Estadual, o Juiz da Comarca de Terra Rica acatou o pedido da Terra de Direitos e remeteu a Ação de Reintegração de Posse à Justiça Federal, Seção de Paranaíba (PR). Ao fazer isso, o Juiz reconheceu que a Justiça Estadual não era competente para decidir o pedido de reintegração de posse, feito pelo proprietário. A consequência direta foi a nulidade da decisão liminar que determinava o despejo das famílias acampadas. Em outras palavras, naquele momento não havia mais uma ordem de despejo válida contra as famílias sem terra.

Apenas três meses depois, em 11 de novembro de 2004, os trabalhadores acampados foram surpreendidos pela decisão^[312] do Juiz Federal Dr. Matheus Gaspar que reconheceu a competência da Justiça Federal, mas proferiu, novamente, a liminar de reintegração de posse a favor do proprietário da área.

A Terra de Direitos, mesmo considerando a hipótese do deferimento de uma nova liminar, diante daquele contexto político local, julgou não haver alternativa a não ser levar o processo à análise de outra esfera do Judiciário. Desse modo, deu início a duas estratégias de intervenção: a primeira delas foi recorrer imediatamente à instância superior, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre(RS); então, quase simultaneamente, incidiu junto ao próprio Juiz Federal da Vara de Paranaíba, com objetivo de levar informações que pudessem fazê-lo reconsiderar a decisão tomada.

O Juiz decidiu marcar uma reunião de conciliação. Em 30 de novembro de 2004, sob um clima bastante tumultuado - pois de um lado estavam representantes das famílias acampadas e do outro o fazendeiro responsável pela contratação da milícia armada que causou a morte do jovem Elias de Meura – foi realizada a reunião, mas,

[312] Autos da Ação de Reintegração de Posse nº 2004.70.11.002001-3, decisão de fls. 295-301.

evidentemente, não houve qualquer acordo. Porém, durante a audiência, os advogados dos trabalhadores buscaram demonstrar ao Juiz a importância de serem observadas as alegações dos trabalhadores quanto à improdutividade da área, quanto à necessidade de permanecerem na posse - pois não possuíam outro local para viver; quanto ao clima de tensão em que viviam em decorrência da violência praticada pelos funcionários da fazenda e, ainda, quanto à impropriedade das alegações do fazendeiro sobre a existência de uma estrutura no local indispensável à sua atividade agropecuária. O Juiz, percebendo as contradições entre as declarações dos trabalhadores e as do fazendeiro, decidiu, em atendimento ao pedido da Terra de Direitos, realizar uma inspeção judicial.

Inspeção Judicial

A inspeção^[313] foi realizada no dia 06 de dezembro de 2004. Os trabalhadores sabiam da importância daquele momento, pois se tratava de um acontecimento incomum, já que raríssimas vezes os juízes se dispõem a verificar pessoalmente a situação de um acampamento de trabalhadores rurais sem terra.

De fato, esse distanciamento talvez seja mais uma razão, dentre as muitas “injustificáveis”, da tamanha facilidade com que tantos juízes despejam centenas de famílias dos acampamentos rurais e urbanos no país. O fato é que, com fundamentos impregnados da classe social de onde aprendem a enxergar o mundo ou, ainda, sob o falso argumento da aplicação “neutra” da lei, juízes permanecem acomodados em seus gabinetes e, à revelia da realidade, despejando ao relento famílias que eles sequer viram alguma vez.

Pois bem, as famílias receberam o Juiz em clima de “solenidade”, entendendo que ali estava uma “autoridade” com poder de decidir o rumo de suas vidas. Afinal, se o Juiz ordenasse que fossem despejadas, para onde iriam? As famílias realizaram uma mística^[314] com objetivo de apresentarem ao Juiz, através de sua linguagem, a violência que sofreram no momento da ocupação e os motivos pelos quais lutavam por aquelas terras. Provaram ao Juiz que as afirmações do fazendeiro sobre a existência de uma sede, em bom estado de conservação, onde supostamente ele residia com sua família, não passava de um barracão de madeira, em péssimas condições estruturais, há tempos abandonado pelo proprietário. O Juiz Federal pôde ainda verificar que, apesar das condições precárias de vida, os trabalhadores mantinham o acampamento de forma organizada e destinavam a pouca estrutura existente na fazenda à manutenção de uma escola, de um posto de saúde alternativo, de um espaço coletivo para reuniões, enfim, nenhuma pessoa acampada fazia uso

[313] Relatório de Inspeção Judicial, fls. 370-371. Autos de Reintegração de Posse nº 2004.70.11.002001-3.

[314] Mística: A mística enquanto ritual é aqui compreendida como um complexo de ações simbólicas que busca a construção da identidade de um sujeito político através da formação da subjetividade dos indivíduos. No congresso como em todos os eventos de ação coletiva do MST a mística aparece intensamente, busca obter unidade entre os participantes, e faz com que as pessoas se sintam bem em participar da luta e serve de veículo de aplicação dos princípios organizativos (Stédile, 2000). (Luís Carlos Vieira. A Mística no MST: Um Ritual Político. Disponível em http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1213630966_ARQUIVO_AMisticoMST.pdf . Consulta em 13 de janeiro de 2009)

individual da pouca estrutura disponível no local. Além disso, o Juiz visitou as roças e hortas das famílias, que, em apenas 04 meses de ocupação, já mantinham lavouras de subsistência, dando à área uma função social.

O Juiz Anderson Furlan Freire relatou a situação verificada em um laudo de inspeção judicial, que logo após serviu para que o Juiz Federal Substituto, Dr. Matheus Gaspar, considerasse a existência de fatos novos a serem observados e decidisse^[315] pela revogação da liminar e suspensão do processo de reintegração de posse até o julgamento final das ações judiciais que discutem a desapropriação das terras.

Essa experiência é exemplo da importância, já tantas vezes dita pelos advogados populares, de apropriar-se o Judiciário mais cautelosamente dos fatos que envolvem conflitos coletivos, seja por meio de inspeções como a realizada no Acampamento Elias de Meura, seja dando oportunidade para que os trabalhadores sem terra possam contar a sua versão da história. Infelizmente, essa não é uma prática recorrente, e em sede de ações possessórias contra ocupações de terra o comum, e infelizmente corriqueiro, é que se conceda a liminar de reintegração, inaudita altera pars, ou seja, sem sequer ouvir a outra parte (no caso, centenas de famílias!).

Uma das grandes conquistas da defesa, na litigância pela posse da terra, foi sem dúvida a reconsideração da ordem de despejo dos trabalhadores rurais, que permanecem acampados em luta pela desapropriação definitiva da fazenda.

A decisão proferida pelo Juiz Federal Matheus Gaspar, que analisaremos adiante, pelo seu conteúdo inovador, foi alvo de sucessivos recursos e pedidos de reconsideração por parte do proprietário da Fazenda Santa Filomena.

Apesar da incansável jornada jurídica, o resultado obtido foi bastante positivo, pois em 13 de abril de 2009 foi negado pedido de efeito suspensivo ao último recurso judicial (Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.006362-1/PR) interposto pelo proprietário. No dia 27 de janeiro de 2010, a quarta turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento a esse recurso, de modo que a reintegração de posse movida contra as famílias permanece suspensa. A litigância na defesa da posse continua sendo realizada, pois a ação de reintegração de posse, por hora suspensa, permanece sem julgamento definitivo. O resultado do conflito judicial depende do desfecho dos processos relativos à desapropriação do imóvel, nos quais as partes envolvidas até o momento são o INCRA e o suposto proprietário.

[315] Decisão proferida nos Autos de Reintegração de Posse nº 2004.70.11.002001-3, na data de 24 de janeiro de 2005, fls. 432-439.

Em síntese, o trabalho de assessoria jurídica aos trabalhadores está atualmente focado em dois principais processos:

- Ação de Reintegração de Posse, cujos objetivos são garantir a manutenção da decisão que revogou a liminar de reintegração de posse e suspendeu o andamento dessa ação até o julgamento da Ação Declaratória de Produtividade e, ainda, garantir que em seu mérito essa possessória seja julgada improcedente;

- Ação Declaratória de Produtividade nº 200170110000980: ajuizada pelo fazendeiro com objetivo de anular a vistoria técnica realizada pelo INCRA, que considerou a área improdutiva. Inconformado com sua derrota na primeira instância, o Fazendeiro interpôs a Apelação nº 2001.70.11.000098-0/PR junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reformou a decisão da Justiça Federal de Paranaíba e considerou a área produtiva. Diante disso, o INCRA recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, recursos que ainda não foram julgados. A Terra de Direitos busca se habilitar nesse processo, com objetivo de contribuir para a promoção dos direitos humanos dos trabalhadores rurais sem terra, por meio da desapropriação da área para fins de reforma agrária.

Fundamentos da defesa da posse

A decisão proferida pelo Juiz Federal Matheus Gaspar é paradigmática por possuir um conteúdo inovador e criativo no trato dos direitos humanos, ao considerar as três teses que fundamentam o acesso aos direitos humanos relativo ao direito de posse dos trabalhadores. Apesar de, ao iniciar a decisão, o Juiz ter deixado claro que entendia estarem presentes - tese que não corroboramos - os requisitos legais que o código processual civil elenca para o fim de se determinar uma reintegração de posse^[316]. Porém, considerou, depois, que a inspeção judicial realizada pelo Juiz Federal Anderson Furlan Freire trouxe para o processo novos fatos que justificavam a reconsideração da ordem de despejo.

Diante disso, o Juiz Federal Matheus Gaspar fundamentou sua decisão, da seguinte forma:

*“ (...) Convém destacar que a situação no local é extremamente tensa e o conflito gerado no local no dia da invasão resultou na morte de um dos integrantes do MST (...). **No caso em tela pode-se vislumbrar um conflito de interesses tutelados constitucionalmente: o direito de propriedade, sua função social, o devido processo legal, o direito à vida e à moradia. (...) Assim, em que pese a proteção constitucional, o direito a propriedade não é absoluto e ilimitado, pois deve ser apreciado em harmonia com os demais direitos ou garantias constitucionais. (...) Destarte, o interesse individual quando não atende sua função social,***

[316] “De plano, analisando apenas a questão possessória, foi comprovado que a parte autora estava na posse do imóvel e dele foi despejada contra a sua vontade, mediante violência, razão pela qual foi concedido o mandado liminar de reintegração de posse”. (Decisão proferida nos Autos de Reintegração de Posse nº 2004.70.11.002001-3, na data 24.01.2005, fls. 432-439)

resta superado pelo interesse coletivo. Se a propriedade não cumpre sua função social fica sujeita ao instituto da desapropriação, onde o expropriado sofre a perda do exercício de qualquer dos poderes relativos à propriedade, dentre eles a posse. O princípio do devido processo legal, garantia constitucional que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, I, IV), segundo Alexandre de Moraes possui estreita relação com o princípio da razoabilidade ‘que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público no exercício de suas atividades, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes’. Diante disso verifica-se que o caso não comporta uma decisão definitiva antes do julgamento dos recursos acerca da produtividade do imóvel, razão pela qual faz-se necessário analisar a conveniência da retirada de aproximadamente 250 famílias que ocupam o imóvel, em operação de risco evidente, demandando inúmeros recursos (efetivo, viaturas, logística, etc), ante a possibilidade de manutenção da sentença que julgou improcedente a declaratória de produtividade. (...) Desta forma, a desocupação do imóvel antes de uma decisão definitiva, em especial diante da possibilidade de imitar o INCRA na posse do imóvel, poderia ser demasiadamente danosa, gerando riscos talvez desnecessários.(...) Destarte, diante dos acontecimentos, (...), considerando em especial a situação instalada e a supremacia do interesse social, **REVOGO A LIMINAR** anteriormente concedida (...), e **SUSPENDO O PROCESSO** até o julgamento da ação declaratória de produtividade pela instância superior.”^[317]

Pode-se notar, pela decisão, que o Juiz acatou expressamente a tese da prevalência dos Dhesca em relação ao direito individual à propriedade privada, assim como a da impossibilidade de proteção judicial à propriedade privada que não cumpre sua função social, quando resta “sujeita ao instituto da desapropriação”. A decisão também pondera acerca da supremacia do interesse social e dos direitos à vida e à moradia em relação ao direito individual à propriedade privada, referindo-se, neste caso implicitamente, à tese da garantia da posse como acesso a outros direitos humanos como moradia, alimentação, educação etc.

A prevalência dos Dhesca em relação ao direito individual à propriedade privada

Parte relevante do trabalho de litigância na defesa do direito à posse dedica-se a provocar as instâncias judiciais a se manifestarem sobre o conteúdo dos direitos

[317] Decisão proferida nos autos da ação de Reintegração de Posse, nº 2004.70.11.002001-3, em trâmite perante a Vara Federal, Seção Paranavai, em 24 de janeiro de 2005, pelo Juiz Federal Substituto Matheus Gaspar.

humanos. Apesar de parecer óbvio o erro, o que se vê repetidas vezes, no exercício da assessoria jurídica popular em casos que envolvem o direito à terra, é que os litígios, na maioria das vezes, são resolvidos pelo Judiciário única e exclusivamente por meio da aplicação automática dos estatutos processuais associada a uma forte tradição civilista no trato dos conflitos coletivos e de caráter transindividual. Deixando-se de lado, dessa forma, – como se isso fosse admissível – todos os instrumentos formais (direito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, além da realização dos escopos ético e político da jurisdição^[318]) e materiais (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) que cuidam dos direitos humanos, além das normas constitucionais.

Em razão disso, uma das estratégias é informar todas as petições no curso do processo com o conteúdo de direitos humanos, objetivando-se construir marcos jurisprudenciais que favoreçam a efetivação de políticas públicas voltadas à promoção desses direitos também através de sua justiciabilidade.

No caso do Acampamento Elias de Meura, a litigância na ação possessória cuida desse aspecto, invocando a prevalência dos Dhesca em relação ao direito individual à propriedade.

A teoria que trata dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais prevê uma interdependência entre os diversos direitos do homem. A Constituição Federal de 1988 coloca dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, logo no seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana, a qual deve informar todo o ordenamento jurídico.

O direito à propriedade, no caso do Acampamento Elias de Meura, se preservado em relação ao proprietário da Fazenda, terminaria por violar todos os demais direitos fundamentais das famílias sem terra, que dependem da posse da terra para terem acesso ao direito à moradia e à alimentação, por exemplo. Tal interpretação fica mais clara ao ter-se em consideração que o princípio da dignidade humana é a linha mestra do ordenamento constitucional brasileiro.

A tese defendida encontra fundamento também em algumas experiências exitosas de advocacia popular, que já foram objetos de estudo nas conhecidas publicações “*A Questão Agrária e a Justiça*” e “*Questões Agrárias: Julgados Comentados e Pareceres*”. Nestas publicações, caso similar é comentado pelos juristas Jacques Távora Alfonsín, na primeira, e na segunda por Gustavo Tepedino e

[318] Segundo Cândido Rangel Dinamarco o processo deve perseguir fins compatíveis com um Estado Constitucional Social e Democrático de Direito através de seus escopos ético, social e político, além do jurídico. Finalidades pública e social que o autor define como a transição do processo da esfera privada do autor-proprietário de um direito subjetivo em busca de uma sentença favorável para uma dupla instrumentalidade em que a jurisdição deve perseguir além do desenvolvimento do direito material em questão, os fins de promoção social e participação política que informam o Estado Constitucional. In DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Anderson Schreiber. Trata-se do agravo de instrumento nº 598360 movido por trabalhadores rurais sem terra que em 4 de setembro de 1998 ocuparam a Fazenda Primavera, localizada no interior do Rio Grande do Sul. Dentre outras questões relevantes, o caso se torna paradigmático por ter o acórdão considerado que, quando estiverem em colisão os direitos fundamental e patrimonial, e não existindo outra saída que não o sacrifício de um deles, o sacrificado deverá ser o patrimonial. Diz o acórdão^[319]:

Garantia de bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio ao cidadão. (AI 598360 402. 19 CC. TJ-RS).

Alfonsín nos explica que, *“no que concerne aos direitos fundamentais presentes no caso, o voto os reconheceu como ‘mínimo social’, socorrendo-se de José Afonso da Silva, Ruy Cirne Lima e, de maneira especial, Ricardo Luis Lorenzetti. O primeiro sustenta a moderna configuração dos direitos humanos, especialmente os econômicos e sociais, como ‘indispensáveis à dignidade humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade’; para o segundo, ‘o homem e não a terra deve ser a base de toda a reforma agrária’; para o terceiro, um jurista argentino, os bens fundamentais, do tipo trabalho, moradia, educação, saúde, ‘correspondem à qualidade humana’. Sem a garantia deles ‘não caberia falar de pessoa’”*^[320].

O Desembargador Guinther Spode, que proferiu voto no recurso, argumentou que *“havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a única opção for esta.”* (AG 598 360 402 – TJ – RS).

Segundo Alfonsín, *“entre os valores sobre os quais se funda o ordenamento, figura entre outros o da dignidade da pessoa humana (inciso art. 6º da DUDH) nenhum outro direito de propriedade pode reivindicar respeito ou proteção, enquanto for ele próprio responsável pelo desrespeito dessa mesma pessoa”*^[321].

O caso do Acampamento Elias de Meura enquadra-se exatamente no entendimento citado, visto que, por um lado, estão os direitos à moradia, à alimentação, à educação, ao trabalho, enfim, às condições mínimas para a garantia de uma vida digna, por outro, está o direito individual à propriedade. Este, por sua vez, embora não possa ser desconsiderado, não constitui um direito absoluto, na medida

[319] ALFONSIN, Jacques Távora. A Terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais: Estudo crítico de um acórdão paradigmático. In: STROZAKE, José Jovelino. (Org). A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000, p. 211.

[320] ALFONSIN, Jacques Távora. A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: STROZAKE, José Jovelino. (Org). Questões Agrária: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002, p.24.

[321] ALFONSIN, Jacques Távora. A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: STROZAKE, José Jovelino. (Org). Questões Agrária: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002, p.24.

em que somente pode ser tutelado pela via jurisdicional quando atende a sua função social (elemento constitutivo do instituto da propriedade privada) e não atente contra os demais direitos humanos fundamentais, aspectos que serão discutidos no tópico posterior.

Nesse sentido, veio a decisão proferida pelo Juiz Federal Matheus Gaspar, transcrita acima. O Juiz, observando o choque entre direitos tutelados constitucionalmente, decidiu com fundamento no princípio da razoabilidade, que seria inconsequente realizar-se o despejo de 250 famílias para tutelar-se o direito de propriedade, ainda mais pelo fato de que essas famílias poderiam ser, logo em seguida, assentadas no local.

A impossibilidade de proteção judicial à propriedade privada que não cumpre sua função social

Outro aspecto abordado pela Terra de Direitos na ação possessória é a impossibilidade de proteger-se jurisdicionalmente a propriedade Fazenda Santa Filomena, pois a área não cumpre sua função social e, portanto, não se constitui sobre ela um direito dominial.

A Constituição Federal, ao tempo em que tutela o direito à propriedade, diz em seu artigo 5º, inciso XXIII que, para tanto, “a propriedade atenderá a sua função social”. O que a Constituição Federal estabeleceu foi uma regra para que o exercício da propriedade possa ser considerado um direito e assim ser protegido.

No artigo 185, a Constituição Federal diz ser insuscetível de desapropriação para fins de Reforma Agrária a propriedade produtiva. Dessa forma, dentre os requisitos da função social, o mais privilegiado pela Lei Maior foi a produtividade, requisito mínimo que deve ser cumprido para que sobre a propriedade incida um direito a ser tutelado.

Nesse sentido, a melhor doutrina, corroborada por juristas como Eros Roberto Grau e Luis Edson Fachin, questiona a possibilidade de conceder-se proteção possessória a propriedades nestas condições. Conforme Eros Roberto Grau:

"Sendo assim - isto é, não merecendo proteção jurídica, salvo a correspondente a uma indenização, na desapropriação -, ***a propriedade rural que não cumpra sua função social não goza da proteção possessória assegurada pelo Código Civil***, visto ter ela como pressuposto o cumprimento da função social da propriedade" (sem grifos no original) (Bernardo Mançano Fernandes et alii. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, páginas 145 e 146).

O prof. Edson Luiz Fachin, por sua vez, ensina que:

"O deferimento da proteção possessória, a partir da Constituição Federal de 1988, passou pela observação do cumprimento da função social da propriedade, e nessa perspectiva *afronta a Carta Magna o deferimento de reintegratória ao titular do domínio que, descumprindo a função social da propriedade, deixando-a abandonada e improdutiva, sem observâncias das normas protetivas do meio ambiente, quer proteger o que a Constituição não resguarda*. A 'constitucionalização' da solução dos conflitos emergentes das ocupações rurais em imóveis de extensões latifundiárias, improdutivas e que descumpram sua função social, impõe ao julgador uma nova postura, diversa do proceder clássico emergente da dicção estrita do Código Civil" (sem grifos no original) (Bernardo Mançano Fernandes et alli. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, página 290)

A questão é que o direito à propriedade, apesar de inscrito na Constituição Federal, não constitui um direito absoluto, de modo que seu exercício e sua proteção jurisdicional estão vinculados ao cumprimento das quatro dimensões de sua função social (produtividade racional e adequada, respeito às relações trabalhistas e ambientais e garantia do bem-estar dos proprietários e trabalhadores). Além disso, como já exposto acima, mesmo observando a função social, o direito à propriedade só merece tutela quando não afronte o princípio da dignidade humana. No caso do Acampamento Elias de Meura, numa ou noutra hipótese, não há como privilegiar, pela defesa exacerbada, a propriedade em detrimento dos direitos fundamentais de centenas de famílias sem terra.

Nesse sentido, vale transcrever com detalhe a fundamentação da decisão do Juiz Federal Matheus Gaspar:

Assim, em que pese a proteção constitucional, o direito a propriedade não é absoluto e ilimitado, pois deve ser apreciado em harmonia com os demais direitos ou garantias constitucionais. (...) Destarte, o interesse individual quando não atende sua função social, resta superado pelo interesse coletivo. Se a propriedade não cumpre sua função social fica sujeita ao instituto da desapropriação, onde o expropriado sofre a perda do exercício de qualquer dos poderes relativos à propriedade, dentre eles a posse.

A necessidade de garantir o direito à posse da terra, como forma de efetivar direitos humanos

A Terra de Direitos compreende que a defesa do exercício da posse pelos trabalhadores é necessária e fundamental porque além de se destinar à garantia do acesso à terra propriamente dito, através da posse é possível efetivar outros direitos humanos dos trabalhadores rurais.

A defesa do direito à posse dos trabalhadores rurais é tarefa bastante árdua, até mesmo porque nossos tribunais baseiam-se no conceito do Código Civil sobre a posse, como um poder de fato, correspondente ao exercício de uma das faculdades da propriedade. Sobre isso, vale dizer, como Marina Lacerda, que *“definições de posse como a de Hernández Gil, que se apega à sua densidade social, sem dúvida são mais interessantes e profícuas do que a conceituação do nosso Código Civil, que utiliza-se do mesmo conceito de posse do código de 1916, adotando a teoria objetiva da posse de R. Von Ihering”, romanista, com conceitos que ajudam pouco a pensar os desafios contemporâneos*”^[322].

A promoção de políticas públicas de direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais para os trabalhadores rurais e comunidades tradicionais requer a democratização e o acesso a terra e território para esses grupos. De fato, não há como desenvolver políticas públicas estruturais de garantia do direito humano à alimentação, à saúde, à moradia, à cultura, à educação, para as populações do campo, sem a garantia do direito à posse da terra e do território.

Nesse sentido, a estratégia de defesa jurídica da posse da terra pelos trabalhadores do Acampamento Elias de Meura também é invocar nas peças levadas ao Judiciário o direito humano ao acesso à terra como forma de garantir outros direitos humanos como a alimentação, moradia, educação, trabalho, etc.

No caso, por exemplo, do direito humano à alimentação, essa relação com a posse da terra aparece em diversos documentos e análises, como nas Diretrizes Voluntárias^[323], documento da FAO aprovado em 2004.

Recentemente, esteve no Brasil o Relator Especial das Organizações das Nações Unidas para o Direito Humano à Alimentação, Sr. **Olivier De Schutter**. Na ocasião as organizações da sociedade civil apresentaram informações sobre o cumprimento das recomendações anteriormente feitas por seu antecessor, Sr. Jean Ziegler, no ano de 2002. No documento entregue ao Relator, as organizações afirmaram que:

[322] LACERDA, Marina. O direito de resistência e a resistência do Direito: problematizando conflitos entre as ocupações de terra e os espaços jurídicos no Brasil contemporâneo. Monografia apresenta como requisito parcial para conclusão do curso de Direito, pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Curitiba. 2007.

[323] DIRETRIZ 8B- Terra - 8.10 Os Estados deveriam adotar medidas para promover e proteger a segurança da posse da terra, especialmente em relação às mulheres, aos pobres e aos segmentos desfavorecidos da sociedade, mediante uma legislação que proteja o direito pleno e em condições de igualdade a possuir terra e outros bens, incluído o direito à herança. Caso corresponda, os Estados deveriam estudar a possibilidade de estabelecer mecanismos jurídicos e outros mecanismos de políticas, em consonância com as suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos e de conformidade com o estado de direito, que permitam avançar na reforma agrária para melhorar o acesso das pessoas pobres e das mulheres aos recursos. Tais mecanismos deveriam promover também a conservação e a utilização sustentável da terra. Deveria se prestar uma atenção especial à situação das comunidades indígenas.”

“É fato que o Brasil avançou na questão legal do direito humano à alimentação, especialmente a partir de 2003. Além da aprovação de leis, como, por exemplo, a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, criação de instituições, como Conselho Nacional de Segurança Alimentar, Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, entre outros, foram criados e implementados programas governamentais com o objetivo de assegurar uma alimentação saudável e adequada a todos os brasileiros. No entanto, os avanços legais e os programas implementados não conseguiram atingir o objetivo e, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o país em 2009 ainda apresenta 14,4 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza e de desnutrição. Isso decorre do histórico descolamento entre a aprovação das leis e sua aplicação no país e do caráter não-estruturante dos programas governamentais voltados à alimentação.

A necessidade de promover mudanças estruturais deve ser a prioridade do Estado brasileiro. Essas mudanças estruturais passam pelo trato da relação entre o direito humano à alimentação em conjunto com o direito à terra e ao território, bem como com a redistribuição de renda”

De fato o direito dos povos tradicionais e trabalhadores rurais, assim como a soberania alimentar de todos cidadãos brasileiros, só pode ser promovidos se o Estado desenvolver políticas públicas eficazes de acesso a terra e território, tais como a reforma agrária e a titulação dos territórios às comunidades e povos tradicionais.

No caso do Acampamento Elias de Meura, a permanência na posse da terra, ainda que de forma precária – já que ainda não foi efetivada a transmissão definitiva do imóvel para fins de reforma agrária – contribui para a garantia do direito humano à alimentação das famílias acampadas. Aliás, apesar de toda a dificuldade, as famílias acampadas ainda conseguem prover o seu sustento através da agricultura familiar camponesa que desenvolvem no local.

Quanto ao direito humano à moradia, também fica evidente sua relação com a posse da terra. O artigo 11.1 do PIDESC determina que *“Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”*.

Por sua vez, o Comentário Geral nº. 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reflete sobre o conceito de moradia adequada e dentre os requisitos há disposição expressa quanto à segurança jurídica da posse. O item 8, 'a', do Comentário trata justamente da necessidade de enfrentar os despejos forçados como forma de garantir a posse, elemento básico do direito humano à moradia.^[324]

Sobre os despejos forçados, é importante dizer que o Comitê Desc da ONU os considera incompatíveis com as requisições do PIDESC e só poderiam ser justificáveis em situações extremas.

O Comentário trata ainda da adequação cultural como elemento que compõe o direito humano à moradia. Esse elemento guarda especial relação com os povos tradicionais e com os trabalhadores rurais.

Outro aspecto relevante: as famílias sem terra do Acampamento Elias de Meura, vivem em “barracos” de lona, que não podem ser considerados moradia adequada, mas sim um acampamento provisório. Assegurar a posse da terra a essas famílias é, pois, o primeiro e mínimo passo em direção à efetivação do direito humano à moradia adequada. Nesse sentido, o despejo forçado agravaria em muito as condições de vida dos trabalhadores rurais e consistiria em uma grave violação do dever do Estado em lhes garantir o direito humano a moradia adequada.

A intervenção jurídica em defesa dos trabalhadores é fundamentada no fato de que a posse da terra é também, no caso, uma forma de garantir o acesso ao direito humano à educação. Ocorre que, no Acampamento Elias de Meura há 5 anos está em funcionamento uma escola itinerária, projeto desenvolvido em parceria com o Estado do Paraná. Atualmente 31 crianças cursam o ensino fundamental. Além disso, existe no Acampamento um curso de alfabetização para jovens e adultos^[325].

Não é por outro motivo que o Desembargador Federal Edgard Lippmann Junior, em sede de agravo de instrumento nº 2009.04.00.006362-1 afirma que neste caso o *periculum* é inverso^[326], não do proprietário-autor da ação possessória, mas das famílias que se encontram na posse da Fazenda, já que qualquer medida reintegratória poderia ofender os direitos fundamentais destas famílias.

[324] “A posse toma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada) acomodação, habitação cooperativa, arrendamento, uso pelo próprio proprietário, habitação de emergência e assentamentos informais, incluindo ocupação de terreno ou propriedade. Independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de sua segurança, o qual garante proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças. Estados-partes deveriam, conseqüentemente (sic), tomar medidas imediatas com o objetivo de conferir segurança jurídica de posse sobre pessoas e domicílios em que falta proteção, em consulta real com pessoas e grupos afetados”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html>. Consulta em 21/10/09.

[325] Informações atualizadas junto aos trabalhadores acampados mediante contato telefônico realizado em 28/10/2009.

[326] “Em sede de cognição sumária, tendo em vista as peculiaridades que o caso encerra, mormente no que se refere à dúvida sobre a produtividade do imóvel, o que se discute no feito principal, bem como na ação declaratória (julgada improcedente) e na ação de desapropriação, não considero que esteja presente o necessário *fumus boni juris* a autorizar o deferimento do pedido de liminar, ao contrário, a situação apresenta evidente polêmica, razão pela qual considero que uma liminar pode acarretar mais prejuízos do que benefícios ao feito, sem falar que considero inegável que o *periculum* in mora favorece os ora recorrentes.” (Des. Federal Edgard Lippmann Junior 4ª Turma do Tribunal Regional Federal 4ª Região. 07/12/2004).

Em outras palavras, a defesa jurídica da posse da terra pelas famílias do Acampamento Elias de Meura passa necessariamente pelo viés do acesso aos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Trata-se de um caso em que o Judiciário é incitado, mais uma vez, a decidir entre a proteção incondicionada da propriedade individual privada e o cumprimento de seus compromissos na efetivação dos direitos humanos à terra, à alimentação, à moradia, à educação, à saúde, ao trabalho, à cultura, etc.

A judicialização da política pública de reforma agrária

Outro objetivo das ações de assessoria jurídica popular no caso do Acampamento Elias de Meura é levantar a questão sobre a responsabilidade do Poder Judiciário - os conflitos batem à sua porta por conta da abstenção do Poder Executivo de cumprir com seu dever de agir quanto à política pública de reforma agrária - decorrente da paralisação dos processos de desapropriação judicializados. Nesse aspecto, além da litigância nas ações possessórias, tem-se desenvolvido ações de incidência com a finalidade de desobstruir os entraves judiciais à imissão do INCRA na posse da área da Fazenda Santa Filomena.

Ocorre que o caso analisado é mais um exemplo em que a reforma agrária encontra obstáculo no Judiciário, que se mostra um espaço de luta importante dos latifundiários para desacelerar a efetivação dessa política pública. Recentemente, a Procuradoria-Geral do INCRA identificou cerca de 220 ações de desapropriação para fins de reforma agrária paralisadas na justiça federal há anos, sem a imissão liminar do INCRA na posse do imóvel, suspendendo e inviabilizando judicialmente a realização da reforma agrária no Brasil e, conseqüentemente, desrespeitando os Dhesca. De acordo com a autarquia, se essas ações fossem julgadas a seu favor, cerca de 11 mil famílias sem terra seriam beneficiadas com assentamentos rurais^[327].

O fato é que a assessoria jurídica dos ruralistas desenvolveu uma estratégia de paralisação das ações de desapropriação de terras que tem sido complacentemente aceita pelo Judiciário. A estratégia consiste na interposição de ações ordinárias declaratórias de produtividade, ações anulatórias de ato administrativo (no caso, o decreto presidencial de desapropriação para fins de reforma agrária), e/ou de mandados de segurança (à revelia de entendimento pacífico do STF do não cabimento deste remédio constitucional nesses casos).

Sobre esse assunto, é importante dizer que a Lei Complementar nº 76/93 prevê um rito sumaríssimo, e um caráter preferencial e prejudicial às ações de desapropriação sobre outras ações que tratem do mesmo imóvel. Em outras palavras,

[327] INCRA. Relatório do Incra aponta mais de 200 processos de desapropriação parados no Judiciário. Seg, 27/04/2009 16:55. Disponível em <http://www.incra.gov.br/portal/index.php?view=article&catid=1:ultimas&id=12005:relatorio-do-incra-aponta-mais-de-200-processos-de-desapropriacao-parados-no-judiciario&format=pdf>. Consulta em 13/01/2010.

a ação de desapropriação possui prioridade processual em relação a qualquer outra ação relativa ao imóvel, existindo inclusive a previsão de uma medida liminar em favor do INCRA, que deve ser imitada na posse do imóvel em até 48 horas.

Porém, ao intentar, perniciosamente, as ações acima mencionadas, os ruralistas pleiteiam de imediato a suspensão do processo judicial de desapropriação, até o julgamento final, leia-se, até o trânsito em julgado das ações paralelas, o que acabou por se tornar a regra aplicada pelo Judiciário que, à revelia expressa da LC 76/93, confere preferência às ações de rito ordinário, suspendendo a ação de desapropriação sem, ao menos, imitar o órgão federal responsável pela realização da reforma agrária na posse do imóvel.

O problema tem sido pautado em diversas reuniões, audiências, seminários junto aos agentes públicos responsáveis e a sociedade civil organizada. Em março de 2007, a Terra de Direitos realizou na cidade de Recife, Pernambuco, o Seminário Nacional “Reforma Agrária e Direitos Territoriais: os desafios e os obstáculos aos operadores do direito”. A atividade contou com a participação de diversos advogados populares, juízes, procuradores, professores que, dentre outros assuntos, buscaram coletivamente construir estratégias de enfrentamento a esse problema. Em 2009, o próprio INCRA reuniu, novamente em Recife, seus procuradores, advogados, etc., para discutir o assunto.

Recentemente, a atuação conjunta da sociedade civil e da Procuradoria do INCRA conseguiu que figurasse como recomendação do Fórum de Conflitos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça a edição de uma Súmula, no STF, para o cumprimento do rito sumário, nas ações de desapropriação^[328].

O caso do Acampamento Elias de Meura é exatamente um exemplo de como essa estratégia jurídica dos ruralistas interfere na política pública de reforma agrária. Apesar de os trabalhadores estarem há mais de 5 anos acampados na área, e mesmo com a desapropriação das terras ter se dado em 1998, a imissão do INCRA na posse do imóvel foi suspensa em decorrência da já citada Ação Declaratória de Produtividade interposta pelo fazendeiro.

Com isso, o trabalho de assessoria jurídica desenvolvido pela Terra de Direitos, ao mesmo tempo em que busca evitar o despejo forçado das famílias, incide para que essa ação ajuizada pelo fazendeiro seja julgada improcedente e, assim, seja a área definitivamente entregue ao INCRA para fins de reforma agrária.

Essa tarefa é bastante árdua. Como mencionado, o fazendeiro conseguiu reverter, através de uma Apelação julgada pelo TRF da 4ª Região, a decisão que corroborava a vistoria técnica realizada pelo INCRA que classificou o imóvel como

[328] Terra de Direitos. Boletim Informativo de 08/10/2009. Meta do CNJ irá mascarar a origem dos conflitos fundiários? Disponível em: www.terradedireitos.org.br.

improdutivo. Em outras palavras, o Tribunal Federal considerou a área produtiva. Contra essa decisão, o INCRA interpôs um Recurso Extraordinário, junto ao Supremo Tribunal Federal, e um Recurso Especial, junto ao Superior Tribunal de Justiça. Ambos ainda não foram apreciados pelos Tribunais Superiores.

Os assessores jurídicos da Terra de Direitos, por sua vez, lutam para que os trabalhadores sejam admitidos como parte interessada na Ação Declaratória de Produtividade, pedido reiteradamente negado pelo TRF-4 com o fundamento principal de que em nada as famílias poderiam contribuir com a matéria analisada nos autos, sendo parte passiva legítima apenas o INCRA e que o deferimento de tal assistência apenas contribuiria para o tumulto do processo.

Esse ingresso formal na ação é fundamental tanto para que sejam reforçados os aspectos técnicos que comprovam a improdutividade do imóvel, e, por conseguinte, o descumprimento da função social, como para que os Tribunais sejam provocados a se manifestarem sobre a matéria de direitos humanos que está presente no caso. Em síntese, não só pela improdutividade, mas principalmente quanto à possibilidade dos próprios sujeitos coletivos, afetados pela decisão judicial, participarem dos atos jurisdicionais, em cumprimento ao escopo político e social da jurisdição, assim como pela observância do conjunto de direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Espera-se que os Tribunais Superiores decidam, com celeridade, a favor da reforma agrária e dos Dhesca.

Aprendizados e considerações finais

Ao refletir sobre as ações desenvolvidas no caso do Acampamento Elias de Meura tem-se que muitas lições foram e são aprendidas, desde o momento inicial, em que as famílias sem terra ocuparam a fazenda e foram recebidas com a violência da milícia privada armada, até hoje, quando permanece presente o desafio de efetivar direitos humanos.

Dentre os tantos aprendizados, alguns merecem nesse momento ser destacados:

1. Em primeiro lugar, foi e tem sido fundamental a **construção conjunta das estratégias jurídicas e políticas** da intervenção. Como enfatiza Jacques Alfonsin, é preciso *“recuperar em cada caso o sentido etimológico do mandato (mãos dadas), o qual ultrapassa, por isso mesmo, o exercício de um encargo profissional”*^[329].

2. O trabalho neste caso também destacou a importância de **atuar a partir de múltiplos instrumentos de exigibilidade e justiciabilidade de direitos humanos**, reforçando o conceito amplo da assessoria jurídica popular. Nesse sentido, os resultados alcançados – como a revogação da liminar e a suspensão do processo de reintegração de posse – decorreram, principalmente, da atuação articulada com o movimento social e do uso de uma estratégia jurídica e também política, interpondo-se instrumentos como a mediação de conflitos, a incidência, as denúncias e a litigância propriamente dita.

3. Outro destaque é a importância de construir **parcerias e relações de confiança entre os sujeitos envolvidos** (movimento social, organizações de direitos humanos, advogados populares, setores do estado, etc.). Sobre isso, cabe dizer que atividades realizadas no local do conflito foram fundamentais. As visitas in loco garantem uma compreensão mais apropriada do conjunto dos fatos e qualificam a intervenção com informações e documentações fidedignas. A relação de confiança com o movimento social, com as famílias protagonistas do caso, tem sido imprescindível para realização do trabalho.

4. Tem sido fundamental **informar documentos, denúncias, ofícios e, principalmente, as petições com argumentos de direitos humanos**. Sem prejuízo do uso, adequado ao caso, da dogmática jurídica –

[329] ALFONSIN, Jacques T. Dos nós de uma lei e de um mercado que prendem e excluem aos nós de uma justiça que liberta, Cadernos da Renap, p. 94.

importante para se atingir resultados positivos no meio judicial – o objetivo principal do trabalho desenvolvido é a defesa dos direitos humanos dos trabalhadores rurais sem terra. Dessa maneira, tem sido importante sustentar teses como a da prevalência dos Dhesca em relação ao direito patrimonial, argumentação que, inclusive, corroborou a decisão que suspendeu o curso da ação possessória e revogou a liminar que determinava o despejo das famílias. Espera-se que o trabalho, nesse sentido, possa garantir que os tribunais superiores decidam em favor dos direitos humanos e transfiram definitivamente a área para a reforma agrária.

5. Outro aspecto que o caso exemplifica é a importância de **continuar e qualificar ainda mais as ações de assessoria jurídica popular em defesa dos direitos humanos**. É importante reconhecer a necessidade de **disputar politicamente o Poder Judiciário**, democratizar a Justiça para o fortalecimento da democracia e de uma cultura de direitos humanos. Recentemente, pôde-se notar alguns tímidos avanços nesse sentido, como as propostas do Fórum de Conflitos no Campo do Conselho Nacional de Justiça para a edição de uma súmula que garanta o cumprimento do rito sumário nas ações de desapropriação de terras.

6. É importante **apoiar as iniciativas de assessoria jurídica popular**. Para dar conta dos enormes desafios colocados - como o requintamento das estratégias jurídicas utilizadas pelos ruralistas para paralisar a reforma agrária no Judiciário - é necessário ampliar e garantir qualificação permanente aos assessores jurídicos populares.

Por fim, é preciso dizer que seguimos com o trabalho no caso do Acampamento Elias de Meura. Continuamos com as ações de incidência e de litigância em busca da transferência definitiva da terra desapropriada para o assentamento das famílias sem terra. Em parceria, MST e Terra de Direitos encaminham este ano o caso à Comissão de Direitos Humanos da OEA, com objetivo de buscar a responsabilização e a reparação das violações de direitos humanos cometidas contra os trabalhadores rurais. Seguimos na esperança de efetivar direitos humanos!

Referências Bibliográficas

ALFONSIN, Jacques Távora. Dos nós de uma lei e de um mercado que prendem e excluem aos nós de uma justiça que liberta. In: *Advocacia Popular. Cadernos da Renap.*

ALFONSÍN, Jacques Távora. A Terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais: Estudo crítico de um acórdão paradigmático. In: STROZAKE, José Jovelino.(Org). *A Questão Agrária e a Justiça.* São Paulo: RT, 2000.

ALFONSIN, Jacques Távora. A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: STROZAKE, José Jovelino.(Org). *Questões Agrária: julgados comentados e pareceres.* São Paulo: Método, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In STROZAKE, José Jovelino.(Org). *A Questão Agrária e a Justiça.* São Paulo: RT, 2000

DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GORSDORF. Leandro Franklin. A advocacia popular – novos sujeitos e novos paradigmas. *Cadernos RENAP*n.º 6, 2005.

LACERDA, Marina. O direito de resistência e a resistência do Direito: problematizando conflitos entre as ocupações de terra e os espaços jurídicos no Brasil contemporâneo. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito, pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Curitiba.2007.

VIEIRA. Luis Carlos Vieira. A Mística no MST: Um Ritual Político. Disponível em http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1213630966_ARQ_UIVO_AMisticoMST.pdf . Consulta em 13 de janeiro de 2009)

Fontes consultadas

Anais do Tribunal Internacional dos Crimes do Latifúndio e da Política Governamental de Violação dos Direitos Humanos no Paraná. Curitiba, 2002.

Comentário Geral n.º 4 Comitê sobre PIDESC. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html>. Consulta em 21/10/09.

INCRA. Relatório do Incra aponta mais de 200 processos de desapropriação parados no Judiciário. Seg, 27/04/2009 16:55. Disponível em <http://www.incra.gov.br/portal/index.php?view=article&catid=1:ultimas&id=12005:relatorio-do-incra-aponta-mais-de-200-processos-de-desapropriacao-parados-no-judiciario&format=pdf>. Consulta em 13/01/2010.

Terra de Direitos. Boletim Informativo de 08/10/2009. Meta do CNJ irá mascarar a origem dos conflitos fundiários? Disponível em: www.terradedireitos.org.br. CONTRACAPADO LIVRO

PREFÁCIO

Boaventura de Souza Santos

Conceito e sentido da assessoria jurídica popular em Direitos Humanos
Leandro Franklin Gorsdorf

Direitos Humanos no Brasil: a atuação de organizações da sociedade civil em defesa dos direitos sociais e ambientais
Sergio Leitão e Ana Valéria Araújo

“O grande atoleiro de carne”: mulheres, cervejas e Gilberto Freyre
Rebeca Oliveira Duarte

Advocacy feminista para o acesso à Justiça
Elena Erling Severo e Rubia Abs Da Cruz

Litigância estratégica em Direitos Humanos – A atuação da sociedade civil no acesso a medicamentos no Brasil
Marcela Fogaça Vieira e Renata Reis

Alimentos transgênicos, Direitos Humanos e o Poder Judiciário

Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou

Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo

Ester Rizzi e Salomão Ximenes

Plano Diretor e efetiva participação popular: a “revisão” do plano estratégico de São Paulo

Nelson Saule Jr., Karina Uzzo, Luciana Bedeschi, Vanessa Koetz, Stacy Torres e Isabel Ginters

A construção das hidroelétricas como afronta aos direitos de comunidades rurais

Rafael Filippin

A reafirmação da Raposa Serra do Sol e novos desafios

Joenia Wapichana

Justiciabilidade dos Direitos Humanos e territorialidade quilombola: experiências e reflexões sobre a assessoria jurídica popular na litigância

Fernando G. V. Prioste

O Acampamento Elias de Meura e uma experiência de assessoria jurídica popular na defesa dos direitos humanos dos trabalhadores rurais sem terra

Luciana C. F. Pivato

