

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**República Federativa do Brasil**  
**Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
LINDÔRA MARIA ARAUJO

**Conselho Editorial**

**Ministério Público Federal**

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor  
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

**Ministério Público do Trabalho**

REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho  
JORGE LUÍS SOUTO MAIOR – Professor Doutor

**Ministério Público Militar**

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

**Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS – Promotor de Justiça



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 4 - Número 15 - abril/junho 2005  
Brasília/DF



**Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 214

CEP 70200-901- Brasília/DF

Tel.: (61) 3313-5114 - Fax: (61) 3313-5185

Home page: <<http://www.esmpu.gov.br>>

E-mail: <[editoracao@esmpu.gov.br](mailto:editoracao@esmpu.gov.br)>

© *Copyright 2005. Todos os direitos autorais reservados.*

**Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa**

Hindemburgo Chateaubriand P. D. Filho - Procurador Regional da República

**Setor de Apoio**

Adriana Ribeiro Tosta

**Setor de Documentação e Editoração**

Cecilia S. Fujita dos Reis

**Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato Cavalcante

**Editoração eletrônica, fotolitos e impressão:**

Artes Gráficas e Editora Pontual Ltda. - SIG/Sul Quadra 08 n. 2315

CEP 70610-400 - Brasília/DF - Tel.:(61) 3344-1210 - Fax: (61) 3344-3041

E-mail: <[graficapontual@ibestvip.com.br](mailto:graficapontual@ibestvip.com.br)>

**Tiragem: 3.000 exemplares**

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

---

**Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília: ESMPU, ano 4, n.15, abr./jun., 2005

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

---

## Editorial

Eis a 15ª edição de nosso *Boletim Científico*, em seu 4º ano. No mundo dos periódicos, pródigo em nascimentos, mas nem sempre em longevidade, já é algo a comemorar. Fixa uma tradição. Ainda melhor quando não se tem o ranço das permanências fossilizadas. Porque esta é também a 2ª edição de uma nova fase e renovado projeto editorial. Aqui se combinam qualidades que habilitam nossa publicação como legítimo veículo de cultura, palavra que num de seus sentidos mais interessantes significa o elo “entre o passado e o futuro”. É fixação de tradição, mas de janelas abertas para novos horizontes, construindo no diálogo com o presente mais uma fonte de memória.

A diversidade de matérias apresentadas, por sua vez, vai firmando esta publicação como veículo de cultura jurídica com dicção peculiar entre as publicações atuais. A qualidade, sempre em ascendência, coroa de regozijo mais esta etapa de labuta editorial.

Sem pejo de incidir no lugar-comum, repetiremos que não se faz boa publicação sem parceria afinada nas duas pontas principais da empreitada, como são os nossos autores e os nossos leitores. Agradecendo aos autores pelo alto nível de seus trabalhos, pedimos que sigam escrevendo mais e mais. Aos leitores que ainda não se aventuraram, fica o incentivo para que pisem em terreno novo, seja lapidando um bom pensamento que apareça, entre tantos que nos apresenta a rotina das lides jurídicas, seja quem sabe resenhando, para que não deixemos também de ler, aquela publicação de que gostaram mais ou que consideram digna de ser divulgada.

Aguardando as imprescindíveis colaborações de mais antigos e de novos autores, desejamos a todos muito boa leitura.

MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS  
Membro do Conselho Editorial da  
Escola Superior do Ministério Público da União



# Sumário

## Seção I – Direitos Humanos

Análise dialética da legítima defesa antecipatória: o contraste entre a Doutrina Bush e o Direito Internacional  
*Hidemberg Alves da Frota*.....11

Direitos humanos e refugiados: evolução da problemática dos refugiados desde o pós-guerra até os dias atuais  
*Julia Bertino Moreira*.....33

Preconceito, discriminação e ressurreição social do negro no Brasil  
*Marco Aydos*.....57

## Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

*Burn-out, mobbing* e outros males do *stress*: aspectos jurídicos e psicológicos  
*Elaine Nassif*.....103

Proteção à diversidade biológica e cultural na Constituição Brasileira  
*Juliana Santilli*.....121

A jurisprudência ambiental em zona costeira: aplicação do Código Florestal em áreas urbanas  
*Marga Inge Barth Tessler*.....151

### **Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais**

#### **Videoconferência no processo penal**

*Vladimir Aras*.....173

#### **A reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar: breves considerações sobre seu alcance**

*Jorge César de Assis*.....197

### **Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas**

#### **Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação**

*Cláudio Pereira de Souza Neto*.....207

#### **Possíveis contribuições do *Common Law* em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual**

*Julio Alberto Díaz*.....229

### **Seção V – Temas Atuais**

#### **O Estatuto da Cidade e o planejamento**

*Washington Peluso Albino de Souza*.....241



# Seção I

Direitos Humanos



# Análise dialética da legítima defesa antecipatória: O contraste entre a Doutrina Bush e o Direito Internacional

Hidemberg Alves da Frota\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os argumentos favoráveis. 2.1 Os atentados terroristas como espécies de “ataque armado”. 2.2 A teoria da autorização tácita. 2.3 A defasagem da Carta da ONU e da jurisprudência da CIJ. 2.4 A primazia do Direito Internacional Consuetudinário (incidente *The Caroline*). 3 Os pontos críticos. 3.1 A afronta à Doutrina Webster e às resoluções do CS/ONU. 3.2 O desrespeito ao Direito Internacional e o aumento da insegurança mundial. 3.3 A ausência de balizas jurídicas expressas. 4 A intervenção humanitária unilateral. 5 Os desafios do Direito Internacional Humanitário em face da Doutrina Bush. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de 26 de junho de 1945, preconiza, em regra, a solução pacífica das controvérsias internacionais e apenas excepcionalmente chancela o uso da força.

Em geral, devem os Estados-Membros da ONU evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas (art. 2.4).

Restringe-se o uso da força por Estado-Membro da ONU a duas hipóteses: (1) se houver expressa autorização do Conselho de Segurança (art. 42); (2) em razão de legítima defesa, em resposta a

---

\* Hidemberg Alves da Frota é Bacharel em Direito pelo Curso de Direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

ataque em seu território, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 51)<sup>1</sup>.

Ao albergar a segunda exceção acima mencionada, o art. 51 da Carta de São Francisco reconheceu, em relação aos Estados-Membros da ONU, o direito individual e coletivo à legítima defesa ante a ocorrência de ataque armado<sup>2</sup>. Trata-se de princípio provento no Direito Internacional, já tradicional nas relações internacionais mesmo antes do advento da Carta da ONU<sup>3</sup>.

Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

A invasão do Afeganistão (iniciada em 7/10/2001<sup>4</sup>) e do Iraque (a partir de 20/3/2003<sup>5</sup>), ambas capitaneadas pelos Estados Unidos da América, enseja a definição de qual seria a melhor exegese para o princípio da legítima defesa no contexto da nova ordem mundial surgida após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

---

<sup>1</sup> SOFAER, Abraham D. On the necessity of pre-emption. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 14, n. 2, p. 212, apr. 2003.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

<sup>3</sup> BEARD, Jack M. America's new war on terror: the case for self-defense under International Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 559, mar. 2002.

<sup>4</sup> GUERRA: EUA bombardeiam o Afeganistão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 out. 2001. Mundo, p.A9.

<sup>5</sup> DÁVILA, Sérgio. EUA invadem Iraque: Saddam lança mísseis Scuds contra o Kuwait. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 mar. 2003. Mundo, p.A3.

## 2. Os argumentos favoráveis

Depois dos atentados terroristas do 11 de setembro e ao longo do primeiro mandato do atual presidente dos EUA, George Walker Bush, juristas estadunidenses buscaram ponderar acerca do fundamento jurídico para a política externa belicista dos Estados Unidos emergida nesse período.

### 2.1 Os atentados terroristas como espécies de “ataque armado”

Para Jack M. Beard, da Universidade de Georgetown, Conselheiro do Departamento de Defesa dos EUA, a invasão do Afeganistão pelos Estados Unidos respeita o princípio da legítima defesa irradiado pelo art. 51 da Carta da ONU, o que se comprovaria pelo respaldo internacional ao entendimento do governo norte-americano, segundo o qual os atos terroristas em tela configuram ataque armado orquestrado com a anuência de outro Estado-Nação<sup>6</sup>.

Sobre a chancela internacional à ótica norte-americana, Beard assinala o posicionamento unânime tanto do Conselho do Atlântico Norte (órgão da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN), em reunião de cúpula de 12 de setembro 2001, quanto dos membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) que ratificaram o Tratado Interamericano de Assistência Mútua (o “Tratado do Rio”), na conferência de 22 de setembro de 2001<sup>7</sup>.

Ao defender o uso da força pelos Estados Unidos contra a al-Qaeda e o Afeganistão, Beard recorda as Resoluções n. 1.368 e n. 1.373, ambas de 2001, por meio das quais o Conselho de Segurança da ONU verificou que os atentados terroristas do 11 de setembro acarretaram, nos termos do art. 51 da Carta da ONU, o direito ao exercício da legítima defesa individual ou coletiva<sup>8</sup>.

### 2.2 A teoria da autorização tácita

Abraham D. Sofaer, da Universidade de Stanford, ex-assessor do Departamento de Estado dos EUA, inclui como decorrência do

---

<sup>6</sup> BEARD, op. cit., p. 568.

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p. 568-570.

<sup>8</sup> Idem, ibidem, p. 565.

direito inerente de legítima defesa os ataques preventivos contra Estados que tendem a usar, no futuro próximo, armas de destruição massiva, caso tenham sido exauridos todos os “meios razoáveis”<sup>9</sup> de solução pacífica para o litígio.

A exemplo da invasão do Iraque, o uso da força, ensina Sofaer, prescinde do explícito beneplácito do Conselho de Segurança da ONU preceituado de forma tácita pelo art. 42 da Carta da ONU, bastando que o Estado-alvo da futura ação militar esboce conduta contrária a resoluções anteriores do CS/ONU<sup>10</sup>.

### 2.3 A defasagem da Carta da ONU e da jurisprudência da CIJ

Michael J. Glennon, da Universidade da Califórnia, não apenas ecoa o descontentamento de juristas norte-americanos com a interpretação literal da Carta da ONU (em particular do art. 51), como também advoga, enquanto não se ajusta tal ato internacional à hodierna conjuntura internacional, fazer-se tábula rasa dele, em nome do juízo de conveniência e oportunidade de cada governo, ditado pelo combate ao terrorismo, providência, após o 11 de setembro, encarada como essencial à sobrevivência dos Estados nacionais<sup>11</sup>.

O repúdio de Glennon ao sistema normativo da ONU se embasa na interpretação autêntica do art. 51 da Carta de São Francisco, proferida pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ), considerada por ele “irrealista”<sup>12</sup> e “autoritária”<sup>13</sup>, porquanto, fincado no dispositivo em testilha, o Tribunal de Haia assentou que (1) “não consubstancia ‘ataque armado’ o fornecimento de armas e suporte logístico a terroristas”<sup>14</sup>; (2) “é *per se* desproporcional e ilegal o uso defensivo de força para depor governo que proporciona um

---

<sup>9</sup> SOFAER, op. cit., p. 226 [tradução nossa].

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 224.

<sup>11</sup> GLENNON, Michael J. The fog of Law: self-defence, inherence, and incoherence in article 51 of the United Nations Charter. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 539-558, mar. 2002.

<sup>12</sup> Idem, ibidem, p. 541 [tradução nossa].

<sup>13</sup> Idem, ibidem, loc. cit. [tradução nossa].

<sup>14</sup> Idem, ibidem, loc. cit. [tradução nossa].

porto-seguro a terroristas”<sup>15</sup>; (3) “legítima defesa antecipatória é proibida porque não ocorreu ‘ataque armado’”<sup>16</sup>.

Em *Nicarágua vs. Estados Unidos da América* (27/6/1986), a CIJ deparou com “o argumento de que a Nicarágua teria executado ataque armado contra El Salvador”<sup>17</sup>. De tal linha de raciocínio se valeu os EUA, almejando justificar ação armada contra a Nicarágua e em favor de El Salvador.

À época, os Estados Unidos alegaram perante a CIJ que o ataque armado da Nicarágua, em detrimento de El Salvador, teria se concretizado pelo provimento de armas e ajuda correlata aos rebeldes que tentavam depor o governo salvadorenho<sup>18</sup>. A CIJ discordou dos EUA, ao condicionar o ataque armado à existência de apoio ativo, ou seja, ao envio de tropas armadas e envolvimento substancial congênere<sup>19</sup>.

O julgado em comento se choca com a chamada *Doutrina Bush* (corporificada na Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos, de setembro de 2002<sup>20</sup>), que “se nega a distinguir entre terroristas e aqueles que os abrigam”<sup>21</sup>. Em outras palavras, fosse a Corte Internacional de Justiça instada a se pronunciar sobre a invasão do Afeganistão pelos EUA, o precedente de *Nicarágua vs. EUA* levaria a CIJ a julgá-la ilícita, haja vista plasmar conduta passiva a do Estado que oferece a terroristas equipamentos, treinamento e recursos financeiros<sup>22</sup>.

Desde *Nicarágua vs. EUA*, a Corte Internacional de Justiça tem untado a aplicação do art. 51 da Carta da ONU ao princípio da proporcionalidade, isto é, a legítima defesa deve equivaler ao mal que enseja combater<sup>23</sup>. Por isso, aos olhos da CIJ, soaria desarrazoado en-

---

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 545 [tradução nossa].

<sup>16</sup> Idem, ibidem, p. 546 [tradução nossa].

<sup>17</sup> Idem, ibidem, p. 542.

<sup>18</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>19</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>20</sup> NOLTE, Georg. Preventive use of force and preventive killings: moves into a different legal order. *Theoretical Inquiries in Law*: liberty, equality, security, Tel Aviv, v. 5, n. 1, p. 111, jan. 2004.

<sup>21</sup> GLENNON, op. cit., p. 543 [tradução nossa].

<sup>22</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>23</sup> Idem, ibidem, p. 545.

xerger juridicidade na ocupação de um país por exércitos estrangeiros que, tal qual o Afeganistão teocrático do regime talibã, incentiva de maneira indireta atos terroristas em outras nações<sup>24</sup>.

Ademais, a CIJ se curvaria à estrita observância do art. 51 da Carta da ONU, que, *a contrario sensu*, veda a legítima defesa preventiva, visto que somente vislumbra a legítima defesa em caso de prévio ataque armado<sup>25</sup>. Em suma, a irrepreensível deferência ao comando em apreço impediria quaisquer ações armadas acautelatórias de vulto.

Conquanto ciente da ameaça terrorista oriunda de nação estrangeira, o Estado nacional teria de esperar os atentados terroristas se materializarem, para, aí sim, cogitar de atacar o país de onde provêm tais terroristas.

## 2.4 A primazia do Direito Internacional Consuetudinário (incidente *The Caroline*)

Jutta Brunnée, da Universidade de Toronto, e Stephen J. Toope, da Fundação Pierre Elliott Trudeau, à semelhança de Beard<sup>26</sup>, enaltecem o Direito Internacional Costumeiro e, por conseguinte, assim como Sofaer<sup>27</sup>, recomendam, em prol dos ataques armados acautelatórios, acolher-se o incidente *The Caroline* como paradigma consuetudinário a prevalecer sobre o contido no art. 51 da Carta da ONU<sup>28</sup>.

Em 1837 eclodia no Canadá rebelião contra as autoridades britânicas, endossada por americanos que, em solidariedade aos emancipacionistas canadenses, armaram-se e adentraram ilegalmente no país vizinho, contando com a complacência extra-oficial do Governo Federal dos EUA, desinteressado em enrijecer a fiscalização de fronteira<sup>29</sup>.

Em 13 de dezembro de 1837, destacamento rebelde liderado por estadunidense assume controle de Navy Island, território do Ca-

---

<sup>24</sup> Idem, ibidem, p. 546.

<sup>25</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>26</sup> BEARD, op. cit., p. 559.

<sup>27</sup> SOFAER, op. cit., p. 220.

<sup>28</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. The use of force: International Law after Iraq. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, p. 792, oct. 2004.

<sup>29</sup> Idem, ibidem, p. 214.



nadá situado às margens do rio Niágara, que passou a receber suprimentos e insurgentes provenientes dos Estados Unidos, transportados pelo vapor *The Caroline*<sup>30</sup>.

Em 29 de dezembro de 1837<sup>31</sup>, os britânicos atravessaram o sobredito rio e chegaram no Estado de Nova York, onde capturaram o *The Caroline*, lançado “nas quedas no Niágara”<sup>32</sup>, matando “dois cidadãos americanos”<sup>33</sup>.

No semestre seguinte veio à tona a peleja diplomática britânico-americana<sup>34</sup>. O Reino Unido alegou a necessidade de se preservar e se defender<sup>35</sup> dos rebeldes que atuavam em solo canadense, vindos de Nova York<sup>36</sup> e beneficiados pela omissão (voluntária ou não) do Poder Público estadunidense<sup>37</sup>. Contudo, na concepção dos Estados Unidos, naquela circunstância falecia aos britânicos o direito à legítima defesa e aos ataques preventivos. Para os EUA, o uso da força só se justificaria caso constituísse necessidade, nas palavras do então secretário de Estado Daniel Webster, “instantânea, avassaladora, sem deixar meios alternativos e tempo para deliberação”<sup>38</sup>.

Transladando o pensamento de Webster para os dias atuais, a posição dos EUA no incidente *The Caroline* indicaria a possibilidade de se efetivar ação armada antecipatória (ainda que à revelia do art. 51 da Carta da ONU<sup>39</sup> e da jurisprudência da CIJ<sup>40</sup>), desde que se

---

<sup>30</sup> Idem, ibidem, p. 215.

<sup>31</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>32</sup> McHUGH, James J. Forcible self-help in International Law. In: LILLICH, R. B.; MOORE, J. N. (Org.). *U.S. Naval College International Law Studies*. Rhode Island: Naval War College, 1980. v. 62, p. 173. Apud VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa no Direito Internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 192 [tradução da autora].

<sup>33</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>34</sup> SOFAER, op. cit., p. 215.

<sup>35</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>36</sup> Idem, ibidem, p. 219.

<sup>37</sup> Idem, ibidem, p. 216.

<sup>38</sup> Idem, ibidem, p. 219 [tradução nossa].

<sup>39</sup> BRUNNÉE; TOOPE, op. cit., p. 792.

<sup>40</sup> Idem, ibidem, p. 796.

trate de Estado-Nação que haja propiciado, no mínimo, apoio tácito a terroristas<sup>41</sup> e tenha se recusado a coibir tais atividades ilícitas, negando-se, por exemplo, a extraditá-los<sup>42</sup>.

### 3 Os pontos críticos

#### 3.1 A afronta à Doutrina Webster e às resoluções do CS/ONU

Irene Gendzier, da Universidade de Boston, constata: mesmo ignorando o inscrito no art. 51 da Carta da ONU, e seguindo, em vez de tal dispositivo, a orientação de Daniel Webster, veiculada no incidente *The Caroline*, permanecem os Estados Unidos demonstrando excessivo belicismo, manifesto na invasão do Iraque<sup>43</sup>, na qual restou nítida a falta de “evidências incontrovertidas de um ataque iminente”<sup>44</sup> aos EUA e a seu povo por parte do, à época, ditador iraquiano Saddam Hussein.

Como resultado da ausência de indícios plausíveis a abonarem essa ocupação acautelatória do território iraquiano, a guerra preventiva deflagrada pelos Estados Unidos contra o Iraque se tornou “indistinguível de uma autêntica agressão”<sup>45</sup>.

Devika Hovell, da Universidade da Nova Gales do Sul, apregoa a interpretação extensiva da legítima defesa inserta no art. 51 da Carta da ONU, de modo que abarque em seu campo de incidência os ataques preventivos validados pela Doutrina Webster, norma consuetudinária com mais de 150 anos de tradição, a exceder em muito a legitimidade da exegese absolutamente fiel ao sentido de legítima defesa vislumbrado pelos elaboradores da Carta de São Francisco<sup>46</sup>.

Porém, Hovell repele a tentativa de alicerçar a Doutrina Bush na Doutrina Webster, porque aquela, ao reverso desta, dispensa o re-

---

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*, p. 795.

<sup>42</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>43</sup> GENDZIER, Irene. Reflections on the U.S. invasion of Iraq: evidence, International Law, and Past Policy. *Nexus: a journal of opinion*, Orange, v. 9, p. 2-3, jan./dez. 2004.

<sup>44</sup> RECORD, Jeffrey. The Bush Doctrine and the war with Iraq. *Parameters*, v. 32, n. 1, p. 6-7, 2003, apud GENDZIER, op. cit., p. 3 [tradução nossa].

<sup>45</sup> Idem, *ibidem*, apud GENDZIER, op. cit., p. 6 [tradução nossa].

<sup>46</sup> HOVELL, Devika. Chinks in the armour: International Law, terrorism and the use of force. *University of New South Wales, Sydney*, v. 27, n. 2, p. 404, jul./dez. 2004.

quisito do ataque imediato: adota a legítima defesa preventiva mesmo se indeterminados o momento e o local do ataque armado e leva em conta tanto a ameaça a curto prazo quanto as de médio e longo prazos<sup>47</sup>.

Enquanto a Doutrina Webster exigiria que se tratasse de iminente atentado terrorista, para a Doutrina Bush é suficiente a existência de meros indícios sobre possíveis atos terroristas virem a lume em evento futuro e incerto.

Alinhavando opinião pessoal, o diplomata Mahmoud Hmoud, primeiro-secretário da Missão Permanente da Jordânia na ONU, aprimora a reflexão desvelada por Gendzier e Hovell, ao censurar a invasão americana no Iraque não apenas sob o ângulo da “Fórmula Webster”<sup>48</sup>, como também das Resoluções n. 678, n. 687 e n. 1.441<sup>49</sup>, atos do Conselho de Segurança nos quais se ancorou os Estados Unidos ao cientificarem a ONU acerca do início das operações militares que redundariam na ocupação do Iraque e na queda de Saddam Hussein e de seu Partido Ba’ath<sup>50</sup>.

O espeque jurídico da invasão do Iraque – salienta Hmoud – fixou-se nestas duas falsas premissas:

- (1) a execução de relevantes resoluções do Conselho de Segurança atinentes ao desarmamento do Iraque, com o fito de restaurar a paz e a segurança internacional, e
- (2) o direito de os Estados Unidos exercerem a legítima defesa contra a ameaça representada pelo Iraque<sup>51</sup>.

Consoante se asseverou alhures, com a finalidade de desencadear a Segunda Guerra do Golfo, o governo dos EUA se apoiou nas Resoluções CS/ONU n. 678, n. 687 e n. 1.441. A Resolução n. 678 permitira o uso da força contra o Iraque na Primeira Guerra

---

<sup>47</sup> Idem, *ibidem*, p. 417.

<sup>48</sup> HMOUD, Mahmoud. The use of force against Iraq: occupation and Security Council Resolution n. 1.483. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 36, n. 3, p. 444, set./dez. 2003 [tradução nossa].

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*, p. 435.

<sup>50</sup> O’CONNELL, Mary Ellen. *The myth of preemptive self-defense*. Washington D.C.: ASIL, 2002. p. 2.

<sup>51</sup> HMOUD, *op. cit.*, p. 438.

do Golfo<sup>52</sup>. A Resolução n. 687 decretara o cessar-fogo, ao impor ao Iraque diversas sanções, inclusive a de efetivar maciço desarmamento<sup>53</sup>. Por fim, a Resolução n. 1.441 servira de ultimato para o Iraque se ajustar às prévias exigências desarmamentistas por completo e de uma vez por todas<sup>54</sup>.

Como, segundo os EUA, o Iraque insistira em continuar aquém do inteiro cumprimento de tais determinações do CS/ONU, o governo norte-americano, ao encontro do antecitado magistério de Sofaer<sup>55</sup>, viu-se tacitamente autorizado pelo Conselho de Segurança a efetuar nova intervenção armada em solo iraquiano, porque, ademais, o não-adimplemento das Resoluções n. 687 e n. 1.441 faria a Resolução n. 678 readquirir vigência e assim avalizar novel investida dos EUA contra o Iraque<sup>56</sup>.

Entretanto, acentua Hmoud, refoge das três resoluções em debate conteúdo de onde se extraia o beneplácito para os ataques preventivos orquestrados pelos Estados Unidos em 2003, porquanto, em se tratando de decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, não há falar em chancela tácita, nem se cogita moldar a interpretação de suas decisões (atos executórios) de acordo com critérios peculiares de dado Estado-Membro<sup>57</sup>.

As resoluções do CS/ONU, por terem caráter obrigatório para todos os Estados-Membros das Nações Unidas, não se prestam a interpretações *a contrario sensu*. Quaisquer permissões emanadas do Conselho de Segurança para uso da força só ocorrem de forma expressa, sem ambigüidades ou margem para dúvida.

Cabe privativamente ao Conselho de Segurança – por explícita vontade sua e sem a intermediação de Estado-Membro ou qualquer outro ator internacional – estabelecer o fim de cessar-fogo decretado pelo próprio CS, a quem incumbe também a competência privativa de definir o campo de incidência de suas resoluções, o

---

<sup>52</sup> Idem, *ibidem*, p. 436 [tradução nossa].

<sup>53</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*, p. 440.

<sup>55</sup> SOFAER, *op. cit.*, p. 224.

<sup>56</sup> HMOUD, *op. cit.*, p. 436.

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*, p. 441-442.

método pelo qual serão materializadas e as sanções advindas de sua violação<sup>58</sup>.

A Resolução n. 678, de 22 de novembro de 1990, dispunha sobre matéria diversa, concernente à autorização para ataques contra o Iraque, visando a coibir sua ocupação ilícita do Kuwait, em andamento naquele início de década<sup>59</sup>. A Resolução n. 687, de 3 de abril de 1991, oficialmente finalizara aquele conflito e ordenara o desarmamento do Iraque<sup>60</sup>. E a Resolução n. 1.441 reforçara os termos da Resolução n. 687, alertando o Iraque para as “sérias conseqüências”<sup>61</sup> que surgiriam se persistisse em desprezar o processo de desarmamento<sup>62</sup>.

Na realidade, em nenhuma das três resoluções em testilha o Conselho de Segurança cancelara nova invasão e ocupação do Iraque<sup>63</sup>.

À época da primeira resolução mal principiava a Primeira Guerra do Golfo. A segunda centrou-se em encerrar a contenda militar de então e desarmar o Iraque. E a terceira enfatizou a necessidade de o Iraque completar o desarmamento de uma vez por todas. Em nenhum de tais diplomas aventaram-se ataques armados como punição para eventual resistência do Iraque ao desarmamento com o qual o próprio país havia concordado<sup>64</sup>.

Demais disso, careceram os Estados Unidos de direito de legítima defesa estribada na Doutrina Webster, uma vez que, nesse caso, teria de estar patente que o Iraque, em 2003, oferecia aos EUA e aos demais integrantes da Coalizão ameaça iminente e avassaladora<sup>65</sup>.

Desde a adoção da Resolução n. 1.441, os inspetores internacionais não descobriram qualquer material em posse do governo Saddam Hussein que ensejasse risco de tamanha monta à soberania e integridade de tais nações<sup>66</sup>.

---

<sup>58</sup> Idem, *ibidem*, p. 441.

<sup>59</sup> Idem, *ibidem*, p. 439.

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>61</sup> Idem, *ibidem*, p. 441 [tradução nossa].

<sup>62</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>63</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>64</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>65</sup> Idem, *ibidem*, p. 444.

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

No mais, os ensinamentos de Daniel Webster sinalizam a importância de as ofensivas armadas acautelatórias serem *ultima ratio*, expedientes derradeiros, após esgotadas todas as alternativas mais benignas.

Por último, olvidou-se outro requisito websteriano essencial, o princípio da proporcionalidade. Os Aliados, sob a liderança dos Estados Unidos, não se limitaram a destruir o já deficitário aparato militar do Iraque. Desmontaram-lhe o aparelho estatal, redesenharam a economia e o regime político, a ponto de ocupar e intervir drasticamente nos rumos do país por tempo, ao menos de início, indeterminado<sup>67</sup>.

### 3.2 O desrespeito ao Direito Internacional e o aumento da insegurança mundial

Infensa às tendências de se conferir juridicidade à legítima defesa antecipatória bushiana por meio da relativização tanto do art. 51 da Carta da ONU quanto da Doutrina Webster, Mary Ellen O'Connell, da Universidade Estadual de Ohio, em relação à referida modalidade de ataque preventivo, sublinha estas deficiências:

1) A legítima defesa antecipatória não se identifica com estas duas hipóteses de emprego de força prescritas pela Carta da ONU: a) explícita autorização do Conselho de Segurança (art. 2.4); b) existência de anterior agressão armada (art. 51), em relação à qual o Estado a ser atacado possa ser “legalmente responsabilizado”<sup>68</sup>, o que importa ter cedido agentes públicos seus para integrarem os grupos terroristas<sup>69</sup>.

2) Para consubstanciar legítima defesa lícita, seria imprescindível atender aos princípios da necessidade e proporcionalidade, isto é, ater-se a alvos militares e se interromper a ação militar caso tenha acarretado “perda de vidas inocentes ou destruição de propriedade privada”<sup>70</sup>.

3) Apesar de louvar a legítima defesa antecipada, o governo dos EUA oficialmente se mantém compromissado em respeitar a

---

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>68</sup> O'CONNELL, op. cit., p. 7 [tradução nossa].

<sup>69</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit. [tradução nossa].

Carta da ONU e o Direito Internacional, os quais não se compadecem com tais expedientes belicistas<sup>71</sup>, historicamente condenados pelos Estados Unidos<sup>72</sup>.

4) Agrava os níveis mundiais de violência, ao incentivar, de maneira indireta, o emprego de ataques preventivos por outros Estados nacionais<sup>73</sup>. Exemplo disso é a aplicação da política antiterror, nos moldes da Doutrina Bush, pela Nova Doutrina de Segurança Nacional da Federação Russa, reformulada em 2000 por força do recrudescimento do conflito na Tchecquia<sup>74</sup>. Apesar de preceder àquela, esta se consolidou em setembro de 2004, após o sangrento seqüestro coletivo promovido por insurgentes tchecos em escola de ensino fundamental no sul da Rússia, quando o governo russo passou a ver no combate aos rebeldes da Tchecquia uma extensão da guerra global contra o terrorismo liderada pelos EUA<sup>75</sup>.

Legítima defesa antecipada forneceria fundamento jurídico para o Paquistão atacar a Índia, o Irã atacar o Iraque, a Rússia atacar a Geórgia, o Azerbaijão atacar a Armênia, a Coreia do Norte atacar a Coreia do Sul, e assim sucessivamente. Qualquer estado que acredita que outro regime lhe oferece possível ameaça futura – independentemente de evidência – poderia citar a invasão do Iraque pelos Estados Unidos<sup>76</sup>.

### 3.3 A ausência de balizas jurídicas expressas

Ao esquadriharem o dogma da legítima defesa antecipada, Brunnée e Toope notam a sua carestia de esteio legal ou jurídico, ao transferir para determinado Estado nacional o direito de estipular, a seu talante, se e quando deve exercitar a “justa guerra preventiva”<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> Idem, *ibidem*, p. 15.

<sup>72</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*, p. 19.

<sup>74</sup> BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Slouching towards new “just” wars: International Law and the use of force after September 11th. *Netherlands International Law Review*, Amsterdam, v. 6, n. 3, p. 374-375, oct./dec. 2004.

<sup>75</sup> HOVELL, op. cit., p. 418. Nesse sentido: NOLTE, op. cit., p. 127-128.

<sup>76</sup> O’CONNELL, op. cit., p. 19.

<sup>77</sup> BRUNNÉE; TOOPE, op. cit., p. 374.

Louvando a invasão e ocupação de Estados soberanos que patrocinam, ostensiva ou discretamente, organizações terroristas ou ambicionam usar armas de destruição massiva, a Doutrina Bush entende que assim homenageia a dignidade humana e a paz mundial.

À primeira vista, haveria, portanto, inegável fundamento técnico-jurídico a corroborar a política norte-americana de ações militares preventivas. Porém, a proteção dos direitos humanos e da segurança coletiva – ressaltam Brunnée e Toope – tem sido o pretexto usado desde o final da Segunda Guerra Mundial para legitimar as mais diversas propostas e intenções de uso da força<sup>78</sup>.

Muitas intervenções de suposto cunho humanitário orquestradas pela Europa ao longo da história ocultaram, na realidade, interesses de caráter colonial ou imperialista<sup>79</sup>.

#### **4 A intervenção humanitária unilateral**

No bojo da implementação da legítima defesa antecipada, a Doutrina Bush recendeu a preocupação do governo dos Estados Unidos em combater e evitar a ascensão de “regimes violadores dos direitos humanos de seus cidadãos”<sup>80</sup> como profilaxia contra a difusão do terrorismo, mormente nas nações islâmicas<sup>81</sup>.

Conquanto possua traços similares aos da Doutrina Bush, o dogma da intervenção humanitária se finca em requisitos mais rigorosos:

1) Existência de graves abusos de direitos humanos, sob o ângulo quantitativo e qualitativo, resultando em irreparáveis danos e perda de vida humana em larga escala (v.g., limpeza étnica, genocídio iminente ou em andamento e crimes contra a humanidade equivalentes)<sup>82</sup>.

2) Inércia desarrazoada do Conselho de Segurança das Nações Unidas e ausência de proibição expressa por parte desse à almejada intervenção humanitária<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Idem, *ibidem*, p. 377.

<sup>79</sup> Idem, *ibidem*, p. 381.

<sup>80</sup> HOVELL, *op. cit.*, p. 418 [tradução nossa].

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

<sup>82</sup> Idem, *ibidem*, p. 423.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*, p. 424.



3) Risco iminente ou efetivo à integridade física de seres humanos e exaurimento de quaisquer opções não-militares para acabar com a crise humanitária<sup>84</sup>.

4) A ação militar deve ter grande chance de sucesso e se abster de quaisquer excessos, durando apenas enquanto for absolutamente imprescindível para a salvaguarda das vidas humanas ameaçadas<sup>85</sup>.

5) Consistir em intervenção que goze de respaldo da sociedade internacional, em particular dos povos da região do globo e do país onde se desnova tal operação militar<sup>86</sup>.

6) Haver genuíno propósito humanitário a nortear a ocupação, sobrepondo-se a quaisquer outros interesses, inclusive econômicos<sup>87</sup>.

A sobrevivência do Direito Internacional depende da minudente regulamentação da intervenção humanitária, uni ou multilateral, sob pena de os Estados nacionais se valerem amiúde e à exaustão de razões humanitárias para disseminar as mais diversas ações militares<sup>88</sup>. A par disso, as ordens jurídicas internas e o ordenamento jurídico internacional precisam aperfeiçoar o controle da sociedade sobre as políticas de defesa e antiterror, criando mecanismos legais mais rigorosos no sentido de demandar não só consistentes fundamentos jurídicos à legítima defesa antecipatória, como também cristalina exposição de fatos idôneos que tornem inafastável o emprego de tais ações militares<sup>89</sup>.

## **5 Os desafios do Direito Internacional Humanitário em face da Doutrina Bush**

O Direito Internacional Humanitário destina-se a limitar os efeitos, meios e métodos de conflitos armados, em benefício dos indivíduos que não participam (ou já deixaram de participar) das hostilidades<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>85</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>86</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>87</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>88</sup> BRUNNÉE; TOOPE, op. cit., p. 385.

<sup>89</sup> Idem, ibidem, p. 391.

<sup>90</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *What is International Humanitarian Law?* Genève: ICRC, 2004. p. 1.

Descabe ao Direito Internacional Humanitário reger o uso da força pelos Estados nacionais<sup>91</sup>. Seu papel é posterior ao emprego da ação militar, ao tentar disciplinar a proteção da população fora do conflito, desarmada ou fora de combate.

Conforme dilucida Roberto de Almeida Luquini, da Universidade Federal de Viçosa, seis são as normas basilares do Direito Internacional Humanitário:

1. As pessoas que não participam, ou que tenham deixado de participar das hostilidades, devem ser respeitadas, protegidas e tratadas com humanidade. Devem receber a assistência apropriada sem nenhuma discriminação.

2. As pessoas civis devem ser tratadas com humanidade. Ficam proibidos os atentados contra a vida, qualquer tipo de maus-tratos e de tortura, a tomada de reféns, as condenações sem prévio julgamento equitativo.

3. Cabe às Forças Armadas distinguir entre as pessoas civis, por uma parte, e os combatentes e os objetivos militares, por outra. Proíbe-se o ataque às pessoas e aos bens civis e devem ser tomadas as medidas necessárias à proteção da população civil.

4. Proíbe-se o ataque ou a destruição dos bens indispensáveis para a sobrevivência da população civil (alimentos, criações de gado, instalações e reservas de água potável, etc.). Proíbe-se o uso da fome como método de guerra.

5. A assistência aos feridos e enfermos é obrigatória. Os hospitais, as ambulâncias e o pessoal sanitário e religioso serão respeitados e protegidos. O emblema da Cruz Vermelha ou da Meia-Lua Vermelha será respeitado em qualquer circunstância e todo abuso a esta norma será sancionado.

---

<sup>91</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

6. As partes em conflito têm o dever de aceitar as operações de socorro de índole humanitária, imparcial e não discriminatória em favor da população civil. O pessoal dos organismos de socorro será respeitado e protegido.<sup>92</sup>

Embora a Doutrina Bush haja fomentado indireto incentivo à intervenção humanitária unilateral quando se afiguram inócuos ou insuficientes os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos disponibilizados pelas Nações Unidas, impende, por outro lado, atentar para três ponderosos desafios ao Direito Internacional Humanitário criados pela institucionalização, pelo governo dos Estados Unidos, da legítima defesa antecipatória<sup>93</sup>:

1) Como transformar a ajuda humanitária em componente estratégico da “guerra ao terror”<sup>94</sup>?

2) Como evitar o esgarçamento quer do Direito Internacional, quer do monopólio da ONU sobre o uso de força<sup>95</sup>?

3) Como lidar com o aumento das ações armadas preventivas, sempre geradoras de consideráveis vítimas civis?<sup>96</sup>

Na invasão do Afeganistão, na segunda metade de 2001, a Cruz Vermelha e seu equivalente islâmico, o Crescente Vermelho, sofreram com a ofensiva militar dos EUA. Em Cabul, de forma reiterada<sup>97</sup>, bombardeios das Forças Armadas norte-americanas destruíram armazéns da Cruz Vermelha, prejudicando a distribuição de alimentos para a população civil<sup>98</sup>. Em Candahar, houve a

---

<sup>92</sup> LUQUINI, Roberto de Almeida. A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”: conflitos desestruturados e conflitos “de identidade” ou étnicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 129, abr./jun. 2003.

<sup>93</sup> RUNGE, Peter (Org.). *Armed forces as humanitarian aid works? Scope and limits of cooperation between aid organizations and armed forces in humanitarian aid*. Bonn: Venro, 2003. p. 14.

<sup>94</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>95</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>96</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>97</sup> ABDUL Haq, que tentava organizar levante, foi acusado de espionagem; Cruz Vermelha é bombardeada pelos EUA. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 out. 2001. Nacional, p. A1.

<sup>98</sup> FOME ameaça 7,5 milhões de afeganistãos: órgão da ONU diz que situação é desesperadora; bombardeios dos EUA impedem Cruz Vermelha de distribuir comida. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Nacional, p. A1. Nesse sentido: ATAQUE

destruição de hospital do Crescente Vermelho<sup>99</sup>.

Na invasão do Iraque, em 8 de novembro de 2003, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) decidira fechar seus escritórios de Bagdá e Basra por falta de segurança, ilustrada pela explosão de carro-bomba na sede do CICV na capital iraquiana, em outubro daquele ano, quando morreram 12 pessoas<sup>100</sup>.

## 6 Conclusão

No contexto da nova ordem mundial, surgida após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, floresceu, por meio da Doutrina Bush, a nova estratégia de segurança nacional dos Estados Unidos, amparada no entendimento de que o governo norte-americano, *sponte sua*, conforme critérios próprios de conveniência e oportunidade, deve exercer a legítima defesa antecipatória, executando ataques armados preventivos contra Estados nacionais que, por auxiliarem (expressa ou implicitamente) organizações terroristas ou possuírem armas de destruição massiva, representam (no curto, médio ou longo prazos) ameaça à segurança dos EUA, os quais também, segundo a Doutrina Bush, devem praticar intervenções humanitárias unilaterais, almejando promover a defesa e o respeito dos direitos humanos e de valores democráticos como medidas inibitórias da difusão do terrorismo global.

A legítima defesa antecipatória apregoada pela Doutrina Bush exorbita a concepção de legítima defesa prescrita pela Carta das Nações Unidas (art. 51), pela Doutrina Webster e pelos tradicionais princípios norteadores das intervenções humanitárias. A primeira chancela a legítima defesa apenas se posterior à ocorrência de efetiva agressão armada. A segunda autoriza a legítima defesa acautelatória tão-somente quando se trata de ameaça iminente e incontornável e

---

paralisa Cruz Vermelha: após bombardeio dos EUA destruir depósitos em Cabul, organização não consegue operar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Mundo, p. A21.

<sup>99</sup> COMEÇAM bombardeios em larga escala. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 1<sup>a</sup> nov. 2001. Nacional, p. A1.

<sup>100</sup> CRUZ Vermelha abandona Bagdá e Basra: EUA lançam ofensiva militar na região de Tikrit; mais 2 soldados americanos são mortos em emboscada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 2003. Mundo, p. A28.

o meio de defesa se mostra proporcional e imprescindível, esgotadas as medidas estatais menos ofensivas e ausente tempo hábil para a adoção de providências alternativas. E os terceiros, além de incorporarem os requisitos do segundo, exigem o prévio respaldo dos povos localizados na região do globo e no país alvo da pretendida operação militar.

Ao mesmo tempo em que a Doutrina Bush afronta o ordenamento jurídico criado em torno das Nações Unidas e mesmo a centenária técnica de defesa preventiva vitoriosa no incidente *The Caroline*, ela se afigura como o novel modelo de política de defesa, na qual já se abebera a Federação Russa, pavimentando o caminho para outros Estados nacionais emularem tal paradigma, em detrimento da ordenação jurídica internacional, inclusive do Direito Internacional Humanitário, que não impediu os “efeitos colaterais” dos recentes ataques preventivos norte-americanos de alcançarem não apenas as populações civis, mas também a Cruz Vermelha e o Crescente Vermelho.

A sobrevivência da ONU depende da sua capacidade de se ajustar à nova ordem mundial, tornando-se apta a aplicar mecanismos de intervenção humanitária mais céleres e eficazes, que gozem de ampla credibilidade internacional e fomentem robusta prevenção do terrorismo global, sob pena de os povos perderem a importante mediação dos conflitos armados realizada por esse organismo internacional multilateral e pluralista, o que nos levaria de volta aos tempos anteriores à Carta de São Francisco, quando o sistema de proteção internacional dos direitos humanos e da segurança mundial, mais do que deficiente, era simplesmente oco.

## **Referências**

ABDUL Haq, que tentava organizar levante, foi acusado de espionagem; Cruz Vermelha é bombardeada pelos EUA. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 out. 2001. Nacional, p. A1.

ATAQUE paralisa Cruz Vermelha: após bombardeio dos EUA destruir depósitos em Cabul, organização não consegue operar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Mundo, p. A21.

BEARD, Jack M. America's new war on terror: the case for self-defense

under International Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 559-590, mar. 2002.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. Slouching towards new “just” wars: International Law and the use of force after September 11th. *Netherlands International Law Review*, Amsterdam, v. 6, n. 3, p. 363-392, oct./dec. 2004.

———. The use of force: International Law after Iraq. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, p. 785-806, oct. 2004.

COMEÇAM bombardeios em larga escala. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 1º nov. 2001. Nacional, p. A1.

CRUZ Vermelha abandona Bagdá e Basra: EUA lançam ofensiva militar na região de Tikrit; mais 2 soldados americanos são mortos em emboscada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 2003. Mundo, p. A28.

DÁVILA, Sérgio. EUA invadem Iraque: Saddam lança mísseis Scuds contra o Kuwait. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 mar. 2003. Mundo, p. A3.

FOME ameaça 7,5 milhões de afegãos: órgão da ONU diz que situação é desesperadora; bombardeios dos EUA impedem Cruz Vermelha de distribuir comida. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 out. 2001. Nacional, p. A1.

GENDZIER, Irene. Reflections on the U.S. invasion of Iraq: evidence, International Law, and Past Policy. *Nexus: a journal of opinion*, Orange, v. 9, p. 1-7, jan./dez. 2004.

GLENNON, Michael J. The fog of Law: self-defense, inherence, and incoherence in article 51 of the United Nations Charter. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 539-558, mar. 2002.

GUERRA: EUA bombardeiam o Afeganistão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 out. 2001. Mundo, p. A9.

HMOUD, Mahmoud. The use of force against Iraq: occupation and Security Council Resolution n. 1.483. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 36, n. 3, p. 435-453, set./dez. 2003.

HOVELL, Devika. Chinks in the armour: International Law, terrorism and the use of force. *University of New South Wales*, Sydney, v. 27, n. 2, p. 398-427, jul./dez. 2004.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *What is International Humanitarian Law?* Genève: ICRC, 2004.

LUQUINI, Roberto de Almeida. A aplicação do Direito Internacional Humanitário nos “conflitos novos”: conflitos desestruturados e conflitos “de identidade” ou étnicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 127-142, abr./jun. 2003.

NOLTE, Georg. Preventive use of force and preventive killings: moves into a different legal order. *Theoretical Inquiries in Law: liberty, equality, security*, Tel Aviv, v. 5, n. 1, p. 111-129, jan. 2004.

O’CONNELL, Mary Ellen. *The myth of preemptive self-defense*. Washington D.C.: ASIL, 2002.

RUNGE, Peter (Org.). *Armed forces as humanitarian aid works? Scope and limits of co-operation between aid organizations and armed forces in humanitarian aid*. Bonn: Venro, 2003.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. A proteção jurídica internacional contra o terrorismo e o Tribunal Penal Internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239-255.

SOFAER, Abraham D. On the necessity of pre-emption. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 14, n. 2, 2003, p. 209-226, apr. 2003.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa no Direito Internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183-207.





# Direitos humanos e refugiados: Evolução da problemática dos refugiados desde o pós-guerra até os dias atuais

Julia Bertino Moreira\*

**Sumário:** Introdução. 1 Os direitos humanos e os deslocamentos forçados. 1.1 Definição de direitos humanos. 1.1.1 O rol de direitos humanos. 1.1.2 A natureza e o fundamento dos direitos humanos. 1.2 Desenvolvimento dos direitos humanos. 1.3 A Declaração Universal de 1948. 1.4 Direito de asilo. 2 As soluções duráveis para a problemática dos refugiados. 3 A problemática dos refugiados no mundo. 3.1 O contexto internacional do pós-guerra. 3.2 O ACNUR. 3.3 Os instrumentos internacionais de proteção aos refugiados. Conclusão.

## Introdução

Inicialmente, deve-se ter em mente que a problemática dos refugiados está intrinsecamente relacionada com a ocorrência de inúmeras guerras civis no plano internacional, que assumem motivos variados, como religioso, étnico, político ou econômico. Isso porque esses conflitos causam graves violações aos direitos humanos da população civil atingida, na medida em que atentam contra a sua vida (incluindo a integridade física e psíquica), liberdade e segurança. Além disso, as situações de conflito colocam em risco grupos ou indivíduos que apresentam etnias ou religiões minoritárias no país ou opiniões políticas diversas do governo, estando sujeitos, assim, a sofrer ameaças ou efetivas perseguições. Em razão disso, esses indivíduos são impulsionados a deixar forçosamente seus países de origem para procurar refúgio em outros Estados.

---

\* Julia Bertino Moreira é advogada graduada em Direito pela PUC/SP; mestranda em Relações Internacionais pelo Programa San Tiago Dantas (Unesp–Unicamp–PUC/SP).

O reflexo desse movimento de deslocamento forçado é uma população refugiada atual de aproximadamente 9,7 milhões de pessoas<sup>1</sup>. Os maiores grupos de refugiados no mundo são originários do Afeganistão (2.136.000), Sudão (606.200), Burundi (531.600), República Democrática do Congo (453.400), Palestina (427.900), Somália (402.200), Iraque (368.500), Vietnã (363.200), Libéria (353.300) e Angola (329.600). Por outro lado, os países que mais acolhem refugiados são: Paquistão (1.100.000), Irã (985.000), Alemanha (960.000), Tanzânia (650.000) e Estados Unidos (452.500) (ACNUR, 2004, p. 14; UNCHR, 2004, p. 3). É de se ressaltar que o crescente contingente de refugiados espalhados pelo globo terrestre representa uma problemática que desafia a comunidade internacional há mais de cinquenta anos.

## **1 Os direitos humanos e os deslocamentos forçados**

### **1.1 Definição de direitos humanos**

Primordialmente, deve-se mencionar que ter um direito significa ter uma prerrogativa que pode ser exercida em face de outros. Em contrapartida a esse direito, existe uma obrigação de respeitá-lo e de cumpri-lo, a qual se efetiva seja por uma conduta negativa (deixar de fazer algo) ou positiva (fazer algo) (VIEIRA, 2001, p. 23-24).

Tendo essa concepção em mente, o papel dos direitos, visto pelos autores kantianos, consiste em resguardar uma esfera de autonomia e dignidade do indivíduo. Para os autores utilitaristas, consiste em assegurar interesses dentro de uma sociedade. No entanto, podem ocorrer situações em que haja conflito entre direitos, fazendo-se necessário priorizar um em detrimento de outro. Nesse sentido se fundamenta a definição de direitos humanos: ao conjugar a qualidade de “humanos” aos direitos, pretende-se priorizá-los sobre os demais, por serem considerados imprescindíveis ao exercício da condição humana (ibidem, p. 26-29).

A partir dessa idéia de que os direitos humanos são essenciais e, nessa medida, inerentes ao ser humano, iniciam-se duas discussões relevantes: uma sobre qual seria, então, o rol desses direitos e outra sobre a natureza e o fundamento dos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> Cabe ressaltar que os números mencionados são uma previsão para o ano de 2004.

### 1.1.1 O rol de direitos humanos

O debate sobre os direitos que viriam a compor o rol dos direitos humanos se assenta em duas tradições, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. A tradição jusnaturalista<sup>2</sup> remete ao contratualismo<sup>3</sup>, entendendo como direitos humanos os direitos naturais e inatos que se encontram no estado de natureza (VIEIRA, 2001, p. 34), tais como a vida, a igualdade e a liberdade (SZABO, 1984, p. 41). Posteriormente, a tradição positivista, tendo como base o jusnaturalismo, passa a prever em leis escritas quais são esses direitos.

Ademais, surgem duas posições<sup>4</sup> em relação ao rol de direitos humanos: a maximalista, defendendo um rol extensivo de direitos, que abarque o maior número possível deles; e a minimalista<sup>5</sup>, sustentando que esse deve conter apenas os direitos que sejam, de fato, fundamentais ao ser humano. Para os autores que se filiam à primeira corrente, o estabelecimento de uma ampla gama de direitos gera maiores garantias ao indivíduo, permitindo-lhe exigir o seu cumprimento. Por sua vez, para os autores que adotam a segunda corrente, a extensão do rol de direitos humanos dificulta a sua efetivação e por

---

<sup>2</sup> A tradição jusnaturalista pode ser observada na definição kantiana de direitos humanos: “direitos inatos, pertencentes à Humanidade e imprescritíveis” (KANT, 1989, p. 34).

<sup>3</sup> Aqui vale citar autores fundamentais da teoria contratualista, como Hobbes, Locke e Rousseau.

<sup>4</sup> Para Szabo (1984, p. 48), tais posições estão relacionadas com as tradições que fundamentam os direitos humanos. Segundo o autor, os jusnaturalistas negam que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam direitos humanos, pois sua concepção se baseia na lei natural – e, nesse sentido, no nosso entender, esses autores defendem uma posição minimalista do rol dos direitos humanos. De outro lado, os positivistas vislumbram que os direitos humanos são produto da lei positiva e do desenvolvimento da sociedade e, assim, vão se tornando cada vez mais numerosos conforme se abarcam novas esferas da vida social e da existência humana – adotando uma posição maximalista do rol dos direitos humanos.

<sup>5</sup> Inclui-se nessa corrente Méndez (2004, p. 18), que oferece a seguinte crítica à visão maximalista: “A insistência em expandir incessantemente as áreas da vida econômica e social que devem ser entendidas como direitos humanos debilita de forma considerável qualquer agenda política confiável e, sobretudo, mobilizadora em matéria de direitos humanos. Não me parece que seja expandindo a lista dos direitos humanos, como uma espécie de fuga para o futuro, que se recupere a credibilidade perdida”.

isso é preciso priorizar direitos para que eles possam ser concretizados na prática.

### 1.1.2 *A natureza e o fundamento dos direitos humanos*

O segundo debate sobre os direitos humanos pode ser introduzido a partir de uma questão crucial colocada por Bobbio (1997, p. 5): está-se diante de direitos que se tem ou de direitos que se gostaria de ter? Pretendendo analisar o seu fundamento absoluto, o autor se depara com quatro dificuldades: em primeiro lugar, a expressão “direitos humanos” é muito vaga e, à medida que carrega valores, os quais podem ser interpretados de diversas maneiras, difícil sua compreensão; em segundo, esses direitos constituem uma classe variável, já que as condições históricas são fundamentais para defini-los; em terceiro, essa classe também é heterogênea, compondo-se de direitos de várias gerações; por último, pode haver um confronto entre dois direitos humanos invocados, o que requer uma escolha entre eles, para que apenas um seja exercido (ibidem, p. 7-12). Diante disso, o autor entende que não seja o caso de buscar um fundamento absoluto dos direitos humanos, mesmo que seja possível fazê-lo, mas de questionar se esse levaria, mais rapidamente, ao reconhecimento e ao exercício desses direitos. Nesse sentido, para Bobbio (1997, p. 14-16), o problema que se enfrenta hoje em relação aos direitos humanos não se funda em sua justificativa, mas em sua proteção; em outras palavras, trata-se de um problema político, e não filosófico.

Retomando-se a indagação inicial de Bobbio (1997, p. 9-10), os direitos humanos são historicamente relativos, visto que são considerados fundamentais para uma determinada época e sociedade, modificando-se, assim, com o tempo. Dessa forma, por serem históricos, são conquistados pelos homens por meio de lutas e emancipações, produzindo, por conseguinte, o alargamento do rol desses direitos<sup>6</sup> (ibidem, p. 26). Nesse sentido, para o autor, os direitos hu-

---

<sup>6</sup> Bobbio (1997, p. 26), ao defender que os direitos humanos são construídos historicamente, conclui que derivam da civilização humana e não de sua natureza. Nesse sentido, vale registrar a seguinte passagem na língua original: “Oggi sappiamo che anche i diritti

manos nascem como direitos naturais universais, passam a direitos positivos particulares (à medida que são incorporados em textos constitucionais) e, depois, tornam-se direitos positivos universais (à medida que são incorporados por instrumentos internacionais) (ibidem, p. 24).

Vale mencionar que Piovesan (2004[b], p. 21) compartilha o entendimento bobbiano, afirmando que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Adotando essa concepção, faz-se mister analisar o processo histórico por meio do qual os direitos humanos foram sendo incorporados ao direito positivo.

## 1.2 Desenvolvimento dos direitos humanos

Bobbio (1997, p. 26-27) aponta três fases de desenvolvimento dos direitos humanos, quais sejam: a primeira se refere à afirmação dos direitos de liberdade, que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar ao indivíduo ou a grupos particulares uma esfera de liberdade em relação ao Estado; a segunda, à afirmação de direitos políticos, concebendo a liberdade não só de forma negativa (não-impedimento), mas também positiva (autonomia), e, conseqüentemente, ampliando a participação dos membros de uma comunidade no poder político, o que caracteriza a liberdade dentro do Estado; e a terceira, à afirmação de direitos sociais, que exprimem novas exigências decorrentes de novos valores, como a igualdade e o bem-estar no plano material, o que se traduz na liberdade por meio do Estado.

Ao seu turno, segundo Piovesan (2004[a], p. 149-150) e Bonavides (apud PIOVESAN, 2004[a], mesmas páginas), os direitos humanos podem ser classificados em três gerações, quais sejam: a primeira abarca os direitos civis e políticos, que têm como fundamento a liberdade, e são incorporados nas primeiras constituições ocidentais; a segunda, os direitos sociais, econômicos e culturais, que têm como fundamento a igualdade, e são incorporados nas constituições do Estado Social no século XX; e a terceira, os direitos co-

---

*cosiddeiti umani sono il prodotto non della natura ma della civiltà umana; in quanto diritti storici sono mutevoli, cioè suscettibili di trasformazione e di allargamento”.*

letivos, que têm como fundamento a solidariedade e a fraternidade, como os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros.

No que toca aos direitos humanos de primeira geração, vale mencionar que as primeiras declarações que os estabeleceram foram decorrentes de movimentos revolucionários, como a Independência Americana e a Revolução Francesa. A Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 veio a prever, em seu art. 1<sup>o</sup>, a vida, a igualdade, a liberdade e a propriedade como “direitos inatos” do homem, acrescentando-lhes, ainda, o direito de “procurar e o de obter a felicidade e a segurança”<sup>7</sup>. Ao seu turno, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>8</sup> veio a dispor, também em seu art. 1<sup>o</sup>, que a liberdade e a igualdade<sup>9</sup> eram direitos do homem<sup>10</sup>. Ressalte-se que essas definições, ao tratar os direitos humanos como inatos, basearam-se na tradição jusnaturalista, mas compuseram o pensamento positivista, quando passaram a ser previstas em textos legais.

Ademais, Comparato (1999, p. 42) destaca que os direitos humanos foram sendo internacionalizados, por meio de um processo que se desenvolveu em duas fases. A primeira delas se deu entre meados do século XIX e o final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e se fundou no direito humanitário, na luta contra a escravidão e na regulamentação dos direitos do trabalhador assalariado. A segunda, a partir de 1945, quando esse processo de internacionalização dos direitos humanos se acentuou, pelos motivos que o autor expõe a seguir:

---

<sup>7</sup> Art. 1<sup>o</sup>: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos *direitos inatos*, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da *vida* e da *liberdade*, com os meios de adquirir e possuir a *propriedade* de bens, bem como de procurar e obter a *felicidade* e a *segurança*” (COMPARATO, 1999, p. 38) [grifos nossos].

<sup>8</sup> Para Szabo (1984, p. 41), o ponto de partida para a concepção atual de direitos humanos se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão produzida no contexto das condições sociais que motivaram a Revolução Francesa.

<sup>9</sup> Art. 1<sup>o</sup>: “Todos os homens nascem e permanecem *livres e iguais* em direitos” (ibidem, mesma página) [grifos nossos].

<sup>10</sup> Nesse ponto esquecendo-se, como bem notado por Comparato (1999, mesma página), da fraternidade, que foi bandeira da Revolução Francesa, ao lado dos outros dois mencionados direitos.

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos (ibidem, p. 44).

### 1.3 A Declaração Universal de 1948

Nesse contexto, emergiu uma nova concepção dos direitos humanos, fundada na preocupação internacional com a dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2004[a], p. 133). Diante disso, foi elaborada a Declaração Universal de 1948, um instrumento amplo, no qual foram insculpidos direitos universais, que, para Piovesan (2004[a], p. 145), traduz-se num verdadeiro “código e plataforma de ação comum” aos Estados. Ressalte-se que a dignidade humana torna-se o fundamento desse instrumento, como descrito pela autora a seguir:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no *respeito à dignidade humana*, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos (ibidem, p. 146) [grifo nosso].

Apesar de ser o instrumento mais importante em matéria de direitos humanos, trata-se, nos dizeres de Vieira (2001, p. 39), de “uma simples declaração decorrente de uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas”. Assim, por não ser um tratado, não pode ser ratificada. Por conseguinte, como não possui força vinculante, não se pode compelir os Estados-Contratantes ao cumprimento de suas disposições.

Ademais, a Declaração concebe os direitos humanos como universais, o que ensejou um debate entre os partidários do universalismo e do relativismo cultural. Os primeiros sustentam uma concepção ocidental de direitos humanos, fundada no individualismo, que enfatiza os direitos civis e políticos (ou seja, as liberdades fundamentais). Ao seu turno, os segundos defendem uma concepção oriental, fundada no coletivismo, que realça os direitos econômicos e sociais<sup>11</sup> (ALVES, 1994, p. 4).

Piovesan (2004[a], p. 156), representando os universalistas, entende que deve haver um parâmetro internacional mínimo de proteção dos direitos humanos que obrigue os Estados a respeitá-los. Por outro lado, explicita a autora que, para os relativistas, o sistema jurídico de cada país deve dispor sobre os direitos fundamentais de acordo com fatores culturais e históricos, considerando-os variáveis conforme a sociedade analisada.

Nesse ponto, Alves (1994, mesma página), também filiado à corrente universalista, tece a seguinte crítica aos relativistas:

É inegável que a luta pelos direitos humanos, tais como hoje legalmente definidos, está associada a desenvolvimentos históricos registrados na Europa e nos Estados Unidos, tendo como marcos fundamentais a Revolução Parlamentar Inglesa, a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, com as respectivas conquistas jurídicas e declarações. [...] As afirmações de que a Declaração Universal é documento de interesse apenas ocidental, irrelevante e inaplicável em sociedades com valores histórico-culturais distintos, são, porém, falsas e perniciosas. Falsas porque todas as Constituições nacionais redigidas após

---

<sup>11</sup> Essas diferentes concepções sobre os direitos humanos também nortearam a discussão sobre a elaboração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os ocidentais, assentando-se nas tradições liberal e individual, enfatizavam os direitos civis e políticos, ou seja, as liberdades fundamentais. Os orientais, de outro lado, assentando-se na tradição social e comunitária, privilegiavam os direitos econômicos, sociais e culturais. Tais posições opostas terminaram por gerar dois instrumentos distintos, ao invés de um único pacto de direitos humanos.



a adoção da Declaração pela Assembléia Geral da ONU nela se inspiram ao tratar dos direitos e liberdades fundamentais, pondo em evidência, assim, o caráter hoje universal de seus valores. Perniciosas porque abrem possibilidades à invocação do relativismo cultural como justificativa para violações concretas de direitos já internacionalmente reconhecidos.

Com o intuito de findar esse debate, a Declaração de Viena de 1993 veio a prever, em seu § 5<sup>o</sup><sup>12</sup>, que os direitos humanos são universais. No entanto, no plano teórico, ele permanece.

Outrossim, com a Declaração Universal de 1948, constatou-se uma modificação no conceito de soberania, haja vista que a comunidade internacional passou a interferir nos assuntos internos relativos a direitos humanos dos Estados. Consoante a explicação de Alves (1994, p. 5):

Na área dos direitos humanos, as construções internacionais existentes ultrapassam as noções tradicionais de soberania e interesses.

Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas [...], os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas.

---

<sup>12</sup> § 5º: “Todos os direitos humanos são *universais*, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmo parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (PIOVESAN, 2004[a]: 159) [grifo nosso].

Nesse sentido, Piovesan (2004[a], p. 129-130) salienta que o processo de internacionalização dos direitos humanos ensejou a redefinição da soberania, uma vez que não só os Estados passaram a perder parte de sua autonomia, como também o indivíduo passou a ser tido como sujeito de direito internacional. Em suas palavras:

Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos, emerge a idéia de que o *indivíduo* é não apenas objeto, mas também *sujeito de direito internacional*. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional (ibidem, p. 128) [grifos nossos].

#### 1.4 Direito de asilo

Dentre os direitos enunciados pela Declaração Universal de 1948, merece destaque o direito de asilo, disposto em seu art. 14 (1)<sup>13</sup>, conforme transcrito a seguir: “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (ibidem, p. 345).

Tal dispositivo se refere às perseguições sofridas por indivíduos dentro de seus países de origem, ocasionando graves violações a seus direitos humanos, o que os motivam a se deslocar para outros territórios em busca de asilo.

Piovesan (2001, p. 30) explica essa relação entre direitos humanos e deslocamentos forçados, desencadeada pelas perseguições, da seguinte forma:

---

<sup>13</sup>Vale registrar que esse artigo prevê que o direito de asilo “não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas” (ibidem, p. 345).

Ao enfocarem-se os contornos do direito de asilo, percebe-se que a Declaração assegura o direito fundamental de toda pessoa estar livre de qualquer forma de perseguição. Conseqüentemente, na hipótese de perseguição decorre o direito fundamental de procurar e gozar asilo em outros países. A perseguição a uma pessoa caracteriza grave violação aos direitos humanos. Vale dizer, cada solicitação de asilo é resultado de um forte padrão de violência a direitos universalmente garantidos. Quando pessoas têm de abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma série de direitos humanos são violados, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal [...].

Logo, o fundamento legal que justifica a proteção dos indivíduos gerados pelos movimentos de deslocamentos forçados é o direito de asilo. Em contrapartida a esse direito invocado pelo indivíduo, existe a responsabilidade dos Estados em conceder o asilo pleiteado. Desse modo, esses devem estabelecer padrões para julgar os pedidos de asilo que, no entender da autora, sejam “justos e satisfatórios” (ibidem, p. 51). Também devem obedecer ao dever de não-devolução (princípio do *non refoulement*)<sup>14</sup> do solicitante de asilo que tenha sua vida ou liberdade em risco, caso seja devolvido ao seu país de origem (ibidem, p. 52).

Por fim, verifica-se uma relação intrínseca entre direitos humanos e refugiados, fundamentada no direito de asilo<sup>15</sup>, haja vista

---

<sup>14</sup> Esse princípio está previsto no art. 3º (1) da Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial de 1967, conforme transcrito a seguir: “Nenhuma das pessoas a que se refere o parágrafo 1 do art. 1º será objecto de medidas tais como a recusa de admissão na fronteira ou, se tiver entrado no território em que procura asilo, a expulsão ou devolução obrigatória (*refoulement*) a qualquer Estado onde possa ser objecto de perseguição”. Ressalte-se que também está disposto no art. 33 (1) da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951: “Nenhum dos Estados-Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas” (ACNUR, 1996, p. 74).

<sup>15</sup> Vale ressaltar o ensinamento de Almeida (2001, p. 109), segundo o qual “o instituto jurídico do asilo é gênero que possui duas espécies: o asilo político (diplomático ou territorial), de âmbito latino-americano, e o Estatuto do Refugiado”.

que, ao ter sua vida, liberdade e segurança ameaçadas ou efetivamente violadas em seus países de origem, esses indivíduos são impulsionados a se deslocar<sup>16</sup>, a fim de pleitear a proteção de outros Estados.

## **2 As soluções duráveis para a problemática dos refugiados**

Assim, quando o indivíduo abandona sua terra natal e atinge outro território, três situações podem ocorrer: ser mandado de volta ao seu país; ser acolhido pelo país no qual ingressou, obtendo refúgio; ou ser enviado a um terceiro país. Estas são, respectivamente, as soluções duráveis<sup>17</sup> implementadas para resolver a problemática dos refugiados: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento.

A primeira delas vislumbra-se como a mais difícil, ao mesmo tempo em que é a mais desejada e, por esse segundo motivo, é muito incentivada pelo ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, juntamente com os Estados de origem e de refúgio. Isso porque o sentimento natural do ser humano é retornar ao seu lar, onde encontra suas origens e nele se identifica. Entretanto, ante as perseguições e violações de seus direitos, que o levaram a deixar seu Estado de origem, entende-se assaz complicado esse retorno, principalmente se essas razões ainda subsistirem (ANDRADE, 1996[a], p. 40).

Mediante a segunda delas, o refugiado encontra maiores condições de reestruturar sua vida, estabelecendo-se num Estado diverso daquele de sua origem, razão pela qual o ACNUR auxilia esse país que o acolheu no sentido de promover sua integração na comunidade local. Porém, essa solução também acarreta algumas dificuldades no tocante à adaptação do refugiado à nova sociedade na qual será inserido, uma vez que essa pode representar uma cultura (hábitos, crenças e tradições) diversa daquela de sua origem.

Por fim, a última solução seria a inserção do refugiado em um terceiro Estado, em decorrência de dificuldades (como os casos

---

<sup>16</sup> Outros grupos produzidos por deslocamentos forçados que podem ser mencionados são os apátridas e os deslocados internos.

<sup>17</sup> Vale mencionar que essas soluções duráveis para a problemática dos refugiados são citadas tanto pela literatura internacional (GOODWIN-GILL, 1983) quanto nacional (ANDRADE, 1996, 1997, 1998) sobre o assunto.

em que a integridade física do refugiado se apresenta em perigo) quanto à sua integração naquele país que o recebeu (ANDRADE, 1996[a], p. 40-41).

### **3 A problemática dos refugiados no mundo**

#### **3.1 O contexto internacional do pós-guerra**

Assim como para os direitos humanos, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) representou um importante marco histórico para a problemática dos refugiados. No que diz respeito aos direitos humanos, foram verificadas as maiores atrocidades já praticadas contra o ser humano, em razão do Holocausto, o que ensejou uma preocupação internacional com a dignidade da pessoa humana, como já mencionado (PROVESAN, 2004[a], p. 131-132). No que toca aos refugiados, foram gerados os maiores deslocamentos humanos observados na História do mundo moderno, perfazendo mais de 40 milhões de pessoas deslocadas provenientes da Europa, além de aproximadamente 13 milhões de pessoas de origem alemã que foram expulsas de países como Polônia, Checoslováquia e daqueles que formavam a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), e, ainda, 11,3 milhões de trabalhadores forçados e pessoas deslocadas na Alemanha (ACNUR, 2002, p. 13).

Tendo em vista essa situação caótica que se constatava no continente europeu, as movimentações de pessoas começaram a causar grande preocupação aos países aliados (EUA, URSS, França e Reino Unido). Diante disso, em 1943, estabeleceu-se a ANUAR – Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento, que prestava auxílio não só aos refugiados, mas a todas as pessoas deslocadas em razão da guerra (ibidem, mesma página).

Com o fim da guerra, a ANUAR empreendeu esforços para promover o repatriamento dessas pessoas, o que era desejado também pelos países que lhes haviam concedido asilo (como Alemanha, Itália e Áustria), resultando aproximadamente 7 milhões de repatriados (dentre os quais 2 milhões eram soviéticos). Por outro lado, muitos dos deslocados e refugiados não queriam retornar aos seus países de origem, principalmente àqueles governados pelo regime comunista – o que foi ignorado pelos países aliados ao procederem a repatriamentos forçados.

Os Estados Unidos, contudo, começaram a se posicionar contra essa prática, denunciando que a política de repatriamento da ANUAR e seus programas de reabilitação nos países do Leste Europeu serviam apenas para reforçar o controle soviético exercido sobre esses. Ademais, como os EUA eram responsáveis por 70% do financiamento do referido órgão internacional, recusaram-se a prorrogar o seu mandato, que expirara em 1947, bem como lhe suspenderam apoio financeiro (*ibidem*, p. 14).

Assim sendo, a ANUAR foi substituída, em 1947, pela OIR – Organização Internacional para os Refugiados, uma agência especializada não permanente da ONU. Embora prestasse assistência somente aos refugiados europeus, foi, de fato, o primeiro organismo internacional a tratar, de forma integrada, de todos os aspectos da problemática dos refugiados. Essa organização desempenhava múltiplas funções, destacando-se a assistência e a proteção política e jurídica aos refugiados.

A OIR marcou-se, todavia, pela mudança em termos de soluções duráveis, abandonando a política de repatriamento<sup>18</sup>, defendida e realizada pela ANUAR, para adotar uma política de reassentamento dos refugiados em outros países. Desse modo, o trabalho da OIR resultou no repatriamento de apenas 73 mil pessoas, ao passo que reassentou mais de um milhão, que foram acolhidos pelos EUA e por outros países, como Austrália, Israel, Canadá e países da América Latina (*ibidem*, p. 16-17).

No entanto, entendeu-se que a OIR não logrou êxito em encontrar uma solução definitiva para a problemática dos refugiados, haja vista que, em 1951, ainda havia 400 mil pessoas deslocadas na Europa, sendo que o mandato da organização expirava em 1952. Em face disso, viu-se a necessidade de criar outro organismo internacional para tratar da questão dos refugiados (*ibidem*, p. 18).

### 3.2 O ACNUR

O cenário internacional do final da década de 1940 foi marcado por acontecimentos como a construção do muro de Berlim

---

<sup>18</sup> Em contrapartida a esse entendimento do ACNUR, Goodwin-Gill (1983, p. 219) aponta o repatriamento voluntário como um dos principais objetivos da OIR.

(1948/1949) e a Guerra da Coréia (1950), apontando um endurecimento na Guerra Fria. Nesse contexto, os conflitos travados entre os blocos ocidental-capitalista e oriental-socialista vieram a afetar a ONU, dificultando a criação do ACNUR.

Isso porque havia um dissenso generalizado entre os países da Europa Ocidental, os EUA e a URSS: os primeiros defendiam uma agência de refugiados permanente, forte e independente, capaz de angariar fundos; o segundo, ao contrário, um organismo bem definido, mas temporário, que exigisse pouco financiamento e que não pudesse receber contribuições; enquanto a última cuidava de boicotar as negociações. Apesar dessas dificuldades, em dezembro de 1949, a Assembléia Geral da ONU decidiu<sup>19</sup> estabelecer o ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, que iniciaria seus trabalhos em 1º de janeiro de 1951 (ibidem, p. 19).

Dez anos mais tarde, o Estatuto do ACNUR, aprovado em dezembro de 1959, ainda refletia as divergências entre os EUA e os países ocidentais europeus em relação a esse organismo (ibidem, p. 27), trazendo em seu bojo concessões a ambos os lados. Vejamos o porquê, com base em seus dispositivos.

Nos moldes do art. 1º do Estatuto, o ACNUR assumiu duas importantes funções: em primeiro lugar, tornou-se responsável pela proteção internacional aos refugiados, sob os auspícios da ONU; em segundo lugar, por encontrar soluções permanentes para essa problemática, devendo auxiliar os governos e dependendo de sua aprovação para facilitar o repatriamento voluntário dos refugiados ou a sua integração local em novas comunidades.

Ademais, nos termos de seu art. 2º, o trabalho do ACNUR tem caráter totalmente apolítico, é humanitário e social e está relacionado com grupos e categorias de refugiados. Nesse sentido, vale destacar o seguinte comentário:

Muitos funcionários do ACNUR afirmam ter sido a ênfase colocada na natureza apolítica do trabalho do

---

<sup>19</sup>Vale mencionar que a deliberação sobre o estabelecimento do ACNUR contou com 36 votos a favor, 5 contra e 11 abstenções dos Estados que faziam parte da ONU à época (ACNUR, 2002, p. 19).

Alto Comissariado que permitiu que a Organização operasse durante a época tensa da Guerra Fria e em situações subseqüentes de conflito armado. Outros observadores defendem que, embora essa distinção se revelasse útil de muitas maneiras, tratou-se desde o início de algo um tanto ilusório, invocado sobretudo para atenuar os graves efeitos da bipolarização no início dos anos 50 e para evitar uma total paralisia das Nações Unidas na resolução dos problemas dos refugiados da época. Alguns analistas têm também argumentado que, sendo o ACNUR um órgão subsidiário da ONU, sujeito ao controle formal da Assembléia Geral, nunca pode ser inteiramente independente dos órgãos políticos das Nações Unidas. A constante polêmica sobre esse assunto gira grandemente à volta do lapso incorrido por não se definir claramente o que constitui “ação humanitária” e “ação política” (ibidem, p. 22).

De fato, como previsto no art. 3º, o ACNUR segue as diretrizes da Assembléia Geral, atuando sob a autoridade dessa, bem como do Conselho Econômico e Social da ONU. Isso posto, como o organismo ficou atrelado a esses dois órgãos, não se pode afirmar que seja absolutamente independente, como pretendiam os países europeus ocidentais. Por outro lado, esses obtiveram sucesso na pretensão de se instituir um organismo forte e permanente.

No tocante ao seu financiamento, o art. 20 dispõe que o ACNUR conta com o orçamento da ONU, sendo que, salvo decisão posterior em contrário da Assembléia Geral, nenhum encargo, além das despesas administrativas relativas ao seu funcionamento, pode ser imputado a esse orçamento, ao passo que todas as outras despesas são financiadas por meio de contribuições voluntárias. Nesse aspecto, os países da Europa Ocidental também foram vitoriosos.

Contudo, embora lhe fosse garantido angariar tais contribuições, os Estados Unidos conseguiram que essas estivessem sujeitas à aprovação da Assembléia Geral da ONU. Em razão disso, o ACNUR passou a depender do pequeno orçamento da referida Assembléia e



de um “fundo de emergência” (ibidem, p. 22). Além disso, os EUA, inicialmente, recusaram-se a efetuar contribuições ao ACNUR, pois não o consideravam o órgão mais adequado para canalizar suas verbas, decidindo financiar outros programas e organismos<sup>20</sup> (ibidem, p. 24).

Diante disso, o ACNUR, desde o início, teve um financiamento insuficiente, contando, principalmente, com contribuições voluntárias e não dispendo de recursos para implementar programas de repatriamento ou de reassentamento. Dessa forma, “Tal como afirmou o primeiro Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, Gerrit Jan van Heuven Goedhart, corria-se o risco de o seu comissariado ficar reduzido a ‘administrar o sofrimento’” (ibidem, mesma página). No entanto, mesmo com um orçamento anual que não ultrapassava 300 mil dólares, o ACNUR conseguiu realizar parcerias significativas com organizações voluntárias e beneficentes.

Exemplo disso se deu em 1952, quando o organismo, com o apoio de organizações não-governamentais influentes, obteve da Fundação Ford a quantia de três milhões de dólares para financiar seu programa pioneiro de solução durável, que promovia a integração local dos refugiados em países europeus, o que significou uma conquista (ZARJEVSKI, 1987, p. 82). Nesse ponto, cabe ressaltar que “O primeiro valor substancial colocado à disposição do ACNUR não proveio dos governos, mas da Fundação Ford, nos Estados Unidos [...]” (ACNUR, ibidem, mesma página).

Somente em 1954 é que foi criado um novo Fundo das Nações Unidas para Refugiados (UNREF), que teve como função implementar programas na Áustria, Alemanha Ocidental, Grécia e Itália (ibidem, mesma página).

Vale destacar ainda que o primeiro “grande teste” do organismo ocorreu com a crise da Hungria, em 1956, quando cerca de

---

<sup>20</sup> Exemplos deles foram: o Programa dos Estados Unidos *Escapee*; o Comitê Intergovernamental para as Migrações Européias, fundado em 1952, que tinha a função de apoiar as movimentações de migrantes e refugiados da Europa, e que se tornou, mais tarde, a Organização Internacional para as Migrações; o Organismo de Obras Públicas e Socorro aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente; e a Agência das Nações Unidas para a Reconstrução da Coréia, que tinha como função prestar assistência a pessoas deslocadas pela Guerra da Coréia (ibidem, p. 24).

180 mil refugiados abandonaram o país em decorrência da repressão política do governo soviético. Sua atuação contou com o apoio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e da Liga das Sociedades da Cruz Vermelha. Durante os anos subseqüentes, em 1957 e 1958, o ACNUR realizou uma grande operação de assistência aos refugiados húngaros acolhidos na Áustria e na Iugoslávia, efetuando também o seu repatriamento e reassentamento em outros países. Esse trabalho propiciou prestígio internacional ao ACNUR, uma vez que, ao conter essa crise, saiu dela muito fortalecido (ibidem, p. 27).

Tendo em vista as considerações tecidas sobre o ACNUR, observa-se que desde o início de seus trabalhos até os dias atuais, as operações desse organismo vêm se ampliando cada vez mais. Isso porque, inicialmente, o referido organismo internacional deu assistência a 400 mil refugiados gerados pela Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sendo que atualmente a presta a aproximadamente 22 milhões de pessoas (incluindo outros grupos, além de refugiados). Em 1951, contava com 33 funcionários e seu orçamento totalizava 300 mil dólares; em 1999, eram mais de 5 mil funcionários e um orçamento que superava 1 bilhão de dólares. Atuava, de início, apenas na Europa; em 1999, porém, suas delegações se espalhavam por 120 países no mundo. Na década de 1950, possuía um restrito número de parceiros, chegando a 500 organizações não-governamentais em 1999 (ibidem, p. 3).

Outrossim, suas atividades também foram se alterando, enfatizando-se a criação de programas de assistência específicos a certos grupos, como mulheres, crianças e idosos. Da mesma forma, foram sendo implementados programas de assistência não só para refugiados, mas também para os deslocados internos, os apátridas e os solicitantes de refúgio, com fulcro nos arts. 1º e 9º do Estatuto do ACNUR (ibidem, mesma página).

Atualmente, as atividades do ACNUR têm sido consideradas como: pró-ativas, visto que têm-se dado no sentido de combater violações de direitos humanos e situações causadoras de deslocamentos; orientadas para a terra de origem, passando-se a destacar as obrigações dos países que geram refugiados; e holísticas, na medida

em que têm procurado promover uma abordagem integrada da problemática do deslocamento humano forçado (ibidem, p. 4)<sup>21</sup>.

### 3.3 Os instrumentos internacionais de proteção aos refugiados

Na mesma época em que foi criado o ACNUR, em 28 de julho de 1951, a ONU elaborou o primeiro instrumento de proteção internacional aos refugiados: a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que entrou em vigor em 21 de abril de 1954 (ACNUR, 1996, p. 3). Nos seus termos, a definição, que ficou conhecida como clássica, de “refugiado” abarcava qualquer pessoa

que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar (ibidem, p. 61).

De acordo com a Convenção, os termos “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951” poderiam ser entendidos de duas maneiras: em primeiro lugar, como aqueles que tiveram lugar na Europa (o que ficou conhecido por “reserva geográfica”); em segundo lugar, como aqueles que tiveram lugar na Europa ou fora desta. Tendo isso em vista, a Convenção previa que caberia ao Estado-Contratante adotar uma dessas fórmulas, mediante declaração feita quando da assinatura, adesão ou ratificação do instrumento. Além

---

<sup>21</sup> Nesse ponto, vale registrar a seguinte observação: “As atividades do ACNUR durante os primeiros anos são por vezes qualificadas de reativas, orientadas para o exílio e específicas para os refugiados. Reativas, porque gerem os problemas dos refugiados essencialmente no país de asilo. Orientadas para o exílio, porque os seus esforços se centravam em atividades nos países de asilo e a responsabilidade pela resolução dos problemas dos refugiados era vista como cabendo aos países que recebiam os refugiados em vez de imputada aos países que os geravam. Específicas para os refugiados, porque o ACNUR não se interessava geralmente por outras formas de deslocação forçada” (ibidem, p. 4).

disso, a qualquer momento, o Estado que tivesse adotado a primeira fórmula (mais restritiva) poderia, mediante comunicação ao Secretário-Geral da ONU, adotar a segunda delas, que abarcava um grupo maior de pessoas na definição de refugiado (ibidem, p. 62).

Vale mencionar que o Brasil, ao aderir à Convenção, em 1960, adotou a reserva geográfica e, em razão disso, só reconhecia como refugiados pessoas de origem européia (COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ, 1994, p. 46). A exclusão da referida reserva se deu apenas em 1989, quando, então, o país passou a receber refugiados de todos os cantos do mundo (ANDRADE, 1996[b], p. 10; ALMEIDA, 2001, p. 124).

Ademais, em 1967, tendo em vista novos acontecimentos no cenário internacional, como a descolonização de Estados africanos, que ensejou novo fluxo de refugiados, foi elaborado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Esse buscou pôr fim à chamada “reserva temporal” da Convenção, a qual estabelecia que só seriam reconhecidos como refugiados aqueles que tinham receio de serem perseguidos “em conseqüência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, passando-se a não mais aplicar esses termos à definição de refugiado (ANDRADE, 1996[b], p. 8).

Ainda é de se destacar a elaboração da Declaração de Cartagena em 1984, após um período de violentos confrontos armados em países da América Latina. Procurou-se, por meio desse instrumento, incluir na definição de refugiado (a qual ficou conhecida como ampliada) pessoas que deixaram seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas em decorrência da violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública (ARAÚJO, 2001, p. 425-426).

## **Conclusão**

Os refugiados são indivíduos que, por terem sido perseguidos em razão de diversos motivos, tiveram sua vida, segurança e liberdade ameaçadas ou de fato violentadas em seus países de origem, levando-os a se deslocar para outros territórios em busca de refúgio. A partir dessa definição, constata-se a relação direta entre direitos humanos e os deslocamentos forçados. Essa relação se expressa no direito de asilo.

Assim sendo, essa problemática dos refugiados emerge como uma preocupação internacional no contexto do pós-guerra, diante do grande contingente de pessoas deslocadas na Europa. Naquele momento, verificou-se a necessidade de se criar um órgão específico dentro das Nações Unidas para cuidar da proteção internacional dos refugiados e buscar soluções para essa problemática. Ao mesmo tempo, foi preciso elaborar um instrumento internacional que definisse o alcance do termo “refugiado”.

Décadas após a criação do ACNUR, constata-se que esse organismo foi evoluindo, seja modificando suas atividades, seja alargando seu campo de atuação, com o intuito de proteger os refugiados. Da mesma forma, acontecimentos no cenário internacional exigiram que uma nova definição de refugiado fosse elaborada, para que se pudesse abarcar nessa condição jurídica um maior contingente de pessoas.

Esses esforços, tanto no sentido de aprimorar o organismo que tutela os refugiados internacionalmente, quanto de ampliar a definição de refugiado, demonstram que essa problemática se foi modificando ao longo do tempo e, diante disso, a comunidade internacional foi-se mobilizando para solucioná-la.

Contudo, como os movimentos de refugiados são motivados por conflitos armados, que colocam em risco os direitos humanos (principalmente, a vida e a segurança) da população civil, enquanto essa situação conflituosa persistir, não há como se solucionar definitivamente a problemática dos refugiados no mundo. Essa permanecerá apresentando, cada vez mais, novos desafios a serem vencidos pela comunidade internacional.

## **Referências**

ACNUR. *A situação dos refugiados no mundo: cinquenta anos de ação humanitária*. Almada: A Triunfadora Artes Gráficas, 2002.

———. *Los refugiados en cifras*, 2004. Disponível em: <[http://www.acnur.org/index\\_hp?i\\_pag=3180](http://www.acnur.org/index_hp?i_pag=3180)> e <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3023.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2005.

———. *Manual de procedimentos e critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado*. Lisboa: ACNUR, 1996.

- ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001.
- ALVES, José Augusto Lindgreen. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- ANDRADE, José Henrique Fischel de. A Lei Brasileira de Proteção aos Refugiados. *Correio Braziliense*, Brasília, 29 set. 1997[a]. Caderno Direito & Justiça.
- . A proteção internacional dos refugiados no limiar do século XXI. *Travessia – Revista do Migrante*, maio/ago. 1996[a].
- . O Brasil e a proteção de refugiados: a discussão tem início no Congresso Nacional. *Pensando o Brasil*, ano 5, n. 16, set. 1996[b].
- . O refugiado à luz do direito internacional e do direito brasileiro. In: *Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais*. Brasília, DF: Conselho Federal da OAB, 1997[b].
- . Regional policy approaches and harmonization: a Latin America perspective. *International Journal of Refugee Law*, Oxford University Press, v. 10, n. 3, 1998.
- ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. 3. ed. Torino: Einaudi, 1997.
- COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ. Arquidiocese de Brasília. *Direitos humanos no Brasil: 1992-1993*. São Paulo: Loyola, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GOODWIN-GILL, Guy. *The refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre; São Paulo: L&PM, 1989.
- MÉNDEZ, Emílio Garcia. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, n. 1, 1. sem. 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004[a].
- . Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, n. 1, 1. sem. 2004[b].

- . O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SZABO, Imre. Fundamentos históricos de los derechos humanos. In: VASAK, Karel (Ed.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984. v. 1.
- UNHCR. *2003 Global Refugee Trends: overview of refugee populations, new arrivals, durable solutions, asylum-seekers, and other persons of concern to UNHCR*. Genebra: UNHCR, 15 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.pdf?tbl=STATISTICS&id=40d015fb4>>. Acesso em: 19 jan. 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos. *Revista do ILANUD*, São Paulo: ILANUD, n. 17, 2001.
- ZARJEVSKI, Yéfime. *A future preserved: international assistance to refugees*. Oxford: Pergamon Press, 1987.





# Preconceito, discriminação e ressurreição social do negro no Brasil<sup>1</sup>

Marco Aydos\*

**Sumário:** I. Espírito ecumênico. Igualdade, um instrumento. Cãnone em exame. “Arianistas na prática”. II. Preconceito, discriminação e ideologia. A identidade nacional. Múltiplas identidades. III. Ilustração e romantismo. O sentido da ideologia. Além da palavra de ordem. IV. Visibilidade/invisibilidade. À espera do favor. O passo em falso. V. A democracia étnica: do mito do já feito à utopia do por fazer. Do paraíso ao antagonismo. Questionamento ao mestre. Do bonde ao barão. Educandas polidas. O “enigma” da sobrevivência. O exemplo do Brasil. Visita libertadora. VI. Pós-escrito à história da sociedade patriarcal? Ecumenismo, sim, simbiose, não. Adereços desprezíveis. VII. Do cativo à diáspora como párias: negros e judeus. Realidades e dilemas. O dilema da assimilação. “Objetos” redentores. Cotas, política de alto risco. VIII. A cota racial na universidade e seus “ricochetes”. A questão racial no STF. No baú de malverdades. Fácil, mas autoritário. Conclusão. “Lugares de memória”.

## I

No ensaio filosófico intitulado *A ressurreição do Jesus judeu*, seguindo caminho trilhado por Pierre Nora e seus “lugares da memória” (*Lieux de mémoire*), Agnes Heller retira de tema recentemente em voga com a descoberta de documentos históricos sobre a vida de

---

<sup>1</sup> Originalmente publicado no Caderno de Cidadania do *Observatório da Imprensa*, n. 314, de 1<sup>a</sup> fev. 2005. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=314CID002>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

\* Marco Aydos é Procurador da República, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Filosofia pela New School for Social Research, Nova York, EUA.

Jesus inspiração para avaliar a situação espiritual de nosso tempo. Conclui que poderia ser a de um novo helenismo, agora de confraternização entre as grandes religiões monoteístas. Para esse espírito, inspira-se no diálogo que havia entre os grandes filósofos cristãos, muçulmanos e judeus nos séculos XII e XIII, que liam uns aos outros com capacidade de admirar-se com a verdade do outro, sem que isso signifique relativizar a verdade própria. Essa capacidade pode ser atualizada num verdadeiro Ecumenismo, que não significa Simbiose<sup>2</sup>. Lidando com identidades coletivas e com o modo como elas se constroem a partir de processos seletivos de Lembrar e Esquecer, aponta a autora como a Cristologia foi quase completamente esquecendo não só a origem mas o próprio judaísmo de Jesus. O sentido do Lembrar opera aqui como uma espécie de “tratamento” dos traumas – sendo o antijudaísmo, que não é idêntico ao anti-semitismo, o efeito mais expressivo desses traumas – acumulados por essa memória coletiva.

Quero aproveitar sugestões desse processo de lembrar o coletivamente esquecido para discutir assunto que entrou na ordem do dia entre nós a partir de uma campanha lançada pelo Ibase (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas), com apoio da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Governo Federal, em dezembro de 2004, chamada “Onde você guarda o seu racismo?”. Assim como os Evangelhos – com ou sem interpolações cristológicas que apagassem o judaísmo original de Jesus – funcionaram como cânone em que inscrito o esquecimento, novas interpretações do mesmo texto são os lugares de ressurreição do que foi esquecido. Em nosso caso proponho nova interpretação de texto canônico, ainda que cultural e não religioso, em que se poderia dizer ter sido inscrito o esquecimento coletivo da raça negra no processo de consolidação da identidade nacional.

Não sendo o único, será talvez o mais importante, seja por sua monumentalidade intelectual seja pela autenticidade com que produzido. Refiro-me à *Introdução à história da sociedade patriarcal no*

---

<sup>2</sup> HELLER, Agnes. *Die Auferstehung des jüdischen Jesus*. Tradução do húngaro por Christina Kunze. Berlin; Viena: Philo, 2002. 118 p.

*Brasil*, trilogia de Gilberto Freyre iniciada pelo mais conhecido dos três volumes, *Casa-grande & senzala*, seguido de *Sobrados e mucambos* e de *Ordem e Progresso*, este último provavelmente o menos lido, não só pela dimensão (1.114 páginas na edição de 2004 da Global, que será usada aqui para citações) como pelo título indigesto para tantos que (ainda) não nos conformamos à bandeira adotada pela República de 89, com essa “legenda que é uma espécie de recomendação médica”, como certa vez escreveu Cecília Meireles<sup>3</sup>.

### **Espírito ecumênico**

O cânone do esquecimento pode ser a semente da ressurreição. Leio Gilberto Freyre evidentemente por força de questões políticas que entraram na ordem do dia, em especial, aqui, a dimensão preocupante que vem tomando entre nós a cota racial na Universidade. Tem-se repetido à exaustão o jargão da “visibilidade” como medida de combate à discriminação racial, varrida para baixo do tapete pela “ideologia da democracia étnica” tantas vezes (e em algumas de modo tão aleatório que se poderia adivinhar não ter sido lido o cânone criticado), que ler Gilberto Freyre hoje soa quase como subversivo. É como se fosse politicamente incorreto ou perigoso mencionar o nome do pai desse “racismo à brasileira”; é como se temessem as políticas de identidade que novas gerações se contaminem dessa doença. Como certa vez se disse em relação a Carl Schmitt, ler os autores perigosos na política é com certeza terapia mais segura contra os perigos do que ignorá-los ou temer ser por eles influenciado.

Ao contrário do dogma e das palavras de ordem dos movimentos sociais (e são movimentos precisamente porque se consolidam em torno a grandes palavras de ordem), grandes obras culturais permitem a ressurreição do que, delas, foi esquecido, porque registram – de modo às vezes claro e lúcido, às vezes deturpado pela lente da ideologia – a história do que foi esquecido. No caso do negro no Brasil, todo o processo de esquecimento coletivo pode ser lido na obra de Freyre, processo que tem um marco decisivo na recém-feita República de 89, quando o Governo Provisório cuida de mandar

---

<sup>3</sup> Apud LAMEGO, Valéria. *A farpa na lira: Cecília Meireles na Revolução de 30*. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 1996. p. 115 e 193.

queimar todos os arquivos da escravidão negra no Brasil, por aviso ministerial originário do Ministério da Fazenda, com data de 13 de maio de 1891, depois firmado pelo conselheiro Rui Barbosa, conduta tida por Gilberto Freyre como desses “autos-de-fé republicanos”<sup>4</sup>.

O ânimo dessa nossa ressurreição do coletivamente esquecido será o espírito ecumênico de que fala Agnes Heller. A postura reflexiva aqui buscada não é de tolerância passiva, mas a da “tolerância ativa” que acompanha a verdadeira postura ecumênica<sup>5</sup>. Sendo necessário, afirma-se como advertência, se um caminho de ressurreição eventualmente é apresentado como panacéia, única ou final solução. A advertência pode ser recebida como veto, que também é, mas pode ser recebida com idêntico espírito ecumênico, como sugestão a que se use aquela imaginação radical de que falara Castoriadis, para que se inventem saídas novas, reinventem-se meios alternativos de alcançar o mesmo fim.

### **Igualdade, um instrumento**

A principal advertência – antecipando um pouco o assunto – vai no sentido de que a legítima e necessária ressurreição social do negro, cujo esquecimento coletivo constitui o grande trauma de infância da consolidação da identidade nacional brasileira, não se converta ela mesma numa patologia de feitio narcisista, já presente em algumas vertentes multiculturalistas que fazem apologia de histórias compensatórias cujo objetivo seja apenas o de reinventar a história para promoção da “auto-estima” dos oprimidos, caminho talvez mais seguro para a criação, agora nem mais de ideologias, que essas sempre têm conteúdos de verdade, mas de falsidades, ilusões e propaganda. Um chauvinismo étnico que seria remédio – amargo – contra a doença do nacionalismo forjado sobre a base do esquecimento da raça.

O ânimo dessa ressurreição também pode ser concebido com espírito terapêutico. O universo da discriminação social é um mundo que pode ser comparado ao inconsciente individual. Qualquer intervenção terapêutica nesse subterrâneo requer cuidado, e o pri-

---

<sup>4</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família patriarcal brasileira sobre o regime da economia patriarcal*. 48. ed. rev. São Paulo: Global, 2003. p. 384.

<sup>5</sup> HELLER, *Die Auferstehung*, cit., p. 111.

meio deles é sabermos que não existe apenas um tratamento, mas vários. Tal como na medicina, alguns optam pelo eletrochoque; outros, por terapia mais lenta, que constrói tijolo por tijolo a sociedade nova sem cultivar células cancerígenas. Isso em política quase atende pelo nome da velha disjuntiva reforma x revolução. Nosso ponto de vista é terapêutico, analítico, reformista. É paciente. Choques ou revoluções ainda hoje se apresentam com a sedução de hiper-eficácia, mas podem revelar-se não só inócuos como destrutivos das poucas defesas do organismo contra a proliferação de células cancerígenas (as que fazem a discriminação, já ruim, tornar-se ódio social, um passo sempre pior).

Quem se interessa por remédios sociais que atenuem o emergir violento desse subterrâneo social (e a analogia com o inconsciente individual conscientemente assume a possibilidade de que esse subterrâneo social violento também seja indestrutível) se interessa por medidas terapêuticas que preferencialmente atenuem os sofrimentos sociais sem destruição das fracas imunidades: acautelando-se contra eventuais “ricochetes” discriminatórios. Nem toda discriminação social é infundada: igualdade, em realidade, é dos mais problemáticos conceitos políticos, e deve-se sempre lembrar que ela é valor instrumental de realização dos valores-fim da modernidade, de vida e liberdade, e não valor final que os possa suprimir sem mais.

### **Cânone em exame**

Poucos temas serão mais complexos e intrincados na política de hoje que a discussão da integração do negro em sociedade ou – para dizê-lo no jargão de hoje, da “inclusão” ou promoção da igualdade racial. Aqui, como nos Estados Unidos, é verdadeira a frase de Arthur Schlesinger Jr.: “Quase não se pode falar de raça hoje nos EUA com sinceridade”<sup>6</sup>. Perguntar coletivamente onde mora o preconceito, onde guardamos nosso racismo, é sempre postura saudável. Além de elogiar a campanha, quero participar dela buscando em documentos de alta cultura alguma luz sobre o tema.

---

<sup>6</sup> “Little is harder to talk honestly about in America these days than race” (SCHLESINGER JR., Arthur M. *The disuniting of America: reflections on a multicultural society*. Knoxville: Whittle Books, 1991. p. 40).

Remando contra a maré, leio e penso que progrido um pouco no assunto com quem será considerado “pai” do “racismo à brasileira”, trazendo, aqui e ali, contribuições externas que ponham em xeque o autor de *Casa-grande & senzala*, mas também pensando o que ele pensou, internamente à obra, outras vezes contra ela. Necessário é, antes de tudo, abertura de ânimo: afinal quem quer vencer o preconceito racial deve procurar saber o que pensou quem é acusado de ter atrasado tanto a ascensão da consciência negra no Brasil. Sempre é possível que surjam surpresas nesse processo.

A primeira enorme surpresa é que a pesquisa efetuada pela Fundação Perseu Abramo sobre o racismo no Brasil não tem a novidade proclamada, salvo o ter apurado o fato em estatísticas. Descobriu a Fundação que 87% dos brasileiros acreditam que existe racismo no Brasil, mas apenas 4% admitem que são racistas<sup>7</sup>. A mesma pesquisa fora feita pelo autor do cânone do esquecimento coletivo do negro no chamado “inquérito Gilberto Freyre”, que serviu de base ao autor para escrever a terceira parte de sua obra (*Ordem e Progresso*, com primeira edição em 1959). Por isso é preciso aprofundar um pouco onde e por que o cânone operou esse esquecimento, pois com certeza não o foi por má-fé ou desonestidade intelectual na leitura dos fatos.

### “Arianistas na prática”

O “racismo à brasileira”, que se afirma hoje ter sido escondido pela ideologia da democracia étnica, com certeza não esteve escondido para Gilberto Freyre. Uma das perguntas formulada por Gilberto Freyre foi exatamente a mesma da campanha de hoje: onde você guarda o seu racismo? Freyre pergunta o que o entrevistado pensa da questão racial no Brasil, em tese, e depois o que ele pensa de algum filho ou filha casar-se com negro ou negra. Sobre o “racismo à brasileira” um dos entrevistados por Gilberto Freyre disse que:

Não veria com agrado, confesso, o casamento de um filho ou filha, irmão ou irmã, com pessoa de cor. Há,

---

<sup>7</sup> Cf. SANTORO, Mauricio. Onde você guarda o seu racismo? *Revista Democracia Viva*, n. 24, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ibase.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

em mim, forças ancestrais invencíveis, que justificam essa atitude. São elas, percebo, mais instintivas do que racionais, como, em geral, soem ser aquelas forças, sedimentadas, há séculos, no subconsciente de sucessivas gerações<sup>8</sup>.

Gilberto Freyre generaliza, a partir de seu inquérito, a conclusão de que os brasileiros somos “igualitários, em teoria; arianistas, na prática”<sup>9</sup>. Se não está no desconhecimento da realidade da discriminação racial, temos de buscar adiante o cerne da divergência. Nossa segunda surpresa será descobrir que não só na leitura dos fatos, como também no conceito de democracia étnica – porém nesse sob a condição de reinterpretarmos o conceito de Gilberto Freyre contra ele mesmo, como utopia por fazer e não como fato histórico cumprido –, a divergência do movimento negro de hoje com o autor do cânone do esquecimento coletivo do negro não será tão grande como parece. Antes, porém, será conveniente discutir um pouco mais sobre preconceito, discriminação e ideologia, já que a principal acusação contra o cânone é de representar uma poderosa ideologia que não permitiu a tomada de consciência, de parte dos negros, da identidade racial e, de parte dos brancos, de seu próprio preconceito.

## II

### **Preconceito, discriminação e ideologia**

A primeira medida terapêutica para tratar socialmente do preconceito e da discriminação será modificar a pergunta formulada na campanha, do “você” para o “nós” inclusivo. Onde *nós* guardamos *nosso* racismo? A pergunta admite desde logo que somos um país onde existe discriminação racial e por via de consequência somos todos, em maior ou menor grau, racialmente preconceituosos. A segunda medida será distinguir conceitualmente (com consequências

---

<sup>8</sup> FREIRE, Gilberto. *Ordem e progresso*: processo de desintegração das sociedades patriarcal e semipatriarcal no Brasil sob o regime de trabalho livre, aspectos de um quase meio século de transição do trabalho escravo para o trabalho livre e da monarquia para a república. 6. ed. rev. São Paulo: Global, 2004. p. 595-596.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p. 604.

no plano prático) preconceito, discriminação e ideologia, que vêm sendo freqüentemente misturados.

Preconceito não é o mesmo que discriminação. Aquele é subjetivo, ainda que existam preconceitos sociais, porque cada um pode adotá-los ou não. A discriminação é preconceito objetivado em ações, ao passo que o ódio é discriminação – elevada à segunda potência – convertendo-se em idéia, idéia que anima movimentos radicais de exclusão do outro. O preconceito pode ser mais ou menos perigoso, mais ou menos inofensivo, pode prejudicar, por vezes, apenas a pessoa preconceituosa, que diminui o horizonte de seus próprios envolvimento e empobrece seu mundo social e emocional. O preconceito está enraizado em nosso subterrâneo individual, ao passo que a discriminação e o ódio estão enraizados no subterrâneo social, coletivo.

Uma campanha contra o racismo que faça emergir o preconceito ao plano da consciência social, para que a reflexão pública guarde o preconceito (esse algo esquecido coletivamente) em qualquer lugar menos perigoso do que o inconsciente individual e social, antes que ele se incorpore ou siga incorporando-se em ações (isto é, antes que ele se converta em discriminação) é terapia social construtiva e libertadora.

## **A identidade nacional**

Agnes Heller já distinguia em estudo dos anos 1970, sob o influxo do marxismo, o sistema de preconceitos da “falsa consciência” em que se expressam ideologias. Preconceito e ideologia também não são a mesma coisa. Segundo Heller, o preconceito é uma categoria do plano cotidiano que implica necessariamente ultrageneralizações. Pertencendo ao plano cotidiano, está imbricado em cargas afetivas. “O afeto do preconceito é a fé” – o que o distingue de outras generalizações em que o afeto predominante é a confiança<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cf. HELLER, Agnes. *O cotidiano e a história*. Tradução de Leandro Konder e Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. p. 43-63. Título original: *Alltag und Geschichte* (1970).



A ideologia ou falsa consciência está tão permeada quanto o próprio sistema de preconceitos por uma ultrageneralização de conteúdo marcadamente emocional. [... mas] a ideologia não tem caráter de preconceito, por mais simplista, tendencioso e deformador que seja o sistema intelectual no qual se expressa. O ato de assumir uma ideologia é habitualmente algo bastante difícil para o indivíduo, porque a ideologia não faz apelo ao particular-individual e freqüentemente exige uma força moral realmente extraordinária, assim como muita iniciativa individual<sup>11</sup>.

O preconceito relaciona-se à particularidade, seu afeto é a fé, e por isso ele não conhece meios-termos: seus afetos são sempre extremados no par amor-ódio. A ideologia refere-se à universalidade, e por isso quase sempre será a forma ideológica de expressão de um humanismo. As ideologias nacionalistas funcionam em todo lugar com um aspecto positivo de integração, ainda que necessariamente operem a partir de um sistema de preconceitos sociais. Mas a construção das ideologias não se situa no plano cotidiano, e por isso – aqui o aparente paradoxo – a sua construção é feita de modo muito menos preconceituoso do que se imagina. Disso resulta que as ideologias – e Marx já via isso – possuem conteúdos de verdade que estão misturados a conteúdos de falsidade. Nosso racismo, já temos uma ligeira indicação de que foi guardado no próprio cânone do esquecimento coletivo. Nesse sentido, e apenas nesse, a consolidação da identidade nacional operou à base de um sistema de preconceitos arianistas.

### **Múltiplas identidades**

Não é acidental que a ideologia da democracia étnica brasileira surja ao mesmo tempo em que surge a necessidade de consolidação da identidade nacional. Gilberto Freyre aponta que a República foi arianista, contra o excesso de “democratização racial” do Império. Segundo Agnes Heller, é muito freqüente que sistemas de

---

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*, p. 52.

preconceitos sejam socialmente fortes em momentos de fraca coesão, e o momento de passagem da Monarquia para a República foi um desses momentos. Ainda que se reconheça ser praticamente impossível a eliminação do preconceito, é possível socialmente “eliminar a organização dos preconceitos em sistema, sua rigidez e – o que é mais essencial – a discriminação efetivada pelos preconceitos”<sup>12</sup>.

Isso significa que passados mais de cem anos do momento histórico que consolidou, para bem ou para mal, uma identidade nacional (ainda que ilusória, como uma raça no planeta que seria simpática, cordial e confraternizante, não se pode negar que essa é uma identidade nacional), se essa coesão já não está em aberto risco de fragmentação social, então não haveria mais razão para seguir identificando a função ideológica positiva da ideologia (a consolidação da identidade e integração nacional) com o seu lado negativo de sistema de preconceito racial disfarçado, o chamado “racismo à brasileira”. Disso decorre que talvez já possamos socialmente nos libertar do “racismo à brasileira” sem abandonar nossa identidade nacional.

Outra consequência é que a ressurreição do negro no Brasil pode ocorrer num cenário liberal, em que múltiplas identidades sejam admitidas, em que não haja a superimposição de uma identidade (étnica) em prejuízo de uma outra identidade (nacional), como se a superação da ideologia só pudesse dar-se de forma revanchista e rancorosa contra a identidade nacional. Até porque esta última não é mal em si a combater, ela ainda é fermento de coesão social, de fortalecimento de uma moldura dentro da qual múltiplas identidades *também* sejam possíveis.

### III

#### **Ilustração e romantismo**

A ressurreição do negro no Brasil insere-se num movimento global de retorno do socialmente reprimido pelo universalismo moderno. Nos Estados Unidos, abandona-se a tradicional construção dos “muitos em um” que fundamentou semelhante ideologia de invenção da “raça americana” como resultado do caldeirão de etnias

---

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 59.

que se fundem em uma nova. Em lugar do *melting pot* proclama-se a “salada” (o que está bem descrito no libreto de Schlesinger Jr., já citado). Essa substituição não pode, porém, ser abraçada de modo absoluto, porque por mais refrescante que seja a idéia de *salada*, em que todos os alimentos convivem em harmonia sem necessariamente se misturarem, talvez na metáfora se devesse dizer que civilizadamente come-se a *salada* num prato, que ordena o alimento, e não sobre a mesa ou sobre o chão. Esse prato é a moldura civilizatória, e essa moldura social só pode ser relativamente íntegra se for construída sobre a herança espiritual da Ilustração, despida da pressão assimilatória que a tornou tirânico caldeirão de cozimento do pirão de ontem.

As políticas de identidade, e com elas as chamadas ações afirmativas, aparecem como insurgência romântica contra o “excesso de Ilustração”, excesso universalista que acreditou construir a tricolor revolucionária para todos e terminou se esquecendo das raças e nações oprimidas, ou periféricas, ou minoritárias (no sentido do poder, ainda que quase sempre numericamente majoritárias). Nesse sentido, o marxismo é herdeiro do excesso universalista ou radicalismo universalista que também desprezou as diferenças, entre elas as etnias, grupos nacionais, em prol da “Internacional dos homens” (a diferença de gênero não entrava no universo rigorosamente marxista; Marx mesmo nutria preconceitos contra o feminismo de Engels e seus relacionamentos plebeus).

Levanta-se a política da diferença como bandeira pós-moderna, porém, esquecendo-se de que tanto Ilustração como Romantismo são produtos da mesma modernidade, que foi tão etnocêntrica quanto anti-etnocêntrica, que tanto forjou sua auto-imagem como superioridade civilizada diante de nós, primitivos, quanto considerou a si mesma a escória decadente do mundo diante da nossa natureza desconhecida de “bons selvagens”. O que não faz sentido é ser contra *todo* o novo romantismo ou contra *toda* a herança ilustrada, porque ambas as tendências levadas a extremos não terminam muito bem para todos.

### **O sentido da ideologia**

Talvez seja mais razoável admitir que os direitos das diferenças ressuscitem na moldura de algum modo universalista dos direitos

humanos. Para usarmos do jargão atual, o universalismo ilustrado seria culpado pela “invisibilidade” dos esquecidos coletivamente, ao passo que o novo romantismo reclama essa esquecida presença como a sua “visibilidade”. Mas ambos são movimentos humanistas, porque a busca pela visibilidade não é senão “instrumental” para a utopia da verdadeira invisibilidade, que é a capacidade de parecer natural diante da diferença dos outros, e não ser por isso negativamente discriminado, mas positivamente reconhecido como algo atraente e rico.

Agora, porém, a harmonização entre esses contrários terá de ocorrer em cada contexto em que o conflito se apresenta, e nunca de modo teórico, porque não há mais nenhuma lógica que os harmonize. Seguimos a concepção de Agnes Heller de que na modernidade a conciliação entre universalismo e diferença, “facilmente reconciliáveis no papel”<sup>13</sup>, exige na prática uma escolha individual/social que é, como toda escolha, um “salto”, pelo qual cada um deve ser responsável. Talvez seja mais autêntico que deixemos de apresentar soluções teóricas do tipo “está provado que o universalismo falhou e tornou os oprimidos invisíveis, está na hora de dar-lhes visibilidade e poder” – versões mais ou menos elaboradas do *slogan* de luta nas universidades norte-americanas: “hei, hei, ho, ho, Western culture’s got to go”<sup>14</sup>, ou simplesmente “abaixo o Ocidente”.

Tomando novamente o caso de Gilberto Freyre, considerado como autor que proporcionou às classes dominantes arsenal de dominação mais cruel do que a própria violência racial, porque manteria o dominado para sempre em servidão voluntária, o que podemos fazer é rever o próprio conceito de ideologia. O sentido da ideologia é diferente do de preconceito. Poucas obras são autênticas se os autores não forem relativamente isentos de preconceitos sociais vigentes ao tempo em que criadas, mas o sistema de preconceitos é sempre o horizonte histórico em que toda obra se insere. Gilberto Freyre representa, na memória brasileira, nosso momento de Ilustração.

### **Além da palavra de ordem**

Desafiando os códigos ideológicos de hoje, que verão euro-

---

<sup>13</sup> HELLER, Agnes. *A theory of modernity*. New York: Blackwell, 1999. 313 p. Aqui p. 139.

<sup>14</sup> Em Stanford, p. ex., cf. SCHLESINGER JR., op. cit., p. 72.

centrismo alienado na comparação, eu diria que o autor de *Casa-grande & senzala* é nosso Montesquieu. Também contra a Ilustração revoltaram-se românticos: ela foi universal demais, branca demais, anônima, invisível. Só não nos ocorre dizer que só restou falsa consciência na Ilustração, porque um núcleo de humanidade está lá para ser separado de sua casca histórica e do sistema de preconceitos de seu tempo.

Ainda aprendemos com *O Espírito das Leis* o que seja um sentimento democrático, mesmo achando curioso – ou indignando-nos, se for o caso, com o autor – que o grande Montesquieu tenha podido acreditar que Deus não poria uma alma num corpo todo preto.

Se juntarmos no mesmo caldo da ideologia como embuste ou grande mentira dos dominantes panfletos políticos e obras de alta cultura, tudo acaba sendo a mesma coisa e a “verdade” revelada é quase simplória: aparece a eternidade da luta de classes (agora como luta racial) e envolve-se em aura de mistério o conteúdo hegemônico dos dominantes, sua própria identidade. Termina-se por alcançar pouca ou nenhuma compreensão histórica e social, mas excelentes frases de efeito e jargões para movimentos de identidade tomarem como bandeiras segregacionistas. Normalmente a política concreta é feita em torno a *slogans* e palavras de ordem, o que não se espera é que a discussão pública de questões políticas toda ela se resuma a palavras de ordem, como tem ocorrido com a questão racial. A palavra de ordem da “visibilidade”, por exemplo, precisa ser bem compreendida e discutida, porque a “visibilidade inescapável” é a própria discriminação.

## IV

### **Visibilidade/invisibilidade**

Quem sofre a discriminação por conta de uma qualidade da qual não pode escapar recebe-a como um “estigma”. A estratégia da ação afirmativa é realçar o estigma e afirmá-lo agora como “auto-estima e orgulho étnico”. Para isso, prega que a distribuição de oportunidades deve ser reforçada para alcançar resultados igualitários que fortaleçam essa auto-estima depreciada pelo estigma. O que em primeiro lugar aparece como problema é a superfetação dos “papéis sociais”, tradicionalmente envolvidos com o sistema de preconceitos sociais. As identidades étnicas passam a ser o primordial centro de

identificação da pessoa, e secundária ou sem nenhum valor a identidade nacional ou quaisquer outras. A lógica é tentadora como toda lógica excessivamente fácil. Ocorre que discriminação social é um negócio ingrato e não obedece a lógicas fáceis como essa aritmética dos “25 anos” de cota universitária para criação de uma elite negra.

A Ilustração ergueu o Estado moderno sobre a invisibilidade do fato nascimento. Mais do que isso, a invisibilidade combatia a “visibilidade” absolutista que era a marca registrada da vida na Corte. Como mostra Jacques Revel, era indispensável à “política do despotismo” concentrar num lugar, a Corte, um largo número de pessoas que gravitariam em torno ao poder absoluto<sup>15</sup>.

A “visibilidade romântica” da ressurreição da raça no cenário político pós-moderno só pode ser compreendida como instrumento para a busca da “invisibilidade social”, que é o direito de não ser julgado pela cor ou pela qualidade que causa o estigma. Esse direito – que é a utopia de todo movimento contra a discriminação social – sempre foi buscado pelas vítimas da discriminação. O que varia (que se chama hoje de “visibilidade”) é o modo pelo qual ele é buscado. Afirma-se a raça, dizendo que ela é diferença que não desapareceu na “simbiose” das formações nacionais e segue sendo um fator de preconceito e discriminação social, de tal modo que a diferença, tornando-se visível, produz o seu exato contrário, que o portador da diferença seja enfim realmente – e não ilusoriamente – invisível.

### **À espera do favor**

Todos os movimentos insurgentes sempre se levantaram contra as ilusões dos progressos sociais supostamente conquistados para sempre. Assim foi quando os proletários levantaram-se contra a ilusão burguesa de ter realizado – para sempre – o reino da razão, dizendo que o que realizavam sem o saberem era o reino de domínio burguês. A política de identidade, que surge com um forte apelo à de-canonicalização do patrimônio cultural dos “dominantes”, na realidade não de-canonicaliza coisa alguma, ela busca, como todo movimento de

---

<sup>15</sup> Jacques Revel, *The Court*. In: NORA, Pierre (Dir.). *Realms of memory: the construction of the French past*. v.2 – Traditions. Tradução de Arthur Goldhammer. New York: Columbia University Press, 1997. Cap. 3, p. 111. Título original: *Lieux de Mémoire*.

afirmação política, a troca do cânone estabelecido e tradicional pelo novo cânone. Ela não aposta no vazio de poder e por isso funciona quase como aquele “sobe-e-desce” de algumas colunas sociais.

Sobem Malcolm X e Frantz Fanon. Desce Martin Luther King Jr., cuja luta pela causa dos negros discordava do jargão da “africanidade” (dizia: “O negro é um americano, não sabemos nada da África”<sup>16</sup>) e afirmava o direito à invisibilidade, quando dizia “Sono com o dia em que meus quatro filhos pequenos não serão mais julgados pela cor de sua pele, mas pelo conteúdo do seu caráter”<sup>17</sup>.

No que consiste a discriminação social é essa inescapável “visibilidade” que funciona como a permanente exposição ao olhar (e à reprovação) do outro, como se quem pertence ao grupo discriminado passasse a vida numa corte absolutista, à espera do favor do rei. É essa inescapável visibilidade, a dor funda da discriminação, que aparece de modo poético numa parábola de Lima Barreto intitulada “Dentes negros, cabelos azuis”, sobre a metáfora do ser estranho, de cabelos azuis, o “suplício da minha vida”, e dentes negros.

## O passo em falso

– Se, em dia claro e azulado [...], vou por entre as árvores, crendo-me só, e feliz, o miserável rafeiro que passa deixa a inexorável busca do osso descarnado, para olhar as caretas do símio em que me desdubro, e ri-se de mim, meio espantado, mas satisfeito. Então, como por encanto o caminho se povoa. Há por toda a parte zumbidos, alaridos, risotas. Do farfalho das árvores ouço: Olá, tingiste a cabeça no céu; mas onde enlameaste a boca? [...]

Eu devia fugir, desaparecer, pois mal ando passos, mal me esgueiro numa travessa, das gelosias, dos mendigos, dos cocheiros, da gente mais vil e da mais alta, só uma coisa ouço: lá vai o homem de cabelos azuis, o

---

<sup>16</sup> Cf. SCHLESINGER JR., op. cit., p. 46.

<sup>17</sup> Martin Luther King Jr., citado por BERNSTEIN, Richard. *Dictatorship of virtue: how the battle over multiculturalism is reshaping our schools, our country, our lives*. New York: Vintage, 1995. p. 58.

homem de dentes negros... [...] Se um amigo quer referir-se a mim em conversa de outros, diz: aquele, aquele dos dentes negros...<sup>18</sup>.

Visibilidade é isso, ter de sempre responder à pergunta, ou à troça, sobre origem ou qualidade “socialmente infamante”. Invisibilidade, todos os que sofrem a discriminação sempre souberam, é proteção. O que ela não pode ser é ficção, e esse é o passo em falso das grandes ideologias. Como o da ideologia nacional da democracia étnica. Aqui nos aproximamos um pouco mais do conceito, que pode ser – e muito bem – discutido com Gilberto Freyre, ainda que mediante alguns ajustes, contra ele mesmo.

## V

### **A democracia étnica: do mito do já feito à utopia do por fazer**

Ainda que seja mesmo uma “grande ideologia”, o conceito de ideologia não será o melhor para recebermos hoje a obra de Gilberto Freyre. Ele é um conceito pobre naquilo que omite. O dedo em riste que “descobre” a mentira do outro, sem dizer apresenta-se como portador da “Verdade”. Não é à-toa que os movimentos sociais hoje – que seriam pós-ilustrados – incorporam as piores e não as melhores heranças da Ilustração, e a idéia de posse da Verdade pela vanguarda do Proletariado é um desenvolvimento dessa pior herança. O abuso – sem todo o arsenal compreensivo do marxismo – do conceito de ideologia termina por idolatrar movimentos sociais como portadores da nova “Verdade”, que no modelo primitivo competia à vanguarda comunista.

Gilberto Freyre é um caso curioso de reacionário na política e vanguarda na compreensão da sociedade. O que ele fazia, registrar símbolos e resíduos mnemônicos da sociedade brasileira em jornais (anúncios do tipo classificados de hoje), tipos de arquitetura e outras recordações, é o que hoje Pierre Nora empreende para “reconstrução do passado francês”. Em Nora, como já era para Gilberto Freyre,

---

<sup>18</sup> LIMA BARRETO, Dentes negros, cabelos azuis. In: ———. *Contos*. Edição de José Emilio Major Neto. São Paulo: Landy, 2000. p 106-107.



o conceito de ideologia como falsa consciência é lateral, porque ninguém mais pode com autenticidade contrapor à falsidade de consciência inscrita nesses documentos de memória coletiva uma inteira “Verdade”, ou é pelo menos substituído com vantagens pelo conceito de “lugar de memória” (*lieu de mémoire*).

Entre os inúmeros temas que poderiam ser “interpretados” no Brasil a partir de Gilberto Freyre, um deles é com certeza o da democracia racial, tida como sua “grande mentira”. A crítica que sempre se fez a Gilberto Freyre, de não concluir suas obras, será seu maior mérito, porque deixa a obra em aberto para que busquemos aprofundar o conceito, problematizá-lo, conversar com o autor. O que com certeza é traço das grandes obras de alta cultura, que são “hermeneuticamente inexauríveis” (no dizer de Agnes Heller) ou pelo menos bastante densas em significados a ponto de permitirem leituras múltiplas e atualizações à luz de fatos e problemas novos.

### **Do paraíso ao antagonismo**

O que é afinal a democracia étnica para Gilberto Freyre?

O conceito é desenvolvido dentro do enredo principal da “grande narrativa”: a história da sociedade brasileira como uma sociedade patriarcal que se desintegra.

Na sociedade patriarcal havia um antagonismo social enorme, mas espaços sociais de “confraternização” que formavam um modelo de convivência humano – para o autor de *Casa-grande & senzala*, “uma quase maravilha de acomodação: do escravo ao senhor, do preto ao branco, do filho ao pai, da mulher ao marido”<sup>19</sup>. “Dentro deste sistema muita comunicação houve entre casas-grandes e senzalas, entre sobrados e mucambos, e não apenas separação ou diferenciação. Síntese e não apenas antítese. Complementação afetiva e não apenas diversificação economicamente antagônica”.

Não obstante venha gradativamente desaparecendo, o sistema patriarcal deixa vestígios de acomodação que caracterizam a sociedade brasileira como uma nova superfície social:

---

<sup>19</sup> FREYRE, Gilberto. Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. In: SANTIAGO, Silvano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. 2, p. 659.

nova configuração de cultura, novas formas de sociedade, caracterizadas principalmente por uma convivência entre os homens de sexos, origens, idades e profissões diversas que merece o qualificativo de democrática; e pelo começo de generalização, entre eles, de um tipo de homem e de um tipo de casa, se não único – pois permanecem diferentes certos características regionais, de raça e de classe – muito menos diferenciado, do que outrora, em seus extremos de posição ou de situação no espaço social<sup>20</sup>.

A linha que traça a história dos espaços de confraternização racial, no estudo de Freyre sobre a sociedade patriarcal, é claramente involutiva: do paraíso acomodatório que foi o regime patriarcal puro vão com sua desintegração surgindo espaços de antagonismo maior. É interessante como Freyre apresenta os fatos de modo relativamente livre de seu “conceito” de democracia, para depois arrumá-los conforme sua tese de que a especificidade brasileira é de uma forma plástica, acomodatória, que forjou uma nova raça a partir de diversos elementos culturais no processo de formação nacional.

### **Questionamento ao mestre**

Vou referir, talvez com algum excesso, trechos de *Sobrados e mucambos*, em que o processo de desfazimento do modelo patriarcal examinado em *Casa-grande & senzala* é apresentado já de modo comparativo. A todo instante que apresenta um fato social que leva a uma involução de confraternização, Freyre impõe uma “fórmula” que atenua o fato. A própria construção sintática apresentará sempre uma conjunção adversativa que funciona como o elemento positivo que resta da perda de um espaço social de confraternização. Mas não será difícil separar os fatos e os juízos do autor, situados após essas conjunções:

Com a urbanização do País, ganharam tais antagonismos uma intensidade nova; o equilíbrio entre brancos de sobrado e pretos, caboclos e pardos livres dos mucambos não seria o mesmo que entre os brancos das

---

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, p. 683.

velhas casas-grandes e os negros das senzalas. [MAS] É verdade que ao mesmo tempo que se acentuavam os antagonismos, tornavam-se maiores as oportunidades de ascensão social, nas cidades, para os escravos e para os filhos de escravos, que fossem indivíduos dotados de aptidão artística ou intelectual extraordinária ou de qualidades especiais de atração sexual. E a miscigenação, tão grande nas cidades como nas fazendas, amaciou, a seu modo, antagonismos entre os extremos<sup>21</sup>.

Os donos de alguns sobrados viram-se mesmo obrigados a colocar semicírculos de ferro com espigões, em torno dos umbrais de portões, espigões que completavam os muros ouriçados de cacos de vidro como defesa da casa nobre contra a plebe da rua, da habitação patriarcal contra os desrespeitos ou os rancores do indivíduo sem eira nem beira.

O mulato livre de cidade, geralmente filho de imigrante português ou de imigrante italiano, crescia nesse ambiente de maior antagonismo entre mucambo e casebre de palha e sobrado grande, entre cortiço e casa assobradada de chácara – ambiente que mal chegava a conhecer, na meninice, o mulato de engenho ou de fazenda, tão beneficiado, quando no serviço doméstico, por uma mais doce confraternização entre os dois extremos: os senhores e os escravos<sup>22</sup>.

De modo que foi ao acentuar-se a predominância, na paisagem brasileira, do contraste entre sobrados com mucambos, que se acentuou, entre nós, a presença de negros e pardos como inimigos de brancos<sup>23</sup>.

As cidades industrializadas [...] passaram a conservar, dentro delas, no alto dos morros, à sombra dos seus bueiros de fábricas e usinas, mucambarias e favelas profundamente diferenciadas da parte nobre da população. Uma espécie de inimigos à vista: de

---

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, p. 857 (o “mas” em maiúscula não é do original).

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 1247.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*, p. 1247.

mouros sempre na costa. Ou nos morros, como no Rio de Janeiro, ou nos mangues, como no Recife. Populações diferenciadas de tal modo da dominante pela diversidade de condições materiais de vida – coincidindo essas condições pelas conseqüências da escravidão, com a diversidade de cor ou de raça – que a configuração de grupo, e não de raça, é que provisoriamente, pelo menos, se mostra mais viva entre os brasileiros: os da área mais europeizada com relação aos das manchas, não tanto de sangue, como de vida mais africana ou, culturalmente, mais elementar. Os da classe explorada com relação aos de classe – e não rigorosamente raça – exploradora.

Mesmo, PORÉM, a essa fase da maior diferenciação social entre sobrados e mucambos, correspondente à maior desintegração do sistema patriarcal entre nós, não têm faltado elementos ou meios de intercomunicação entre os extremos sociais ou de cultura. De modo que os antagonismos que não foram nunca absolutos, não se tornaram absolutos depois daquela desintegração. E um dos elementos mais poderosos de intercomunicação, pelo seu dinamismo de raça e, principalmente, de cultura, tem sido, nessa fase difícil, o mulato<sup>24</sup>.

De um sistema de acomodação e confraternização afetiva perfeito que se vai desintegrando, como poderia resultar uma sociedade de democracia étnica se a democracia étnica precisa, para existir, desses espaços sociais de confraternização? Embora saibamos a resposta dada por Freyre a essa pergunta, que hoje é apenas *logicamente* aceitável (será o “enigma” de Gilberto Freyre, como veremos adiante), ainda insistiríamos no questionamento ao mestre de *Casa-grande & senzala*, desde que assumimos um ponto de vista ecumênico que não signifique simbiose, e que a democracia étnica desenhada por Freyre é utopia por fazer, e não fato realizado.

### **Do bonde ao barão**

Goste-se ou não do sistema patriarcal, tomemos por assentado que ele representa um sistema acomodatório. Qual seria a condi-

---

<sup>24</sup> Idem, *ibidem*, p. 1293 (destaquei com maiúscula o “porém”).

ção para que sua desintegração se transformasse em algo positivo para a formação de uma sociedade etnicamente democrática? Essa é a resposta apenas intuída ao longo da trilogia, mas claramente “concluída” na *Interpretação do Brasil*, edição de conferências de Gilberto Freyre nos Estados Unidos, nos anos 40 do século XX. O negro, como tal, tinha de desaparecer de cena, como também o ameríndio, para que surgisse a “raça” brasileira, que retirasse das culturas (ou raças) originárias o seu caldo de simpatia confraternizante, criando essa raça nova, mais dionísia que apolínea, que seria por isso *naturalmente* democrática.

Agora, se abrirmos mão de conceituar democracia como um fato da “natureza”, para ver nela uma construção artificial sempre difícil e nunca assegurada de fato, os problemas não deixam de aparecer. O sistema de perfeição acomodatória vai mais e mais sumindo, para chegar à República com apenas um “lugar” de confraternização social: o bonde.

O bonde foi no Brasil da época estudada no ensaio que se segue uma escola de tolerância: tolerância de idéias e tolerância social. E o conde Charles d’Ursel, no seu *Sud Amérique* (Paris, 1879), antecipou-se ao português Chagas e ao brasileiro Bilac – outro que fez a apologia do bonde – em destacar *l’égalité la plus démocratique* que vinha sendo favorecida no Brasil por esse tipo de veículo<sup>25</sup>.

Agora que os espaços sociais de confraternização desaparecem (fácil é imaginar que uma vez que entrasse em circulação o automóvel, veículo privatizável, logo se fecharia esse universo de confraternização do bonde, deixado o transporte público aos socialmente inferiores) é mais problemática a formação de uma identidade nacional sobre bases conscientemente arianistas, para “os olhos do estrangeiro” verem que o Brasil possuía elites compatíveis com a dignidade da dinastia deposta. Exemplifica esse arianismo a política exterior/educacional, fundidas na mesma figura do barão do Rio Branco (“homem atento a pormenores de ordem eugênica, estática e étnica”<sup>26</sup>).

---

<sup>25</sup> FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso...*, cit., p. 147.

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*, p. 585.

Do barão poderia escrever-se hoje, um tanto à maneira do que Shakespeare escreveu de César e do seu gosto ou afã de cercar-se de homens gordos, que procurou, quando senhor quase absoluto do Itamaraty, cercar-se de homens não só inteligentes, cultos e políticos como altos, belos e eugênicos: homens que, completados por esposas formosas, elegantes e bem-vestidas, dessem ao estrangeiro a idéia de ser o Brasil – pelo menos sua elite – país de gente sã e bem-conformada. Daí seu particular apreço pelos Joaquim Nabuco, pelos Graça Aranha [...] Os feios, os franzinos, os cacogênicos, se dependesse dele, não ocupariam sequer postos que obrigassem o Itamaraty a convidá-los a seus jantares ou banquetes; muito menos posições de relevo na representação do Brasil na Europa e nos Estados Unidos. Sua aversão aos cacogênicos estendia-se, de algum modo, a brasileiros de cor. Só quando de valor excepcional – o caso do cacogênico Santos Dumont – pareciam-lhe os indivíduos feios, pálidos, franzinos, utilizáveis ou toleráveis por um sistema mais que diplomático, como o Itamaraty, de organização e de definição de valores superiormente nacionais: sistema a que o barão comunicou sua imagem de superprotetor de uma pátria a seu ver necessitada do respeito dos europeus e dos anglo-saxões, para crescente afirmação do seu prestígio<sup>27</sup>.

### **Educandas polidas**

A escola tivera no sistema patriarcal um estímulo confraternizante com o sistema de ensino dos padres, onde eram alunos “mamelucos, caboclos, bastardos, órfãos – dos muitos órfãos que a caridade dos religiosos recolhia ou a sabedoria do Estado português dos tempos coloniais, antecipando-se a idéias moderníssimas, distribuía entre famílias de homens de bem. Famílias a quem as Câmaras pagavam um tanto de subvenção para criar os meninos”<sup>28</sup>. Locais de

---

<sup>27</sup> Idem, *ibidem*, p. 177.

<sup>28</sup> *Sobrados e mucambos...*, cit., p. 789.

confraternização sociorracial, ainda que deles excluído o elemento totalmente negro, esses colégios foram formadores de alunos que seriam “elementos de urbanização e de universalização, num meio influenciado poderosamente pelos autocratas das casas-grandes e até dos sobrados mais patriarcais das cidades ou vilas do interior, no sentido da estagnação rural e da extrema diferenciação regional”<sup>29</sup>.

Tais colégios representavam “algo de sutilmente urbano, ecléctico e universal – a Igreja, o latim, os clássicos, a Europa, o sentido de outra vida, além da dominada pelo olhar dos senhores, do alto de suas casas-grandes”<sup>30</sup>. São espaços que vão desaparecendo com a República de 89, feita mais por antigos senhores de escravos do que por aspirações populares, de modo que foi, na insuspeita expressão de Gilberto Freyre, uma “revolução conservadora”.

As forças republicanas que combateram a “Guarda Negra” defensora do regime monárquico, Freyre as qualifica como:

quase uma espécie de *Klu-Klux-Klan* com o que se comprometeu, durante o movimento republicano, muito do que, como confraternização entre brancos e homens de cor, havia se conseguido durante a campanha paraguaia. [...] a Guerra do Paraguai fizera que numerosos negros, como soldados, convivessem com os brancos, não havendo hierarquia social e rígida “diante da morte”, e criara para negros e sobretudo mestiços bravos oportunidades novas de “elevação social”<sup>31</sup>.

A escola da República de 89, arianista e estimuladora de características eugênicas, era uma escola de bons modos: “Nos colégios elegantes para moças, vistos com particular simpatia pelo barão, desenvolveu-se um ensino tendente mais a acentuar nas educandas as graças sociais e até mundanas, o chique no vestir-se, no pentear-se, no comer, no andar, no conversar, o apuro na pronúncia do francês, que virtudes propriamente intelectuais”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Idem, *ibidem*, p. 789.

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*, p. 790.

<sup>31</sup> *Ordem e progresso...*, cit., p. 211.

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*, p. 177.

## O “enigma” da sobrevivência

Mas se a leitura dos fatos é honesta, o que está errado com Gilberto Freyre? Esse o “enigma”. O que provavelmente cause mais revolta aos negros brasileiros não será tanto o modo de Gilberto Freyre contar a história do patriarcalismo brasileiro, mas os juízos que o autor empresta a essa história. Nesse sentido é que Gilberto Freyre não faz apenas história ou ciência social, mas também filosofia. Ao contar o que passou, não se limita a dizer: isso ocorreu e ponto. Mas diz: isso ocorreu, e foi bom. Esse o toque teológico de Gilberto Freyre, como o do criador que a cada etapa de sua criação julga “isso é bom”.

Se considerarmos a obra monumental de Gilberto Freyre quase uma grande narrativa no modelo hegeliano, poderemos compreender por que e o que nela hoje nos parece quase como uma “mentira”. Hegel não se limitou a descrever fatos históricos, esse palco de horrores e morticínios, mas deu a cada etapa da História a idéia de que tinha sido necessária, quase como se julgasse: isso ocorreu, e foi bom, porque afinal o que se desenrolava sem que soubéssemos era a ordem da Providência. Esse tipo de história é que o olhar pós-moderno capta como “grande narrativa” e já não admite, porque instrumentaliza o passado em nome do futuro. Freyre conta a história da família patriarcal brasileira quase como história individual de um de seus prototípicos senhores.

Aliás, a certo ponto reconhece essa história como uma espécie de grande “romance *vrai*” (romance verídico) que estende sua biografia pessoal (Introdução a *Sobrados e mucambos*). Nessa história, os senhores sobrevivem, os outros já deram sua “contribuição”. Por isso o “enigma” de Gilberto Freyre, a sobrevivência do negro após ter encerrado sua “missão” histórica na formação nacional, é semelhante ao enigma de Hegel com relação à sobrevivência dos judeus depois de cumprirem sua missão histórica universal<sup>33</sup>.

## O exemplo do Brasil

A comparação com Hegel é apropriada também no sentido

---

<sup>33</sup> Sobre o “enigma de Hegel”, baseio-me em interessante estudo de Yirmiyahu Yovel (*Dark riddle: Hegel, Nietzsche, and the Jews*. Oxford: Polity Press, 1998).



de que não será por ter a filosofia hegeliana idéias que nossa consciência pós-moderna já não aceita que deixaremos de buscar nela – como faz Heller em sua *Teoria da modernidade* – a primeira grande interpretação da modernidade. Não será porque divergimos da idéia de Gilberto Freyre de que as acomodações entre as classes e raças tenham gerado *naturalmente* a democracia racial que deixaremos de considerar que ele é o grande intérprete do Brasil. Intérprete que foi autêntico a ponto de vencer seus próprios preconceitos anticomunistas e antimarxistas e ver na União Soviética stalinista a realização do seu mesmo ideal: a revolução antropológica.

Não é casual que na *Interpretação do Brasil* encontremos uma semelhança traçada pelo próprio Gilberto Freyre com outros modelos autoritários de antropologia, como a do “homem novo soviético”, saudado como um tipo “vitorioso” de engenharia social:

Outro povo de transição entre Europa e outro continente de população de cor é o russo, que revela hoje ao mundo um tipo novo, sob certos aspectos, já vitorioso, de organização social e que inclui a miscigenação, especialmente a mistura de raças conhecida por euro-asiática, entre suas soluções para os problemas sociais do homem. Em mais de um aspecto da sua situação étnica e social, o Brasil lembra a Rússia. A experiência de bicontinentalismo étnico e cultural começada há séculos em Portugal tomou nova dimensão no Brasil: três raças e três culturas se fundem em condições que, de modo geral, são socialmente democráticas, ainda que até agora permitindo apenas um tipo ainda imperfeito de democracia social; imperfeito tanto na base econômica como nas suas formas políticas de expressão. Mas com todas as suas imperfeições, de base econômica e de formas políticas de convivência democrática, o Brasil impõe-se hoje como uma comunidade cuja experiência social pode servir de exemplo ou estímulo a outras comunidades modernas<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas. Introdução e tradução de Olívio Montenegro. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947. p. 189-190.

## **Visita libertadora**

Pode-se criticar o exagerado ufanismo (que nossa democracia será modelo para o mundo) ou a ingenuidade no elogio da vitória stalinista. Hoje sabemos que sua política foi a mesma da Coroa portuguesa na importação de negros africanos – a regra imperial romana de dividir para imperar, conforme a descreve Freyre: “Essa política foi não permitir que se juntasse em uma capitania número preponderante da mesma nação ou estoque”<sup>35</sup>.

Que Gilberto Freyre tenha visto na “solução” soviética de revolução antropológica e criação do “homem novo” semelhança com a criação da “raça” (ou metarraça, como afirma o autor em trabalho posterior) brasileira é signo de que ele afinal era “filho de seu tempo”, o século XX. Hoje percebemos que o sonho sublime de uma tal “revolução antropológica” é totalitário e só se realiza historicamente com traumas que não tardam em emergir como um “retorno do socialmente reprimido”. Contrariamente à premonição de Gilberto Freyre, nos anos 40 do século XX, de que “os negros estão agora desaparecendo rapidamente do Brasil, fundindo-se com os brancos”<sup>36</sup>, a raça negra não desapareceu na “simbiose” da nova raça brasileira, nem essa nova raça é antídoto natural ou eficaz contra o preconceito.

Ainda assim evidencia-se do pouco que podemos discutir e transcrever aqui que visitar a obra monumental do pai do “racismo à brasileira” não contamina ninguém de racismo. Ao contrário disso, ela é libertadora e vai construindo uma base sólida para que pensemos o nosso próprio tempo e nossos dilemas, como um pós-escrito à mesma história.

## **VI**

### **Pós-escrito à história da sociedade patriarcal?**

#### **Ecumenismo, sim, simbiose, não**

Só não há mais quem faça sozinho – nem mesmo os “lugares da memória” dirigidos por Pierre Nora para reconstrução do passa-

---

<sup>35</sup> *Casa-grande & senzala...*, cit., p. 384.

<sup>36</sup> *Interpretação do Brasil...*, cit., p. 187.

do francês nos anos 80–90 são já obra de um único autor – um pós-escrito à trilogia dos lugares da memória de Gilberto Freyre. O autor mesmo planejara continuá-la no volume que trataria dos locais de sepultamento como locais de memória (*Jazigos e covas rasas*), mas talvez essa continuidade não desse conta dos dilemas de uma sociedade nacional pós-patriarcal que em linha involutiva de desaparecimento de lugares sociais de confraternização sociorracial atinge ponto próximo ao absoluto, com a falência da escola pública de qualidade, obrigatória e sociorracialmente misturada, que ainda existia na geração deste autor, mas não existe mais para a dos nossos filhos.

É possível que alguém já tenha especulado nesse sentido – desconheço a literatura secundária sobre o autor de *Casa-grande & senzala* – mas sem pretender nenhuma originalidade perguntaria qual seria o nome de um pós-escrito a essa trilogia. Seria *Shopping-center e favela*? É certo que a favela de morro carioca não é o mesmo lugar social do mucambo estudado por Gilberto Freyre, fato expressamente reconhecido em *Sobrados e mucambos*.

É certo também que essa nova imaginação social do centro de compras reproduz a idéia de que a “rua” é o lugar do perigo de onde se ausenta de modo quase (e esse quase é otimista) absoluto a função social confraternizante – a mais interessante utopia de Gilberto Freyre. A praça agora é “de alimentação”, local de lazer a que teoricamente todos têm acesso, não fosse o fato de que tais centros de compras vão-se especializando mais e mais conforme avança a “invasão” das classes perigosas, não sendo suficiente apenas a vigilância que opera com critérios discriminatórios para que os que não pertençam a esse local saibam de modos sutis (e nem sempre sutis) que aquele lugar não é para eles. O *shopping-center* é a casa patriarcal pós-moderna, modelo de imaginação dos proprietários da sociedade contemporânea.

Lá fora, a favela no morro, debruçada sobre nós como ameaça, da qual temos de nos precaver com o aparato policial-militar do Estado, faz com que seja melancólico, mas não absurdo, que se tenha falado no Rio de Janeiro em fechar ou conter a expansão da favela com um “muro”. A utopia de Gilberto Freyre não deu errado porque seja impossível, ela só não estava feita como ele imaginou que estivesse. E o que era relativo vai ficando absoluto.

É importante aqui retomar a idéia de que o preconceito é categoria da vida cotidiana (não do pensamento, não da teoria e nem da práxis social) e por isso carregada de afetos de amor-ódio que não conhecem meio-termo. Entre adultos, vencer o preconceito é uma luta enorme, que precisa lançar mão de “esclarecimentos” de ordem racional, e por isso a campanha que pergunta onde guardamos nosso racismo é tão significativa. Mas ela não pode fazer com que tenhamos muita ilusão racionalista, como tiveram alguns ilustrados que achavam que se vence o preconceito apenas com esclarecimentos de razão. Preconceitos são cultivados como afetos, e respondem com amor-ódio, principalmente diante de situações de medo (a fraqueza de coesão social é uma espécie de medo coletivo). Por isso o espaço primordial de atenuação do preconceito racial é a base formadora, e não o topo universitário; a escola fundamental, e não a pós-graduação. O lugar social da educação fundamental não é menor no cultivo do preconceito.

O sonho da escola-nova, laica e universalista, a oferecer caminhos e oportunidades para todos indistintamente, funcionando também como espaço de confraternização sociorracial, que se queria realizar pela Revolução de 30, é quase mais um “sonho que acabou” (no propósito generalista que adoto é suficiente referir-me a esse capítulo da história da educação no Brasil em texto já citado, de Valéria Lamego, sobre a obra jornalística engajada de Cecília Meireles na Revolução de 30).

### **Adereços desprezíveis**

A revolução no ensino é mais uma revolução traída no rol de tantas outras com que construímos o século XX. A escola pública social e racialmente confraternizante já é desde os anos 80 do século XX um *lieu de mémoire*. Se a percepção da memória coletiva é legítima como extensão da memória individual, como pensava com legitimidade Gilberto Freyre, é lícito aqui especular um pouco acerca dessa memória. Essa geração que nasceu pela década de 60 ainda conheceu escolas públicas-modelo em que se fazia “exame de admissão”, assim como os grupos escolares de bairro, onde todos naturalmente seriam matriculados. É a geração de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, negro que chegou ao Supremo Tribunal Federal

pela mão de presidente da classe operária, não a do “príncipe-sociólogo” de ontem. “Fui beneficiado por um fato que não existe mais hoje em dia: a escola pública de boa qualidade” – depõe o hoje ministro<sup>37</sup>.

Mas, se vale uma adversativa, será interessante anotar que a idéia chegou a incorporar-se de algum modo ao mesmo século XX, pelo menos até a geração que nasceu pela década de 60. Com exageros como em toda generalização, o conflito entre gerações é visível. A geração da “brizoleta” – utopia universalista do primeiro Leonel Brizola – possivelmente forma o núcleo dos que pendemos mais para a Ilustração, dos que somos tidos por “reacionários” por insistir em valores universalistas, soberania popular, representatividade e outros adereços hoje desprezíveis da democracia-liberal. A nova elite que a ela se contrapõe chega romântica, antimeritocrática, decanonizadora. A diferença é que os ilustrados de hoje recusam os excessos iluministas, precisamente a dialética da liberdade e qualquer tutela da Verdade por indivíduo ou grupo social, como a tradição de vanguarda do Proletariado. Já os novos românticos abraçam o pior da Ilustração, a idéia de que a liberdade é tão sublime que se pode (ou deve) obrigar o outro a ser livre (e feliz), hoje traduzida na idéia de que se uma identidade é possível ela é também obrigatória, e assimilar-se (integrar-se), ainda que por ilusão, é signo de covardia e traição ou marca infame do *parvenu*.

## VII

### **Do cativo à diáspora como párias: negros e judeus**

O olhar de Lima Barreto sobre a questão racial na Primeira República já identificava a analogia da questão do negro com a questão judaica. Mulato e pária que não combinava com a Academia ou com o modelo de sucesso do poderoso editor Garnier, Afonso Henriques anotava em seu diário, com preocupação:

Vai-se estendendo, pelo mundo, a noção de que há umas certas raças superiores e umas outras inferiores,

---

<sup>37</sup> Citação de Miriam Leitão e Débora Thomé (Passar a barreira. *Página 20*, Rio Branco, AC, 8 maio 2003. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/pagina20/5maio2003/site/08052003/Panorama%20economico.htm>. Acesso em: 26 ago. 2005).

e que essa inferioridade, longe de ser transitória, é eterna e intrínseca à própria estrutura da raça. [...]

Urge ver o perigo dessas idéias, para nossa felicidade individual e para nossa dignidade superior de homens. Atualmente, ainda não saíram dos gabinetes e laboratórios, mas, amanhã, espalhar-se-ão, ficarão à mão dos políticos, cairão sobre as rudes cabeças da massa, e talvez tenhamos que sofrer matanças, afastamentos humilhantes, e os nossos liberalísimos tempos verão uns novos judeus.

Os séculos que passaram não tiveram opinião diversa a nosso respeito – é verdade; mas, desprovidas de qualquer base séria, não ofereciam o mínimo perigo. Era o preconceito; hoje é o conceito<sup>38</sup>.

A analogia com a questão judaica faz parte do enredo da ressurreição social do negro de modo quase natural. Não será mero acaso que, no silêncio que envolve a questão racial, na qual em público só se ouvem vozes favoráveis à cota universitária, por exemplo, as raras vozes que surjam em oposição, ou pelo menos discussão um pouco mais crítica de alguns excessos antidemocráticos e antiliberais dessa ressurreição, se fundamentem no paradigma judaico.

## **Realidades e dilemas**

Durante todo o ano de 2004, por exemplo, em que estive atento à questão racial no discurso público, só encontrei em geral vozes de oposição no espaço de cartas dos jornais e um único texto de oposição ao discurso étnico radical fundado na experiência judaica, que é o de Luis Milman, no *Observatório da Imprensa*<sup>39</sup>. Algum excesso de pânico precisa ser criticado no ponto de vista judaico, de

---

<sup>38</sup> LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Um longo sonho do futuro*: diários, cartas, entrevistas e confissões dispersas. Edição de Bernardo de Mendonça, com título do editor. Rio de Janeiro: Graphia, 1993. p. 71.

<sup>39</sup> MILMAN, Luis. Lei 8.470, Porto Alegre – Racialismo legal e indiferença da imprensa. *Observatório da Imprensa*, n. 295, 21 set. 2004, Caderno da Cidadania. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod+295CID002>>. Acesso em 25 ago. 2005.

horror à simples menção da palavra “raça” na política contemporânea. É lamentável, de outro lado, que lideranças afrocêntricas divulguem propaganda antijudaica sob o equivocado *slogan* de que rigor científico, critério historiográfico, fidelidade às fontes, ausência de interesse particular na busca da verdade, são coisas de branco que pertencem ao museu de antiguidades do eurocentrismo, e que a nova Verdade é que judeus são brancos e ricos em imemorial conchavo contra a raça negra<sup>40</sup>.

Ainda que seja lugar-comum afirmar que os judeus sejam hiper-sensíveis ao retorno da entidade denominada Raça, essa não é uma sensibilidade descabida, e quem se interesse pelo futuro comum de pessoas associadas em modos democráticos de vida não deixará de examinar o caso paradigmático da assimilação judaica no século XIX na Europa Central. Que não foi por acaso situado por Hannah Arendt de modo tão apropriado nas origens do sistema totalitário, não se devendo ver no termo “origens”, aqui, sentido apenas histórico, mas algo que está nas sociedades como germe e que pode atualizar-se sob formas novas, algo como o subterrâneo social vingativo e rancoroso de que estamos falando, com algum abuso do vocabulário freudiano.

Ainda que eu concorde com o argumento central de Milman, fundado na idéia de que a aceitação individual ou coletiva de uma identidade étnica é direito de alguém, mas não é um dever, não sendo legítimo que um funcionário da Municipalidade olhe para o indivíduo e o rotule como branco, pardo ou negro, quase-branco ou quase-negro, penso que não será possível cristalizar a discussão em torno da absoluta recusa à reaparição da Raça no cenário político. Na política, o primeiro passo é aceitar as realidades e os dilemas que o momento histórico nos propõe.

### **O dilema da assimilação**

A raça ressuscitou e precisamos entrar em diálogo com ela. Será saudável um diálogo aberto, e para esse diálogo é sempre interessante a lembrança do paradigma judaico e de sua história social.

---

<sup>40</sup> Cf. SCHLESINGER JR., op. cit., p. 34.

Tal como Gilberto Freyre, Hannah Arendt via na biografia representativa também uma fonte de inspiração para a construção de tipos-ideais. A biografia representativa aqui será a de Rahel Varnhagen, que tipifica uma geração de judeus que enfrentou o dilema da assimilação, muitas vezes pagando o preço do “batismo” como “bilhete de ingresso” em sociedade, para terminar percebendo que esse bilhete não assegurava “aceitação” plena. Rahel teria dito em seu leito de morte:

Que história. Fugitiva do Egito e da Palestina... [...] As maiores distâncias de tempo e de espaço se encurtam. A coisa que em toda minha vida parecia a maior das vergonhas, que era a miséria e o infortúnio da minha vida – ter nascido judia –, esta eu hoje de jeito nenhum gostaria que me faltasse<sup>41</sup>.

Do cativo à diáspora, como párias, é também a história social da raça negra, conforme a percepção dos negros. O *Black Media Congress*, realizado em Berlim em 2004, teve por tema a “Diáspora negra global”<sup>42</sup>. Referi rapidamente – e a dimensão já demasiado longa deste esboço de compreensão não permite repetir – alguns traços dos conceitos existenciais de pária e *parvenu*, com que Arendt retrata o dilema da assimilação judaica, em texto a que me reporto<sup>43</sup>.

### “Objetos” redentores

Agora, comparando o dilema judeu com o tema da ressurreição social do negro no Brasil, veremos como o judeu de Corte, o *parvenu* por excelência, é, pelo movimento negro, associado ao negro que triunfou no antigo regime (da invisibilidade ou de mérito) e considerado o pior traidor da causa negra. O militante (por vezes até o excesso do narcisismo) por seu turno é associado ao judeu que

---

<sup>41</sup> ARENDT, Hannah. *Rahel Varnhagen: the life of a Jewish woman*. Translated by Richard and Clara Winston. San Diego; New York; London: Harcourt Brace Jovanovich, 1974. p. 3 (tradução nossa).

<sup>42</sup> Cf. NUNES, Paulo Rogério. Black Media Congress – Berlim debate presença afro na imprensa. *Observatório da Imprensa*, n. 307, 14 dez. 2004, Caderno da Cidadania. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=307CID002>>. Acesso em: 26 ago. 2005.

<sup>43</sup> AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Censura togada – Para que serve um jornalista? *Observatório*



fazia apologia do sofrimento como um fator positivo de unidade e consciência na figura do pária.

É evidente que os extremos são caricaturas, e que as pessoas reais raramente incorporam essas figuras caricatas, estamos todos sempre no meio-termo, ora mais para o pária, ora mais para o *parvenu*. Mas o que parece claro é que um radicalismo segregacionista pode estar, consciente ou inconscientemente, trilhando o rumo da apologia da violência racial branca como fortalecimento da “unidade” e conscientização dos negros que ainda não alcançaram a “consciência correta”, e que superaram o “banzo” (saudade da África) submergindo na mentira de uma democracia racial que permitiria sucesso a “quem trabalha e estuda”. Socialmente, porém, esse pária consciente pode ter a auto-estima de um *parvenu*, que deverá o sucesso social na nova elite à figura do “padrinho”.

Esse é um imaginário de opressão que já foi poderoso no Brasil monárquico e retorna de mansinho, com ares de revolução. Lideranças abrem mão da condição dos negros de hoje de sujeitos de sua história, para realçar neles a condição de “objetos” redentores da identidade racial de amanhã. A identidade racial, para algumas lideranças, é autoritária porque é avenida de mão única: ela concede benefícios, mas não permite que depois o beneficiário “desapareça” novamente no universo invisível dos “quase-brancos” e por isso é apenas natural que minimize o perigo de ricochete discriminatório de algumas políticas de identidade.

### **Cotas, política de alto risco**

A história social dos judeus será sempre paradigma esclarecedor para a ressurreição social do negro, que pode seguir rumos diversos, dependendo do que for realçado nesse processo. Pode ser que a influência – ou a imaginação que fazemos da questão racial na América do Norte – sirva de foco e produza um movimento mais agressivo e segregacionista, antiliberal e quase-fundamentalista, re-

---

*da Imprensa*, n. 298, 12 out. 2004, Caderno da Cidadania. Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=298CID002>. Acesso em: 26 ago. 2005.

torno patológico do socialmente-reprimido, mas também pode ser que seja uma ressurreição terapêutica do trauma de infância da sociedade brasileira. A dificuldade envolverá ambos os lados do conflito racial.

Da parte branca (ou quase-branca, ou socialmente branca, como se queira) exigirá que acolha com legitimidade essa ressurreição, sem se deixar intimidar pelo argumento de que têm se valido algumas lideranças, de que o que o movimento exige deve ser cumprido sob pena de ... o dedo em riste apontar a verdade de um racista mascarado, desmascarando-o para sempre. Da parte negra, exigirá que ressurgja no contexto democrático de direitos humanos, e que assuma que sua ressurreição é mais legítima se for também uma utopia moderna que acolha a legitimidade de indivíduos e grupos de recusarem essa identidade particular em nome de uma – ilusória, alienada ou seja o que for – outra identidade social. Mesmo que seja a de quase-branco, de branco social ou de negro de exceção, que não deverá ser visto desdenhosamente como um *parvenu*. Terá de reconhecer também que a estratégia ofensiva do “quanto pior, melhor” é, em última instância, uma aposta de fé na capacidade redentora da violência que pode ser apenas um preconceito. Algumas políticas de identidade são mais facilmente incentivadoras da violência racial no Brasil do que soluções milagrosas da questão racial, como as que se fundamentam na injustiça (formal) do duplo-padrão (*double standard*).

A cota universitária é uma dessas políticas de alto risco. Pode falhar como germe da nova elite multirracial, mas pode ser infalível como germe da elevação à segunda potência da discriminação racial, verdadeira fábrica de *skinheads*. Entre nós já aparecem *sites* na internet dedicados à atualização e prática dos ensinamentos de Hitler que, pela literal associação e crítica aos movimentos negros, dão conta de que a sensibilidade judaica não é exagero de branco rico que é “do contra” e “estraga-festa”. É urgente promover um discurso público franco sobre esse tema tão difícil e polêmico e tão ausente dos poucos locais de discussão política que temos.

## VIII

### **A cota racial na universidade e seus “ricochetes”**

O debate público disponível sobre a cota racial na Universidade é o mesmo no universo social ou no mais restrito discurso jurídico.

De um lado, os defensores da cota com discurso moldado quase que na mesma forma. Começa com a lógica fetichista segundo a qual “se as ações afirmativas são positivas, progressistas e constitucionais, e se as cotas raciais universitárias são tipos de ação afirmativa, logo, as cotas raciais são tudo o que as ações afirmativas são”. Inventando um nome (positivo) para determinadas políticas, decreta que tal ou qual medida concreta é uma forma de aplicação desse Nome e a partir de então o nome consagra e legitima aquela política. Depois seguem alguma referência histórica, quase sempre simplista e apressada, muita estatística e o “recorte” de um artigo da Constituição de direitos fundamentais que se concretizam do jeito que o autor quiser. Ressuscita entre brancos o tom condescendente e sentimentalista da campanha abolicionista.

O discurso da cota entre os brancos assume por vezes um tom quase-teológico de salvação, em que o “remédio” torna o adepto da cota adquirente de uma “indulgência” que o habilita a ter trânsito livre entre os movimentos sociais como alguém que “não sofre de racismo”. Desde que “vale tudo” pela cota, alguns não têm maior pudor em analogias, como a que equipara a negritude à condição de hipossuficiência do deficiente físico, ou se autodeprecia como “branquelo que já dominou demais e quer dar a vez para o irmão de cor”. Lima Barreto – que deu forma a esse sentimento na já referida parábola dos “Dentes negros, cabelos azuis” – diria ser preferível o preconceito, porque, agora, veja-se no que deu o “conceito”: sentimentalismo que trata o negro como objeto da expiação da culpa branca e não como sujeito que construa a sua história e participe (também) de uma história nacional que não deixará de existir.

De outro lado, silêncio, porque as pessoas normalmente justas não querem ser racistas e de tanta acusação de racismo a quem é “do contra” já nem sabem se ou até onde são racistas. Dentre os argumentos que solidificam esse silêncio, há um discurso lateral e autoritário de apoio à cota que é preciso refutar. Afirma que “os brancos não podemos saber o que é preconceito”, ou que “se somos contra a solução proposta pelas lideranças temos o ônus de resolver o problema da discriminação racial”. Sobre esse último basta dizer que democraticamente uma proposta socialmente vetada impõe a seu autor e mais ninguém o ônus de apresentar alternativa. Senão seria

sempre muito fácil “governar”. Quanto ao primeiro, é preciso dizer que o sofrimento é uma experiência cultural e culturalmente compreensível e traduzível. O argumento de que a experiência (o sofrimento) é sempre intraduzível é autoritário por natureza. A idolatria da representatividade dos movimentos sociais é outro aspecto autoritário que ronda as políticas de identidade.

### **A questão racial no STF**

A liderança desses movimentos não é representativa no sentido democrático-liberal da palavra (não é eleita), mas autoproclamada e pode (ainda que nem sempre seja assim) funcionar como minoria fundamentalista que oprima a própria identidade social que representa. Nos Estados Unidos, os *slogans* do africanismo, segundo Schlesinger Jr., têm maior impacto “sobre a culpa dos brancos do que no senso comum da comunidade negra”<sup>44</sup>. No Brasil é possível que nem todos os negros pensem que por reduzida auto-estima não podem aprender a pescar, precisando receber o peixe por 25 anos. Podem pensar que essa é uma ressurreição de um tipo conhecido de “negro de exceção” do Império, protegido (ou oprimido) pelo padrinho.

Eu não entraria no debate “constitucional”, se não fosse pela necessidade de lembrar que a crise de identidade norte-americana pelo menos se abranda lá por uma cultura de “afeição constitucional” que não possuímos. Aqui o tempo é sempre “legiferante” (expressão de Lima Barreto) e o Judiciário importa-se muito pouco, desde sempre, com a soberania popular.

Seja como for, o intérprete institucionalmente normativo da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, e o supremo intérprete que temos é aquele com que temos de nos conformar, ainda que às vezes a contragosto. O que não se admite é um pacto ideológico de constrangimento social para que não se leve a questão racial ao STF, porque supostamente esse tribunal ainda não estaria preparado para esse “avanço”. Para não omitir-me nesse aspecto relevante, participo do debate com minha “opiniãozinha”.

---

<sup>44</sup> SCHLESINGER JR., op. cit., p. 47.

## No baú de malvadezas

Penso que o pacto de sociedade de 1988 viu na Universidade uma instituição cuja finalidade primordial (ainda que secundariamente ela também cumpra o papel) não é de realizar justiça social. Se o ensino superior pudesse ser tido apenas como compensação para alguém que teve má sorte no seu nascimento, isso implicaria (1) a privatização do espírito da Universidade e (2) a bancarrota do ensino superior, que não sobrevive se for desassociado de (algum) critério de mérito. A cota na Universidade altera de modo tão radical esse acordo de sociedade que só poderia ser criada na própria Constituição ou emenda posterior, para que ela corresponda à vontade nacional. Registrando telegraficamente essa opinião, quero concentrar-me nos aspectos socialmente perigosos da medida, no calcanhar de Aquiles da cota universitária que é o duplo padrão, recebido socialmente como uma injustiça. O frei David R. Santos, Diretor da ONG Educafro, ao comentar pesquisa realizada entre alunos da UERJ, segundo a qual 79,9% dos alunos entrevistados consideram a lei da cota injusta “porque os alunos deveriam ser selecionados pelo mérito e não pela escola que frequentaram no segundo grau”, exclama: “Que mérito absurdo e corrupto é este que me dá vantagens para ganhar de graça uma vaga na Universidade obrigando os pobres a ficarem mais pobres?”, para adiante afirmar que “a concorrência entre os alunos de escolas particulares aumentará com a Lei dos 50%, mas é necessário sublinhar que esta concorrência aumentará *entre* esses próprios alunos, de forma que a Lei do mérito continuará valendo para eles”<sup>45</sup>.

O duplo padrão (*double standard*) da cota para uns e mérito para outros é socialmente odioso, principalmente porque silencia qual será o padrão de cooptação de quem será beneficiário da cota (havendo mais candidatos do que vagas, algum padrão tem de haver; havendo menos, também, porque algum mínimo requisito de excelência deve ser exigível para ingresso no ensino superior). Quanto à

---

<sup>45</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *Discriminação e ações afirmativas: o Ministério Público Federal promovendo o debate...* São Paulo, mar. 2004. p. 93-94 (o itálico é do original).

de-canonização do mérito, a citação acima é significativa e representa que ela não é autêntica. Ela talvez seja reflexo desesperado da monotonia do cenário de antagonismo quase-absoluto de hoje, que é ambiente social, desde a educação infantil até a superior, racial e socialmente imóvel, desespero que retorna como *ressentiment*. Afinal, quem realmente se acostuma às diferenças encara com mais naturalidade que alguns possam ser campeões por seus próprios méritos.

Mérito é algo que não pode ser enterrado no baú de malvadezas iluministas. Um sistema de educação que não julgue méritos talvez esteja nutrindo pessoas que terão enorme dificuldade em reconhecer outras virtudes sociais relevantes para harmonia das diferenças, entre elas a virtude da justiça, porque reconhecimento de mérito é uma atividade de justiça. Se todas as virtudes sociais deverão dar lugar à promoção da auto-estima dos excluídos ou bem poderemos todos participar de uma grande hipocrisia ou bem poderemos perder socialmente a noção de justiça. Sem falar que a promoção da auto-estima de excluídos por ouvirem aquilo que querem ouvir pode ser uma promoção de neurose social, que teria, no indivíduo, paralelo com o narcisismo.

### **Fácil, mas autoritário**

A cota racial na universidade teria em vista uma elite multirracial. É possível que atualize o pior Gilberto Freyre, aquele intelectual reacionário na política que acreditava que os ditadores que admirava, como Salazar, fossem escutar suas receitas de “revolução conservadora”. Entre essas receitas estava justamente a recomendação para que Salazar não tardasse em

suprir jovens luso-angolanos de estudos universitários, nessas Áfricas, que evitasse – sobretudo em Moçambique – o êxodo de tais jovens para a União Sul-Africana, de onde tantos deles pude constatar estarem então voltando às suas Áfricas contaminados pelo racismo sul-africano, desaportuguesados, assimilados aos preconceitos norte-europeus contra gentes de cor<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> FREYRE, Gilberto. *Insurgências e ressurgências atuais: cruzamentos de sins e não num mundo em transição*. Porto Alegre; Rio de Janeiro: Globo, 1983. p. 30.

Não sendo socialmente discutido o critério de cooptação da elite do futuro, é possível (não necessário) que essa escolha seja socialmente recebida como “favor real”, de modo que o benefício funcione como uma forma disfarçada de opressão que poderia configurar uma idéia de democracia racial semelhante à que Gilberto Freyre viu na Monarquia brasileira. O que primeiro se retira disso é que se privatizou a Universidade, como se ela fosse algo que serve apenas para garantir a alguém um *status* social. É também isso, mas não é só. Ela é coisa pública, reserva de tecnologia, repositório de autoridade para que o mundo social se reproduza com segurança. Por isso a opção “ilustrada” da Constituição por qualificar a igualdade, no art. 208, VI, na garantia de “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, inclusive porque o ensino superior tem por meta, além de formação para o trabalho, a “promoção humanística, científica e tecnológica do País”. Por isso a cota universitária engloba uma radical e complexa modificação da utopia nacional.

Há quem aposte que o preconceito deva subir à superfície social como discriminação para ser curado. Mas esse pode não ser o melhor remédio. Até porque preconceito e discriminação, como vimos, são coisas diferentes, e o primeiro pode ser mais ou menos inofensivo, ao passo que a segunda já é uma doença social que sempre pode piorar. Com Aristóteles aprendemos que o ato de uma pessoa injusta – com disposição permanente à injustiça – difere do mesmo ato injusto praticado pela pessoa justa que eventualmente incorre em injustiça. É saudável apropriar a diferença quando lidamos com o preconceito, que se exterioriza em atos de injustiça. Uma pessoa com disposição permanente ao preconceito racial pode ser considerada, com justiça, racista. Agora, uma pessoa que não tenha essa disposição permanente, ainda assim, incorrerá, eventualmente, em preconceito. O discurso acusatório, que pretende sempre “vencer”, apontando, por vezes até mesmo no plano semiconsciente ou inconsciente, como o ato falho verbal, a “verdadeira natureza racista do opositor”, é mais fácil, mas não é legítimo e não esconde que é autoritário.

A advertência que quero registrar a respeito da cota universitária é que ela envolve necessariamente uma grave “injustiça formal”,

porque trata a sociedade com padrões duplos de justiça, num ambiente que não pode ser completamente dissociado de alguma forma de mérito. Qualquer medida de luta contra a discriminação que faça isso terá de reconhecer que é de risco enorme: pode falhar na construção da elite multirracial de amanhã e pode ser infalível como fábrica de *skinheads*, entre os adolescentes que – numa etapa de vida em que sempre é difícil assimilar fracassos – sejam barrados do sonho universitário, por décimos, na competição “entre eles, os brancos”, para que eles, os brancos, paguem a dívida histórica com os negros, que ingressarão na Universidade ninguém ainda sabe por quais critérios.

A cota é panacéia e signo evidente de desesperança: conjugação que faz dela a mais nova encarnação do autoritarismo nacional. Os oprimidos da Terra sempre foram “objeto” de experiências da nossa parte, seus senhores, que hoje – por condescendência ou porque simplesmente entrou “na moda” – tentamos mais uma experiência. Também porque – da parte de governos – a facilidade de abrir a porta da universidade é a mesma que a de mudar o currículo: não lhes custa absolutamente nada, nenhum investimento, nenhum problema orçamentário.

Diante do pacto ideológico de silêncio em torno ao critério de cooptação dos beneficiários da cota racial na universidade, com certeza pode entrar em vigor a nunca revogada lei brasileira do “pistolão”. Lima Barreto talvez não seja ícone de políticas de identidade. Era humano-humano demais para isso. No seu lúcido e profundo humanismo, resolvia a política dos que tudo resolviam com a ironia. No seu *Isaías Caminha*, Lima Barreto retratou uma redação de jornal que é o microcosmo da sociedade brasileira, dominada por um *parvenu* que aprendeu a crescer na profissão à conta de simular que se revolta contra a injustiça. Até que denunciaram *O Globo* por ser “inimigo da colônia portuguesa, tanto assim que não tinha um português na redação de sua gazeta” (p. 109). Lima Barreto faz graça. Encomenda-se um redator a Portugal e se resolve o problema...

## IX

### Conclusão

Admitindo-se como coisa natural que novas reivindicações



sociais surjam com excessos, como o caracterizado pela cota universitária, a ressurreição social do negro no Brasil é um fato a celebrar.

A idéia do “nada a comemorar” de Marilena Chauí<sup>47</sup> seria trágica se fosse completamente verdadeira. Mas ela talvez resulte do exagero na categoria da “ideologia” que redunde em desesperança e soma um argumento mais ou menos erudito ao ressurgimento do “mito da violência” nos movimentos românticos de negação da herança ilustrada, porque fala de uma história fatalista e da eterna luta sociorracial entre dominantes e dominados, sem progressos, sem retrocessos, sem muito futuro para quem não confiar na Verdade dos movimentos sociais, herdeiros da Verdade antes encarnada na vanguarda do Proletariado.

Enfrentamos com a virada do 2000 uma segunda grande crise de identidade coletiva. A primeira se deu pela virada do 1900. É interessante notar como os mesmos preconceitos são recorrentes. Nossa relação com os Estados Unidos da América é formulada quase sempre como um preconceito, um afeto que ora é amor, ora é ódio, sem meio-termo. Não é à toa que surge reeditado – pelo selo da Alfa-Ômega, que sempre editou bibliografia de esquerda – o célebre panfleto antiamericano de Eduardo Prado, *A ilusão americana*, que se contrapunha no 1900 ao americanismo exagerado e algo ingênuo de um Joaquim Nabuco<sup>48</sup>. O preconceito antiamericano é o mesmo, o favorável é que mudou e hoje é reciclado na importação sem crítica do *slogan* da salada mista multicultural, segregacionista e de elogio da violência como parteira da solução de problemas sociais.

### **“Lugares de memória”**

Dentre as esperanças, apostamos em que a crise de identidade por que passamos no 2000 não será igual à do 1900. Aquela primeira crise era mais angustiante, porque se tinha consciência da “ignorância” social, da ausência de “lugares de memória” onde fosse escrita uma identidade coletiva: “a ignorância dos brasileiros do fim do Segundo Reinado e dos primeiros decênios da República, acerca

---

<sup>47</sup> CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 95.

<sup>48</sup> Cf. FREYRE, *Ordem e progresso...*, cit., p. 87.

de si próprios e dos demais povos tropicais e mestiços, se desenvolve-  
ra em quase psicose caracteristicamente nacional em sua configura-  
ção cultural”<sup>49</sup>.

Cem anos depois, podemos submeter nossa crise de identi-  
dade ao debate público, a partir da interpretação de alguns monu-  
mentos culturais. O 2000, mesmo ano de publicação do libreto de  
Chauí, do nada a comemorar, é o ano em que a Nova Aguilar publi-  
ca três volumes de ensaios sobre a identidade nacional, chamados  
pelo editor de “Intérpretes do Brasil”.

Culturalmente, há muito a comemorar, uma vez que em nossa  
tradição já existe um corpo de textos de alta cultura com os quais  
possamos entrar em diálogo sobre nossos problemas de identidade. A  
democracia – étnica ou política – precisa de “lugares de memória”  
para poder sobreviver, abusando outra vez da expressão de Agnes  
Heller, à “marcha triunfal do *ressentiment*”.

## Referências

- ARENDRT, Hannah. *Rahel Varnhagen: the life of a Jewish woman*.  
Translated by Richard and Clara Winston. San Diego; New York;  
London: Harcourt Brace Jovanovich, 1974. 236 p.
- AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Censura togada – Para que serve um  
jornalista? *Observatório da Imprensa*, n. 298, 12 out. 2004, Caderno da  
Cidadania. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=298CID002>>. Acesso em: 26 ago. 2005.
- BERNSTEIN, Richard. *Dictatorship of virtue: how the battle over  
multiculturalism is reshaping our schools, our country, our lives*. New  
York: Vintage, 1995. 379 p.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São  
Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. 103 p.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família patriar-  
cal brasileira sobre o regime da economia patriarcal*. 48. ed. rev. São  
Paulo: Global, 2003. 719 p.
- . Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e  
desenvolvimento urbano. In: SANTIAGO, Silviano (Coord.). *Intérpretes  
do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. 3 v., v. 2.

---

<sup>49</sup> FREYRE, *Ordem e progresso...*, cit., p. 917.

———. *Ordem e progresso*: processo de desintegração das sociedades patriarcal e semipatriarcal no Brasil sob o regime de trabalho livre, aspectos de um quase meio século de transição do trabalho escravo para o trabalho livre e da monarquia para a república. 6. ed. rev. São Paulo: Global, 2004. 1114 p.

———. *Interpretação do Brasil*: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas. Introdução e tradução de Olívio Montenegro. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947. 323 p. (Documentos brasileiros, 56)

———. *Insurgências e ressurgências atuais*: cruzamentos de sins e não num mundo em transição. Porto Alegre; Rio de Janeiro: Globo, 1983. 281 p. HELLER, Agnes. *Die Auferstehung des jüdischen Jesus*. Tradução do húngaro por Christina Kunze. Berlin; Viena: Philo, 2002. 118 p.

———. Sobre os preconceitos. In: ————. *O cotidiano e a história*. Tradução de Leandro Konder e Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. p. 43–63. Título original: *Alltag und Geschichte* (1970).

———. *A theory of modernity*. New York: Blackwell, 1999. 313 p.

LAMEGO, Valéria. *A farpa na lira*: Cecília Meireles na Revolução de 30. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 1996.

LEITÃO, Miriam; THOMÉ, Débora. Passar a barreira. *Página 20*, Rio Branco, AC, 8 maio 2003. Disponível em: <[www2.uol.com.br/pagina20/5maio2003/site/08052003/Panorama%20economico.htm](http://www2.uol.com.br/pagina20/5maio2003/site/08052003/Panorama%20economico.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2005.

LIMA BARRETO, Affonso Henriques de. *Recordações do escrivão Isaías Caminha*. São Paulo: Ática, 1995.

———. *Um longo sonho do futuro*: diários, cartas, entrevistas e confissões dispersas. Edição de Bernardo de Mendonça, com título do editor. Rio de Janeiro: Graphia, 1993. 405 p.

———. Dentes negros, cabelos azuis. In: ————. *Contos*. Edição de José Emilio Major Neto. São Paulo: Landy, 2000.

MILMAN, Luis. Lei 8.470, Porto Alegre – Racialismo legal e indiferença da imprensa. *Observatório da Imprensa*, n. 295, 21 set. 2004, Caderno da Cidadania. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=295CID002>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *Discriminação e ações afirmativas: o Ministério Público Federal promovendo o debate...* São Paulo, mar. 2004. 106 p.

NORA, Pierre (Dir.). *Realms of memory: the construction of the French past*. v. 2 – Tradition. Tradução de Arthur Goldhammer. Nova York: Columbia University Press, 1997. Título original: *Lieux de memoire*.

NUNES, Paulo Rogério. Black Media Congress – Berlim debate presença afro na imprensa. *Observatório da Imprensa*, n. 307, 14 dez. 2004, Caderno da Cidadania. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=307CID002>>. Acesso em: 26 ago. 2005.

SANTORO, Mauricio. Onde você guarda o seu racismo? *Revista Democracia Viva*, n. 24, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ibase.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

SCHLESINGER JR., Arthur M. *The disuniting of America: reflections on a multicultural society*. Knoxville: Whittle Books, 1991. 91 p.

YOVEL, Yirmiyahu. *Dark riddle: Hegel, Nietzsche, and the Jews*. Oxford: Polity Press, 1998.

# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos



# *Burn-out, mobbing e outros males do stress:* Aspectos jurídicos e psicológicos

Elaine Nassif\*

**Sumário:** Considerações iniciais. O *burn-out*. O *mobbing*. O tratamento do *burn-out* e do *mobbing*. Conclusão.

## **Considerações iniciais**

Na União Européia o *stress* está no segundo lugar entre os problemas de saúde conexos ao emprego e atinge 28% dos trabalhadores. Segundo os dados oficiais da Agência Européia para a Segurança e Saúde no Trabalho, o custo financeiro dos problemas correlatos ao *stress* decorrente do trabalho na UE atinge cerca 20 milhões de euros ao ano. As pesquisas efetuadas mostram que 50 a 60% dos dias de trabalho perdidos na UE são ligados ao *stress*, e evidenciam como a presença de elevados níveis de *stress* torna a empresa inviável comercialmente.

No Brasil, a pesquisa anual sobre *stress* realizada pela IsmaBR (International Stress Management Association), no final de 2004, revela que, pela primeira vez, a principal fonte de *stress* do brasileiro é o trabalho: 58% apontaram a profissão como causa da doença. Em 2003, os problemas pessoais ainda sobressaíam com 53%. Os afastamentos do trabalho por motivos relacionados direta ou indiretamente com os males do *stress*, em especial devidos à sobrecarga de trabalho (48%), também ultrapassou todos os outros motivos<sup>1</sup>.

A boa notícia é que, pelo menos na União Européia, os males do *stress* começaram a ter tratamento normativo. Na Diretiva 89/391/CEE, conforme parecer favorável do Comitê Consultivo Euro-

---

\* Elaine Noronha Nassif é Procuradora do Trabalho; Membro da Comissão de Assuntos Internacionais do Ministério Público do Trabalho; Especialista em Administração Pública (Fundação João Pinheiro); Mestre em Direito Processual (PUC-MG); Doutora em Direito Processual (PUC-MG e Università La Sapienza di Roma)

<sup>1</sup> *Folha de S. Paulo*, de 1ª maio 2005, Caderno Empregos.

peu para a segurança e a higiene do trabalho, “Orientações comuns sobre a avaliação dos riscos do trabalho”, está consagrada a necessidade de não descuidar dos riscos *psicológicos* e organizativos. No citado documento indica-se que a avaliação dos riscos do trabalho deve ser baseada nos *fatores psicológicos, sociais e físicos* que podem contribuir para criar *stress*, bem como no estudo do modo com que esses interagem entre si e com outros fatores da organização e do ambiente específicos.

Os indicadores de situação de trabalho em que estão presentes problemas psicológicos (*stress*) são definidos naquele documento como:

- 1) aumento da ausência por doenças de breve duração;
- 2) aumento de acidentes;
- 3) aumento dos incidentes de comportamento de risco;
- 4) incremento do percentual de erros;
- 5) presença de indivíduos que apresentam distúrbios psicossomáticos e psicológicos.

A metodologia indicada pelo documento europeu para proceder a tal avaliação é:

- 1) recolher informações atualizadas;
- 2) fazer uma pesquisa, avaliar os riscos, monitorar as medidas de controle e, se necessário, propor modificações;
- 3) estabelecer um elenco de prioridades;
- 4) recorrer a uma outra pessoa competente para a avaliação dos riscos psicológicos do trabalho;
- 5) criar um registro;
- 6) informar a todas as pessoas interessadas;
- 7) controlar continuamente o respeito às normas.

O documento europeu supracitado adentra maiores detalhes quanto ao modo de recolher informações, quanto ao conteúdo da pesquisa a ser realizada e ao modo de sua própria realização; e explica em detalhes todos os demais itens acima, aqui mencionados a título meramente ilustrativo.

A diretiva deu origem ao “Acordo voluntário europeu entre as partes sociais sobre o tema do *stress* no trabalho”, de 27 de maio de



2004<sup>2</sup>, que indica critérios para diagnósticos sofisticados, que discriminam o que é subjetivo (personalidade, relações familiares etc.) do que é tributável à organização do local de trabalho (grau de conflituosidade, controle de sobrecarga de responsabilidade e trabalho, de quotas e outras exigências). O diagnóstico das novas doenças do trabalho está ligado ao modo com que cada ser humano enfrenta o *stress*.

É preciso lembrar que sem conflito não há crescimento e, portanto, certa dosagem de *stress* é necessária para a evolução da organização empresarial (*eustress*), pois nele está o fundamento para que se possa obter os melhores resultados em termos de eficácia produtiva e, muitas vezes, em termos de realização pessoal. Com efeito, ao lado do *stress* negativo existe o *stress* positivo, associado ao sucesso no trabalho e à dedicação excessiva ao trabalho, estimulada pelo sucesso.

Assim, por paradoxal que seja, uma mesma realidade pode ser percebida como ameaça ou como estímulo, dependendo da pessoa. Entretanto, o que os novos estudos revelam é que para qualquer pessoa há um limite a partir do qual o nível de *stress* se torna intolerável.

O problema não está mais na existência do *stress*, nem na descoberta sobre sua origem, quer objetiva ou subjetiva. Tampouco está na convicção de que a experiência do *stress* determine necessariamente conseqüências patológicas, considerados os aspectos dinâmicos do fenômeno. O problema está agora focado no modo de administrar o *stress* individual e coletivo por parte da organização, para lidar ( *coping* ) com o *stress*.

Em termos biológicos, cada organismo tem uma condição ideal de relacionar-se com o meio ambiente (temperatura, pressão etc.), e qualquer alteração nesse ambiente faz com que o organismo procure mecanismos de adaptação. Mudanças freqüentes, inesperadas, perigosas, que obrigam a um processo incessante de readaptação, podem gerar um *stress* além do suportável pelo organismo.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o *stress* nasce de um desequilíbrio entre as demandas externas e a efetiva capacidade de adaptação (recursos disponíveis). Quando em relação a qualquer es-

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[www.626.cisl.it](http://www.626.cisl.it)>. Acesso em: 24 ago. 2005.

tímulo externo entram em jogo valorações de tipo cognitivo-afetivo (pensamento e emoção), entram em jogo também todos os nossos conhecimentos sobre a natureza do estímulo e isso faz com que seja determinante a ressonância emotiva relacionada à vivência afetiva de cada pessoa. Conforme Pellegrino:

O sistema endócrino, o sistema nervoso vegetativo e o sistema imunológico, que são estritamente interdependentes, representam os principais agentes de resposta biológica ao *stress*.

[...]

A adaptabilidade do organismo tem limites que não podem ser superados. Todas as pesquisas demonstram que a resistência aos agentes estressantes chega somente até certo ponto. O *stress* é o grande equalizador das funções biológicas, mas quando se torna crônico ou particularmente intenso, quando o sistema é intensa ou continuamente ativado, quando o indivíduo não consegue mais adaptar-se, entra-se na área do “risco psicossomático” que torna o indivíduo vulnerável ao desenvolvimento de doenças com variadas modalidades expressivas<sup>3</sup>.

### **O *burn-out***

O *stress* decorrente do trabalho apresenta uma dimensão transversal que compreende todas as profissões e todos os níveis profissionais. A *síndrome do “burn-out”* não acrescenta nada do que se leu até agora sobre o *stress*, mas ajuda a focalizar a atenção dos estudiosos sobre algumas categorias profissionais específicas.

Médicos, enfermeiros, psicólogos, terapeutas de reabilitação, assistentes sociais, policiais, sacerdotes, advogados, professores, estão entre as categorias mais expostas a condições de *stress*, já que são *categorias ou profissões de ajuda* nas quais é muito grande a carga emotiva

---

<sup>3</sup> PELLEGRINO, Ferdinando; ABATE, Simona; DELLA PORTA, Domenico. *Burn-out, mobbing e malattie da stress: come valutare il rischio psicologico e organizzativo-sociale*. Verona: Positive Press, 2005. p. 17 e 18 (tradução livre do original italiano).

de responsabilidade em relação ao cliente ou usuário, pois do próprio trabalho pode depender o bem-estar ou a ruína dos outros.

Esse mal pode atingir também os empresários, pois ainda que se pense que o único objetivo para um empresário seja ganhar dinheiro, em realidade, na tabela das pesquisas, ter a consciência de que do seu próprio trabalho pode depender o futuro da empresa e também o dos dependentes acaba sendo um fator extremamente condicionante e estressante.

Assim, por exemplo, enquanto um médico pode não suportar um erro que leve alguém à morte, um investidor pode sentir-se exasperado em razão das contínuas mudanças de mercado e da incerteza dos investimentos que ele deve realizar para outras pessoas e empresas, cujo sucesso depende do seu próprio sucesso; da mesma forma, um assistente social pode ter de enfrentar uma angústia extrema em razão do sentimento de impotência ante a impossibilidade de administrar com eficácia os problemas sociais que ele enfrenta cotidianamente. Isso sem falar nas categorias submetidas a extremo risco, que importam no *stress* adicional, como os que assistem pacientes terminais com doenças supercontagiosas, ou que trabalham em ambiente de guerra ou guerrilha, que não estão ainda abordados na literatura sobre o *burn-out*.

O *burn-out* exprime com extrema eficácia o novo risco profissional, o risco emergente, como definido no Plano Sanitário Nacional 2003-2005 italiano, uma vez que envolve um comprometimento emotivo forte, em um mundo de emoções fortes que podem colocar à prova a capacidade individual de gerir fortes pressões emocionais.

Tais emoções não dizem respeito somente à relação com os clientes, usuários, pacientes, pessoas a quem se destina o trabalho, mas também à relação com colegas de trabalho e com superiores. Em um ambiente de trabalho carregado de tensão, até mesmo pequenas questões podem se transformar em motivo de inquietude e dar origem a conflitos que, no tempo, tendem a estruturar-se em barreiras interpessoais que alimentam outros conflitos e se tornam importante fator de desmotivação profissional. Por outro lado, um clima de trabalho de recíproco respeito torna-se protetor do indiví-

duo contra sua exposição a condições danosas, exatamente em virtude da divisão das responsabilidades quotidianas.

O *burn-out* pode ser definido como o resultado de uma inadequada gestão do *stress* laborativo, como um processo ineficaz de adaptação a um *stress* individual excessivo, uma condição de desadaptação, nascida de um processo transacional que representa uma solução de acomodamento, uma negociação com a própria consciência perante situações de trabalho não administráveis de outra forma.

Trata-se de um processo no qual um profissional, anteriormente empenhado, se desinteressa do trabalho em resposta ao *stress* e à alta tensão experimentada no trabalho. É caracterizado pelo exaurimento emotivo, pela despersonalização, pela reduzida realização pessoal. É uma síndrome em que há uma progressiva perda de idealismo, de energia, de objetivos; uma perda de motivação e de expectativas para ser eficiente no fazer o bem; um estado de cansaço ou frustração originário da devoção a uma causa.

Nesse sentido o *burn-out* é considerado como o último passo de uma progressão de tentativas sem sucesso para enfrentar uma série de condições negativas e estressantes. Esse processo dinâmico de acomodação, entretanto, é um sinal de alarme, que solicita maior atenção da organização, podendo revelar-se uma ocasião para melhorar a performance laborativa.

Entretanto, se, ao contrário, não acolhido na justa dimensão, o *burn-out* torna-se motivo de profundo sofrimento; torna possível o desenvolvimento de quadros psicopatológicos de maior gravidade e difíceis de administrar, com um conseqüente dano para o indivíduo, para sua família, para a sociedade e para a organização em que trabalha.

Dentre os sintomas elencados por Cary Cherniss<sup>4</sup>, recordamos: alta resistência para ir ao trabalho todo dia, sensação de falência, raiva e ressentimento, sentimento de culpa e desestima, desencorajamento e indiferença, negativismo, isolamento e retiro, sentimento de cansaço e exaurimento o dia todo, notável fadiga depois do

---

<sup>4</sup> Cf. PELLEGRINO, F. *La síndrome del burn-out*. Torino: Centro Scientifico Editore, 2000.

trabalho, perda de sentimentos positivos em relação aos usuários, incapacidade de concentrar-se ou de escutar aquilo que o cliente está dizendo, cinismo, problema de insônia, preocupação consigo mesmo, freqüentes dores de cabeça e distúrbios gastrintestinais, rigidez de pensamento e resistência a mudanças, conflitos conjugais e familiares e elevação do nível de ausência no trabalho.

Algumas manifestações do *burn-out* podem exprimir-se em nível comportamental, serem percebidas por observadores externos (amigos, colegas ou usuários), ou serem reconhecidas por sinais indiretos, como o erro profissional ou a irritabilidade no ambiente de trabalho.

Dentre as causas mais freqüentes de *stress* do trabalho são indicados<sup>5</sup>: o exercitar a atividade em setores não afins com os próprios interesses ou as próprias competências, a sobrecarga de trabalho, trabalhar em estruturas administrativas mal gerenciadas, não ter relações satisfatórias com os colegas de trabalho, falta de autonomia decisória, não ter boas relações com superiores, presença de problemas pessoais de tipo familiar ou de relacionamento, pouca retribuição, impossibilidade de colaborar e de mudar idéias com os colegas, de não ter espaço e tempo institucionalmente prefixados para o próprio crescimento profissional, baixa atenção à valorização dos recursos humanos, presença de sistemas de incentivos injustos, falta de perspectivas de carreira, presença de um clima de trabalho carregado de tensões, ambigüidade de papéis, ter incertezas em relação à estabilidade do trabalho, estar submetido a excessiva burocracia.

A presença de uma baixa auto-estima, de experiências de inadequação, de tratos de dependência e de escassa assertividade, o insuficiente desenvolvimento de competências psicológicas individuais e relacionais, a presença de marcados traços obsessivos, a tendência ao perfeccionismo, à excessiva dedicação ao trabalho, à excessiva ambição e a presença de uma vida pessoal insatisfatória, estão entre as características de personalidade que mais implicam uma menor resistência ao *stress* em geral.

As condições de marginalidade psicopatológica podem ser

---

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

consideradas importantes sistemas de alarme que devem estimular o indivíduo, a empresa, o responsável pelo serviço médico ou quem administra os recursos humanos em uma empresa a ministrar estratégias eficientes de intervenção precoce; ignorar tais situações de alarme pode configurar, no tempo, a estruturação dos sintomas em patologias mais graves, complexas e difíceis de administrar.

### **O *mobbing***

O fenômeno *mobbing* tem tido expressão nos últimos anos. O trabalho deixou de destinar-se simplesmente à satisfação de necessidades primárias próprias e da família, para tornar-se o lugar de afirmação de *status* social, já que o trabalhador se tornou um “sócio” da empresa, devendo vestir a camisa da organização e defender seu posto de trabalho da concorrência, seja externa ou interna à organização. Assim, em cada organização há numerosos estímulos para que o indivíduo busque satisfazer suas necessidades de segurança, reconhecimento e afirmação, que variam segundo o equilíbrio individual e a dinâmica do grupo ao qual pertence. Nesse panorama, o local de trabalho pode transformar-se na pior fonte de frustração ou insatisfação e tornar-se causa de variados problemas psíquicos.

O termo *mobbing* deriva da língua inglesa, do verbo *to mob*, que era usado para indicar uma agressão coletiva contra um, no sentido do linchamento, de modo que a vítima fosse perseguida e atingida por uma coletividade, até a sua eliminação.

Na Europa, o Estado do *Welfare State* levou à conquista da estabilidade no local de trabalho. Na Itália, por exemplo, empresas com mais de 16 empregados não podem dispensar senão por justa causa, ou aceitando a demissão do empregado. A estabilidade entretanto é incompatível com os novos tempos, é inimiga do *downsizing*, da reestruturação produtiva necessária na revolução tecnológica, que permite à empresa promover uma redução dos seus custos e manter-se competitiva no mercado global.

Desenvolveu-se assim, nesses países altamente industrializados, um *mobbing* vertical, ou ascendente. O vertical acontece quando é a própria empresa a adotar o *mobbing* como política para forçar o empregado a pedir demissão. O ascendente é quando o *mobbing* é adotado pela chefia imediatamente superior ao empregado, com maior

ou menor participação e conhecimento da direção da empresa.

Assim, falar em *mobbing* tem muito mais sentido quando existe estabilidade no trabalho, e não quando a empresa pode dispensar e pagar módicas indenizações, como e quando queira, como é o caso do Brasil e de tantos outros países em desenvolvimento. Na Europa o *mobbing* vertical ou ascendente acontece em 60% dos casos de *mobbing*<sup>6</sup>.

O *mobbing* horizontal, que é aquele que acontece entre colegas, tende a ocorrer também onde há estabilidade, como forma de disputa de poder dentro de uma organização. Ele é menos habitual que o vertical ou ascendente, pelo menos na Europa, onde responde por 30% dos casos de *mobbing*. Mas pode ocorrer mesmo onde a estabilidade não exista, se da articulação de um grupo depender a manutenção do posto de trabalho. Um grupo busca aliados em nome sempre da instituição ou empresa, mas o interesse pessoal subjacente está em fazer-se melhor e mais competitivo que o outro grupo ou pessoa: uma situação competitiva e eliminatória tipo *big brother* ou “salve-se quem puder”.

Entre inumeráveis outras propostas de conceituação, o *mobbing* pode ser definido como “uma forma de violência moral e psíquica no trabalho – promovido pelo empregador ou outros empregados – em relação a um trabalhador”<sup>7</sup>. Caracteriza-se por uma série de atos, ações e comportamentos, diversificados e repetidos no tempo, de modo sistemático e habitual, tendo conotação agressiva, denegrante e vexatória, de modo tal que leve a uma degradação das condições de trabalho, que por sua vez pode comprometer a saúde, a profissionalidade ou a dignidade do trabalhador no âmbito da sua repartição, ou de modo tal que possa levar à exclusão dele, daquele determinado contexto laborativo.

Situações centradas sobre disputas, controvérsias, descortesias no ambiente de trabalho estão na ordem do dia. Se, entretanto, um conflito aumenta de maneira desproporcional ao evento, passando

---

<sup>6</sup> PELLEGRINO; ABATE; DELLA PORTA, op. cit., p. 17 e 18 (tradução livre do original italiano).

<sup>7</sup> Definição extraída do C.C.N.I. (Contratto Collettivo Nazionale Integrativo) 2002-2005, de 28 de fevereiro de 2003.

do plano objetivo ao plano pessoal, pode transformar-se facilmente em um caso de *mobbing*, no qual o nódulo central não é mais o problema na origem do conflito, pois o indivíduo é atacado no plano pessoal, reprovado, repellido, desacreditado e colocado à margem da comunidade.

Quando o conflito no local de trabalho se transforma, aqueles que estão envolvidos vão à procura de cúmplices na lógica de afastar os elementos turbadores e fingindo ou acreditando atuar no interesse da organização.

No Plano Sanitário Nacional italiano 2003-2005, relativamente à temática de saúde e segurança no ambiente de trabalho, o *mobbing* e seus efeitos estão inseridos no grupo das patologias de riscos emergentes ligados a fatores psicossociais, ao lado da síndrome do *burn-out*.

Na Circular n. 71 da INAIL<sup>8</sup>, de 17 de dezembro de 2003, estão definidas as condições de incongruência empresarial cuja nocividade pode determinar distúrbios psíquicos, adentrando diretamente nas possíveis causas de moléstias profissionais. Tais condições relativas à vítima, por parte da organização, ou seja, que caracterizam o *mobbing* vertical ou ascendente, são: 1) marginalização do trabalho; 2) esvaziamento das funções; 3) falta de distribuição de trabalho, com inatividade forçada; 4) falta de consignação de instrumentos para o trabalho; 5) transferências repetidas e injustificadas; 6) prolongada atribuição de tarefas desqualificadoras em relação ao perfil do profissional; 7) prolongada atribuição de deveres exorbitantes ou excessivos também em relação a eventuais condições de *handicap* psicofísicos; 8) impedimentos sistemáticos e estruturais de acesso a informações; 9) inadequação estrutural e sistemática das informações inerentes à atividade ordinária de trabalho; 10) exclusão reiterada do trabalhador em relação a iniciativas formativas de requalificação e atualização profissional; 11) exercício exasperado e excessivo de formas de controle.

O *mobbing* é um processo em contínua evolução, tanto que Heinz Leymann<sup>9</sup>, o estudioso que fundou esse novo ramo da Psico-

---

<sup>8</sup> INAIL – Istituto Nazionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro.

<sup>9</sup> LEYMANN, Heinz. *Der neue Mobbingbericht. Erfahrungen und Initiativen, Auswege und Hilfsangebote*. Reinbek: Rowohlt, 1995. Inventor dos termos “terror psicológico” no



logia do Trabalho, elaborou um modelo descritivo do fenômeno, adaptado à realidade trabalhista italiana e adotada pela “Associação Italiana contra o *Mobbing* e o *Stress* Psicossocial de Bologna”, que descreve o fenômeno mediante a sucessão de seis fases, às quais precede uma fase chamada “condição zero”.

A condição zero constitui o pressuposto indispensável para o desenvolvimento dos aspectos exigidos para o *mobbing*. A condição zero é caracterizada pela presença de generalizada conflitualidade no interior da organização em que, todavia, não existe ainda nenhuma vontade de atacar um indivíduo específico, mas sim o desejo de alguns indivíduos de se elevar sobre os outros, por meio de uma competitividade maledicente.

Mas como saber identificar essa condição se, como dito anteriormente, sem conflito não há progresso ou modificações para efeito da eficácia da organização? A pergunta que se deve fazer nesse momento é se existe *realmente interesse em achar uma solução ou se o interesse é fazer prevalecer a própria opinião*.

Nas relações humanas, exprimir crítica, impor opiniões e pretensões está nos aspectos comuns com os quais é necessário aprender a conviver, como também é preciso aceitar o fato de poder ser protagonista, espectador ou vítima, em qualquer momento da vida, de humilhação, injúria e maledicência desagradáveis.

No enfrentamento da conflituosidade comum a todos os ambientes de relacionamento é imprescindível afinar a capacidade de autocrítica, sobretudo analisando as situações e focalizando a atenção sobre problemáticas reais de caráter profissional, no intento de salvaguardar o envolvimento pessoal. Conforme a descrição de Pellegrino e outros<sup>10</sup>, as fases são as seguintes:

A primeira fase é chamada de “fase do conflito alvejado”, na qual é escolhida uma vítima e contra ela é dirigida a conflituosidade generalizada descrita na condição precedente.

O conflito assim se canaliza em uma determinada direção, com o objetivo de atingir um adversário designado. Se um conflito

---

trabalho e *mobbing*, com diversos livros e artigos publicados em diversas línguas, após ser *best-seller* na Alemanha.

<sup>10</sup> PELLEGRINO; ABATE; DELLA PORTA, op. cit., p. 56-59.

dá azo ao *mobbing*, na maior parte dos casos o chefe participa do jogo, de modo ativo ou passivo. Nessa fase é ainda possível uma solução, antes que a situação assuma caráter de continuidade.

Na segunda fase tem início o verdadeiro e próprio *mobbing*, no qual os ataques do *mobber* não causam ainda sintomas na vítima, mas nela suscitam um início de sentimento de desconforto e tensão. A vítima é colocada sob pressão e constringida a colocar-se na defensiva.

Na terceira fase emergem, no sujeito “mobizado”, os primeiros sintomas psicossomáticos, acompanhados por um generalizado sentimento de insegurança, insônia e problemas digestivos. Frequentemente o “mobizado” não dorme bem, acorda assustado com pesadelos, sente tremores quando vai ao trabalho, entrando em leve estado depressivo. A vítima mostra uma evidente incapacidade de desenvolver as suas funções laborativas e termina na lista dos candidatos à dispensa.

Na quarta fase, as ausências ao trabalho pelo “mobizado” tornam-se constantes e reiteradas, sendo encaminhadas ao setor competente, que emite os provimentos disciplinares correspondentes, o que acaba por agravar o fenômeno em andamento. Na maior parte dos casos, a vítima se fecha em si mesma, paralisada pela ansia, ou mesmo obcecada pela exigência de justificar-se.

Na quinta fase observa-se a piora da saúde psicofísica da vítima, com o exórdio de síndromes psicopatológicas de variadas origens.

A última fase consiste na saída da vítima do local de trabalho, mediante demissão voluntária, dispensa, recurso à aposentadoria, ou mesmo fins dramáticos, como o suicídio ou a vingança sobre o *mobber*. Quem viveu uma experiência desse gênero leva consigo o trauma por toda a vida.

A passagem de um sentimento normal de raiva ao *mobbing* é um processo flutuante, velado e dificilmente identificável; quando, de fato, se reconhece estar sendo submetido à vexação sistemática, frequentemente a situação já chegou a um ponto em que não há retorno.

Os traços de personalidade dos protagonistas envolvidos na dinâmica de *mobbing* demonstram certa constância: o perseguidor é frequentemente um indivíduo portador de distúrbio narcisista de

personalidade, impermeável à existência do grupo social, absorvido por fantasias ilimitadas de poder, incapaz de reconhecer os sentimentos e as necessidades dos outros. Esse indivíduo acredita ser especial e pretende admiração; uma característica sua prevalente é uma aparente indiferença ao que acontece no local de trabalho, enquanto, intensa e continuamente, permanece a propensão à maledicência e à perseguição. Enfim, é oportuno sublinhar a presença, na personalidade do *mobber*, de escassa gratificação na própria vida pessoal e conseqüente tentativa de descarregar sobre os outros as próprias frustrações. O conflito interior, vivido pelo *mobber*, nasce da contradição entre aquilo que ele é e aquilo que ele queria ser.

Todavia, não se pode afirmar que quem apresenta esse ou aquele traço de personalidade torna-se um instigador ao *mobbing*, mas quem quer que seja a despertar o fenômeno é alguém que atormenta e terroriza uma vítima em plena consciência e lucidez, e apresenta alguns traços distintivos de caráter.

O indivíduo sádico tem em si as características principais que o predispõem a encontrar prazer em atormentar o outro. O invejoso, ao invés, que por natureza quer sempre ter aquilo que os outros têm, adota freqüentemente a intriga e a maledicência para alcançar os próprios escopos. Todavia, mesmo indivíduos pacíficos podem tornar-se elementos agentes de *mobbing* na intenção de serem aceitos pela comunidade, exatamente para satisfazer um estruturado servilismo.

Quem desperta o *mobbing* freqüentemente não se considera culpado, mas sim vítima de alguma coisa da qual é constrangido a defender-se, mediante a atuação de *mobbing*. Em boa parte dos casos o autor do *mobbing* projeta os próprios medos e encontra na vítima uma ameaça, por isso não se sente culpado e justifica suas ações como um ato de defesa. Em muitos casos é exatamente o temor de um confronto pessoal que desperta o *mobbing* por obra de pessoas pouco dotadas no plano da dialética, na intenção de submeter aqueles que se mostram mais persuasivos.

Quem é atacado tem duas possibilidades: a reação ou a fuga. Ambas as respostas aumentam os níveis de *stress*: de fato, se por um lado há quem aumente a sua produtividade para não perder o trabalho, por outro, aquele que decide combater vai de encontro a uma longa série de conflitos e tensões extenuantes.

Em geral, mesmo as observações mais banais têm o poder de despertar ira; se, depois, se percebe um plano estruturado por trás das ofensas e das agressões, a reação torna-se muito mais angustiante e estressante.

O *stress* é uma condição que experimentamos quotidianamente quando, por qualquer motivo, sentimos prevalecer um estado de agitação, um sentimento de pressa que ameaça o nível de calma e de paciência, tornando-nos frenéticos e mais facilmente expostos a cometer erros de avaliação.

O *stress* no trabalho pode configurar-se como causa do *mobbing*, sendo ao mesmo tempo seu efeito. O autor do *mobbing* pode ser uma pessoa muito solicitada e estressada, com poucos recursos de *coping* para desabafar, distribuir ou compartilhar a própria sobrecarga emotiva, provocando assim uma forma de *stress* no “mobizado”. O “mobilizado” entra em um círculo de relações no qual não está em condições, pelo menos de início, de identificar o que está acontecendo.

As organizações sustentam notáveis custos por causa dos dias de trabalho perdidos por doenças, aos quais se acrescentam os erros causados pelo escasso rendimento e as eventuais despesas legais a cobrir. De resto, também o tempo que é dedicado ao *mobbing* comporta um custo enorme.

### **O tratamento do *burn-out* e do *mobbing***

O tratamento do *burn-out* e do *mobbing* é desenvolvido após a longa fase do diagnóstico, que comporta tanto sessões de terapia quanto aplicação de inúmeros testes de personalidade, envolvendo tanto a aplicação de medicamentos quanto medidas judiciais, além de um contínuo acompanhamento psicoterapêutico destinado a evitar recaídas e a possibilitar o enfretamento da reintegração no ambiente de trabalho.

Ser portador de um comportamento vitimista, negativista, predispõe à autodesignação de vítima do *mobbing*, portanto, conhecer a si mesmo é o primeiro passo necessário e propedêutico para a estratégia do tratamento. Conhecer os aspectos familiares da época infantil também é útil, pois a tendência a reproduzir esquemas de

comportamento é evidente, sobretudo perante fenômenos de expressiva desvantagem.

Ânsia e temor fazem parte da vida, nos ajudam à defesa de um perigo, mas provocam desvantagem quando se tornam excessivos, tornando-nos inseguros e inadequados. O medo de colocar-se à mostra, pelo temor de ser repellido, ou julgado pouco culto aos olhos dos outros, acaba com a possibilidade de concorrer nos desafios da vida. O contrário, ou seja, ter uma sã consciência do próprio valor, ter os nervos sãos e um justo posicionamento para enfrentar esses temores nos predispõem a aceitar melhor uma crítica ou uma recusa e a projetar-nos com mais força no mundo das relações profissionais.

Em geral, com efeito, quem tem medo de cometer erros o faz mais do que quem enfrenta um problema com cuidado destacado, assim como, quem tem medo de não ser bem quisto no seu ambiente acaba por tornar-se impopular, preparando terreno fértil do *mobbing* contra si mesmo.

O orgulho que nasce da consciência do próprio valor, a segurança em si, os bons contatos e o bom rendimento no trabalho são elementos fundamentais para a prevenção do *mobbing*; de fato, se um *mobber* verifica que a vítima não se vitima, encontrará dificuldades e provavelmente voltará a sua atenção para outra pessoa.

Leyman<sup>11</sup> propôs algumas perguntas para identificar se alguém está submetido ao *mobbing*:

- 1) A qual tipo de vexação você está exposto?
- 2) É limitada a sua capacidade de participar da vida da repartição?
- 3) Os colegas se dirigem a você com descortesia?
- 4) Seus colegas não prestam atenção quando você fala e em geral o ignoram?
- 5) O seu trabalho, ao qual até agora ninguém tinha prestado atenção, agora é criticado sempre mais?
- 6) Os erros que você comete são colocados em relevo?

---

<sup>11</sup> LEYMAN, H. *Mobbing: Psycoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*. Reinbeck: Rowohlt, 1993, apud LEYMAN, H. The Content and Development of *Mobbing* at Work. In: ZAPF; LEYMAN (Ed.). *Mobbing and victimizations at work. European Journal of Work and Organizational Psychology*, v. 5, n. 2, 1996. Special Issue.

- 7) Alguém manipula as suas atividades?
- 8) Procuram apresentá-lo como uma pessoa incapaz?
- 9) Os colegas murmuram às suas costas?
- 10) Experimenta uma certa arrogância?
- 11) Não recebe mais todas as informações necessárias para o seu trabalho?
- 12) Ouviu fazerem alusão ao seu passado que lhes parece obscuro ou incompreensível?
- 13) Você se sente marginalizado (ninguém começa uma conversa com você; se você faz uma pergunta, não recebe resposta; ninguém toma café com você ou vem almoçar quando você convida, ou te convida para almoçar)? Os colegas te ignoram regularmente, não prestando atenção em você (p. ex., não te cumprimentam mais)? O seu espaço de trabalho é modificado (ambiente novo, sem telefone; encargos novos para os quais não foi contratado e não tem predisposição; pedem-lhe um empenho muito prolongado, excessivo, ou, ao contrário, muito brando)? A você são endereçadas tarefas muito aquém das suas qualificações?
- 14) Você sofre ataques pessoais (as suas características peculiares são objeto de brincadeiras; murmuram ou riem-se de você; espalham-se calúnias também sobre sua vida privada; fazem-se piadas pesadas sobre seu passado; ou você sofre até mesmo molestamento no plano sexual)?
- 15) Você recebe telefonemas anônimos (no trabalho ou em casa)?
- 16) Procuram arruiná-lo (p. ex., ordenam material de escritório em seu nome, sem que se possa encontrar o responsável)?

Segundo Leyman, um maior número de respostas afirmativas ao elenco de perguntas propostas indicará se a pessoa está mais ou menos envolvida em uma situação de *mobbing*. A melhor coisa a fazer, aconselha o autor, se realmente se trata de *mobbing*, é aceitar a realidade e planejar a melhor estratégia para enfrentar o problema na sua totalidade. Mesmo se idealizada uma ótima estratégia, é igual-

mente necessário preservar a justa lucidez para aplicá-la, mostrar aos adversários um novo modo de se relacionar consegue suscitar neles uma inicial desorientação, da qual se pode partir para planificar as ações sucessivas.

## **Conclusão**

O novo modo de produção, pós-taylorista, pós-fordista, que teve início nos anos 1980, com a revolução tecnológica, a competitividade e a globalização, criou uma nova organização empresarial, que reclama estudos e regulamentação sobre a responsabilidade pelo meio ambiente psicossocial do trabalho e não mais somente do meio ambiente do trabalho, compreendendo as condições físicas da organização: insalubridade, periculosidade, penosidade. As primeiras normas da normatização nesse novo campo já foram lançadas. Sua chegada ao Brasil é uma questão de tempo.

## **Referências**

- LEYMANN, Heinz. *Der neue Mobbingbericht. Erfahrungen und Initiativen, Auswege und Hilfsangebote*. Reinbek: Rowohlt, 1995.
- . *Mobbing: Psycoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*. Reinbeck: Rowohlt, 1993, apud LEYMANN, H. The Content and Development of Mobbing at Work. In: ZAPF; LEYMANN (Ed.). *Mobbing and victimizations at work. European Journal of Work and Organizational Psychology*, v. 5, n. 2, 1996. Special Issue.
- PELLEGRINO, Ferdinando. *La sindrome del burn-out*. Torino: Centro Scientifico Editore, 2000.
- PELLEGRINO, Ferdinando; ABATE, Simona; DELLA PORTA, Domenico. *Burn-out, mobbing e malattie da stress: come valutare il rischio psicologico e organizzativo-sociale*. Verona: Positive Press, 2005.





# Proteção à diversidade biológica e cultural na Constituição Brasileira

Juliana Santilli\*

**Sumário:** 1 Contexto histórico da Assembléia Nacional Constituinte. 2 Meio ambiente: novo capítulo e a transversalidade na Constituição. 3 Cultura e meio ambiente: proteção constitucional inspirada em uma concepção unitária. 4 Proteção constitucional aos povos indígenas e aos quilombolas: a influência do multiculturalismo.

## 1 Contexto histórico da Assembléia Nacional Constituinte

Os anos 1980 foram de grande significado para o processo de redemocratização da América Latina. O recrudescimento das ditaduras militares nas décadas anteriores, que deu espaço para inúmeros golpes militares no Brasil, Argentina, Chile, Bolívia e em outros países do subcontinente, cedeu lugar a processos de democratização praticamente simultâneos. O modelo autoritário não havia sido capaz de dar respostas às expectativas de melhoria nas condições de vida dos povos da região, além de engendrar sistemas repressivos e corruptos de governo. Evidentemente, a democratização guardou características próprias em cada país. Na Argentina, foi fruto de grande clamor social e de mobilizações da sociedade argentina, na esteira da malsucedida tentativa de recuperação das Ilhas Malvinas por meio de uma aventura militar. O Brasil, coerente com a sua tradição histórica, seguiu o rumo dado pela expressão do ex-presidente Ernesto Geisel, de forma “lenta, segura e gradual”.

Em 1982, houve as primeiras eleições diretas para os governos estaduais, com uma acachapante vitória das forças de oposição. Em 1984, ocorreu a mais impressionante mobilização popular da

---

\* Juliana Santilli é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); sócia-fundadora do Instituto Socioambiental (ISA); Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

história brasileira, por intermédio da campanha pelas eleições diretas para a Presidência da República, que, no entanto, frustrou-se diante da não-aprovação da emenda constitucional proposta pela oposição. Mesmo assim, essa mobilização provocou significativa rachadura no partido governista, abrindo espaço para a vitória da chapa formada por Tancredo Neves e José Sarney no colégio eleitoral pelo qual se escolhia o presidente. Tancredo caiu doente na véspera de sua posse e morreu poucos dias após a posse de Sarney no cargo. Esse, por sua vez, que havia presidido o partido de sustentação à ditadura, teve de levar adiante o programa da chamada Aliança Democrática, sob a forte pressão da expectativa popular. E o ponto central desse programa consistia na convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.

A fase final do regime militar havia sido marcada pela emergência de inúmeros movimentos sociais e populares, que trouxeram à cena política não apenas a questão das liberdades democráticas, mas também um conjunto de bandeiras e reivindicações setoriais, que iam desde o restabelecimento do direito de greve, passando pela reforma agrária, até a demarcação das terras indígenas, ou seja: à pauta propriamente institucional – recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, eleições diretas em todos os níveis, fim da censura à mídia e às atividades artísticas, anistia irrestrita às vítimas da ditadura – associou-se uma ampla agenda social – liberdade de organização sindical, reforma agrária, reconhecimento dos direitos das minorias étnicas e melhoria das condições de vida dos segmentos sociais mais sofridos da população.

A notável sucessão de campanhas mobilizadoras que levaram à derrocada do regime, passando pelas eleições regionais de 1982, diretas-já, eleição de Tancredo e convocação da Constituinte, possibilitou a articulação entre temas gerais e específicos, levados pelos diversos movimentos para dentro do processo constituinte. Os vinte e um anos de ditadura haviam represado os anseios da sociedade brasileira, que o caráter gradual da democratização não havia sido capaz de diluir. Nesse contexto, um conjunto de temas que emergiram no cenário mundial das décadas imediatamente anteriores acabou legitimado e inserido na pauta dos trabalhos constituintes: direitos das minorias, especialmente mulheres e negros, combate à dis-

criminação de gênero e ao racismo, proteção aos portadores de deficiências físicas e aos direitos de crianças, adolescentes, idosos e índios, reconhecimento da diversidade étnica e cultural, proteção ao patrimônio público e social, ao patrimônio cultural e ao meio ambiente.

Apesar do caráter limitado da convocação da Assembléia Constituinte, com a atribuição de poderes constituintes ao Congresso ordinário e bicameral (um terço do Senado Federal, por exemplo, não havia sido eleito com os demais constituintes, em 1986, mas participou igualmente da elaboração e votação da nova Constituição), e apesar de fortes pressões em contrário (por exemplo: dos chamados ruralistas, contra a reforma agrária, e das empresas mineradoras e segmentos militares, contra os direitos indígenas), o Congresso Constituinte não pôde recusar o tratamento de todos esses temas, embalados pela expressiva mobilização popular e participação social.

Assim, o processo constituinte brasileiro deu lugar a grandes inovações em relação à tradição constitucional, possibilitando a inserção na Carta Magna de capítulos e de artigos que plantaram as sementes dos chamados “novos direitos”, constituindo, também, as bases para a evolução do que aqui denominamos “direitos socioambientais”. Nos anos seguintes à promulgação da nova Constituição, a novidade e a generosidade conceituais dos “novos direitos” passaram a permear a legislação infraconstitucional, além de influenciar fortemente a elaboração de novas constituições e de emendas constitucionais em vários países do subcontinente, como Colômbia, Paraguai, Equador, Bolívia, Nicarágua e Guatemala, consolidando internacionalmente esses novos paradigmas.

Os “novos” direitos rompem com os paradigmas da dogmática jurídica tradicional, contaminada pelo apego ao excessivo formalismo, pela falsa neutralidade política e científica e pela excessiva ênfase nos direitos individuais, de conteúdo patrimonial e contratualista, de inspiração liberal. Os “novos” direitos, conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas, têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário, quanto do ponto de vista de sua concretização. São direitos “históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de

novas liberdades contra velhos poderes”<sup>1</sup> e não se enquadram nos estreitos limites do dualismo público-privado, inserindo-se dentro de um espaço público não-estatal. Doutrinariamente, são classificados como direitos de “terceira dimensão” por serem de titularidade coletiva, e não individual<sup>2</sup>.

Os novos “direitos socioambientais” se inserem no contexto desses novos paradigmas jurídicos, com base nos quais procuraremos discorrer sobre os dispositivos constitucionais dedicados ao meio ambiente, à cultura, aos povos indígenas e aos quilombolas.

## **2 Meio ambiente: novo capítulo e a transversalidade na Constituição**

O capítulo sobre o meio ambiente (art. 225 e seus diversos incisos e parágrafos) da Constituição assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. É a primeira vez, na história brasileira, que uma Constituição dedica um capítulo inteiro ao meio ambiente, fundamentado no princípio do desenvolvimento sustentável – conceito desenvolvido com base no relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, intitulado “Nosso Futuro Comum”, coordenado pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland. Segundo tal conceito, o desenvolvimento sustentável é “aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades”. Tal conceito passou a permear todo o texto constitucional e leis ordinárias brasileiras.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é um direito humano fundamental. Embora não esteja arrolado no art. 5º da Constituição<sup>3</sup>, entre os direitos e ga-

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

<sup>2</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.) *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9 e ss.

<sup>3</sup> O próprio art. 5º, § 2º, da Constituição Federal estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

rantias fundamentais “explícitos”, a doutrina já reconhece o seu caráter fundamental, baseada em uma compreensão material do direito fundamental, cujo conteúdo invoca a construção da liberdade do ser humano. O direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado já é reconhecido em convenções e documentos internacionais<sup>4</sup> e é considerado como um direito humano de “terceira geração”, em virtude de sua natureza coletiva, de forma que seja diferenciado dos direitos humanos de “primeira geração”, que são os direitos civis e políticos, de natureza individual e vinculados à liberdade, à igualdade e à propriedade, e dos direitos humanos de “segunda geração”, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, associados ao trabalho, saúde, educação, etc. Mais recentemente, a teoria das “gerações de direitos” passou a ser criticada pela doutrina, por induzir ao equívoco de “um processo substitutivo, compartimentado e estanque”, e a doutrina mais recente passou a substituir o termo “gerações” por “dimensões”, uma vez que os direitos humanos resultam de “um processo de fazer-se e de complementaridade permanente”<sup>5</sup>.

---

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>4</sup> A Declaração do Rio de Janeiro, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, tem como seu primeiro princípio: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”. No mesmo sentido, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como o “Protocolo de São Salvador”, e promulgado pelo Decreto n. 3.321/99, afirma, em seu art. 11, que: “toda pessoa tem direito de viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”.

<sup>5</sup> WOLKMER, Introdução..., cit., p. 6. No referido texto, Wolkmer cita, entre os doutrinadores que adotam a teoria das “gerações” sucessivas de direitos: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992; MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; COVRE, Maria de Lourdes M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1991; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Entre os doutrinadores críticos à teoria das “gerações” que propõem o conceito de “dimensões”, Wolkmer cita: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; e BRANDÃO, Paulo de T. *A tutela judicial dos “novos” direitos: em busca de uma*

A idéia, atualmente, é de que esses direitos se somam e se complementam, e não substituem uns aos outros, como poderia levar a crer a idéia de “gerações” de direitos. O conceito mais aceito é de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano de “terceira dimensão”, em virtude de sua natureza metaindividual, difusa e coletiva, tratando-se de um “direito de solidariedade”, que não se enquadra nem no público nem no privado, tal como o direito à autodeterminação dos povos e à paz<sup>6</sup>.

A Constituição reconhece, ainda, o princípio da equidade intergeracional, fundamentado no direito intergeracional – das presentes e das futuras gerações – ao ambiente sadio. Pela primeira vez, são assegurados direitos a gerações que ainda não existem, e tais direitos restringem e condicionam a utilização e o consumo dos recursos naturais pelas presentes gerações, bem como as políticas públicas, que deverão considerar sempre a sustentabilidade dos recursos naturais a longo prazo.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado ainda “bem de uso comum do povo”<sup>7</sup>, e essencial à sadia qualidade de vida. Entretanto, não se pode considerar os bens ambientais como bens públicos *stricto sensu*, ou seja, simplesmente de domínio público. A concepção civilista dos bens, baseada na dicotomia entre bens públicos e privados, foi superada pela doutrina ambiental moderna. Atualmente, os bens ambientais são considerados bens de interesse público, independentemente de sua dominialidade, pública ou privada. Distingue-se ainda o meio ambiente ecologicamente equilibrado – definido como um macrobem<sup>8</sup>, unitário e integrado, de natureza incorpórea e imaterial, e pertencente à coletividade – dos

---

*efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Florianópolis: CPGD, 2000, e entrevista com Antônio Augusto Cançado Trindade (*Proposta*, n. 92, mar./maio 2002).

<sup>6</sup> WOLKMER, Introdução... cit., p. 6.

<sup>7</sup> O Código Civil divide os bens em públicos e particulares. Os bens públicos são divididos da seguinte forma: de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviços públicos; dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

<sup>8</sup> MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 72-96.

elementos corpóreos que o integram, que também são bens ambientais, como as águas, as florestas etc.

Os bens ambientais são, portanto, bens de interesse público, independentemente da propriedade – pública ou privada – que incida sobre eles.

A Constituição consagra ainda o princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público<sup>9</sup>, em seus diversos níveis e instâncias, impondo-se-lhe a obrigação constitucional tanto de prevenir como de reparar danos ambientais. O princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal é complementado pelo princípio da participação democrática e da transparência na gestão dos recursos ambientais, por meio da publicidade dos instrumentos de avaliação de impacto ambiental e do licenciamento ambiental, da participação da sociedade civil em colegiados ambientais e em audiências públicas e do efetivo controle social sobre as políticas públicas. O acesso à informação<sup>10</sup> e à educação ambiental<sup>11</sup> é também reconhecido como fundamental à formação e à capacitação para a participação consciente e eficaz na gestão socioambiental<sup>12</sup>.

O acesso aos bens ambientais, naturais e culturais deve ser equitativo<sup>13</sup>, e baseado nos princípios da inclusão e da justiça social.

---

<sup>9</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87 e ss.

<sup>10</sup> A Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003, dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

<sup>11</sup> A Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, dispõe sobre a educação ambiental, instituindo a política nacional de educação ambiental. Entre os princípios básicos da educação ambiental está o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo.

<sup>12</sup> Ver, a esse respeito, o excelente trabalho de Rachel Biderman Furriela, intitulado *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente* (São Paulo: Annablume; Fapesp, 2002). Ver, também, a dissertação de mestrado de Raul Silva Telles do Valle, *Sociedade civil e gestão ambiental no Brasil: uma análise da implementação do direito à participação em nossa legislação* (Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002). Ver, também, nosso artigo, em parceria com Márcio Santilli, intitulado “Meio ambiente e democracia: participação social na gestão ambiental” [In: LIMA, André (Org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. São Paulo: Instituto Socioambiental; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 49-53], e AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília, DF: Ibama, 1998.

<sup>13</sup> MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*, cit., p. 49-51.

Outros princípios do direito ambiental desenvolvidos pela doutrina, com base no texto constitucional e em tratados internacionais na área ambiental, que orientam todo o sistema normativo ambiental, são:

- O *princípio da precaução*, também chamado de princípio da prudência ou cautela: baseia-se no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, segundo o qual: “quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. É consagrado também na Convenção da Diversidade Biológica e na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas<sup>14</sup>, e, no nosso ordenamento constitucional, uma de suas expressões é a obrigação de realizar estudo prévio de impacto ambiental para atividades degradadoras do meio ambiente.
- O *princípio da responsabilidade*, expressamente consagrado no texto constitucional, no art. 225, § 3º, estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Trata-se da consagração da responsabilidade administrativa, civil e penal pelos danos causados ao meio ambiente.
- O *princípio do poluidor-pagador* procura internalizar os custos externos de deterioração ambiental.
- O *princípio da cooperação* impõe uma política de cooperação entre os Estados e os diferentes atores sociais, pois os danos ambientais não respeitam fronteiras políticas e administrativas, e têm dimensões transfronteiriças. A cooperação entre os Estados para a proteção ambiental implica uma soberania mais solidária.

---

<sup>14</sup>Ver, a esse respeito, BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias. O princípio da precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças climáticas. *Revista de Direitos Difusos*, ano 2, v. 12, p. 1587-1596, abr. 2002.



O capítulo constitucional de meio ambiente estabelece ainda que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público:

- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético;
- definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente;
- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Estabelece ainda o texto constitucional a obrigação daquele que explorar recursos minerais de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão competente. Declara ainda a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional, estabelecendo que sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, incluindo o uso dos recursos naturais. Considera indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discrimi-

natórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Finalmente, determina que as usinas nucleares tenham a sua localização definida em lei federal, sem o que não podem ser instaladas. Em síntese, é o capítulo constitucional de meio ambiente.

De nada adiantariam, entretanto, as normas materiais de proteção ao meio ambiente se não tivessem sido previstos instrumentos processuais próprios e adequados à defesa ambiental em juízo. Em face do interesse público na conservação ambiental, a Constituição confere à cidadania dois instrumentos processuais voltados para a proteção de direitos ambientais coletivos: a ação popular, que pode ser movida por qualquer cidadão, a fim de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII), e a ação civil pública, que pode ser proposta tanto pelo Ministério Público como por associações legalmente constituídas (e outras entidades públicas legitimadas), para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, § 1º). A legitimidade processual conferida à cidadania para mover ações judiciais voltadas à defesa de direitos ambientais decorre claramente de sua natureza coletiva e do fato de se tratar de direitos conferidos à coletividade como um todo, e não a indivíduos específicos. É a chamada “legitimidade processual extraordinária”. Decorre também do interesse público na conservação do bem ambiental a previsão de que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelos danos ambientais causados reverterá a um fundo destinado à reconstituição dos bens lesados, de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, nos termos da Lei n. 7.347/85<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Embora não seja objetivo deste trabalho dissertar sobre as características da ação civil pública – principal instrumento processual utilizado para a defesa em juízo de direitos socioambientais –, cabe lembrar que o interesse público envolvido na preservação dos bens socioambientais faz da ação civil pública um instrumento processual *sui generis*, no contexto do processo civil brasileiro. Primeiramente, chama a atenção o fato de ser uma ação civil “pública”, pois a regra é de que só são públicas as ações penais, e não as ações civis. A Lei n. 7.347/85 confere, ainda, legitimação extraordinária ao Ministério Público e a outras entidades, para defender em juízo direito alheio (pertencente à coletividade) e estabelece outras regras “atípicas”, motivadas pelo interesse público envolvido: se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, a sentença não produzirá os

Verifica-se, no texto constitucional brasileiro, uma clara influência de documentos referenciais elaborados por instituições conservacionistas internacionais, fundamentados em estudos científicos, especialmente o documento *Estratégia mundial para a conservação* (*World conservation strategy*), lançado em 1980 pela União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN – em inglês, IUCN), pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) e pelo Fundo Mundial para a Natureza (World Wildlife Fund – WWF)<sup>16</sup>. Tal documento define os três principais objetivos da conservação, todos eles incorporados ao texto constitucional:

- manutenção dos processos ecológicos essenciais e dos sistemas de sustentação da vida;
- preservação da diversidade genética;
- utilização sustentável das espécies e dos ecossistemas.

Outro documento internacional que serviu de base conceitual para a elaboração do capítulo constitucional de meio ambiente foi o relatório das Nações Unidas intitulado *Nosso futuro comum*, divulgado em 1987 e coordenado pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland.

Conceitos desenvolvidos pelo relatório *Nosso futuro comum* – tais como o direito fundamental ao meio ambiente sadio, a equidade entre gerações, manutenção dos ecossistemas e processos essenciais para o funcionamento da biosfera, avaliações ambientais prévias e a divulgação de informações ambientais – foram claramente incorporados ao texto constitucional<sup>17</sup>.

A questão ambiental não é tratada apenas no capítulo da Constituição especificamente destinado ao meio ambiente, mas está

---

efeitos da coisa julgada, e não haverá adiantamento de custas e honorários periciais, e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. Ler a esse respeito: BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 92-96.

<sup>16</sup> As mesmas entidades lançaram, em 1991, um novo documento, intitulado “Cuidando do planeta Terra”, que dá seqüência à “Estratégia” e é dividido em três partes: princípios da vida sustentável, ações adicionais para a vida sustentável e implementação e continuidade.

<sup>17</sup> Conforme FELDMANN, Fábio; CAMINO, Maria Ester Mena Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. *Revista Forense*, v. 317, jan./fev./mar. 1992.

presente em diversos outros capítulos do texto constitucional (economia, desenvolvimento agrário etc.), consagrando a orientação de que as políticas públicas ambientais devem ser transversais, ou seja, perpassar o conjunto das políticas públicas capazes de influenciar o campo socioambiental<sup>18</sup>. A questão ambiental permeia o texto constitucional não apenas mediante referências explícitas ao meio ambiente, como também por meio de dispositivos em que os valores ambientais estão em “penumbra constitucional, passíveis de descoberta”<sup>19</sup>.

Assim é que, entre os bens da União, estão arroladas as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental, a serem definidas em lei (art. 20, II). Nos arts. 22, 23 e 24 está definido um complexo sistema constitucional de repartição de competências em matéria ambiental, que inclui competências legislativas, privativas, concorrentes e suplementares, e competências materiais ou executivas, que podem ser exclusivas ou comuns<sup>20</sup>.

Já o art. 91, § 1º, III, ao relacionar as competências do Conselho de Defesa Nacional, estabelece que esse deve opinar sobre o efetivo uso de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo. No rol de atribuições institucionais do Ministério Público, previsto no art. 129, está expressamente incluída a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

---

<sup>18</sup> SANTILLI, Márcio. “*Transversalidade*” na corda bamba. Apresentação ao balanço de seis meses do governo Lula na área socioambiental, produzido pelo Instituto Socioambiental. Disponível em: <[www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org)>.

<sup>19</sup> Conforme MAGALHÃES Jr., Renato. *Direitos e deveres ecológicos: efetividade constitucional e subsídios do direito norte-americano*. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1990. p. 126, apud SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 26.

<sup>20</sup> Foge aos objetivos deste trabalho detalhar o intrincado sistema constitucional de repartição de competências em matéria ambiental. A respeito desse tema, sugerimos a leitura do excelente trabalho de Márcia Dieguez Leuzinger, intitulado *Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências* (São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública; Rio de Janeiro: Esplanada, 2002).

Entre os princípios gerais da atividade econômica, elencados no art. 170 da Constituição, está a defesa do meio ambiente, ao lado da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros. Da mesma forma, o art. 174, § 3º, determina que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros, ou seja, a atividade garimpeira só poderá se desenvolver se respeitar as normas ambientais.

Derani<sup>21</sup> destaca que, para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

deve a atividade econômica desenvolver-se pautada no princípio da defesa do meio ambiente. As relações travadas em sociedade destinadas à reprodução de riquezas não podem prescindir de avaliações destinadas a garantir a manutenção do meio e a reprodução dos recursos naturais utilizados.

Da mesma forma, o capítulo da Constituição dedicado à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (art. 184 e seguintes), estabelece que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, aos seguintes requisitos: *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*, aproveitamento racional e adequado, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Trata-se, claramente, da consagração da função socioambiental da propriedade.

O capítulo da Constituição dedicado à política urbana (arts. 182 e 183) também consagra a função socioambiental da cidade, ao estabelecer que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. A qualidade e o equilíbrio do ambiente urbano são também tutelados constitucionalmente. Pela primeira vez na história, a Constituição incluiu um capítulo específico para a política urbana, que prevê uma série de instrumentos para

---

<sup>21</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

a garantia, no âmbito de cada município, do direito à cidade, da defesa da função social da cidade, da propriedade e da democratização da gestão urbana. A regulamentação foi estabelecida pela Lei n. 10.257/2001, mais conhecida como o “Estatuto da Cidade”.

Já o capítulo dedicado à saúde estabelece, entre as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), a “colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (art. 200, VIII), reconhecendo a estreita conexão entre meio ambiente e saúde, principalmente em países em desenvolvimento. Para que se tenha uma idéia dos problemas de saúde pública ocasionados pela poluição hídrica, 72% dos leitos hospitalares já são ocupados por vítimas de doenças transmitidas por meio da água<sup>22</sup>. E mais: as doenças associadas à falta de saneamento básico mataram, no Brasil, em 1998, mais do que todos os homicídios do mesmo ano ocorridos na região metropolitana de São Paulo<sup>23</sup>.

O capítulo que regula a comunicação social também determina que a lei federal deve estabelecer meios legais para proteger a pessoa e a família contra a propaganda de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde e ao meio ambiente.

A questão ambiental permeia vários capítulos da Constituição, que revelam o reconhecimento de sua transversalidade, e de que todas as políticas setoriais – pesqueira, florestal, mineral, industrial, econômica, agrícola, urbana etc. – e serviços públicos – saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia etc. – devem incorporar o componente e as variáveis ambientais.

### **3 Cultura e meio ambiente: proteção constitucional inspirada em uma concepção unitária**

A Constituição adotou uma concepção unitária do meio ambiente, que compreende tanto os bens naturais quanto os bens culturais. É o que se deduz de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais de proteção ao meio ambiente e à cultu-

---

<sup>22</sup> Segundo dados da Secretaria de Recursos Hídricos, disponíveis no *site* do Ministério do Meio Ambiente: <[www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br)>.

<sup>23</sup> Segundo pesquisa da Fundação Nacional de Saúde, disponível no *site* do Ministério da Saúde: <[www.ms.gov.br](http://www.ms.gov.br)>.

ra, sendo esse também o entendimento de grande parte da doutrina. Nas palavras de José Afonso da Silva:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico<sup>24</sup>.

No mesmo sentido, a opinião de Carlos Marés<sup>25</sup>, quando discorre sobre as relações entre meio ambiente, cultura e direito:

O meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano.

... Para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo.

Alguns destes elementos existem independentes da ação do homem: os chamamos de *meio ambiente natural*; outros são frutos da sua intervenção e os chamamos de *meio ambiente cultural*.

Marés prossegue ainda para propor a seguinte classificação: os bens ambientais são gênero, do qual os bens culturais e naturais

---

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 2. Vale notar que a concepção unitária do meio ambiente, que abrange tanto os bens naturais quanto os culturais, se inspira na doutrina italiana, e é acolhida por boa parte da doutrina brasileira. Ver, a esse respeito: FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 1997; MORATO LEITE, *Dano ambiental...*, cit.; FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, v. 6, 1997; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, v. 20, 2000.

<sup>25</sup> MARÉS DE SOUZA FILHO, *Bens culturais...*, cit., p. 9.

são espécies. Pretendemos desenvolver o nosso trabalho com base na adoção de tal classificação, que consideramos ser aquela adotada pelo texto constitucional, que se preocupou em proteger tanto o patrimônio natural quanto o patrimônio cultural, como duas faces de uma mesma moeda: o patrimônio ambiental.

A definição de meio ambiente constante do art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, não se coaduna com o espírito do novo texto constitucional, por se referir basicamente ao meio ambiente natural: “meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, a permitir, abrigar e reger a vida em todas as suas formas”. O texto constitucional adotou uma concepção bem mais ampla e integradora de meio ambiente, que inclui tanto os bens naturais quanto os culturais. Tal integração se revela também no art. 216 da Constituição, que, ao arrolar os bens que integram o patrimônio cultural brasileiro, expressamente inclui os “sítios ecológicos”. Da mesma forma, a Lei n. 9.605/98, conhecida como a “Lei dos Crimes Ambientais”, inclui os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural<sup>26</sup>. A visão compartimentalizada e fragmentada do meio ambiente cedeu à visão holística e sistêmica<sup>27</sup>.

A Constituição seguiu a tendência internacional de tratar de forma integrada o patrimônio natural e cultural, iniciada com a convenção adotada pela Unesco<sup>28</sup> em 1972 para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, que entrou em vigor em 1976, com a ratificação por 20 Estados, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1977<sup>29</sup>.

João Batista Lanari Bo<sup>30</sup> destaca que a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), graças

---

<sup>26</sup> Os arts. 62 a 65 da Lei n. 9.605/98 estabelecem os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

<sup>27</sup> O Decreto-Lei n. 25/37, conhecido como a “Lei do Tombamento”, e ainda em vigor, já previa a possibilidade de tombamento dos “monumentos naturais, bem como dos sítios e paisagens, que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”. A motivação para a preservação dos bens naturais é, entretanto, estética.

<sup>28</sup> A Unesco é a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

<sup>29</sup> Atualmente, 172 Estados já assinaram a convenção.

<sup>30</sup> LANARI BO, João Batista. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília, DF: Unesco, 2003. p. 30.



à sua vocação interdisciplinar, desempenhou um papel pioneiro na convergência das vertentes natural e cultural no conceito de patrimônio. Lanari Bo salienta, entretanto, que a proteção ao patrimônio natural na Unesco enfatiza mais a função simbólica da preservação, no sentido do fortalecimento de uma identidade coletiva, recordando que “a nação brasileira se reconhece também na diversidade biológica que caracteriza o país, da Floresta Amazônica à caatinga nordestina”. Segundo Lanari Bo, a implementação da convenção de 1972 do Patrimônio Mundial em relação aos sítios naturais no Brasil, é, no plano simbólico, “expressão a um só tempo de preocupação e fascínio com a exuberância da natureza brasileira”.

O texto constitucional representou um grande avanço na proteção do patrimônio cultural brasileiro, dedicando toda uma seção e vários dispositivos ao tratamento da matéria, de forma inédita na história constitucional brasileira. O texto constitucional consagrou uma nova e moderna concepção de patrimônio cultural, mais abrangente e democrática. Avançou em relação ao conceito restritivo de “patrimônio histórico e artístico nacional”, definido no Decreto-Lei n. 25/37 (conhecido como a “Lei do Tombamento”) como: “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

Verifica-se<sup>31</sup> no texto constitucional uma clara ampliação da noção de patrimônio cultural, a valorização da pluralidade cultural e um espírito de democratização das políticas culturais, inseridos em

---

<sup>31</sup> Sobre a proteção jurídico-constitucional à cultura, além das obras já citadas, sugerimos a consulta de: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000; CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991; PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994; RAMOS RODRIGUES, José Eduardo. A evolução da proteção do patrimônio cultural – Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Editora Max Limonad; Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998, p. 199-225; BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria. Proteção do patrimônio cultural no direito italiano. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 706, agosto de 1994.

um contexto de busca da concretização da cidadania e de direitos culturais.

O multiculturalismo permeia todos os dispositivos constitucionais dedicados à proteção da cultura. Está presente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos, incluindo indígenas e afro-brasileiros, que formam a sociedade brasileira, e de fixar datas representativas para todos esses grupos. Vislumbra-se a orientação pluralista e multicultural do texto constitucional no conceito de patrimônio cultural, que consagra a idéia de que esse abrange bens culturais referenciadores dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e no tombamento constitucional dos documentos e sítios detentores de remi-niscências históricas dos antigos quilombos. É a valorização da rica sociodiversidade brasileira e o reconhecimento do papel das expressões culturais de diferentes grupos sociais na formação da identidade cultural brasileira.

O resgate de uma identidade cultural nacional e os valores defendidos pelo movimento modernista – que inspiraram um grupo de intelectuais, liderados inicialmente por Mário de Andrade, a trazer a preservação de bens culturais para a agenda pública brasileira nos anos 1930 – estão claramente inseridos no novo contexto constitucional, consagrador da diversidade cultural.

Os novos conceitos constitucionais são fruto de um longo processo histórico de institucionalização de políticas de preservação cultural. Inspiradas no movimento modernista, cujo marco referencial foi a Semana de Arte Moderna de 1922, as políticas de preservação cultural encontraram a sua tradução jurídica no instituto do tombamento, regulado pelo Decreto-Lei n. 25/37. Dentre os intelectuais que se destacaram no comando das políticas oficiais de preservação cultural no país estão Rodrigo Mello Franco de Andrade, que é identificado com uma fase “heróica” de defesa da preservação dos bens culturais brasileiros, e com a própria concepção e criação do órgão oficial, e Aloísio Magalhães, que assumiu a direção do então Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) em 1979, procurando estimular iniciativas voltadas para a participação comunitária e para a valorização da chamada cultura tradicional e popular, desenvolvidas principalmente pelo Centro Nacional de Referên-

cia Cultural (criado em 1975 e integrado em 1979 à Fundação Cultural Pró-Memória).

O processo de ampliação do conceito de patrimônio cultural – que culminou com a definição abrangente do novo texto constitucional – é fruto de uma nova perspectiva para a preservação de bens culturais, concebida a partir de meados da década de 1970, e parte da noção de “referência cultural”. Cecília Londres<sup>32</sup> destaca que se desenvolveu um processo de busca de maior legitimidade social nas políticas de preservação do patrimônio cultural, por meio de uma aproximação com setores até então marginalizados das políticas culturais (índios, negros, populações rurais e da periferia urbana etc.).

As políticas de preservação do patrimônio cultural procuraram abandonar a perspectiva elitista, monumentalista e sacralizadora do patrimônio cultural e passaram a valorizar a cultura “viva”, enraizada no fazer popular e no cotidiano das sociedades<sup>33</sup>, que fundamentou a ampliação do conceito de patrimônio cultural.

O novo conceito de patrimônio cultural incorporado pela Constituição engloba não só os bens culturais materiais ou tangíveis como também os bens imateriais ou intangíveis. O art. 215 é claro quando estabelece que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e *imaterial*, incluindo, entre esses, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas, dos diferentes grupos sociais brasileiros.

A concepção abrangente adotada pela Constituição foi a de que não é possível compreender os bens culturais sem considerar os valores neles investidos e o que representam – a sua dimensão imaterial – e, da mesma forma, não se pode entender a dinâmica do patrimônio imaterial sem o conhecimento da cultura material que lhe dá suporte<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> LONDRES, Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: MINISTÉRIO DA CULTURA, INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL e FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTE. *O registro do patrimônio imaterial*. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, jul. 2003. p. 83-84.

<sup>33</sup> LONDRES, Cecília. Da modernização à participação: a política federal de preservação dos anos 70 e 80. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 24, p. 153 e ss., 1996.

<sup>34</sup> MINISTÉRIO DA CULTURA, INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL e FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTE. *O registro do*

Procurou, assim, abranger as manifestações culturais de caráter processual e dinâmico, em geral transmitidas oralmente.

Os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais, até métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. Tal concepção abrange ainda as formas culturais diferenciadas de apropriação do meio ambiente, em seus aspectos materiais e imateriais. Os dispositivos constitucionais dedicados à proteção de minorias étnicas também se preocuparam em proteger a dimensão imaterial de seu patrimônio e de sua cultura. O capítulo dedicado aos povos indígenas assegura proteção não só às terras tradicionais indígenas e aos recursos naturais nelas existentes – bens materiais ou tangíveis –, como também aos seus costumes, línguas, crenças e tradições – bens imateriais ou intangíveis, de natureza processual e dinâmica.

Orientada pela preocupação de proteger as duas faces da mesma moeda – materialidade e imaterialidade – dos bens culturais, a Constituição prevê o tombamento, instrumento jurídico voltado para a proteção de edificações, obras de arte e outros bens de natureza material, e a criação de novos instrumentos jurídicos, mais apropriados à preservação de bens imateriais. Assim é que o Governo Federal editou o Decreto n. 3.551/2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, dividindo o registro nos livros dos saberes, das celebrações, das formas de expressão e dos lugares<sup>35</sup>.

---

*patrimônio imaterial*. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural imaterial. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, jul. 2003. p. 125.

<sup>35</sup> Nos termos do Decreto n. 3.551/2000, no Livro de Registro dos Saberes devem ser inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; no Livro de Registro das Celebrações, serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; no Livro de Registro das Formas de Expressão, manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e no Livro de Registro dos Lugares, mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

No plano internacional, a Unesco estuda a proposta de convenção de proteção ao patrimônio intangível, e criou, em 1998, a premiação intitulada “Proclamação de obras-primas do patrimônio oral e imaterial da humanidade”<sup>36</sup>.

A proteção constitucional à cultura procurou incorporar tanto as expressões e criações culturais materiais quanto imateriais, e o multiculturalismo motivou a preocupação de preservar bens culturais referenciadores da memória dos diferentes grupos sociais e étnicos formadores da sociedade brasileira. Em síntese, é esse o novo paradigma estabelecido na Constituição.

#### **4 Proteção constitucional aos povos indígenas e aos quilombolas: a influência do multiculturalismo**

A influência do multiculturalismo está presente não apenas na proteção às criações e manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos formadores da sociedade brasileira, mas permeia também a preocupação do legislador constituinte em assegurar direitos culturais e territoriais especiais aos povos indígenas e quilombolas, que gozam de um peculiar regime jurídico-constitucional, distinto das demais populações tradicionais. Não adianta proteger manifestações culturais de povos indígenas, quilombolas e de outros grupos sociais sem assegurar-lhes condições de sobrevivência física e cultural.

O multiculturalismo procura descrever a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo, que coexistem e se interinfluenciam tanto dentro como fora de um mesmo Estado-Nação, e, como projeto político, aponta para a celebração ou reconhecimento dessas diferenças culturais<sup>37</sup>. As versões emancipatórias do multi-

---

<sup>36</sup> Em 7 de novembro de 2003, o diretor-geral da Unesco, Koichiro Matsuura, anunciou em Paris a proclamação de 28 “obras-primas do patrimônio oral e intangível da humanidade”, entre elas as “expressões gráficas e orais dos índios Waiãpi” (povo indígena amazônico), candidatura apresentada pelo Brasil. Foi a segunda proclamação de obras primas do patrimônio oral e intangível da humanidade, que ocorre a cada dois anos, desde 2001, e a primeira candidatura brasileira.

<sup>37</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 28. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, 3).

culturalismo se baseariam no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da construção de uma vida em comum além das diferenças.

Na América Latina, o multiculturalismo encontrou a sua tradução, no mundo jurídico-constitucional, nos anos 1980 e 1990, com a aprovação de constituições que passaram a reconhecer o caráter multicultural e pluriétnico dos países latino-americanos<sup>38</sup>.

Carlos Marés aponta ainda a natureza essencialmente coletiva dos direitos constitucionais reconhecidos aos povos indígenas, aos quilombolas e a outras populações tradicionais, e a quebra do paradigma constitucional individualista, reafirmando a “quase-impossibilidade” de sobrevivência do multiculturalismo em um mundo no qual o Estado reconheça apenas os direitos individuais. O referido autor salienta que o novo momento constitucional é marcado pelo reconhecimento de direitos coletivos, que incluem direito a um caminho próprio de desenvolvimento e a um território. Além dos direitos territoriais consagrados aos povos indígenas e quilombolas, foram-lhes reconhecidos direitos coletivos – econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Os dispositivos constitucionais que asseguram os direitos dos povos indígenas e quilombolas e a proteção à cultura consagram duas faces dos direitos coletivos. Asseguram direitos coletivos às minorias étnica e culturalmente diferenciadas, e garantem a todos – ou seja, a toda a coletividade – o direito à diversidade cultural. Por um lado, os povos indígenas e quilombolas têm o direito a continuar existindo como tais e a garantia de seus territórios, recursos naturais e co-

---

<sup>38</sup> No plano internacional, o principal instrumento é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, já ratificada pelo Brasil. Ela substituiu a Convenção 107 da OIT, que adotava uma orientação integracionista, claramente superada pela Convenção 169, cujo princípio é o respeito e a proteção das culturas, costumes e leis tradicionais dos povos indígenas e tribais. Garante aos povos indígenas o direito de decidir sobre suas prioridades em relação ao processo de desenvolvimento, e de gerir, na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Utiliza a expressão “povos”, ressalvando que essa não deve ser interpretada no sentido conferido pelo direito internacional, ou seja, no sentido de formação de Estados próprios. Tanto a Organização das Nações Unidas como a Organização dos Estados Americanos estudam a elaboração de declarações internacionais sobre os direitos indígenas.

nhcimentos, e, por outro, toda a sociedade brasileira tem o direito à diversidade cultural e à preservação das manifestações culturais dos diferentes grupos étnicos e sociais que a integram.

A Constituição brasileira aprovada em 1988<sup>39</sup> claramente segue o paradigma do multiculturalismo, ao reconhecer direitos territoriais e culturais aos povos indígenas, quilombolas e a outras populações tradicionais e ao romper com o modelo assimilacionista e homogeneizador. Ganharam força as noções constitucionais de titularidade coletiva de direitos, de uso e posse compartilhados de recursos naturais e territórios e de respeito às diferenças culturais.

A orientação multicultural da Constituição brasileira se revela no reconhecimento de direitos coletivos a povos indígenas e

---

<sup>39</sup> Consultar, a respeito dos direitos indígenas: SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília, DF: Núcleo de Direitos Indígenas; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993; ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). *A defesa dos direitos indígenas no Judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995; MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999; SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000; ROCHA, Ana Flávia (Org.). *A defesa dos direitos socioambientais no Judiciário*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. São Paulo: Brasiliense, 1987; LIMA, Antônio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa; Lucid, 2002; MENDES, Gilmar Ferreira. *O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu. Contestação apresentada pela União Federal na Ação Cível Originária n. 362*. Autor: Estado do Mato Grosso. Réis: União Federal e Funai. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 1988; GUIMARÃES, Paulo Machado (Org.). *Ementário de jurisprudência indigenista*. Brasília, DF: Conselho Indigenista Missionário (Cimi), 1993; MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá; Brasília, DF: Núcleo de Direito Indígena, 1992; COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003; BENATTI, José Heder. *Posse agroecológica e manejo florestal, à luz da Lei n. 9.985/00*. Curitiba: Juruá, 2003; PASCUAL, Alejandra Leonor. Os povos indígenas e o direito de ser diferente. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória*. Porto Alegre: Síntese, 2003; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

quilombolas, como povos cultural e etnicamente diferenciados. Aos povos indígenas passou a garantir direitos permanentes, e não mais direitos transitórios, já que o direito à identidade étnica e cultural diferenciada também foi assegurado. A Constituição rompeu definitivamente com a ideologia integracionista do Código Civil (até então em vigor) e do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73<sup>40</sup>), expressa nos dispositivos que se referem à “integração dos índios à comunhão nacional” e à sua “adaptação à civilização do país” como objetivos a serem atingidos<sup>41</sup>.

A Constituição assegurou aos índios<sup>42</sup> o direito de permanecerem como tais e de manterem a sua identidade cultural como povos etnicamente diferenciados. Reconheceu aos povos indígenas direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, destinando-lhes a sua posse permanente e o usufruto exclusivo de suas riquezas naturais. Vislumbram-se claramente o rompimento do paradigma integracionista e o reconhecimento de direitos culturais aos povos indígenas.

O multiculturalismo permeia claramente o art. 210, § 2º, que estatui que “o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Tal dispositivo revela a preocupação do constituinte com a transmissão das línguas indígenas às novas gerações, e é complementado pelo art. 215, § 1º, que obriga o Estado a proteger as manifestações cultu-

---

<sup>40</sup> Há diversos dispositivos do Estatuto do Índio em vigor (Lei n. 6.001/73) que não foram recepcionados pela nova Constituição. Desde 1991, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei que institui o novo “Estatuto das Sociedades Indígenas”, que procura adaptar a legislação ordinária aos novos parâmetros constitucionais, com base numa perspectiva mais centrada nos direitos coletivos dos povos indígenas do que nos direitos individuais dos índios.

<sup>41</sup> Consultar, a esse respeito: SANTILLI, Juliana. *Avaliação jurídica sobre direitos indígenas*. Consultoria ao “Programa Integrado de Proteção às Terras e Populações Indígenas da Amazônia Legal (PPTAL)”. Brasília, DF, 1998. Documento não-publicado.

<sup>42</sup> Segundo o Instituto Socioambiental, existem hoje, no Brasil, cerca de 220 povos indígenas, que falam mais de 180 línguas diferentes e totalizam aproximadamente 400 mil indivíduos. A maior parte dessa população se distribui por milhares de aldeias, situadas no interior de 618 terras indígenas, de norte a sul do território nacional. Informação disponível em <[www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org)>.



rais dos povos indígenas e de outros grupos integrantes da sociedade brasileira.

Tanto os povos indígenas como os remanescentes das comunidades dos quilombos gozam de direitos territoriais especiais, reconhecidos constitucionalmente. A Fundação Cultural Palmares identificou 1.200 comunidades quilombolas<sup>43</sup>. Também o art. 216, § 5º, da Constituição, que faz parte da seção dedicada à cultura, estabelece o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. É o chamado tombamento constitucional.

Os quilombolas gozam de um regime jurídico privilegiado em relação às demais populações tradicionais – seringueiros, castanheiros etc. –, que não têm direitos expressamente assegurados pela Constituição. Entretanto, ainda se estrutura, no ordenamento jurídico brasileiro, um arcabouço legal que dê efetiva e concreta proteção aos direitos dos quilombolas, também reconhecidos como minorias étnicas, culturalmente diferenciadas.

## Referências

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília, DF: Ibama, 1998.

ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). *A defesa dos direitos indígenas no Judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias. O princípio da precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças climáticas. *Revista de Direitos Difusos*, ano 2, v. 12, abr. 2002.

BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria. Proteção do patrimônio cultural no direito italiano. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 706, ago. 1994.

BENATTI, José Heder. *Posse agroecológica e manejo florestal, à luz da Lei n. 9.985/00*. Curitiba: Juruá, 2003.

---

<sup>43</sup> SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Comunidades quilombolas: direito à terra*. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares; Ministério da Cultura; Editorial Abaré, 2002. p. 7.

- BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, ano 2, v. 6, 1997.
- DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FELDMANN, Fábio; CAMINO, Maria Ester Mena Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. *Revista Forense*, v. 317, jan./fev./mar. 1992.
- FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2002.
- GUIMARÃES, Paulo Machado (Org.). *Ementário de jurisprudência indigenista*. Brasília, DF: Conselho Indigenista Missionário (Cimi), 1993.
- LANARI BO, João Batista. *Proteção do patrimônio na Unesco: ações e significados*. Brasília, DF: Unesco, 2003.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública; Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

LIMA, André (Org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. São Paulo: Instituto Socioambiental; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LIMA, Antônio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa; Luced, 2002.

LONDRES, Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: MINISTÉRIO DA CULTURA; INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL; FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTE. *O registro do patrimônio imaterial*. Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, DF, jul. 2003.

———. Da modernização à participação: a política federal de preservação dos anos 70 e 80. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 24, p. 153 e ss., 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, v. 20, 2000.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá; Brasília, DF: Núcleo de Direito Indígena, 1992.

———. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 1997.

———. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. Contestação apresentada pela União Federal na Ação Cível Originária n. 362. Autor: Estado do Mato Grosso. Rés: União Federal e Funai. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 1988.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASCUAL, Alejandra Leonor. Os povos indígenas e o direito de ser diferente. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAMOS RODRIGUES, José Eduardo. A evolução da proteção do patrimônio cultural – Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad; Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998. p. 199-225.

ROCHA, Ana Flávia (Org.). *A defesa dos direitos socioambientais no Judiciário*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

SANTILLI, Márcio. “*Transversalidade*” na corda bamba. Apresentação ao balanço de seis meses do governo Lula na área socioambiental, produzido pelo Instituto Socioambiental. Disponível em: <www.socioambiental.org>.

———. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.

SANTILLI, Márcio; SANTILLI, Juliana. Meio ambiente e democracia: participação social na gestão ambiental. In: LIMA, André (Org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. São Paulo: Instituto Socioambiental; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

SANTILLI, Juliana (Org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, 3).

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

———. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Comunidades quilombolas: direito à terra*. Brasília: Fundação Cultural Palmares; Ministério da Cultura; Abaré, 2002.

VALLE, Raul Silva Telles do. *Sociedade civil e gestão ambiental no Brasil: uma análise da implementação do direito à participação em nossa legislação*. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.



# A jurisprudência ambiental em zona costeira: Aplicação do Código Florestal em áreas urbanas<sup>1</sup>

Marga Inge Barth Tessler\*

**Sumário:** Introdução. O pioneirismo e a atualidade do Código Florestal. Finalidade e definição de “florestas”. O princípio da preservação e o princípio da permanência. Classificação das florestas de preservação permanente. O Estatuto das Cidades. O princípio da cidade sustentável. Precedentes jurisprudenciais sobre a matéria. Conclusão.

## Introdução

O presente estudo trata da aplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas. Inicia com breves comentários sobre o Código Florestal e contextualizam-se as tentativas de sua alteração. Evidenciam-se a finalidade da preservação florestal e a própria definição do que seja considerado hoje Floresta.

Passa-se ao comentário sobre os princípios da preservação e da permanência, subprincípios decorrentes dos princípios gerais consagrados pela Constituição Federal de 1988, art. 225.

Aproxima-se a legislação florestal da Constituição Federal de 1988, do Estatuto das Cidades e do “princípio da cidade sustentável”, concluindo pela plena aplicabilidade do Código Florestal aos espaços urbanos, com comentários sobre precedentes jurisprudenciais sobre a matéria.

## O pioneirismo e a atualidade do Código Florestal

O Código Florestal brasileiro foi instituído por força da Lei n. 4.771/65, e no seu art. 1º estabelece que

---

<sup>1</sup> Texto-base para a palestra da autora no Seminário “Cidades Costeiras Sustentáveis – Intercâmbio Brasil e Austrália”, realizado pela ESMPU, Procuradoria da República de Santa Catarina e Instituto Ambiental Ratonos, em Florianópolis, de 12 a 16 de outubro de 2004.

\* Marga Inge Barth Tessler é Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação reconhecidas de utilidade às terras que revestem são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta lei estabelecem.

O professor Paulo Affonso Leme Machado, em clássica obra, refere que “o ser humano por mais inteligente e mais criativo que seja não pode viver sem as outras espécies vegetais e animais. Conscientes estamos de que sem florestas não haverá água, não haverá fertilidade do solo, enfim, sem florestas não viveremos”<sup>2</sup>.

Assim, o interesse comum na existência e na manutenção das florestas está vinculado à noção de função social da propriedade e à própria sobrevivência do homem no planeta.

Os espaços florestais têm diferentes graus de proteção jurídica, sendo que a Lei n. 4.771/65 antecipou a ideia de “interesse difuso” e “função social do bem florestal”, que, desde sempre, é bem de uso comum do povo. Os atos contrários à lei “são uso nocivo da propriedade”.

O Código Florestal, na lição do professor Paulo Affonso, instituiu dois tipos de florestas de preservação permanente, a saber: as florestas de *preservação permanente pelo só efeito da Lei n. 4.771/65, art. 2º*, que são imperativas; as florestas de *preservação permanente instituídas por ato do Poder Executivo (art. 3º da Lei n. 4.771/65)*, que em determinadas circunstâncias podem ser suprimidas. O parágrafo único do

---

<sup>2</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 698.

Na última edição do *Guinness* 2005, o Brasil aparece como recordista em áreas desmatadas. A média anual de devastação de matas entre 1900 e 2000 foi de 22.264 mil km<sup>2</sup>. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/noticias/index.php3?action=ler&id=16454>>. Acesso em: 31 ago. 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 176. Verificar distinção entre conservacionismo e preservacionismo. Na conservação/gestão das Unidades de Conservação da Natureza (UCs) há a vertente “conservacionista” e o “modelo socioambientalista”. Ver MERCADANTE, Maurício. Democratizando a criação e a gestão de Unidades de Conservação da Natureza: a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, v. 5, p. 557-586, fev. 2001.



art. 2º do Código Florestal, acrescentado pela Lei n. 7.803/89, permite a sua aplicação às áreas urbanas.

Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, pelo art. 225, § 1º, III, viu-se reforçada ainda mais a proteção dispensada às florestas. O Poder Público ficou obrigado a

definir, em todas as unidades da Federação, os espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção.

No § 4º do art. 225 vemos que

a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova ordem ambiental e social, e “instituir” é um discurso performativo que quer, no caso, estreitar o elo social intergeracional, oferecendo aos indivíduos pontos de referência, fortalecendo e mantendo compromissos no futuro.

O Código Florestal tem sido alvo de pretensões reformistas.

Sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo introduzido pela MP n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, manifesta-se o professor Paulo Affonso, todavia o dispositivo hostilizado foi introduzido após a entrada em vigor do Estatuto da Cidade e deve ser interpretado como referindo-se a caso excepcional, somente aplicável se reunidos todos os requisitos previstos, utilidade pública e interesse social comprovado e fundado em estudos técnicos, plano diretor, relatório do Conselho Municipal do Meio Ambiente etc.

A flexibilização de supressão de vegetação em área de preservação permanente tem sido objeto de inúmeras discussões. Cite-se exemplificativamente o decidido na Ação Civil Pública n. 96.04.43429-2/SC, julgada pelo TRF da 4ª Região, que teve a

decisão sensivelmente modificada em Embargos Declaratórios, sob o louvável propósito de não inviabilizar as atividades econômicas do Estado de Santa Catarina<sup>3</sup> e <sup>4</sup>. A decisão originariamente proferida tinha o efeito de, na prática, impedir todo e qualquer licenciamento no Estado de Santa Catarina.

---

<sup>3</sup> Emb. Decl. na AC n. 96.04.43429-2/SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relatora desembargadora federal Sílvia Goraieb, *DJ* de 15 mar. 2000. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. EFEITOS INFRINGENTES. A alteração do fundamento jurídico do pedido, permitida na ótica do Relator, impediu toda e qualquer supressão da Mata Atlântica, ao argumento de que imprescindível lei em sentido estrito, quando o Ministério Público partiu da premissa de que os projetos de supressão já autorizados pelos órgãos competentes não estavam obedecendo às normas existentes em matéria ambiental, além de carecer o Decreto 750/93 da devida regulamentação, o que pressupõe que o Órgão Ministerial reconhece a competência do Poder Executivo para disciplinar a questão. Se é certo que o juiz pode dar a definição jurídica para as lides que lhe são propostas, concretizando o princípio ‘dá-me os fatos e eu te darei o direito’, por outro lado, não pode conhecer de questões não suscitadas que, no caso, dizem respeito à impossibilidade do decreto em comento ser o meio legal próprio para normatizar a matéria. Julgamento que privou os réus de exercerem o direito de defesa, impedindo que o juiz de primeira instância se manifestasse a respeito. Voto condutor e Acórdão que extrapolam os limites da lide, a ensejar os efeitos infringentes, para que a Turma reexamine o mérito a partir do real fundamento declinado na inicial. Sobrevindo a regulamentação pertinente no curso do feito, não perdeu a ação, no todo, o seu objeto, por ser mais amplo e possuir conotações próprias e complexas. Procedência da ação resumida ao conteúdo dos requisitos próprios, ou seja, submetidas as situações ao que dispõe o art. 225, § 1º, IV, e § 4º, da CF: estudo prévio de impacto ambiental RIMA/EIA e normatização posterior, pois se a Carta Política permite a utilização da Mata Atlântica, não pode haver exigências outras tais como as impostas para tanto, a exemplo do levantamento determinado pelo Juízo. Voto condutor reformulado no que diz com a exigência de lei em sentido estrito, pois prevalece o Decreto n. 750/93 e normas regulamentares”.

<sup>4</sup> Apelação Cível n. 96.04.43429-2/SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relator juiz Carlos Alberto Costa Dias, *DJU* de 21 jul. 1999. Ementa: “MATA ATLÂNTICA. SUPRESSÃO. IBAMA. FATMA. ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS. CF, ART. 225, *CAPUT*, LEIS 6.938, DE 31.8.81, E 4.771, DE 15.9.65, DEC. 750, DE 10.2.93. 1. Empresas particulares e públicas têm interesse jurídico para coadjuvarem em processo na qualidade de assistentes litisconsorciais, haja vista que suas atividades pressupõem supressão de Mata Atlântica, sob licença dos réus, órgãos ambientalistas. 2. Não pode haver extinção do processo (art. 269, inc. III, do CPC) em virtude de acordo com autarquia estadual, caso o IBAMA, autarquia federal, não haja concordado, nem tampouco os assistentes litisconsorciais intimados para se manifestar sobre ele. 3. A competência para supressão de Mata Atlântica decorre de lei específica para tal ato, nos termos do art. 225, inc. III, da CF. 4. O Poder Público não tem competência para suprir essa competência por ato adminis-

Recentemente houve investida contra a plena aplicabilidade do Código nas áreas urbanas, dessa feita na via legislativa – Projeto de Lei n. 2.109/99, que revogava a aplicação do Código Florestal em áreas urbanas.

O polêmico art. 65<sup>5</sup> acabou por ser vetado pelo Executivo.

Luis Carlos Silva de Moraes, nos comentários ao Código Florestal<sup>6</sup>, sustenta a sua aplicabilidade nas áreas urbanas, em especial nas áreas de preservação permanente que a própria lei recomenda ao assegurar o “bem-estar das populações humanas” citadinas, conceituando-as como “patrimônio protetor de outro ainda maior” que é a vida e sua boa qualidade. A Reserva Legal, na opinião do autor citado, seria gravosa para o proprietário<sup>7</sup>, representando não uma limitação administrativa, mas uma restrição ao direito de propriedade.

Paulo Affonso Leme Machado leciona que os constituintes manifestaram a vontade do povo brasileiro de que haja maior tempo e mais discussão quando se pretender suprimir ou alterar os espaços protegidos e seus componentes. É de ser trazido ainda à consideração e em reforço à argumentação que o art. 1.228, § 1<sup>o</sup>, do novo Código Civil estabelece que

---

trativo – licença, ou por decreto ou regulamento, resoluções e atos normativos do mesmo gênero, sob pena de violação ao princípio da legalidade e separação de poderes. 5. A competência administrativa do Poder Público quanto à matéria ambiental não se confunde com a legislativa. Aquela tem caráter de preservação e proteção ao meio ambiente em todas as esferas. Esta estabelece normas gerais à União e suplementar aos Estados, no âmbito de suas particularidades, nos termos do art. 24, §§ 1<sup>o</sup> ao 4<sup>o</sup>, da CF. 6. A ‘autorização do poder público executivo federal’ para supressão de mata (art. 3<sup>o</sup> do Código Florestal) é pressuposto para autorização legislativa do art. 224, inc. III, da CF, pois a lei não se contradiz com a norma que lhe dá fundamento de validade, ou seja, a Constituição Federal, mas na verdade exterioriza a forma para que os Poderes se harmonizem”.

<sup>5</sup> Art. 65. Na produção imobiliária, seja por incorporação ou parcelamento do solo, em áreas urbanas e de expansão urbana, não se aplicam os dispositivos da Lei n. 4.771/65.

<sup>6</sup> MORAES, Luis Carlos Silva. *Código Florestal comentado*. São Paulo: Atlas, 2002. Definição legal de Reserva Florestal legal da MP n. 2.166/2001: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos [...]”.

<sup>7</sup> Quanto à natureza jurídica da proteção florestal denominada “área de preservação permanente” e da outra denominada “área de reserva legal”, a doutrina apresenta certa divergência. Paulo Affonso (2003, p. 924) entende tratar-se de mera limitação administrativa de uso. Quanto à Reserva legal há quem entenda tratar-se de servidão administrativa.

o direito à propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Sobre a classificação jurídica, em princípio, ambas são limitações administrativas ao direito de propriedade, ressalvados casos de expressiva perda do valor econômico do imóvel.

Em resumo, as áreas protegidas não podem ser alteradas somente pela vontade do Executivo e em detrimento dos valores consagrados.

O tema está incluído na competência legislativa concorrente da União, Estados e Municípios (arts. 24, VI, e 30, I e II, da CF/88<sup>8</sup>) (AgRg no AI n. 152.115-6/RJ, STF, 2ª Turma, relator ministro Marco Aurélio, *DJ* de 14 jun. 1993: “À União cabe baixar as normas gerais sobre a defesa e a proteção da saúde. A atuação dos Estados mostra-se válida no que não as contraria”). O STF, ao se manifestar no RE n. 100.717-6 (2ª Turma, relator ministro Francisco Rezek, *DJ* de 9 dez. 1983), considerou que as florestas de preservação permanente são uma limitação administrativa de caráter geral e interesse coletivo, fundada na função social da propriedade.

Há precedente do E. STJ (REsp n. 123.835/SP, 1ª Turma, relator p/acórdão ministro José Delgado, *DJ* de 1º ago. 2000) no sentido de que não é devida indenização da cobertura vegetal considerada de preservação permanente. Tratava-se, no precedente, de imóvel urbano no Município de Peruíbe, antes da criação da Estação Juréia/Itatins.

### **Finalidade e definição de “florestas”**

No que respeita à finalidade das florestas, segundo a melhor doutrina<sup>9</sup> é

---

<sup>8</sup> Verificar AgRg no AI n. 152.115/RJ, STF, 2ª Turma, relator ministro Marco Aurélio, *DJU* de 20 ago. 1993.

<sup>9</sup> MACHADO, op. cit. Ver, sobre florestas históricas e míticas e a conservação de tais valores,

a de proteger os cursos d'água, evitar o assoreamento dos rios e as enchentes, e fixar montanhas, evitando-se a freqüente concentração de pessoas nos grandes centros urbanos, promovendo ainda a melhor qualidade do ar e controlando o regime de chuvas.

O Código Florestal não define o que seja *Floresta*, mas classifica as florestas de preservação permanente, instituindo e construindo *dois princípios básicos na matéria*, quais sejam:

### **O princípio da “preservação” e o princípio da “permanência”**

A preservação florestal decorre do princípio geral do acesso eqüitativo aos recursos naturais, consagrado pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, *caput*. Quebra o mito da inesgotabilidade dos recursos naturais. O subprincípio da permanência florestal, valoriza a “duração dos coletivos que não morrem”, é o bem comum atemporal. Os aludidos princípios estão em oposição ao patrimonialismo individualista e consumista e à “financeirização do mundo”, e também com o “Império do Efêmero”<sup>10</sup>, que não abre o futuro. A preservação permanente é a finalidade a perseguir, indicada e decorrente diretamente dos princípios gerais ambientais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

### **Classificação das florestas de preservação permanente<sup>11</sup>**

A classificação das florestas é apresentada pela legislação de

---

Simon Schama (Discurso Fundador do Brasil – Carta de Pero Vaz de Caminha, Brasil Visão do Paraíso. In: *Paisagem e memória*. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1996).

<sup>10</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero*: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Cia. das Letras, 1989: “Enfim é uma cultura sem rastro, sem futuro, sem prolongamento subjetivo importante, é feita para existir no presente vivo”, “a cultura industrial instala-se em pé de igualdade com o perecível”.

O STF consagrou a tese de que a proteção ambiental é função pública estatal, mas também dever social, no MS n. 22.164-0, Pleno, relator ministro Celso de Mello, *DJU* de 17 nov. 1995.

<sup>11</sup> Deve ficar bem claro que o Código Florestal não protege apenas as florestas, mas também as demais formas de vegetação natural. Verificar COSTA NETO, 2003, p. 201 *et seq.*, “Florestas de preservação permanente”, cuja leitura é indispensável, segundo o modelo preservacionista e não o conservacionista.

regência, Decreto n. 9.760/46 e Código Florestal. As florestas de preservação permanente classificam-se em:

- 1) florestas de proteção física do solo;
- 2) florestas de proteção dos mananciais e das águas em geral;
- 3) florestas de proteção das ferrovias e das rodovias;
- 4) florestas de defesa do território nacional;
- 5) florestas de conservação de valores estéticos;
- 6) florestas de conservação dos valores científicos;
- 7) florestas de proteção dos valores históricos;
- 8) florestas de preservação do ecossistema local;
- 9) florestas de conservação das populações indígenas;
- 10) florestas de conservação do bem-estar público;
- 11) florestas situadas em áreas metropolitanas, Lei n. 6.535/78, que introduziu dispositivo ao art. 2º da Lei n. 4.771/65, revogada pela Lei n. 7.803/89<sup>12</sup>.

Há, assim, duas situações em que as florestas se submetem ao princípio da preservação e da permanência. São aquelas arroladas pelo art. 2º, quais sejam: as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios, ou de qualquer curso d'água, cuja largura mínima seja de 30 metros (para cursos d'água de menos de 10 metros de largura) ou 50 metros (para cursos d'água de 10 a 50 metros de largura) etc.; e ao redor das lagoas, lagos, reservatórios, nas nascentes mesmo que intermitentes, no topo dos morros, montanhas, nas encostas ou partes com declividade superior a 45°, nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues.

Ainda, sob regime de preservação e permanência, há as vegetações do art. 3º quando declaradas por ato do Poder Público.

É de se referir também que a Reserva Florestal Legal, em

---

<sup>12</sup> Com a seguinte redação dada pela Lei n. 7.803/89: No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos em lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo. O Código Florestal é uma "lei de uso do solo".

Verificar que na Ação Civil Pública n. 2003.04.01.029745-6/SC, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a ordem de demolição de edificações em área de preservação permanente – Balneário Camboriú/SC (relator desembargador federal Edgard Lippmann Júnior, *DJ* de 24 nov. 2004).

apertada síntese, e na lição do professor Paulo Affonso, decorre das normas legais que limitam o direito de propriedade, previstas nos arts. 16 e 44 do Código Florestal, que incidem sobre o domínio privado; ao contrário das Áreas de Preservação Permanente, que incidem sobre o domínio público e sobre o privado. São inalteráveis, a não ser por lei federal, e têm relação com cada propriedade.

A Lei n. 8.171/91, Lei da Política Agrícola, instituiu a obrigação de o proprietário rural recompor a Reserva Legal (RFL). A Reserva Florestal, segundo os arts. 16, § 2º, e 44 da Lei n. 4.771/65, deverá ser averbada no Registro de Imóveis<sup>13</sup>, podendo a averbação ser provocada por qualquer pessoa. Na Região Sul, Centro-Sul e Centro-Oeste a Reserva Legal é de no mínimo 20% de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, sendo vedada a sua alteração.

Diante desse quadro legislativo e entendendo floresta numa concepção atualizada<sup>14</sup>, compatível com a realidade social, em que as cidades estão em franca expansão e as zonas urbanas formais e informais crescem em proporções geométricas, o termo “floresta” deve ser compreendido como querendo referir-se a qualquer aglomerado de árvores nativas ou exóticas que cumpram uma das funções ambientais, inclusive a estética ou paisagística. No aludido sentido, existem algumas manifestações doutrinárias<sup>15</sup>. Não há, pois, hoje, possibilidade de entender-se a floresta nos termos clássicos, ou na

---

<sup>13</sup> São os princípios da concentração e da publicidade, consagrados pela Lei dos Registros Públicos, que devem merecer prestígio nessa matéria.

<sup>14</sup> FELIPE, Julis Orácio. Floresta, uma definição atualizada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4173>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

<sup>15</sup> MELO, Ivan Dornelas Falcone et al. Aplicação do Código Florestal brasileiro em zonas urbanas: análise espacial de áreas de preservação ao longo de cursos d'água. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SENSORIAMENTO REMOTO, 12., 2005, Goiânia, GO. *Anais...* Goiânia: INPE, 2005. p. 3805-3812.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22. O objetivo primeiro é ter uma cidade sustentável...

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34. Planos Diretores e Princípios fundamentais.

Verificar Ação Penal n. 2002.04.01.34335-8, em julgamento de apelação. A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região condenou o proprietário por obras realizadas no Morro do Cabo de Santa Marta, Laguna/SC.

perspectiva da realidade social quando da edição do Código Florestal, que era bem outra.

A legislação antes referida já permite concluir pela plena aplicabilidade do Código Florestal aos espaços urbanos, pois, ao classificar as florestas de preservação permanente, a lei se refere a hipóteses absolutamente compatíveis com o Estatuto das Cidades e com a vida urbana, que prestigia, sim, valores estéticos e históricos e tem a finalidade de conservar o bem público, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, e com o Decreto-Lei n. 9.760/46.

### **O Estatuto da Cidade<sup>16 e 17</sup>**

A edição do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, espancou as dúvidas que ainda houvesse sobre a aplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas<sup>18</sup>. Estão definitivamente dissipadas as dúvidas, pois

As normas constantes do Estatuto da Cidade, apesar de ligadas mais diretamente ao campo do direito urbanístico e não ao direito ambiental, apresentam repercussões evidentes na proteção não apenas do meio ambiente construído, mas também do meio ambiente natural<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A regulamentação da política urbana no Brasil. *Revista Eletrônica Mensal do Centro de Pesquisas Jurídicas*. Salvador: Direito Unifacs, n. 48, maio 2004. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_maior2004/index.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_maior2004/index.htm)>. Acesso em: 2 set. 2005. O eminente professor Gómez, professor-titular de Direito Civil da Universidade de León, Espanha, e professor visitante na Pós-Graduação em Direito da UFRGS, resume no citado artigo os princípios informadores do Estatuto, quais sejam: 1) a idéia do plano – a lei que instaura o plano urbanístico é eficaz e vinculante para os particulares e para o Poder Público; 2) a segunda idéia é a de que o urbanismo se converteu em função pública, forte nas lições de García de Enterría; 3) efetiva uma transformação da propriedade de singular transcendência, não restringe ocasionalmente a propriedade, mas define o conteúdo normal do domínio.

<sup>17</sup> Ver, sobre o Direito Notarial e o Estatuto da Cidade, *home page* de João Pedro de Lamana Paiva. Disponível em: <<http://www.lamanapaiva.com.br/nov/13htm>>. Acesso em: 2 ago. 2005.

<sup>18</sup> Processo n. 2004.72.00.005405-7/SC – Construção do Condomínio Residencial “Águas da Brava”, Praia Brava, Florianópolis, Santa Catarina.

<sup>19</sup> ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães. *O Estatuto da Cidade e a questão ambiental*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, abr. 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>



Trata-se, nos dizeres de Suely Vaz Guimarães Araújo, antes citada, de uma das mais importantes conquistas da legislação federal de interesse para o meio ambiente após a Constituição Federal de 1988. O Estatuto das Cidades está repleto de cuidados com o meio ambiente, “visando à melhor ordenação do espaço urbano, com observância da proteção ambiental”<sup>20</sup>. A finalidade de sua instituição é a melhoria da qualidade de vida da população urbana. A questão ambiental e a questão urbana são imbricadas e o ordenamento urbano é sem dúvida um instrumento de política ambiental. Nada mais contrário à qualidade de vida do que o ar poluído, a água sem condições de utilização, a poluição sonora e visual, o lixo sem adequado tratamento, as “selvas” de concreto, com a ausência de áreas verdes.

### **O princípio da cidade sustentável<sup>21</sup>**

É um conceito novo introduzido pelo Estatuto da Cidade<sup>22</sup>.

O primeiro princípio albergado pela referida legislação é o da “Cidade Sustentável”, e o direito à cidade sustentável é manifestação em subprincípio do princípio do direito à sadia qualidade de vida<sup>23</sup>, e engloba o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento

---

publicacoes/estnottec/tema14/pdf/304366.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26: “Todos os incisos vinculados ao artigo 2º procuram na verdade tratar com pormenores, da integração dos bens de uso comum do povo – os bens ambientais – em face das necessidades concretas dos habitantes das cidades [...]”.

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10.7.2001*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Verificar a questão complexa da cidade e o direito de todos, na matéria publicada pelos jornais do Rio Grande do Sul, de que índios caigangues desejam a permanência no Morro do Osso, área urbana, onde haveria sítio arqueológico. Trata-se de um Parque Municipal – Morro do Osso.

<sup>21</sup> Verificar a emergência dos “novos direitos” e o Direito Ambiental, em MORATO, José Rubens; WOLKMER, Antônio Carlos. *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>22</sup> O surgimento do Estatuto e do princípio da cidade sustentável é decorrência do princípio da adequação da norma ao seu tempo (*Zeitgeist*). Anthony Giddens (*Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992) refere-se aos movimentos sociais interessados na “política da vida”; o Estatuto da Cidade é a mais recente manifestação que iniciou com as leis ambientais e sanitárias.

<sup>23</sup> TESSLER, Marga Inge Barth. *Princípios no Direito Ambiental: da construção doutrinária à aplicação jurisprudencial*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, no trabalho, no lazer para as presentes e futuras gerações. Odete Medauar, na obra já mencionada, entende, por “cidades sustentáveis”, “aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação e com possibilidade de uma vida urbana digna para todos”. Ronaldo Coutinho e Rogério Rocco historicam o surgimento do Estatuto das Cidades, centrado na idéia da proteção e do desenvolvimento municipais, com ênfase no meio ambiente<sup>24</sup>.

“O princípio da cidade urbana digna para todos” foi gerado na Conferência de Istambul de 1996, a 2ª Conferência das Nações Unidas para Assentamentos Humanos. Sob diversas vertentes o Estatuto das Cidades tem nítido enfoque ambiental. Cito exemplificativamente o art. 1º, parágrafo único, que aponta como diretriz geral o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental. É assim definitivamente impossível desvincular os arts. 182, 183 e 225 da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, o art. 2º do Estatuto<sup>25</sup> é repleto de diretrizes ambientais, em especial o art. 2º, VI, *j*, que recomenda “evitar a poluição e a depredação ambiental”<sup>26</sup>. No item XII, recomenda-se a proteção, a preservação e a recuperação do meio ambiente natural e construído, a proteção do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico. Está, pois, profundamente sedimentado no Estatuto que as normas ambientais devem ser levadas em consideração no estabelecimento das linhas de urbanização e ocupação do solo nas edificações, inclusive nas áreas ocupadas pela população pobre. Grande parte da degradação ambiental está estreitamente vincu-

---

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. Verificar no autor sobre a necessidade de adaptar o CPC nas ações coletivas.

<sup>24</sup> COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). *O direito ambiental das cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

<sup>25</sup> Verificar: MATA, Luiz Roberto da. Estatuto da Cidade à luz do direito ambiental. In: COUTINHO; ROCCO, op. cit.

<sup>26</sup> Uma visão futurista de “cidade” pode ser vista no clássico filme “Blade Runner”, nas cenas da cidade de Nova York, no futuro uma cidade insustentável.

lada à pobreza. No processo de decisão sobre a ocupação urbana foi introduzido um instrumento de avaliação e gerenciamento de riscos, o Estatuto do Impacto de Vizinhança.

A aprovação de loteamentos ou construções em áreas urbanas não poderá acarretar a desafetação de áreas verdes, pois a preservação do meio ambiente é dever de todos e elemento indispensável para a qualidade de vida. José Afonso da Silva observa que as áreas verdes e remanescentes florestais urbanos adquiriram regime jurídico especial distinto das outras áreas *non edificandi*, até porque se admite certos tipos de construção, como caminhos, passeios, brinquedos infantis e divertimentos leves<sup>27</sup>.

Esclarece o professor Paulo Afonso que “retirou-se do loteador de modo expresso o poder dispositivo sobre as praças, as vias e outros espaços livres de uso comum e vedou-se de modo implícito a livre disposição desses bens pelo Município”. No aludido sentido, antigo precedente do E. STJ<sup>28</sup>. No mesmo sentido, julgou procedente Ação Popular que hostilizou desafetação de área verde pelo Município o TJRJ (relator desembargador Carlos Alberto Menezes Direito)<sup>29</sup>.

### **Precedentes jurisprudenciais sobre a matéria**

O E. STJ<sup>30</sup> registra inúmeros precedentes que tratam da aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas, a saber:

1) REsp n. 317.507/SP, 2ª Turma, DJ de 31 mar. 2003, relator ministro Franciulli Netto. Tratou-se de discussão em torno de limitações administrativas em área metropolitana do Município de Guarulhos. Nos graus ordinários houve o julgamento antecipado da lide, e a ementa refere que:

---

<sup>27</sup> No sentido de permitir a construção pelo Município de seu anfiteatro para espetáculos de dança, o precedente do TRF 4ª Região, AC n. 95.04.22034-7/SC – “Caso do Anfiteatro Joinville” –, pendente de apreciação pelo E. STJ.

<sup>28</sup> REsp n. 28.058/SP, STJ, 2ª Turma, relator ministro Adhemar Maciel, DJ de 18 dez. 1998.

<sup>29</sup> RDA, v. 193, p. 287.

<sup>30</sup> Os precedentes do STJ não são muito numerosos, pois para o conhecimento dos Recursos Especiais incide a Súmula 7 que veda o reexame da prova.

Verificar o precedente RMS n. 602/RJ, STJ, relator ministro Américo Luz, DJ de 23 mar. 1992, que se refere a um loteamento aprovado há 30 anos em Cabo Frio/RJ.

[...] A jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que as limitações administrativas quando demonstrada a existência de efetivo prejuízo, diante da vedação do uso, gozo e fruição da propriedade particular, constituem verdadeira desapropriação indireta. Para que se conclua pela existência – ou não – do prejuízo alegado pelos proprietários, é preciso apreciar as peculiaridades de cada caso concreto [...].

2) O uso de fogo (queimadas) no perímetro urbano foi decidido pelo STJ<sup>31</sup> em Ação Civil Pública, em que o Código Florestal serviu de parâmetro para prestigiar o Decreto do Estado de São Paulo que havia proibido as queimadas na faixa de um quilômetro do perímetro urbano das cidades: “Pode o Estado, sem ferir o disposto no artigo 27 do Código Florestal, proibir, através de Decreto, o uso do fogo na faixa de um quilômetro do perímetro urbano das cidades”. Observa-se, aqui, a aplicação do Código Florestal sem questionamentos.

3) A questão da responsabilidade do adquirente do imóvel pela reposição da Reserva Legal Florestal é hipótese com orientação segura e tranqüila do STJ, mesmo provado que o terreno foi adquirido já desmatado<sup>32</sup>; trata-se de “obrigação *propter rem*”.

4) Aplicando o Código Florestal, decidiu a 2ª Turma do E. STJ que<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> REsp n. 182.567/SP, STJ, 1ª Turma, relator ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 1ª jul. 1999.

REsp n. 152.907/SP, STJ, 1ª Turma, relator ministro Garcia Vieira, *DJ* de 17 mar. 1998. Precedente invocado como inaugurador da linha jurisprudencial.

Verificar Ação Civil Pública n. 2002.04.01.015305-3/SC, TRF-4ª Região, 3ª Turma, relatora desembargadora federal Marga Inge Barth Tessler, *DJ* de 20 maio 2003. O TRF da 4ª Região, apreciando apelação do Ibama, determinou a demolição do trapiche construído no Município de Celso Ramos/SC.

<sup>32</sup> REsp n. 217.858, STJ, 2ª Turma, relator ministro Franciulli Netto, *DJ* de 19 dez. 2003. São indicados julgamentos sucessivos.

REsp n. 275.968/PR, STJ, 2ª Turma, relator ministro Franciulli Netto, *DJ* 26 abr. 2004. Note-se que houve alteração da jurisprudência, pois há precedentes mais antigos, REsp n. 229.302/PR, STJ, 1ª Turma, relator ministro Garcia Vieira, *DJ* de 7 fev. 2000, e REsp n. 214.714/PR, STJ, 1ª Turma, relator ministro Garcia Vieira, *DJ* de 17 ago. 1999.

<sup>33</sup> REsp n. 343.741/PR, STJ, 2ª Turma, relator ministro Franciulli Netto, *DJ* de 7 out. 2002. SILVA, Maurício Fernandes. A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de

[...] Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que não se dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens [...].

A orientação foi repetida no REsp n. 217.858/PR, STJ, 2ª Turma, relator ministro Franciulli Netto, *DJ* de 19 dez. 2003.

5) Envolvendo construção em zona costeira, em área urbana com limitação administrativa *non edificandi*<sup>34</sup>, a maioria não conheceu do recurso, restando acolhido que “no direito brasileiro adota-se o sistema único de indenização de área expropriada à beira-mar que, antes da desapropriação sofreu limitação pelo Código de Urbanismo [...]”.

Os Tribunais Federais e a jurisprudência sobre *a aplicabilidade do Código Florestal*:

6) Na MC n. 2.136/SC, STJ, 1ª Turma, relator ministro José Delgado, *DJ* de 20 ago. 2001, o STJ entendeu que, configurada área de preservação permanente em zona costeira e de mata atlântica, necessária a oitiva do Ibama e EIA/RIMA.

7) No TRF-2ª Região entendeu-se que a “competência territorial está definida pelo parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.803/89, que transferiu para os municípios a competência para aplicar o Código Florestal nas respectivas áreas urbanas e deferir-lhes o encargo de fiscalizar o seu cumprimento [...]”<sup>35</sup>.

---

loteamentos perante a tutela ambiental. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4208>>. Acesso em: 29 ago. 2005.

<sup>34</sup> REsp n. 68.537/STJ, 2ª Turma, relatora ministra Eliana Calmon, *DJ* de 30 jun. 2003. AI n. 2004.04.01.021134-7/SC, TRF-4ª Região, 3ª Turma, relator desembargador federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJ* de 22 set. 2004. Instalações Portuárias necessitam de prévio estudo de impacto ambiental.

<sup>35</sup> AC 94.02.144480/RJ, TRF-2ª Região, 3ª Turma, relator desembargador federal Celso Passos, *DJ* de 12 dez. 1995.

Na zona costeira, uma antiga Ação Civil Pública que se dirigiu contra a construção sem autorização de Plataformas marítimas. Após dez anos de tramitação, acabou cedendo lugar ao “fato consumado”. É a Ação Civil Pública n. 91.00.01046-4/SC.

8) No TRF-4ª Região<sup>36</sup>: “A competência supletiva que o art. 10 da Lei n. 6.938/81 confere ao Ibama para licenciar loteamentos que possam causar degradação ambiental pressupõe a existência de normas que disciplinem o modo e as condições do seu exercício”.

Essa regra não se aplica à atividade, inclusive de loteamento, que importa supressão de vegetação em estágio médio e avançado de regeneração da Mata Atlântica, pois, nesse caso, deve contar com a prévia anuência do Ibama, conforme prevê o Decreto n. 750/93.

9) A ausência de embargo à construção de moradia localizada em zona urbana por parte da autoridade florestal é fato impeditivo para posterior impedimento da remoção da cobertura vegetal<sup>37</sup>.

10) A derrubada de árvores em perímetro urbano, pelo Município, não sendo as do art. 2º e do art. 7º do Código Florestal, pode ser feita sem autorização do Ibama, desde que necessário ao desenvolvimento urbano<sup>38</sup>.

11) Na 5ª Região<sup>39</sup>: “Nas áreas urbanas, a fiscalização da aplicação das normas de proteção ambiental compete aos Municípios, atuando a União apenas de forma supletiva. Inaplicabilidade de imposição de multa ao Município por imóvel construído em área de preservação permanente, em razão dos graves prejuízos ao erário municipal”.

12) Na 4ª Região, com voto vencido, prestigiou-se a construção de um supermercado em área de preservação permanente<sup>40</sup>: “Administrativo. Ação Popular. Área de preservação permanente. Não

---

<sup>36</sup> AMS n. 97.04.60475-0/SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relator juiz Zuudi Sakakihara, *DJ* de 26 jun. 2002.

<sup>37</sup> AMS n. 97.04.21670-0/PR, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relator juiz Zuudi Sakakihara, *DJ* de 13 fev. 2001.

<sup>38</sup> AMS n. 93.04.01.01057-8/SC, TRF-4ª Região, 1ª Turma, relator desembargador federal Ari Pargendler (hoje ministro do STJ), *DJ* de 10 mar. 1994.

<sup>39</sup> AGA n. 27.849, TRF-5ª Região, 1ª Turma, relatora desembargadora federal Margarida Cantarelli, *DJ* de 15 maio 2002.

Verificar a Ação Civil Pública n. 2002.72.08.0048101/SC. Construção em zona costeira, Itapema/SC. Autorizada a construção de um prédio, e foram erguidos dois. AI n. 2003.04.01.01837-0/SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relator desembargador federal Edgard Lippmann Júnior, *DJ* 19 nov. 2003. Construção de dois blocos de apartamentos em área de restinga.

<sup>40</sup> AC n. 2002.04.01.016782-9/SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relator desembargador federal Valdemar Capeletti, *DJ* de 4 jun. 2003.

há de se cogitar de limitações ambientais ao direito de construir dentro da zona urbana, mediante licença da Administração Municipal”.

13) No TRF-4ª Região<sup>41</sup>: “Os interesses econômicos de uma determinada região devem estar alinhados ao respeito à natureza e aos ecossistemas, pois o que se busca é seu desenvolvimento econômico vinculado ao equilíbrio ecológico”. O empreendimento está localizado em área de promontório e pretendeu-se construir um hotel em Porto Belo.

14) TRF-4ª Região<sup>42</sup>: “Irrelevante a existência de ato administrativo, proferido por autoridade estadual ou municipal, autorizando a construção quando o próprio ato de autorização veda a supressão de vegetação”.

Como linha geral, convém lembrar que o STF, em inúmeras oportunidades<sup>43</sup>, afirmou que a indenizabilidade das propriedades individuais “não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública”. No julgado epigrafado é expressamente referida a aplicabilidade do Código Florestal, dizendo-se que o proprietário deve observar os limites impostos pelo Código Florestal. Observa-se então que a indenização só se dará se for ultrapassado o limite já imposto pelo Código Florestal. O caso trata de Reserva Florestal na Serra do Mar.

Há outros julgados dignos de lembrança, mais antigos, mas que merecem ser revisitados, pois as decisões são ainda atuais: cito o RE n. 52248/SP, STF, 1ª Turma, relator ministro Luiz Gallotti, *DJ* de

---

<sup>41</sup> AC n. 1998.04.01.009684-2/SC, TRF-4ª Região, 4ª Turma, relator para o acórdão desembargador federal Valdemar Capeletti, *DJ* de 16 abr. 2003.

<sup>42</sup> AGA n. 2003.04.01.003197-3/SC, TRF-4ª Região, 3ª Turma, relatora desembargadora federal Marga Inge Barth Tessler, *DJ* de 26 mar. 2003.

<sup>43</sup> RE n. 134297/SP, STF, 1ª Turma, relator ministro Celso de Mello, *DJ* de 22 set. 1995. Verificar Ação Popular n. 2004.72.05.003898-9, contra a criação do Parque Nacional da Serra do Itajaí, em que se alega insuficiência da publicidade (realização incompleta das audiências públicas).

Verificar AMS n. 96.04.25685-8/SC, TRF-4ª Região, relator desembargador federal José Luiz Borges Germano da Silva, *DJ* de 26 ago. 1998. “Licença municipal como no caso, para a construção de condomínio residencial próximo a curso d’água com largura superior a 50m, não pode extrapolar norma federal de caráter geral”.

1º ago. 1963. Sobre a questão de zoneamento e limitação administrativa, o julgado prestigiou a orientação que impede a construção de um empreendimento comercial, instituto de fisioterapia, em zona exclusivamente residencial. Sobre a revogabilidade de licenciamentos – no caso houve a explosão de uma pedreira em zona em que posteriormente se construíram muitas casas –, considerou-se que a municipalidade pode sim revogar a licença concedida quando em causa a segurança pública (foi relator o ministro Afrânio Costa, MS n. 6504/BA, publicado pela *RDA*, v. 65, jul./set. 1961). Na mesma publicação, o precedente do TJSP, MS n. 101963, relator desembargador Durval Pacheco de Matos, no sentido de sujeitar também os prédios e construções públicas aos índices e parâmetros de aproveitamento de terrenos urbanos. Do mesmo Tribunal, o julgado recolhido da *RT*, março, 58, v. 281 – Recurso *Ex Officio* n. 24790, sobre o *zoning*, em que se prestigiou o ato denegatório de construção de depósito comercial em área residencial<sup>44</sup>.

## **Conclusão**

Conclui-se pela aplicabilidade do Código Florestal para construir cidades sustentáveis, e, lembrando dos versos do mais desesperado dos poetas, Rimbaud, deve a “paciência ardente” que lá se pedia transformar-se em “participação decisiva”. As cidades sustentáveis só se constroem com a participação da coletividade.

“Ao amanhecer, armados de paciência ardente entraremos nas esplendorosas cidades.”

Ao amanhecer, armados de participação decidida, entraremos nas esplendorosas cidades.

---

<sup>44</sup> Respondendo a indagação feita pelo eminente procurador da República Davy Lincoln Rocha, MPF/SC, sobre a teoria do fato consumado, se não seria mais realizador do interesse público a demolição de mansões de veraneio erguidas sobre as praias, sem licenciamento. Sim, se as edificações são clandestinas, sem finalidade pública, a melhor solução é o desfazimento da obra às custas do proprietário. Cito, exemplificativamente, a Ação Civil Pública da Ilha dos Remédios. Se houve autorização dos órgãos públicos, presume-se a boa-fé do particular que deveria então ser indenizado, mas desfeita a obra, em qualquer caso. Construções muito antigas é que são o problema maior. Se os órgãos públicos toleraram a situação, o fato está consumado. O princípio da segurança jurídica não recomenda modificações. É questão que deve ser examinada caso a caso.



## Referências

- ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães. *O Estatuto da Cidade e a questão ambiental*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, abr. 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema14/pdf/304366.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2005.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). *O direito ambiental das cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- FELIPE, Julis Orácio. Floresta, uma definição atualizada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4173>>. Acesso em: 17 ago. 2005.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.
- GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A regulamentação da política urbana no Brasil. *Revista Eletrônica Mensal do Centro de Pesquisas Jurídicas*. Salvador: Direito Unifacs, n. 48, maio 2004. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_maio2004/index.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_maio2004/index.htm)>. Acesso em: 2 set. 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10.7.2001*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELO, Ivan Dornelas Falcone et al. Aplicação do Código Florestal brasileiro em zonas urbanas: análise espacial de áreas de preservação ao longo de cursos d'água. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SENSORIAMENTO REMOTO, 12., 2005, Goiânia, GO. *Anais...* Goiânia: INPE, 2005. p. 3805-3812.
- MERCADANTE, Maurício. Democratizando a criação e a gestão de Unidades de Conservação da Natureza: a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, v. 5, p. 557-586, fev. 2001.

- MORAES, Luis Carlos Silva. *Código Florestal comentado*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORATO, José Rubens; WOLKMER, Antônio Carlos. *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- SCHAMA, Simon. *Paisagem e memória*. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SILVA, Maurício Fernandes. A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de loteamentos perante a tutela ambiental. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4208>>. Acesso em: 29 ago. 2005.
- TESSLER, Marga Inge Barth. *Princípios no direito ambiental: da construção doutrinária à aplicação jurisprudencial*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

# Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais



# Videoconferência no processo penal

Vladimir Aras\*

**Sumário:** 1 Sistemas de videoconferência criminal. 2 Os prós e os contras do sistema. 3 Videoconferência criminal pelo mundo. 4 Teleaudiência criminal no Brasil. 5 Conclusão.

## 1 Sistemas de videoconferência criminal

Ao tempo em que já se fala em processo eletrônico e em que se vê a crescente adoção de sistemas informáticos para o tratamento de informações e a prestação de serviços mais céleres aos jurisdicionados, ainda se percebe forte resistência à implementação de *sistemas audiovisuais que permitam a coleta de provas a distância*, especialmente no curso de procedimentos criminais.

O problema de que nos ocuparemos neste artigo consiste em saber se é *juridicamente possível* a adoção de aparelhos de teleconferência no processo penal brasileiro, quais são as experiências dessa ordem no cenário internacional e quais seriam os fatores favoráveis e contrários à implementação de tais meios tecnológicos de coleta de provas no Brasil.

Entre nós, o foco da controvérsia está no *interrogatório “online”*, para tomada por videoconferência de declarações de acusados em ações penais, havendo pouca ou irrelevante oposição à coleta de depoimentos de vítimas, testemunhas e peritos por esse sistema, bem como no que se refere à realização remota de sustentações orais e de sessões de tribunais.

Deixando de lado questões técnicas, que dizem respeito aos profissionais da área de telecomunicações e de ciência da computação, vale estabelecer uma *classificação das intervenções processuais* que podem ser realizadas por videoconferência. Assim temos:

---

\* Vladimir Aras é mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Procurador da República em Salvador, ex-Promotor de Justiça na Bahia, Professor de Processo Penal na UEFS e de Direito Penal na Unibrazil, com dissertação sobre o Tratado Europeu sobre Cibercriminalidade (Convenção de Budapeste).

- a) o teleinterrogatório, para tomada de declarações do indiciado ou suspeito, na fase policial, ou do acusado, na fase judicial;
- b) o teledepoimento, para a tomada de declarações de vítimas, testemunhas e peritos;
- c) o telerreconhecimento, para a realização de reconhecimento do suspeito ou do acusado, a distância, ato que hoje já se faz com o uso de meras fotografias;
- d) a telessustentação, ou a sustentação oral a distância, perante tribunais, por advogados, defensores e membros do Ministério Público;
- e) o telecomparecimento, mediante o qual as partes ou seus advogados e os membros do Ministério Público acompanham os atos processuais a distância, neles intervindo quando necessário;
- f) a telessessão, ou a reunião virtual de juízes integrantes de tribunais, turmas recursais ou turmas de uniformização de jurisprudência;
- g) a telejustificação, em atos nos quais seja necessário o comparecimento do réu perante o juízo, como em casos de *sursis* processual e penal, fiança, liberdade provisória etc.

## 2 Os prós e os contras do sistema

Diversas são as manifestações contrárias ao teleinterrogatório, sendo menos numerosa ou enérgica a oposição ao *teledepoimento* (para peritos, vítimas e testemunhas) e à *telessustentação*, essa para advogados, defensores e membros do Ministério Público. A utilização de videoconferência para a tomada de declarações de suspeitos ou acusados de crimes levanta maior repulsa entre os críticos das aplicações de informática jurídica, tendo em vista a necessidade de assegurar os preceitos constitucionais que garantem aos acusados a ampla defesa e o *due process of law*.

O movimento de *oposição ao interrogatório "on-line"* tem sido capitaneado em nosso país principalmente pela Associação Juízes para a Democracia, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pela Associação dos Advogados de São Paulo e por outras entidades de âmbito estadual e nacional, inclusive órgãos públicos.

Com efeito, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça manifestou-se oficialmente contra o teleinterrogatório no Brasil. A Resolução n. 5, de 30 de setembro de 2002, fundada nos pareceres dos conselheiros Ana Sofia Schmidt de Oliveira e Carlos Weis, rejeitou a proposta de realização de teledepoimentos de réus, consubstanciada na Portaria n. 15/2002, mesmo para a ouvida de presos considerados perigosos.

Em que pese à autoridade do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sua recomendação não tem força normativa e *não tem impedido* a implantação do sistema em juízos criminais e de execuções penais por todo o Brasil.

Fundamentalmente, a repulsa ao método de interrogatório a distância deita raízes nos princípios do devido processo legal e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), bem como na letra do art. 185 do Código de Processo Penal (CPP), que dispunha que “O acusado, que for preso, ou *comparecer*, espontaneamente ou em virtude de intimação, *perante a autoridade judiciária*, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado”. A questão de fundo é, assim, a expressão “comparecer perante a autoridade judiciária”.

Mesmo com a reforma parcial do capítulo sobre o interrogatório do réu no CPP, decorrente da Lei n. 10.792/2003, as razões de inconformismo não se alteraram, tendo em vista que a nova redação do art. 185 do CPP não permitiu expressamente o teleinterrogatório, mas também não o proibiu, como era intenção inicial dos opositores do sistema audiovisual.

Não concordamos que uma exegese da letra do art. 185 do CPP, na sua anterior ou na atual redação, tenha o condão de inviabilizar o sistema de teleinterrogatório. Nações democráticas da Europa já adotam o teleinterrogatório, sem qualquer lesão a direitos individuais de imputados, tanto no plano interno quanto no espaço jurídico comum europeu. Além do mais, sabe-se que a *interpretação gramatical* ou literal não é a melhor para solucionar uma questão tão complexa.

Na sistemática do CPP, “comparecer” nem sempre significa necessariamente ir à *presença física do juiz*, ou estar no mesmo ambiente que esse. Comparece aos autos ou aos atos do processo quem se dá por ciente da intercorrência processual, ainda que por escrito, ou quem se faz presente por meio de procurador, até mesmo com a

oferta de alegações escritas, a exemplo da defesa prévia e das alegações finais. *Vide*, a propósito, o art. 570 do CPP, que afasta a nulidade do ato, considerando-a sanada, quando o réu “comparecer” para alegar a falta de citação, intimação ou notificação. Evidentemente, aí não se trata de comparecimento físico diante do juiz, mas sim de comunicação processual, por petição endereçada ao magistrado.

Se é assim, pode-se muito bem ler o “comparecer” do art. 185 do CPP, referente ao interrogatório, como um *comparecimento virtual, mas direto, atual e real*, perante o magistrado.

A Lei n. 10.259/2001, que cuida dos Juizados Especiais Federais (cíveis e criminais), permitiu que as *turmas de uniformização de jurisprudência* se reúnam por meios eletrônicos. De fato, o art. 14, § 3º, da lei diz que “A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica”. Que é isso senão uma audiência virtual? Estamos diante de uma sessão de julgamento plenamente válida, embora os juízes participantes não estejam presentes no mesmo recinto, mas sim *presentes* em recintos diversos, em plena interação.

Alega-se que o art. 9º, § 3º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York) e o art. 7º, § 5º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevêem o *direito do réu de ser conduzido à presença física do juiz natural*. Ora, as referidas normas falam apenas em levar o detido à “presença do juiz”, e a *presença virtual*, ao vivo, atual e simultânea, por meio de videoconferência, confere ao acusado as mesmas garantias que o comparecimento *in persona*, diante do magistrado.

Portanto, desde que seja garantida a liberdade probatória ao acusado e que sejam assegurados ao réu os direitos de ciência prévia, participação efetiva e ampla defesa<sup>1</sup> (inclusive com o acompanhamento do ato *in loco* por seu defensor e/ou por um oficial de justiça), não há razão para temer o teleinterrogatório, sob o *irreal pretexto* de violação a direitos fundamentais do acusado no processo penal. Até porque só há nulidade processual quando existir prejuízo, e não se pode afirmar que essa é a regra no tocante a teledepoimentos criminais.

---

<sup>1</sup> Direitos que caracterizam o contraditório.



Ademais, o *comparecimento físico do acusado perante a autoridade judicial não é exigido* pelo direito internacional nem pela Constituição brasileira. Com efeito, o art. 5º, LXII, declara que “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão *comunicados* imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Frise-se: a prisão será “comunicada” ao juiz competente. Não impõe a Constituição a apresentação do réu ao juiz, na sede do juízo, mesmo num momento em que a legalidade ou legitimidade da prisão em flagrante ainda não foi verificada pelo Judiciário.

O *teleinterrogatório não é um dos males do tempo*. Ao contrário, vem eliminar certas burocracias e óbices ao andamento dos feitos criminais. Não esqueçamos que a videoconferência se presta à ouvida de réus presos e de réus soltos, detidos na mesma ou em comarca diversa do distrito da culpa, ou residentes a longas distâncias do foro. Assim, o sistema atende a interesses fundamentais de uns e outros.

A mera mudança do procedimento de apresentação do réu ao juiz, especialmente nos casos em que estejam em julgamento presos perigosos, *não elimina nenhuma garantia processual*, nem ofende os ideais do Estado de Direito. Basta que se adote um formato de videoconferência que permita aos sujeitos processuais o desempenho, a distância, de todos os atos e funções que seriam possíveis no caso de comparecimento físico.

O interrogatório, momento culminante da autodefesa do réu, *não é nulificado simplesmente porque se optou por este ou por aquele modo de captação da mensagem*. Destarte, tanto pode o réu falar diante do juiz, e ter o seu depoimento transcrito a mão, em máquina de escrever ou em computador, quanto pode fazê-lo em audiência gravada *in loco*, ou em interrogatório transmitido remotamente por *videolink*. O meio utilizado não desnatura nem contamina o ato. O que importa é que, em qualquer das hipóteses, se assegure ao acusado o direito de ser acompanhado por defensor e os direitos de falar e ser ouvido, de produzir e contrariar prova e o direito de permanecer em silêncio quando lhe convier (CF, art. 5º, LXIII).

O *teleinterrogatório elimina algum desses direitos ou cerceia alguma dessas liberdades*? Perde-se o direito ao silêncio? O juiz abandona sua imparcialidade? Institui-se um tribunal de exceção? O réu é proibido de falar ou impedido de calar? A comunicação entre as partes e o

magistrado é interrompida, vedada ou limitada? Elimina-se a interação do acusado com o juiz, a acusação e os demais intervenientes do processo? Desaparece o *feedback* comunicacional? Não, evidentemente não. *Todas as formalidades dos arts. 185 a 196 do CPP são cumpridas.* Todas as indagações dos art. 187 a 190 podem ser feitas. Todos os direitos são respeitados, na substância e na essência. Onde, então, o problema?

A presença virtual do acusado, em videoconferência, *é uma presença real.* O juiz o ouve e o vê, e vice-versa. A inquirição é direta e a interação, recíproca. No vetor temporal, o acusado e o seu julgador estão juntos, presentes na mesma unidade de tempo. A diferença entre ambos é meramente espacial. Mas a tecnologia supera tal deslocamento, fazendo com que os efeitos e a finalidade das duas espécies de comparecimento judicial sejam plenamente equiparados. Nisso, nada se perde.

Sabe-se que não há nulidade sem prejuízo. É a regra do art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Por sua vez, o art. 564, III, alínea “e”, determina a nulidade do processo em caso de falta de interrogatório. *Vale dizer: o que anula a ação penal é a falta do interrogatório, e não a sua realização por meios tecnológicos.* Pergunta-se objetivamente aos opositores da teleaudiência: falando em tese, há algum real prejuízo para o réu com o teleinterrogatório? Não. Logo, não há qualquer justificativa jurídica, nos planos da razoabilidade e do garantismo, para tolher ou proibir tal forma de interrogatório, em que o comparecimento continua a ocorrer, sendo o réu conduzido à presença virtual do juiz da causa, sem prejuízo do contraditório efetivo.

Ainda no plano das nulidades, vale mencionar que o art. 564, IV, do CPP dispõe que haverá nulidade *por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.* O comparecimento físico do réu diante do juiz para ser interrogado não é uma formalidade *ad substantiam*. Ademais, a realização do teleinterrogatório não acarreta omissão de formalidade alguma, mas substituição de um procedimento por outro. Mesmo que a forma aqui fosse elemento essencial do ato, a nulidade seria relativa, pois segundo o art. 572, II, do mesmo código as nulidades ali referidas consideram-se sanadas *se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim.* Aqui se lança uma pá de cal sobre o

assunto. Se a finalidade do ato é atingida, não há nulidade alguma a declarar, preservando-se o teleinterrogatório. A regra aplica-se ainda às nulidades relativas previstas no art. 564, III, “e”, segunda parte, e “g”, do CPP.

Repetimos: não guardamos dúvidas quanto à possibilidade jurídica da realização de teledepoimentos no processo penal brasileiro. Todavia, demonstrando a natureza controvertida do tema, há *decisões isoladas de tribunais* nacionais reconhecendo a ocorrência de nulidade em processos em que se adotou o sistema de videoconferência para a realização de interrogatórios. Exemplo desse tipo de posicionamento é o da 10ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que, na Apelação n. 1.393.005/9, assim decidiu, por unanimidade, em 22 de outubro de 2003:

*INTERROGATÓRIO “ON-LINE” – Nulidade.* – O interrogatório judicial realizado a distância, por sistema de videoconferência, que tem sido denominado interrogatório *on-line*, revela *patente nulidade por violar princípios de natureza constitucional, em especial os da ampla defesa e do devido processo legal* (Tacrím/SP – Apelação n. 1.393.005/9 – São Paulo – 10ª Câmara – Relator: Ary Casagrande – 22/10/2003 – v.u.).

Entretanto, curiosamente, a mesma corte, por outra de suas câmaras, decidira, no dia anterior, 21 de outubro de 2003, também por unanimidade, pela *plena validade* do interrogatório por videoconferência, a saber:

*INTERROGATÓRIO JUDICIAL “ON-LINE” – Valor – Entendimento.* – *O sistema de teleaudiência utilizado no interrogatório judicial é válido à medida que são garantidas visão, audição, comunicação reservada entre o réu e seu defensor e facultada, ainda, a gravação em compact disc, que será anexado aos autos para eventual consulta.* Assim, respeita-se a garantia da ampla defesa, pois o acusado tem condições de dialogar com o julgador, podendo ser visto e ouvido, além de conversar com seu defensor em canal de áudio reservado (Apelação n. 1.384.389/8 – São Paulo – 4ª Câ-

mara – Relator: Ferraz de Arruda – 21/10/2003 – v.u. [Voto n. 11.088]).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no Habeas Corpus n. 428.580-3/8, da comarca da Capital, também decidiu pela validade do teleinterrogatório:

*“Habeas Corpus” – Pretensão de se anular instrução realizada pelo sistema de videoconferência – Alegação de violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa – Nulidade inócurrenre – Violação não caracterizada porque mantido o contato visual e direto entre todas as partes e porque facultada a permanência de um defensor na sala de audiência e outro na sala especial onde o réu se encontra. – Medida que, ademais, acarreta celeridade na prestação jurisdicional e sensível redução de custos para o Estado – Ordem denegada. (Pt. n.113.719/2003).*

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema. No Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 6.272/SP, a 5ª Turma do STJ, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, decidiu por unanimidade, em 3 de abril de 1997, pela validade do interrogatório por videoconferência, *verbis*:

*Recurso de Habeas Corpus. Processual penal. Interrogatório feito via sistema conferência em “real time”. Inexistindo a demonstração de prejuízo, o ato reprochado não pode ser anulado, ex vi do art. 563 do CPP. Recurso desprovido (STJ, RHC n. 6.272/SP, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, j. em 3/4/1997, impetrante Evaldo Aparecido dos Santos).*

Mais recentemente, em 14 de setembro de 2004, ao analisar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 15.558/SP, impetrado em favor de Jair Facca Junior<sup>2</sup>, a 5ª Turma do STJ decidiu, *por unani-*

---

<sup>2</sup> A defesa alegou a ocorrência de nulidade, por violação ao contraditório, devido processo legal e ampla defesa, no interrogatório do réu, tomado por videoconferência em 22 de maio de 2003. O Habeas Corpus n. 428.580-3/8-00, impetrado perante o TJSP foi negado pela 1ª Câmara Criminal, e adveio o RHC ao STJ, também não concedido.

*midade*, que o uso de videoconferência em ação penal não acarreta cerceamento do direito de defesa, não havendo, portanto, nulidade a sanar. Na ocasião, o relator, ministro José Arnaldo da Fonseca, acolheu o parecer da Subprocuradora-Geral do Ministério Público Federal, Lindôra Maria Araujo, que, a seu tempo, asseverou:

A realização de audiência por videoconferência permite contato visual e em tempo real entre todas as partes envolvidas no processo: juiz da causa, acusado, defensor, órgão de acusação, vítimas e testemunhas. [...] *A percepção cognitiva obtida no sistema de teleaudiência é a mesma auferida na forma usual de realização de audiência com a presença física das partes.*

Do parecer do MPF também se colhe menção à utilização do sistema em outro julgamento, examinado no HC n. 410.640.3/6, impetrado perante a 3ª Câmara Criminal do TJSP:

Esse correto aparelhamento que existe no Tribunal de Justiça de São Paulo foi detalhado no julgamento do Habeas Corpus n. 410.640.3/6 pela 3ª Câmara Criminal daquela corte, *litteris*: “Na ‘videoconferência’ em causa, o paciente e os co-réus sempre tiveram a possibilidade de contato e diálogo, a qualquer momento, com seus advogados. Para tanto, instalados *links* privativos (‘linhas exclusivas que garantem a conversa reservada’ – fls. 41). Além disso, propiciadas, é claro, a recíproca visão e audição dos acontecimentos e desenvolvimento da audiência, ainda com facultada gravação em *compact disc*, que pode ser anexado aos autos para qualquer eventual consulta. Nas salas especiais dos diversos estabelecimentos onde se encontram o paciente e os co-réus, equipamentos de imagem, escuta perfeita dos depoimentos e canal de áudio reservado para comunicação com Defensores. Para que se tenha noção completa e exata da perfeição do sistema que, assegurando a ampla defesa e o contraditório, agiliza o andamento dos feitos e permite prestação jurisdicional pronta, conforme as mais prementes necessidades sociais, é conveniente a leitura atenta do termo de assentada em teleaudiência e do termo de apresentação dos réus presos.

Segundo os autos do RHC n. 15.558/SP, o juízo criminal de São Paulo permitiu a presença de um advogado na sala de audiências e de outro defensor, ao lado do réu, no estabelecimento prisional. O acórdão ficou assim *ementado*:

Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Processual penal. *Interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência ou teleaudiência em “real time”*. *Cerceamento de defesa. Nulidade, para cujo reconhecimento faz-se necessária a ocorrência de efetivo prejuízo, não demonstrado, no caso.* Recurso desprovido (STJ, 5ª Turma, RHC n. 15.558/SP, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, v.u., 14/9/2004).

No julgado, ficou assentado que a sala do estabelecimento prisional converte-se numa *extensão da sala de audiências*.

[...] a rigor, o paciente e os co-réus encontravam-se numa verdadeira extensão da própria sala de audiências, de tudo participando e acompanhando, com a mais completa possibilidade de contato verbal com seus advogados. Não existe, portanto, nenhuma nulidade. Finalmente, *encontrou-se um sistema de teleaudiência ou videoconferência que harmonizou as exigências da ampla defesa e do contraditório com celeridade, segurança e presteza na produção da prova e com a prolação das sentenças*.

Além de não violar o devido processo legal, é preciso notar também que o teleinterrogatório assegura ao réu, com muito maior amplitude, o *acesso ao seu juiz natural*. Pelo art. 5º, LIII, da CF, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. De fato, adotando-se o sistema às inteiras, não serão mais necessárias cartas precatórias ou rogatórias ou cartas de ordem para interrogatório de denunciados ou ouvida de vítimas, testemunhas e peritos. *O próprio juiz da causa* ouvirá diretamente o acusado, onde quer que ele esteja, encarcerado ou solto, no País ou no exterior. Vale dizer: todos os atos processuais serão praticados pelo juiz natural da causa, o único competente para julgar o réu.

As *cartas de ordem* podem-se tornar desnecessárias ou menos comuns. O ministro ou o desembargador relator, juiz natural nas

ações penais originárias — as que tramitam perante os tribunais na forma da Lei n. 8.038/90 —, poderá interrogar ele mesmo o réu e ouvir as vítimas, as testemunhas e os peritos, sem necessidade de delegação a magistrados de instâncias inferiores. Todo o processo poderá ser conduzido pelo juiz da causa, diretamente, sem deslocamentos espaciais, desde que se utilize a teleconferência.

O novo método de instrução evita, outrossim, os julgamentos à revelia e os fenômenos processuais a ela correlatos, nos casos de impossibilidade física de comparecimento do réu, seja por doença ou por incapacidade financeira. O interrogatório *on-line* reduzirá as hipóteses de aplicação do art. 366 do CPP:

Se o acusado, citado por edital, *não comparecer*<sup>3</sup>, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Ora, se o réu *comparecer virtualmente* ao processo não haverá por que suspender o andamento da ação penal e o curso do prazo prescricional. Nem haverá motivo para a decretação de prisão preventiva do acusado, que “não comparecer”, o que é sem dúvida uma grande vantagem processual e material para o réu.

Assinalamos ainda uma outra vantagem do sistema de videoconferência: a maior amplitude e efetividade do princípio da publicidade, previsto no art. 5<sup>º</sup>, LX, e no art. 93, IX, da CF. Quando os atos processuais (interrogatório e audiências) são realizados por videoconferência aberta, *um número virtualmente infinito de pessoas pode tomar conhecimento do processo penal*, inclusive pela Internet, assegurando-se desse modo o princípio da publicidade geral e o controle social sobre os atos do Poder Judiciário, ampliando-se o acesso à informação.

A potencialização do princípio da publicidade é considerável, porquanto pessoas as mais diversas (inclusive vítimas e seus familiares), mesmo não estando no distrito da culpa, podem assistir aos

---

<sup>3</sup> Aliás, esse dispositivo revela que o comparecimento pessoal do réu não é sempre obrigatório, podendo ele fazer-se substituir por advogado constituído.

atos processuais. Essa preocupação com o *direito à informação* é cada vez maior na sociedade. Não é à toa que o Supremo Tribunal Federal pôs no ar, em setembro de 2002, a TV Justiça, destinada a se juntar à TV Câmara e TV Senado na tarefa de levar aos cidadãos informações precisas e atualizadas sobre os Poderes Legislativo e Judiciário, inclusive mediante a transmissão de sessões de julgamento ao vivo, via satélite ou por cabo.

Em se adotando o sistema de teledepoimentos, *familiares dos acusados* poderão acompanhar as audiências e os eventos do processo a que respondam seus entes, sem necessidade de deslocamento, feitos às vezes a grandes distâncias e com dispêndio de recursos essenciais à própria manutenção.

A própria idéia processual de *publicidade especial* (aquela assegurada às partes e aos seus defensores) é privilegiada com o sistema de videoconferência, levando-se em consideração que o réu, preso ou solto, poderá acompanhar as sessões de julgamento perante tribunais e toda e qualquer audiência judicial, mesmo aquelas em que sua presença for recusada, por conduta inconveniente ou para assegurar o bem-estar de testemunhas e vítimas.

### **3 A videoconferência criminal pelo mundo**

Nos últimos cinco anos, vários países inseriram em suas legislações dispositivos que permitem a utilização de sistemas de videoconferência para a produção de provas judiciais, *tanto em ações civis, como em ações penais*.

Em grande parte, as previsões normativas dizem respeito à coleta de depoimentos de réus já condenados, que são interrogados a distância, com o uso de *videolinks* instalados nas dependências dos estabelecimentos prisionais, ou a utilização da teleconferência para a tomada de depoimentos de vítimas de crimes sexuais ou de *vítimas e acusados sujeitos a medidas de proteção*.

Nos Estados Unidos da América, tanto a legislação processual federal quanto as de muitos dos 50 Estados-Federados permitem a utilização de videoconferência em ações criminais.

Já a partir de 1983, passou-se a adotar o sistema de *videolinks* para a coleta de depoimentos *de crianças e adolescentes vítimas de abuso*



*sexual*, para evitar o traumático confronto do ofendido com o ofensor, numa sala de audiência. Um dos primeiros casos em que isso ocorreu foi sem dúvida o do terrorista apelidado de *Unabomber*.

De fato, em 1996, após ser preso no Estado de Montana, o professor Theodore Kaczynski, o *Unabomber*, foi levado para o Estado da Califórnia, onde responderia a várias acusações de terrorismo. Concomitantemente, foi aberta contra ele uma ação penal por um homicídio<sup>4</sup>, ocorrido em 1994, em Newark, no Estado de Nova Jersey, *do lado oposto do país*. Como é de se imaginar, o transporte desse réu, de um extremo a outro do continente norte-americano, exigiria a mobilização de uma expressiva soma de recursos e de um elevado contingente de *US Marshals*<sup>5</sup>. Em virtude de tais dificuldades e do risco que o deslocamento representava, optou-se pela realização da audiência criminal por meio de videoconferência, de costa a costa.

No Reino Unido, desde 2003, a Lei Geral sobre Cooperação Internacional em Matéria Penal – Crime (International Co-Operation) Act 2003, Chapter 3 – ampliou as hipóteses de coleta de provas por via remota, já previstas no art. 32 da Lei de Justiça Criminal (*Criminal Justice Act*), de 1998, e no art. 273 da Lei Processual Penal da Escócia (*Criminal Procedure Scotland Act*), de 1995<sup>6</sup>.

A nova regulamentação, mais abrangente, consta nos arts. (*sections*) 29, 30 e 31 da Lei Geral de Cooperação Internacional em Matéria Penal e permite que testemunhas na Inglaterra, na Escócia, na Irlanda do Norte ou no País de Gales sejam ouvidas por áudio e videoconferência, por autoridades de outros países, e vice-versa.

Na Espanha, a Lei de Proteção a Testemunhas (*Ley de Protección a Testigos*), a Lei Orgânica do Poder Judiciário (*Ley Orgánica del Poder Judicial*) e o Código de Processo Penal (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) permitem a tomada de depoimentos por videoconferência na

---

<sup>4</sup> *US vs. Theodore John Kaczynski*, ação por violação aos arts. 844, 924 e 1.716, do Título 18 do US Code, perante a Corte Federal do Distrito de Nova Jersey.

<sup>5</sup> Agentes federais encarregados da escolta e captura de presos, entre outras atividades. Criada em 1789, o *US Marshals Service* é a agência criminal mais antiga dos EUA. Fonte: <<http://www.usdoj.gov/marshals>>.

<sup>6</sup> *Vide* <[www.legislation.hmsso.gov.uk/acts/acts2003/20030032.htm](http://www.legislation.hmsso.gov.uk/acts/acts2003/20030032.htm)>.

jurisdição criminal, especialmente para garantir que vítimas protegidas não sejam vistas e/ou ameaçadas pelos acusados.

As alterações introduzidas na legislação espanhola para permitir a teleaudiência criminal decorreram da Lei Orgânica n. 13, de 24 de outubro de 2003, publicada no *Boletín Oficial del Estado* em 27 de outubro do mesmo ano. Esse diploma reformou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* em matéria de prisão cautelar e introduziu a regulamentação do uso da videoconferência, reformando para esse fim a *Ley Orgánica del Poder Judicial*, ao incorporar um novo § 3º ao art. 229 dessa norma (Lei Orgânica n. 6, de 1º/7/1985).

Pela legislação processual penal ibérica, o juiz criminal, considerando razões de ordem pública, segurança ou utilidade, pode lançar mão do sistema de videoconferência para a *inquirição de acusados, testemunhas e peritos*.

Na França, o art. 706-71 do Código de Processo Penal (*Code de Procedure Penale*), introduzido pela Lei n. 1.062, de 15 de novembro de 2001, dispõe sobre a utilização de meios de telecomunicação, no curso do procedimento criminal, para a coleta de depoimentos de testemunhas, interrogatório de acusados, acareação de pessoas e concretização de medidas de cooperação internacional.

No âmbito das Organizações das Nações Unidas (ONU), não há dúvida dos benefícios que a adoção do sistema de videoconferência pode trazer para a produção de provas processuais penais em todo o mundo, especialmente para o combate à criminalidade transnacional.

A *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, de dezembro de 2003 (Convenção de Mérida), prevê a utilização da videoconferência para tomada de depoimentos de réus colaboradores, testemunhas e vítimas. De fato, nos arts. 32, § 2º, e 46, § 18, da Convenção de Mérida, há *previsão expressa* do uso de videoconferência para coleta de depoimentos de réus colaboradores, vítimas, testemunhas e peritos, assim como para a produção de prova processual penal, em procedimentos de cooperação jurídica internacional.

Outro tratado internacional recente, a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional* (Convenção de Palermo), que entrou em vigor em setembro de 2003, *já previa a utilização de videoconferência em hipóteses semelhantes*. É o caso do art. 24, § 2º, “b”.

Na União Européia, o Tratado de Assistência Judicial em

Matéria Penal<sup>7</sup>, assinado em Bruxelas em 29 de maio de 2000, autoriza a realização de audiências criminais para a ouvida de réus (mediante seu consentimento), testemunhas e peritos por sistemas de comunicação audiovisual a distância. A convenção aplica-se no espaço jurídico europeu, que hoje congrega 25 Estados-Membros. O art. 10 dessa convenção dispõe sobre o tema<sup>8</sup>.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, com sede em Haia, na Holanda, desde sua instalação vem admitindo a oitiva de testemunhas e peritos por videoconferência. Tal se deu no julgamento do bósnio de origem sérvia, Dusko Tadic. O *videolink* para ouvida de oito testemunhas da defesa transmitiu os depoimentos a partir de Banja Luka, na Bósnia, de 15 a 18 de outubro de 2002. A inquirição foi realizada pelo advogado Michail Wladimiroff e pelos promotores Grant Niemann e Brenda Hollis<sup>9</sup>. Anteriormente, o sistema havia sido utilizado no mesmo caso.

#### 4 Teleaudiência criminal no Brasil

Embora ainda não haja previsão expressa de tal possibilidade no Código de Processo Penal (lei da década de 1940), o nosso ordenamento já prevê hipóteses de utilização do sistema, tanto no nível infralegal (como é o caso das resoluções e portarias de tribunais), quanto no nível legal. Exemplo dessa última espécie é o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004<sup>10</sup>, que introduziu no Brasil a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo<sup>11</sup>.

O art. 18, § 18, e o art. 24, § 2º, alínea “b”, desse tratado instituem o *uso de videoconferência*, entre outras medidas destinadas à proteção de testemunhas e visando facilitar a cooperação internacional para combate à criminalidade organizada.

---

<sup>7</sup> Denominada em Portugal como “Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Européia”.

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63\\_2001.html](http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html)>.

<sup>9</sup> Fonte: <[www.courttv.com](http://www.courttv.com)>.

<sup>10</sup> O decreto que introduz tratado internacional é integrado no Brasil como lei federal.

<sup>11</sup> Embora tenha sido adotada em Nova York, em 15 de dezembro de 2000.

Observe-se que, embora se trate de norma de caráter internacional, após a aprovação congressual e a expedição do decreto presidencial, ocorre o fenômeno da *integração normativa no plano doméstico*, passando a norma convencional a valer como lei federal ordinária no Brasil.

Assim, no campo internacional, *o Estado brasileiro se obrigou a instituir legislação nacional que permita às testemunhas e peritos depor “com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados”*.

Dáí concluir-se que, para se desincumbir da obrigação que contraiu no plano externo, *a União deverá legislar sobre a matéria*, introduzindo o sistema de teleaudiência criminal no processo penal brasileiro, de modo que se propicie a inteira execução da Convenção de Palermo.

Malgrado a forte oposição principalmente de associações de advogados, são inúmeras as experiências, Brasil afora, de *utilização válida e regular* de sistemas de teleconferência no processo criminal.

O Tribunal de Justiça da Paraíba já pôs em funcionamento na Vara das Execuções Penais de João Pessoa um sistema de teledepoimentos. O *link* entre as varas e a Penitenciária do Roger permite aos juízes das execuções realizar o interrogatório de condenados por meio de videoconferência.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, um dos mais progressistas do país, regulamentou o interrogatório de réus por videoconferência, por meio do Provimento n. 5, de 20 de junho de 2003, expedido pela Corregedoria-Geral. O procedimento foi previsto no art. 276.

O TRF da 4ª Região também tem realizado *sessões por meio de videoconferência*. As duas Turmas Criminais do Tribunal, a 7ª e a 8ª, já se reuniram dessa forma, em sessão conjunta. A primeira sessão virtual do TRF-4 ocorreu em 16 de outubro de 2003, sob a presidência da desembargadora federal Marga Inge Barth Tessler, com a presença da procuradora regional da República Carla Veríssimo de Carli, representando o Ministério Público Federal.

Outra experiência bem-sucedida na Região Sul do Brasil tem sido a utilização de videoconferência nas *sustentações orais perante*

as *Turmas Recursais* dos Juizados Especiais Federais e na Turma de Uniformização de Jurisprudência (TUJ).

Numa iniciativa pioneira, a Força-Tarefa do Ministério Público Federal que investiga o caso Banestado em Curitiba requereu a oitiva por videoconferência da testemunha norte-americana Maria Carolina Nolasco<sup>12</sup>. A audiência foi autorizada pela 2ª Vara Federal de Curitiba e realizada em 28 de junho de 2005 com base no *MLAT – Mutual Legal Assistance Treaty*, tratado bilateral em matéria penal entre o Brasil e os Estados Unidos. O pedido de assistência internacional tramitou pelo DRCI no Brasil e pelo Departamento de Justiça nos Estados Unidos, viabilizando a coleta do depoimento transnacional (o *primeiro desse tipo* em uma ação penal brasileira), estando a testemunha em Newark, no *US Attorney Office* e o juiz, as partes e os advogados, em Curitiba, no Paraná.

Em 23 de agosto de 2005, a Vara Criminal Federal de Guarulhos/SP também utilizou o sistema de teleaudiência para o interrogatório de um réu sul-africano acusado de narcotráfico. Recolhido ao Presídio Adriano Marrey, o acusado foi interrogado por videoconferência. Na ocasião foi utilizada aparelhagem adquirida pelo TRF da 3ª Região. Segundo Aldo Fábio Garda, técnico da Prodesp, foram utilizados vídeo digital, *link* de alta velocidade e telefone digital, para garantir a privacidade nos diálogos entre o acusado e seu defensor.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TUJ Nacional), que funciona junto ao Conselho da Justiça Federal, em Brasília, também pode realizar sessões virtuais, assegurando-se o princípio da ampla publicidade. Cada um dos membros da Turma pode participar das reuniões sem necessidade de deslocamento, permitindo-se também a realização de sustentações orais a partir das sedes dos Tribunais Regionais Federais em cinco capitais do Brasil. A matéria está regulada nos arts. 3º e 25 da Resolução n. 330, de 5 de setembro de 2003, do Conselho da Justiça Federal, órgão com sede em Brasília.

---

<sup>12</sup> Vide a Ação Penal n. 2004.70.00.023171-6 e outras. O depoimento internacional por *videolink* foi colhido em quatro ações penais propostas pelo MPF contra doleiros acusados de lavagem de dinheiro e lavagem de divisas (Operação Zero Absoluto).

Todas essas medidas foram implementadas graças à previsão do arts. 8º, § 2º, e 14, § 3º, da Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais.

Destarte, observa-se que, mesmo não havendo ainda lei federal dispendo sobre o tema, são *cada vez mais freqüentes e disseminados* os casos de adoção do sistema de videoconferência para a produção de provas criminais, ainda antes da aprovação de uma lei processual específica.

Em levantamento realizado em 2004, havia *oito iniciativas* legislativas tramitando no Poder Legislativo federal a respeito do tema. A principal delas é o *Projeto n. 1.233/99*, do deputado Luiz Antônio Fleury, que possibilita o interrogatório e a audiência a distância, por meios telemáticos.

A principal modificação proposta pelo Projeto Fleury visa ao art. 185 do CPP, cujo parágrafo único poderá passar a dispor que “Se o acusado estiver preso, o interrogatório e audiência poderão ser feitos a distância, por meio telemático que forneça som e imagem ao vivo, bem como um canal reservado de comunicação entre o réu e seu defensor ou curador”.

Vida efêmera teve o art. 6º da Medida Provisória n. 28, de 4 de fevereiro de 2002, que dispunha sobre normas gerais de direito penitenciário e dava outras providências. Esse diploma previa o uso de videoconferência no sistema prisional. Todavia, essa medida foi rejeitada pela Câmara dos Deputados em 17 de abril de 2002, em função do obstáculo formal previsto no art. 62, § 1º, I, “b”, da CF, que proíbe a edição de medidas provisórias sobre direito penal e processual penal.

## **5 Conclusão**

A experiência internacional demonstra e a lógica evidencia: a adoção do sistema de videoconferência para a coleta de provas durante a instrução criminal *otimiza e acelera a prestação jurisdicional*, pela eliminação da expedição de cartas precatórias, cartas de ordem e cartas rogatórias, além de beneficiar o erário público, poupando recursos hoje despendidos com atividades de escolta e transporte de presos.

A videoconferência é *um instrumento*, e não o objeto da prova processual penal. Ou seja, o juízo obterá a prova testemunhal ou

pericial por meio do sistema audiovisual. A teleconferência tem assim natureza auxiliar, não constituindo meio de prova, salvo quando ocorra gravação do evento, para utilização posterior na própria ação penal ou na fase recursal, como prova para memória futura.

Embora haja certas desvantagens no procedimento, como a possibilidade de interrupções da transmissão por falhas técnicas e a perda de *contato físico*<sup>13</sup> entre os sujeitos processuais, é preciso perceber que os mecanismos tecnológicos permitem grande grau de detalhe nas transmissões. Pequenas reações corporais e faciais e tênues variações da voz podem ser captadas e transmitidas pelas mídias mais modernas. Não há, assim, razão para temer a impossibilidade de *feedback* entre o juiz e o interrogado nos sistemas de videoconferência, cujas vantagens são predominantes, pois:

- a) evita deslocamentos de réus, peritos, testemunhas e vítimas a grandes distâncias, com economia de tempo e recursos materiais;
- b) evita o cancelamento de audiências em função de características particulares (pessoais e profissionais) das testemunhas, como, p.ex., enfermidades;
- c) aumenta a segurança pública, diminuindo o risco de fugas e de resgate de presos perigosos;
- d) economiza recursos públicos hoje empregados na escolta e no transporte de presos;
- e) permite que policiais civis, militares e federais e também agentes penitenciários atuem em outras missões de segurança pública e de investigação, sem perda de tempo útil em escoltas;
- f) acelera a tramitação dos feitos judiciais, eliminando cartas precatórias, cartas rogatórias e cartas de ordem;
- g) poupa o trabalho de juízes deprecados e rogados e de seus auxiliares;
- h) facilita a obtenção de prova em tratados de cooperação internacional;
- i) propicia contato direto das partes e dos advogados com a

---

<sup>13</sup> Mas não do contato audiovisual.

- prova que seria produzida por precatória, por rogatória ou por carta de ordem;
- j) privilegia os princípios do juiz natural e do promotor natural e o princípio da imediação;
  - k) aproxima o processo penal do princípio da identidade física do juiz, porquanto podem ser preservadas provas para memória futura, a serem utilizadas pelo juiz processante, qualquer que seja ele;
  - l) favorece o contato direto do réu (preso ou solto) com o seu juiz, em situações em que isso dificilmente ocorreria;
  - m) contribui para facilitar a tomada de depoimentos de vítimas de crimes violentos e de vítimas, testemunhas e réus colaboradores, impedindo o confronto desses com os acusados;
  - n) incrementa o princípio da publicidade geral, permitindo o acesso aos atos judiciais a qualquer do povo, pela Internet ou por outro sistema;
  - o) otimiza o tempo de advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público;
  - p) evita prejuízos para a acusação e a defesa, no processo penal, quando da coleta de depoimentos por precatória, quando os atos são acompanhados por membros do Ministério Público designados e por defensores *ad hoc*, que pouco sabem sobre detalhes do feito e as estratégias e teses do caso concreto;
  - q) poupa recursos de réus, evitando gastos com diárias e viagens de seus defensores;
  - r) os sistemas de *zoom* das câmeras mais modernas permitem tal grau de aproximação do objeto focado, que é possível identificar gestos e expressões fisionômicas do acusado ou da testemunha, que não seriam perceptíveis a olho nu.

Enfim, *se uma só vantagem bastasse*, poderíamos frisar que o sistema de teleaudiência, além de não prejudicar nenhum direito do réu, facilita a vida de juízes, advogados, membros do Ministério Público, vítimas, testemunhas e peritos e mesmo de acusados que não resi-



dam no foro onde deverá ocorrer o ato de instrução processual, redundando em economia de recursos financeiros, públicos e privados.

É falsa a idéia de que a audiência criminal por *videolink* prejudica o direito à ampla defesa. Quando utilizado corretamente e com os equipamentos mais avançados, o sistema de videoconferência contribui para preservar o *princípio da imediação* e em alguns casos representa a única possibilidade viável de “comparecimento” (presença eletrônica) do acusado perante o seu julgador.

Desde que se assegure a fluência dos quadros de vídeo; a nitidez das imagens, com possibilidade de *zoom*; o uso de telas amplas de alta definição; a clareza do áudio; o sincronismo áudio-vídeo, de modo que impeça *delays*, interrupções ou perda de dados; o controle da câmera remota pelo magistrado; um canal reservado de voz para a defesa; *scanner* e impressora em rede para a transmissão de documentos, entre outros equipamentos, *não há razão para temer a videoconferência criminal*. O conteúdo transmitido pela rede pode ser acessado por qualquer pessoa, garantindo a publicidade do ato judicial. Possibilita-se a gravação dos eventos para memória futura, com uso processual na própria instância ou no grau recursal, ou em exposições em plenário do júri, tudo de modo que se assegure o interesse público e a verdade real, com pleno respeito às garantias individuais no processo penal.

Existem inúmeras formas de minorar ou mesmo eliminar completamente os problemas do interrogatório remoto. Em primeiro lugar, o *acompanhamento por advogado ou defensor público e por um oficial de justiça*, tanto na companhia física do acusado quanto ao lado do juiz, é um fator que minorá sobremaneira muitas das objeções listadas. Depois, é preciso contar com o papel de *custos legis* do Ministério Público, que não é instituição de acusação, mas sim de promoção da Justiça, cabendo-lhe velar pelos direitos individuais indisponíveis do réu, relativos ao processo penal. Veja-se, ainda, que os interrogatórios podem realizar-se em salas especiais das penitenciárias, com acesso controlado, como em qualquer audiência judicial. Por fim, as razões de segurança, economia de recursos e rapidez dos procedimentos são importantes e devem ser consideradas.

Demais disso, as experiências do *direito comparado* precisam ser examinadas. Em quase todas as nações da União Européia, há

possibilidade de ouvida de testemunhas e peritos a distância, mesmo quando esses se encontrem noutros países. Essa providência elimina a utilização das burocráticas cartas rogatórias, contribuindo para uma Justiça mais rápida, preocupação sempre presente nas lições doutrinárias e nos acórdãos dos tribunais.

Toda essa polêmica cessará quando o legislador federal dispuser plenamente sobre a matéria, na esteira do que já está normatizado no Decreto n. 5.015/2004, de modo que se regule o uso da videoconferência para a realização de teleinterrogatórios, teledepoimentos, telerreconhecimentos, telecomparecimentos, telesustentações e telessessões, tanto pelo Judiciário quanto pelo Ministério Público e pela Polícia. Enquanto a legislação não vem, cabe aos tribunais brasileiros, *preenchendo as lacunas do sistema*, fazer o direito progredir, sem prejuízo dos direitos e garantias individuais. É o que vem ocorrendo.

Mediante uma interpretação sistemática da Constituição Federal, do Código de Processo Penal<sup>14</sup>, da Lei n. 10.259/2001, do Decreto n. 5.015/2004 e de resoluções tribunalícias, entendemos que é *possível a utilização ampla, no processo penal brasileiro*, de instrumentos de videoconferência. Recentes decisões de tribunais nacionais têm afirmado a validade de teleinterrogatórios e teledepoimentos realizados em várias partes do país. A posição que tem predominado, sem dúvida, é a que admite o procedimento tecnológico, dentro de critérios de *razoabilidade e de ponderação de interesses*, sempre assegurando-se os direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Como quer que seja, no atual momento normativo, é *mais prudente* que o juiz processante opte pela anuência em lugar do império. Se houver consenso prévio, o ato judicial remoto poderá ser realizado pelo juiz, sem qualquer risco processual. Não havendo prejuízo ao réu ou qualquer outra nulidade circunstancial, o teleinterrogatório será válido. Ainda que não haja concordância prévia do réu em ser assim interrogado, o ato será legítimo, se não houver irresignação posterior pela defesa, que logre demonstrar a existência de gravame ou não-atendimento da finalidade do ato.

---

<sup>14</sup> Especialmente, o art. 3º do CPP.

Como se vê, a partir de uma simples palavra, “presença”, e do singelo verbo “comparecer”, os juristas conseguem construir todo um *edifício de polêmicas e querelas*. A interconexão das pessoas, facilitada pela convergência tecnológica e pela telemática, não encontra igual na história da humanidade. O ciberespaço é um conceito inteiramente novo que traduz uma realidade inimaginável há pouco mais de cinquenta anos, mesmo para visionários como William Gibson ou Isaac Asimov. É hora de rever conceitos e assimilar as novas situações propiciadas pelas tecnologias da informação. Interagir, mesmo a distância, é a regra na sociedade cibernética.

*“Estar presente” hoje não significa apenas estar no mesmo ambiente físico. Há algo mais num panorama em que as linhas do horizonte se ampliam a cada dia. A presença virtual é também um “estar aqui” real. O ciberespaço permeia todos os ambientes do planeta onde exista um computador, um telefone celular, um pager ou um equipamento eletrônico de comunicação. Afinal, como ensinou o inigualável Albert Einstein, os conceitos de tempo e espaço são relativos. No mundo cibernético, “estar aqui” é também “estar aí” e “estar lá”.*

Enfim, é hora de olhar para frente e não repetir erros do passado. Registra a crônica forense a polêmica que se deu nos anos 1920, quando começaram a ser adquiridas as primeiras *máquinas datilográficas* para uso judicial no Brasil. Conta-se que alguns juristas de então eram contrários a esses singelos aparelhos de escrever, que hoje caíram em desuso. Os doutores da época, ciosos de princípios jurídicos só por eles vislumbrados, alertavam para o risco da redação de sentenças com máquinas desse tipo, porque, alegavam, com elas não havia segurança da autoria dos atos judiciais. Felizmente, ninguém deu ouvidos a esses senhores da lei e hoje já podemos usar computadores...



# A reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar

## Breves considerações sobre seu alcance

Jorge César de Assis\*

*O ordenamento jurídico brasileiro erige a emenda constitucional como parte do processo legislativo, dotado de rígido processo, para sua concretização, com relação a determinados pontos, permitindo, assim, somente alterações pontuais e circunstanciais. Não transige o Documento Maior com os valores supremos que ela considera insuscetíveis de reforma ou alteração. A pena, para esse deslize, é a sua total invalidade.*

*O abuso indiscriminado na sua utilização, no entanto, conduz à completa pulverização da Carta, valendo menos que uma lei ordinária ou simples decreto, por sua banalização, intensidade e volúpia com que é modificada, ou, como proclama o insigne jurista, Ministro Humberto Gomes de Barros, a Constituição brasileira não é nem rígida, nem elástica, ela foge ao modelo tradicional. Tampouco guarda semelhança com a lei fundamental do Reino Unido; ela é gelatinosa, pois toma a forma que lhe empresta o poderoso do momento (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Emenda Constitucional, Carta ao Leitor. Revista Consulex, Brasília, n. 175, p. 4, 30 abr. 2004).*

No contexto da chamada “Reforma do Judiciário”, significativas mudanças irão acontecer na Justiça Militar brasileira com a já promulgada Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, e desde que mantida a atual redação aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, acerca da

---

\* Jorge César de Assis é Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar em Santa Maria – RS. Membro da Academia Mineira de Direito Militar.

parcela da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 29, de 2000, em que não houve consenso entre os parlamentares, devendo retornar à Câmara dos Deputados, na forma do Parecer n. 1.748, de 2004.

Demorada, tramitando há praticamente 12 anos no Congresso Nacional, as mudanças propostas podem ser assim relacionadas:

## **1 Mudanças quanto à estrutura e competência da Justiça Militar**

Neste ponto sempre é bom destacar que a Justiça Militar brasileira é *sui generis*, apresentando duas espécies distintas, a saber, a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual.

Entre elas, as mudanças mais significativas ocorreram na Justiça Militar Estadual, já fazendo parte do texto aprovado da referida EC n. 45.

Há substancial alteração na redação do art. 125 da Constituição Federal, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º.

No § 3º muda-se apenas a referência para a criação do Tribunal de Justiça Militar, com relação ao efetivo de cada Corporação, apontado agora como *efetivo militar*, para entender-se considerado no efetivo militar inclusive os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Ao mesmo tempo ressalva a competência do tribunal do júri quando a vítima for civil e mantém a competência do tribunal competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

A ressalva da competência dos crimes dolosos contra a vida põe fim à controvérsia sobre a Lei n. 9.299/96, tida por muitos, entre os quais nos incluímos, como inconstitucional, já que operou por lei ordinária o deslocamento da competência fixada pela Constituição Federal.

Com relação à nova competência de processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares, será analisada mais à frente, com maior cuidado, pelas inúmeras implicações que com certeza dela advirão.

Percebe-se que o novo texto constitucional mantém a omissão da referência ao Distrito Federal, se bem que esse também possua a sua Justiça Militar própria, desde 1992, quando deixaram os integrantes de sua Polícia Militar e de seu Corpo de Bombeiros Militar

de ser processados e julgados perante a Auditoria da 11ª CJM, pertencente à Justiça Militar da União.

Mas a maior mudança diz respeito à figura do juiz de Direito (*ex-juiz-auditor*), que passa a ser o Presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Corporação, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (*atual STM*), em 1º de abril de 1808<sup>1</sup>.

Inova a Emenda Constitucional aprovada igualmente ao dispor que ao juiz de Direito do Juízo Militar competirá decidir singularmente os *crimes militares praticados contra civis* e as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Em relação às ações judiciais contra atos disciplinares militares é fácil entender: não seria crível que o Conselho, formado muitas vezes por oficiais de menor posto ou antigüidade que o Comandante Militar apontado como autoridade coatora, pudesse julgar tais processos, o que não ocorre em relação ao juiz de Direito, protegido pelas garantias da magistratura que a própria Constituição lhe estelece<sup>2</sup>.

Já em relação aos crimes militares praticados contra civis, há inequívoca atrapalhação desse “constituente emendador” (*pode parecer deselegante, mas esta é a 45ª emenda à Constituição, em 16 anos*), pois não existem embasamentos jurídicos, técnicos ou lógicos, que justifiquem tal figura processual teratológica.

Basta imaginar, p. ex., que se um militar estadual, dentre as diversas hipóteses que norteiam a ocorrência de crime militar previstas no art. 9º do Código Penal Militar (CPM), praticar furto, estupro, estelionato ou lesão corporal contra um civil (crime militar impróprio), o processo será instruído e julgado singularmente pelo juiz de Direito. Porém, nos mesmos casos, se a vítima for outro militar – e só por isso, o processo será instruído e julgado pelo Conselho de

---

<sup>1</sup> Não obstante, alguns Estados, como Rio de Janeiro, Santa Catarina e Distrito Federal, já consignavam a figura do juiz-auditor como presidente dos Conselhos de Justiça.

<sup>2</sup> CF, art. 95.

Justiça. Isso sem falar nas hipóteses de ocorrência de conexão em relação às vítimas, ou seja, um militar estadual pratica lesões corporais contra duas vítimas, sendo uma militar e a outra civil: E agora, cinde-se o processo, cabendo o julgamento daquele feito em que a vítima é civil para o juiz de Direito e aquele outro em que a vítima é militar para o Conselho de Justiça? Ou o juiz de Direito exercerá *vis atractiva* sobre o fato cometido contra o militar e julgará os dois? Ou a *vis atractiva* será exercida pelo Conselho? Só o tempo dirá, depois de muitas e muitas decisões em sede de conflito de competência, que só contribuirão para o procrastinamento dos feitos e descrédito da Justiça.

Também não é difícil de se imaginar que nos processos de crime militar praticado contra civis, o julgamento forçosamente deixará de ser oral e solene, o que será mantido apenas em relação àqueles crimes de competência do Conselho de Justiça. Carece de sentido que as alegações escritas sejam debatidas em plenário<sup>3</sup> perante apenas o juiz de Direito. Vê-se, portanto, que, de forma reflexa (já que a idéia inicial e injusta era extinguir a Justiça Militar estadual), a Emenda Constitucional n. 45 acabou descaracterizando a Justiça Militar estadual em seus aspectos intrínsecos, como a permanente solenidade e a facilmente constatada celeridade que sempre a distinguiu da Justiça ordinária, além, é claro, de jogá-la na vala comum da insatisfação dos jurisdicionados: deixará de ser ágil para tornar-se morosa, perante, principalmente, os inúmeros recursos que daqui para frente irão questionar competência, tanto dos feitos em andamento, como daqueles que estão por iniciar-se, em prejuízo das instituições militares que sempre estiveram sob sua tutela.

Outra pergunta: Se o constituinte privilegiou os juízes de Direito (magistrados togados) para o julgamento dos crimes cometidos contra civis (*critério que se afasta do próprio conceito doutrinário de crime militar*) – e aí restringiu ao máximo o escabinato<sup>4</sup> do 1º grau, como poderão os juízes militares dos tribunais (escabinato de 2º grau) julgar recursos em que a experiência da caserna não foi necessária

---

<sup>3</sup> Conforme art. 433 e parágrafos do Código de Processo Penal Militar.

<sup>4</sup> Colegiado formado por juízes togados e juízes leigos (oficiais militares).



no juízo *a quo*, mas sim, o indispensável conhecimento jurídico próprio dos juízes togados, principalmente nos processos de jurisdição cível? Ousamos dizer que na Justiça Militar estadual, o escabinato, que era o ator principal, passou a ser mero coadjuvante.

Lamentável.

Já em relação à Justiça Militar da União, onde o constituinte emendador ainda não estabeleceu consenso (*o texto retorna à Câmara*), constata-se que haverá uma redução do número de ministros do Superior Tribunal Militar previsto no art. 123 da Carta, caindo de 15 para 11, diminui o número de ministros militares e apesar de diminuir o número de ministros civis, a reforma privilegia os juízes-auditores, o que me parece natural e justo, já que são juízes de carreira. Devem ficar, portanto: 2 ministros da Marinha, 3 do Exército, 2 da Aeronáutica e 4 civis, sendo 2 oriundos da carreira de juiz-auditor, 1 da carreira de advogados e um da carreira do Ministério Público Militar.

Diferentemente da mudança operada em relação à Justiça Militar estadual, não há previsão da figura do juiz de Direito, nem, muito menos, de a Presidência dos Conselhos passar para o juiz-auditor, o que poderá ocorrer *de lege ferenda*, por meio do processo legislativo que a própria Constituição estabelece, quando da reforma da Lei de Organização Judiciária Militar da União<sup>5</sup>, mas não há nenhum indicativo nesse sentido.

O texto proposto para o art. 124 mantém a competência ampla de processar e julgar os crimes militares definidos em lei, independentemente de quem seja o seu autor (*e aí não existe alteração nenhuma*), mas é acrescido da nova competência de *exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas*.

## **2 Ações judiciais contra atos disciplinares militares *versus* controle jurisdicional sobre as punições disciplinares**

Antes de se adentrar na análise sobre os textos propostos para aumentar a competência de cada uma das Justiças Militares deste

---

<sup>5</sup> Lei n. 8.457/1992.

país, necessário dizer que a questão afeta ao poder disciplinar e às punições disciplinares diz respeito ao chamado Direito Disciplinar Militar, que é um dos ramos do Direito Administrativo, ainda em desenvolvimento.

Daí por que, quanto à finalidade da alteração proposta, essa nos parece ser a de reunir, num só juízo, o Direito Penal e o Direito Disciplinar, que já estão entrelaçados entre si, como se pode verificar dos próprios regulamentos disciplinares e do Código Penal Militar. Acaba-se assim, com a dualidade de jurisdição existente até então.

Quanto à forma de alteração, no entanto, o equívoco de quem elaborou a emenda constitucional é fácil de se constatar, e será, com certeza, de difícil aplicação ao caso concreto, gerando dúvidas da parte de seus operadores, conflitos a serem dirimidos na instância superior, colaborando assim para finalmente “emperrar” a até agora “célere” Justiça Militar.

A primeira coisa a ser feita é delimitar se as expressões “ações judiciais contra atos disciplinares militares” e “controle jurisdicional sobre as punições disciplinares militares” serão ou não sinônimas.

Atos disciplinares militares é, a nosso sentir, expressão mais ampla do que punições disciplinares aplicadas aos militares, isto porque essas, as *punições*, serão sempre aplicadas por meio de *atos disciplinares*, os quais, antes de qualquer coisa, são atos administrativos, e como tal devem ser tratados.

É pelo ato disciplinar (v. g., a nota de punição) que se aplica a punição disciplinar que está previamente prevista nos regulamentos disciplinares militares.

Quais seriam, então, os limites dessa nova jurisdição militar?

Quer nos parecer que o *controle jurisdicional sobre as punições disciplinares* a ser exercido pela Justiça Militar da União (caso a proposta de emenda se concretize, a tendência parece ser esta) só poderá ser exercido em decorrência das *ações judiciais* interpostas naquele juízo, da mesma forma que a Justiça Militar estadual, ao processar e julgar as *ações judiciais contra atos disciplinares militares*, estará exercendo o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos militares estaduais.

Conquanto ditas de forma diversa, e postas em locais diversos da Constituição, a competência das duas espécies da Justiça Mili-

tar brasileira, com relação ao direito disciplinar – que é administrativo –, é a mesma.

Sendo o ato disciplinar um ato administrativo por excelência, os limites da jurisdição são exatamente os mesmos estabelecidos para a análise pela jurisdição comum ou ordinária, ou seja, não se poderá verificar o mérito do ato administrativo, mas sim os pressupostos exigidos para a sua formação e validade.

Anote-se que os dispositivos constitucionais que tratam da matéria são de aplicação imediata e de eficácia plena, não necessitando de regulamentação, a não ser, é óbvio, aquelas necessárias para se adequar o rito processual a ser seguido desde já.

### **3 A jurisdição cível da Justiça Militar**

Não há como negar a sensível mudança operada em relação à Justiça Militar.

Para exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, o que fará por meio do processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares, a Justiça Militar passará a travar conhecimento com o processo cível, que, até então, lhe era um completo desconhecido, à exceção do julgamento do mandado de segurança, pelos Tribunais.

O instrumento de aplicação dessa nova forma de atuação será o Código de Processo Civil<sup>6</sup>, coadjuvado pelo novo Código Civil brasileiro<sup>7</sup> e, é lógico, toda a legislação administrativa e disciplinar aplicável à espécie de cada novo processo que ali irão aportar.

As hipóteses serão inúmeras, desde a simples anulação de uma punição disciplinar, passando pelo pedido de *habeas corpus* preventivo nas transgressões disciplinares, até mesmo a reintegração daquele militar que, por hipótese, foi excluído a bem da disciplina, que é uma punição disciplinar prevista no art. 94, VIII, do Estatuto dos Militares<sup>8</sup>, ou similares nos Estados e DF. Também as questões acerca do andamento dos processos administrativos de caráter disciplinar do Conselho de Justificação e Conselho de Disciplina, enquanto estive-

---

<sup>6</sup> Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>7</sup> Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>8</sup> Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

rem sendo processados nos quartéis, até mesmo, porque não, ações de indenizações por terem sido reintegrados na Força, tudo a exigir cálculos, liquidação de sentença etc.

Por óbvio que essa nova jurisdição posta à disposição dos militares não será gratuita; as ações passarão a exigir a cobrança de custas, preparo dos processos, valor da causa; serão sempre contenciosas, requerendo imediata adaptação da Lei de Organização Judiciária Militar, que se mostrará completamente defasada.

Na lide entre o Militar e sua Força, o Ministério Público, tanto de 1º como de 2º grau, sairá de seu papel restrito do processo penal para, a partir do amplo leque de atribuições que lhe assegurou a Constituição Federal em seu art.127, ajustar sua atuação pelas regras dos arts. 81 a 85 do Código de Processo Civil.

#### **4 Conclusão**

A conclusão a que se chega com meia reforma concluída (*falta ainda a que afetará a Justiça Militar da União*) é que, ressalvados os entendimentos opostos e de todo respeitados, não houve avanço nem melhoria na prestação jurisdicional da Justiça Especializada.

Houve, sim, novidades em relação, principalmente, à Justiça Militar dos Estados e do DF, uma nova jurisdição penal para o juiz de Direito (*ex-auditor*) separada da jurisdição do Conselho de Justiça, além, é lógico, do acréscimo de competência com o advento da jurisdição de natureza cível, nos processos de origem administrativa, afetos à aplicação das punições disciplinares militares.

É cedo para se falar em avanço, tampouco em retrocesso. O tempo – e só ele – dirá; cremos que dirá logo, a partir da inundação de argüição de conflitos (positivo e negativo) de competência que irá se desencadear, para serem resolvidos pelos Tribunais Superiores.

Não resta a menor dúvida que os operadores da Justiça Militar (*Juízes, Advogados e Membros do Ministério Público*) terão que se atualizar no campo do Direito Civil e do Direito Processual Civil, para que a prestação jurisdicional seja a mais adequada possível, em tempo razoável, já que, com a duplicação de competência, a tão propalada e reconhecida celeridade processual será coisa do passado.

# Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas



# Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais:

## Coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação

Cláudio Pereira de Souza Neto\*

**Sumário:** Introdução. 1 Ponderação e coerência. 2 Ponderação e razão pública. 3 Decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação. 4 Parâmetros (*standards*) de ponderação. Conclusões.

### Introdução

O aspecto mais destacado do contexto contemporâneo de renovação da teoria do direito no Brasil talvez seja a progressiva adoção da técnica da ponderação de princípios, observada, sobretudo, a partir da divulgação, aqui, das contribuições inovadoras de Dworkin e Alexy. Contudo, a despeito do otimismo com que nossa doutrina vem recebendo a técnica da ponderação, também crescem, tanto no Brasil quanto no exterior, algumas preocupações concernentes à possibilidade de um uso abusivo da técnica. Argúi-se, sobretudo, que a ponderação leva a um aumento excessivo da discricionariedade judicial, com sérios prejuízos para a segurança jurídica e para a legitimação do Judiciário. Como consequência dessas preocupações, tem-se intensificado, mais recentemente, o esforço de se estabelecerem padrões metodológicos que levem ao incremento da racionalidade da ponderação. Muitas são as propostas engajadas nesse esforço. Este texto tem como finalidade elaborar um quadro sintético das quatro principais tendências em que se distribuem essas propostas. Tais tendências são dominadas pelas idéias de “coerência”, “razão pública”, “decomposição analítica” e “pré-definição de *standards*”. Cada uma

---

\* Cláudio Pereira de Souza Neto é Professor da Universidade Federal Fluminense; Doutor em Direito pela Universidade do Estado Rio de Janeiro (UERJ).

delas será respectivamente examinada nos tópicos que se seguem. Preliminarmente, cumpre apenas ressaltar que o presente estudo pretende tão-só elaborar uma proposta de sistematização, sem proceder a um exame exaustivo das vertentes apresentadas.

## 1 Ponderação e coerência

A proposta mais influente de se reduzir a discricionariedade que marca a atividade de ponderação é a de se atribuir ao intérprete o dever prévio de reconstruir o sistema de princípios de modo a torná-lo coerente. Esse ponto de vista caracteriza a contribuição de diversos autores situados no debate jurídico contemporâneo. É o caso, p. ex., de Dworkin, Günther e Peczenik<sup>1</sup>. Especificamente no âmbito da dogmática constitucional, não é diferente o que prescrevem os postulados da “unidade da constituição”, da “harmonização” e da “concordância prática”<sup>2</sup>.

O dever de gerar coerência incide sobre o intérprete quando esse maneja colisões situadas em diferentes planos de abstração. Por um lado, exige-se que o sistema de princípios, abstratamente considerado, seja interpretado de modo a se conformar uma unidade coerente. Um exemplo importante, colhido na obra de Dworkin, é o da relação entre igualdade e liberdade<sup>3</sup>. Para superar a tradicional tensão entre os dois princípios, o autor estrutura, a partir dos pressupostos do liberalismo igualitário, um modelo de “igualdade de recursos”. Por esse modelo, Dworkin procura fazer jus simultaneamente à responsabilidade do indivíduo pelas escolhas que faz e à res-

---

<sup>1</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 261; GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 17-18, 1995; PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v. 14, n. 1, mar. 2001. p. 78 e ss.

<sup>2</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 188 e ss.; FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Ajuris*, n. 76, 2000; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 91; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 65 e ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1096-1097.

<sup>3</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 2000.



ponsabilidade social pelo estabelecimento de um contexto propício para que as escolhas individuais possam se tornar efetivas. Desse esforço de síntese, resulta a atribuição ao Estado do papel de estabelecer um sistema distributivo que garanta a todos iguais recursos para que possam realizar seus projetos de vida. As diferenças aleatórias, que decorrem, p. ex., dos talentos naturais ou da sorte de cada um, serão objeto de redistribuição. Mas as diferenças que resultarem das opções pessoais, feitas de forma materialmente autônoma, não serão anuladas<sup>4</sup>. Garante-se, com isso, simultaneamente e de modo coerente, a liberdade e a igualdade<sup>5</sup>.

Ainda no plano abstrato, um outro exemplo importante é o da síntese entre democracia e estado de direito operada por algumas vertentes da filosofia constitucional contemporânea. É tradicional na história do pensamento político se afirmar que há contradição entre democracia e estado de direito. Enquanto o princípio do estado de direito implica a limitação do poder político, o princípio da soberania popular consiste na sua afirmação. Não haveria, por conseguinte, a possibilidade de harmonizá-los<sup>6</sup>. Em contraposição a esse ponto de vista, argumenta-se que o estado de direito é uma condição para um exercício efetivo da soberania popular: se os direitos fundamentais,

---

<sup>4</sup> Dworkin se diferencia, com a formulação desse modelo, dos velhos igualitários, os quais, embora afirmem que a comunidade possui a responsabilidade coletiva de tratar igualmente a todos, tal como Dworkin, ignoram, por outro lado, as responsabilidades dos indivíduos por suas escolhas pessoais. Em sentido inverso, Dworkin rechaça também o ponto de vista dos liberais conservadores, os quais, se, como ele, enfatizam a responsabilidade pessoal, deixam de reconhecer a responsabilidade coletiva (ibidem, p. 6-7).

<sup>5</sup> Para reconstruir o sistema formado por esses dois princípios, de modo a lhes atribuir coerência moral, o autor lança mão daquilo que denomina “estratégia da ponte”. Para ele, “a liberdade e a igualdade não podem colidir, como duas virtudes políticas fundamentais, porque a igualdade não pode sequer ser definida senão levando em conta a liberdade [...]”; “a liberdade e a igualdade não são virtudes independentes, mas aspectos do mesmo ideal de associação política” (ibidem, p. 182).

<sup>6</sup> Esse ponto de vista é compartilhado por inúmeros autores. Cf., em especial: CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. In: ———. *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997; BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: ———. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Organização Henry Hardy. Introdução Roger Hausheer. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; SCHMITT, Carl. *Parlamentarisme et démocratie*. Tradução Jean Louis Schieggel. Paris: Éditions du Seuil, 1988. p. 96-116.

p. ex., não estão garantidos, não há uma formação livre e igualitária da opinião e da vontade coletivas. Portanto, o estado de direito institucionaliza o contexto adequado à manifestação da soberania popular, não havendo colisão entre ambos, mas harmonização e complementaridade.

Essa compreensão do estado de direito e da democracia como princípios complementares está presente na obra de diversos autores. A título informativo, cabe mencionar, p. ex., as contribuições de Holmes<sup>7</sup> e Elster<sup>8</sup>. A posição dos autores pode ser esclarecida por meio das metáforas “Ulisses” e “Pedro embriagado”. Para os autores, a soberania popular deve se auto-restringir, por meio da constituição, justamente para evitar que, no futuro, maiorias eventuais ensejem a sua própria erosão, assim como Ulisses pede que lhe atem ao mastro do navio para poder ouvir o canto das sereias sem sucumbir a ele, e “Pedro sóbrio” pede que, se ele se embriagar, não o deixem dirigir seu próprio automóvel, mesmo contra sua vontade. O estado de direito figura, portanto, como uma autodefesa da soberania popular *vis-à-vis* a sua própria manifestação futura em momentos excepcionais.

Próximas a esse ponto de vista estão as contribuições de Ely<sup>9</sup> e Habermas<sup>10</sup>. Esses autores, no entanto, justificam o estado de direito mediante a idéia de “condições procedimentais da democracia”. O estado de direito, se interpretado em termos procedimentais, não seria uma auto-restrição da soberania popular, mas um elemento constitutivo desse princípio. Sem as condições procedimentais estabelecidas pelo estado de direito, não haveria democracia. Esses autores, contudo, para operar essa harmonização, excluem do estado de direito os valores substantivos com ele identificados, embora divirjam, de modo bastante significativo, a respeito do que é substantivo e do que é procedimental. O procedimentalismo de Ely é, efetivamente, bastante mais minimalista que o de Habermas.

---

<sup>7</sup> HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 195 e ss.

<sup>8</sup> ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

<sup>9</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1980.

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Os exemplos acima se referem a harmonizações que se operam no plano abstrato. Mas a solução de casos concretos também deve ser levada a cabo de modo a ensejar a realização concomitante dos princípios envolvidos na colisão, sem que se tenha que abrir mão de um em favor do outro. Exemplo sempre citado desse tipo de harmonização é o conhecido caso da “huelga de hambre de los GRAPO”, apreciado pelo Tribunal Constitucional espanhol no início da década de 1990<sup>11</sup>. O caso era atinente a uma greve de fome realizada por detentos ligados aos GRAPO (*Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre*). Estavam em choque a liberdade de consciência e expressão e o direito à vida e à integridade física, ambos titularizados pelos próprios detentos. Partindo do pressuposto de que os detentos não poderiam abrir mão da própria vida, a administração prisional pretendia alimentá-los à força. A solução encontrada foi determinar que os grevistas só fossem alimentados a partir do momento que perdessem a consciência. Observe-se que, com isso, realizam-se simultaneamente as duas constelações de princípios que estavam em colisão. Enquanto os detentos mantivessem a consciência e pudessem manifestar seu pensamento, garantia-se a liberdade de expressão. Quando perdessem a consciência, seriam alimentados. A decisão consegue, portanto, harmonizar, no caso concreto, os princípios cuja colisão era aventada.

A jurisprudência brasileira também tem resolvido diversas questões à luz dos postulados da harmonização e da concordância prática. O caso mais conhecido é o que envolve as ações de investigação de paternidade após o advento do exame de DNA<sup>12</sup>. Aqui tem lugar uma colisão entre a intimidade e a integridade física, por um lado, e o direito ao estado de filiação, por outro. A solução desenvolvida pelo STF foi não coagir o suposto pai a fornecer material genético para a realização do exame, mas determinar que, caso ele se

---

<sup>11</sup> Recurso de Amparo n. 120/1990 – BOE: 19900730 (BOE n. 181). Sobre o caso, cf.: ATIENZA, Manuel. La huelga de hambre de los GRAPO. *Claves de razón práctica*, n.14, p. 8-19, jul./ago. 1991.

<sup>12</sup> Cf. HC 71373/RS – Relator: Ministro Francisco Rezek – Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 10/11/1994 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ de 22 nov. 1996.

negue a fornecê-lo, a paternidade será presumida. Tal solução garantiria, portanto, a realização concomitante dos princípios em jogo. Contudo, o direito ao estado de filiação não tem só uma dimensão patrimonial; possui também uma dimensão moral, que envolve a expectativa da pessoa de identificar, com certeza, o seu progenitor. Essa dimensão moral não foi suficientemente protegida. A decisão logrou harmonizar os princípios mencionados apenas se interpretarmos um deles – o direito ao estado de filiação – em termos patrimoniais. No exemplo, não ocorreu, por conseguinte, verdadeira harmonização: para que a solução fosse construída, a decisão acabou elidindo uma das dimensões cruciais de um dos princípios colidentes. Em sentido contrário, os postulados acima referidos prescrevem uma interpretação comprometida com a integração da totalidade do sistema jurídico, mas sem desconsiderar o núcleo essencial das normas que nele têm lugar.

Observe-se, por fim, que a intensidade com que esse dever de gerar coerência incide sobre o intérprete varia de acordo com a proposta coerencista. Na versão extrema de Günther, a ponderação de princípios é uma técnica a ser abandonada. Segundo ele, todas as decisões podem ser extraídas de um juízo de adequação quanto à norma a ser aplicada ao caso concreto. Já para Dworkin, a ponderação de princípios não é eliminada. O autor deseja apenas confiná-la à condição de uma técnica de aplicação residual ou subsidiária. Somente quando não for possível levar a cabo a harmonização dos princípios, pode o intérprete licitamente atribuir a um deles um peso maior em um caso concreto. Tais questões possuem grande importância prática. Seu exame exige, todavia, um estudo autônomo. Aqui não se pretende problematizar a própria necessidade da atividade de ponderação. Por ora, fica estabelecida, apenas, a diretriz segundo a qual, antes de realizar a ponderação de princípios, deve o intérprete buscar harmonizá-los.

## **2 Ponderação e razão pública**

Outra forma de se reduzir a discricionariedade judicial propiciada pela técnica da ponderação é atribuir conteúdo aos princípios a serem ponderados em conformidade com a “razão pública”. Contemporaneamente, o conceito de razão pública, em especial por

meio da obra de Rawls<sup>13</sup>, vem sendo definido em contraste com o de “doutrinas abrangentes”<sup>14</sup>. Essas são doutrinas compartilhadas por grupos particulares, mas que exibem a pretensão de formular um projeto abrangente, capaz de envolver diversas dimensões da vida social, indo além do âmbito estrito em que se situam os valores políticos informadores da “estrutura básica da sociedade”<sup>15</sup>. As doutrinas abrangentes podem ser filosóficas ou religiosas. É o caso, p. ex., do liberalismo econômico ou do socialismo, do catolicismo ou do protestantismo. A razão pública, por seu turno, caracteriza o campo do que é consensual, do que pode contar com o assentimento das diversas “doutrinas abrangentes razoáveis” que têm lugar nas sociedades hodiernas. Como propugna Rawls, a razão pública não é abrangente, mas concerne tão-só à democracia, aos direitos humanos e às teorias científicas incontroversas. Rawls enfatiza especial-

---

<sup>13</sup> O autor desenvolve esse conceito em diversas oportunidades. Os dois textos fundamentais são: “A idéia de razão pública”, que é a sexta conferência de *O liberalismo político* (Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000) e “A idéia de razão pública revista” (*O direito dos povos*. Tradução Luis Carlos Borges. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001), publicados, originalmente, em 1993 e 1997. Este último texto representa uma reelaboração do primeiro. Há, sobretudo, a inserção da idéia de “reciprocidade” como requisito da razão pública. Tal modificação já tinha, no entanto, sido esboçada em um texto publicado entre os dois outros. Trata-se da introdução à edição brochura do *Liberalismo político* (*Introduction to the paperback edition*. In: Rawls, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996).

<sup>14</sup> Segundo Catherine Audard, em glossário dos conceitos de Rawls, “tratam-se das doutrinas – filosóficas, morais e religiosas – pessoais que englobam, de maneira mais ou menos sistemática e completa, os diversos aspectos da existência humana e, portanto, que ultrapassam as questões meramente políticas, considerando-as como um caso particular de uma concepção mais ampla”. (Glossário. In: RAWLS, J. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 376). Tais doutrinas discordam, p. ex., acerca dos valores da autodeterminação, da felicidade e do bem-estar; dos méritos da vida contemplativa e da vida prática; da importância do compromisso pessoal e do compromisso político; da primazia da igualdade ou da eficiência econômica etc. Cf. COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 96.

<sup>15</sup> O intuito de Rawls é o de que seu “liberalismo” se mova “dentro da categoria do político” e deixe “a filosofia como ela é”, vale dizer, deixe “intocados todos os tipos de doutrinas, religiosas, metafísicas e morais, com suas longas tradições de desenvolvimento e interpretação” (RAWLS, J. *O liberalismo político*, cit., p. 27).

mente que é a possibilidade de um uso público da razão que permite a cooperação social. Como seres razoáveis, capazes de agir e argumentar com “reciprocidade”<sup>16</sup>, podemos estabelecer termos justos para a cooperação social, i. e., termos com os quais os demais cidadãos, mesmo que adeptos de outras doutrinas abrangentes, devem concordar<sup>17</sup>.

O Poder Judiciário e, especialmente, as cortes constitucionais estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública. Como suas decisões não se legitimam pelo voto popular, devem se ater ao desiderato de contribuir para a consolidação das condições para a cooperação social. Para que a jurisdição constitucional seja exercida sem comprometê-la, “os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular”; não podem recorrer, ao justificarem suas decisões, a “visões religiosas ou filosóficas”. O fundamento das decisões judiciais deve se limitar ao que os magistrados “julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública”. Tais valores são aqueles que os magistrados podem esperar que “todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem”<sup>18</sup>. Por isso, se os adeptos de determinada doutrina abrangente alentam a intenção de influenciar as decisões proferidas pelas cortes constitucionais, devem “traduzir” seus valores particulares para os termos adequados à razão pública, i. e., para a linguagem da democracia, dos direitos humanos e das teorias científicas incontroversas.<sup>19</sup>

No tocante à ponderação, o conceito de razão pública é especialmente importante, porque delimita, para o magistrado, um dever prévio à ponderação, que é o de atribuir um conteúdo razoável (no sentido acima exposto) aos princípios a serem ponderados. Isso é capaz de reduzir significativamente a colisão entre princípios, senão,

---

<sup>16</sup> Idem, A idéia de razão pública revista, cit., p. 181.

<sup>17</sup> Esses temas foram especialmente enfrentados por Alexy em sua *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>18</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., p. 287.

<sup>19</sup> Sobre o conceito de tradução, cf. FORST, Rainer. The rule of reasons: three models of deliberative democracy. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 349, dez. 2001.

em alguns casos, até mesmo de eliminá-la. Lembre-se, p. ex., da polêmica recente acerca da interrupção da gestação do feto anencefálico<sup>20</sup>. Se atribuirmos conteúdo ao direito à vida de acordo com a concepção de algumas religiões, chegaremos à conclusão de que o caso envolve a colisão entre ele e a autonomia e a integridade física e moral da gestante. Mas se atribuirmos conteúdo ao direito à vida por meio da razão pública, concluiremos que não há, de fato, colisão, pois não há, infelizmente, vida a ser protegida. Esse é um dado incontroverso no âmbito da ciência médica. Em todos os casos, ou o restante das funções vitais do feto cessam ainda durante a gestação ou logo após. Nesse caso, não há, portanto, aborto, já que o bem jurídico protegido pelo tipo penal não está presente.

Observe-se, contudo, que a noção de razão pública não é construída apenas em face de doutrinas religiosas. Também existem doutrinas laicas abrangentes, como é o caso, v.g., do libertarianismo. Sob esse prisma, pode ser criticada, p. ex., a interpretação do princípio do estado de direito feita por Hayek. Para esse precursor do libertarianismo, o monopólio do estado sobre determinada atividade econômica, o controle público de preços e as políticas tributárias distributivas violam o estado de direito, por não serem medidas capazes de se manifestar por meio de leis gerais e abstratas<sup>21</sup>. Evidentemente, o objetivo do autor é limitar o princípio da soberania popular em favor da autonomia privada. Mas essa é concebida em termos econômico-liberais, i. e., de acordo com sua doutrina abrangente particular. Essa postulação não passa, portanto, no teste da razão pública.

### **3 Decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação**

O que caracteriza o esforço de decomposição analítica é o intuito de tornar explícitos os elementos englobados pela ponderação. Uma vez identificados, tais elementos devem obrigatoriamente

---

<sup>20</sup> O tema está, atualmente, sendo apreciado pelo STF Cf. ADPF 54 MC/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Relator: Ministro Marco Aurélio – DJ de 2 ago. 2004.

<sup>21</sup> HAYEK, F.A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960. p. 220 e ss.

ser considerados pelo intérprete, com o que a ponderação se torna mais controlável pelo público. Recentemente, Alexy veio a elaborar mais uma importante contribuição à teoria dos princípios, cujo propósito fundamental é operar essa decomposição. Trata-se de uma fórmula que decompõe os elementos a serem levados em conta na atividade de ponderação<sup>22</sup>. A fórmula é a seguinte:

$$P_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot C_i}{I_j \cdot P_j \cdot C_j}$$

$P_{i,j}$ : Peso concreto.

$I$ : Intensidade da interferência no princípio.

$P$ : Peso abstrato do princípio.

$C$ : Confiabilidade das premissas empíricas.<sup>23</sup>

Para Alexy, a atividade de ponderação deve considerar, por um lado, o peso abstrato de cada um dos princípios. Para o autor, os princípios que estão presentes no sistema constitucional não possuem o mesmo “peso abstrato”. A dignidade humana, p. ex., possui um peso abstrato maior que a liberdade de expressão, e essa, um maior que a livre iniciativa. Em seu conjunto, os princípios dão ensejo à conformação de um sistema de prioridades *prima facie*<sup>24</sup>. O peso abstra-

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

<sup>23</sup> Na tradução para o inglês, ora utilizada:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

$W_{i,j}$ : concrete weight.

$I$ : intensity of interference.

$W$ : abstract weight.

$R$ : reliability of the empirical assumptions.

<sup>24</sup> Tal sistema de prioridades está formulado, embora de maneira incompleta, no próprio Texto Constitucional, mas também na legislação e na jurisprudência. Assim, a Constituição, quando caracteriza a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores



to, no entanto, é apenas um dos critérios a serem levados em consideração. Além dele, existem, ainda, o “grau de interferência” nos princípios e a “confiabilidade” da realização dessa interferência.

Pode ser que um princípio possua uma considerável prioridade *prima facie*, se comparado a outro princípio, e, ainda assim, lhe ceda lugar, o que se dará quando, no caso concreto, a intensidade da interferência que incide sobre ele for consideravelmente leve. Recorde-se do exemplo acima citado do reconhecimento de paternidade mediante o exame de DNA. A integridade física tem um peso abstrato maior que o do direito ao estado de filiação. Mas a coleta de material genético para a realização do exame representa uma interferência leve naquele direito, razão pela qual poderia ser justificada em favor da realização deste, tendo-se em vista, sobretudo, a sua dimensão moral.

Por fim, pode ocorrer ainda que, embora o peso abstrato e o grau de interferência sejam fortes, determinado princípio não prevaleça: bastará, para tanto, que seja pouco confiável a realização concreta da interferência. O exemplo fornecido por Alexy é o da proibição do consumo de *cannabis sativa*. A saúde pública tem um forte peso abstrato, assim como a autonomia privada. O legislador, para justificar tal proibição, entendeu que o uso do produto pode interferir gravemente na saúde. Mas, para se solucionar o caso, deve ser observada ainda a “confiabilidade das premissas empíricas” nas quais o legislador se apoiou. Por isso, o autor critica decisão do Tribunal

---

sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos da República, estaria atribuindo-lhes uma posição hierárquica privilegiada. Isso não significa, no entanto, que tais princípios não sejam passíveis de ponderação. Caso contrário, perderiam sua característica de princípios. Segundo Alexy, “pode se dizer, de maneira geral, que não é possível uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão fundamental em todos os casos de maneira intersubjetivamente obrigatória. Mas, a impossibilidade de uma ‘ordem dura’ desse tipo não diz nada acerca da possibilidade de ordens mais ‘brandas’ e, assim, nada contra a concepção de ponderação. Ordens brandas podem surgir de duas maneiras: (1) através de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios e (2) através de uma rede de decisões concretas de preferências” (*Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 156-157).

Constitucional alemão, o qual considerou a norma incriminadora compatível com a Constituição, mesmo reconhecendo que a confiabilidade das premissas empíricas que motivaram o legislador era apenas “sustentável”.

O autor exemplifica a aplicação da fórmula nos seguintes termos:

A possibilidade de o legislador proibir produtos de *cannabis* depende, principalmente, de que a interferência na liberdade constitucionalmente protegida, causada pela proibição, seja adequada e necessária para combater os perigos associados à droga. Se a proibição criminal não for adequada ou não for necessária, ela está definitivamente proibida pelos direitos fundamentais. O Tribunal declarou explicitamente que as premissas empíricas do legislador eram incertas. Considerou adequado que as suposições empíricas do legislador fossem ‘sustentáveis’ (BVerfGE vol. 90, 145, 182). Isso pode ser inserido na Fórmula da Ponderação da seguinte maneira:  $I_i$  representa a interferência da proibição de produtos de *cannabis* na liberdade constitucionalmente protegida.  $I_j$  representa as perdas causadas no lado dos bens coletivos, especialmente na saúde pública, se não forem proibidos produtos de *cannabis*. Os pesos abstratos dos princípios colidentes  $P_i$  e  $P_j$  são considerados iguais, o que permite elidi-los. Se os produtos de *cannabis* são proibidos, a interferência em  $P_i$  deve ser considerada como certa. O valor de  $R_i$  é então  $2^0 = 1$ .  $R_j$  representa, em nosso caso, a confiabilidade da suposição empírica do legislador de que a proibição de produtos de *cannabis* seja necessária para evitar perigos para bens coletivos, especialmente para a saúde pública. Os Tribunais classificam  $R_j$  como ‘sustentável’, quer dizer, como  $p$ . Pressupondo-se o modelo triádico simples,  $R_j$  recebe explicitamente o valor  $2^{-1} = \frac{1}{2}$ . Disto e do fato de que o Tribunal considerou constitucional a proibição de produtos de *cannabis*, segue que a interferência em  $P_i$  não é de grau mais alto. Seu valor

mais alto possível é 2, isto é,  $m$ . Isso fica claro pondo os seguintes valores na Fórmula da Ponderação:

$$1 = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}}$$

$R_j$  deve ser  $\frac{1}{2}$  porque o Tribunal explicitamente assume esse grau de confiabilidade.  $R_i$  deve ser 1, porque a interferência no caso de proibição é certa.  $W_i$ ,  $j$  deve ser, pelo menos, 1, pois, se fosse abaixo de 1, a proibição seria inconstitucional. Porém, o Tribunal declarou a proibição constitucional. Nessa constelação, o valor mais alto possível que  $I_i$  pode alcançar é 2, quer dizer, moderado, porque  $I_j$  não pode alcançar no modelo triádico simples um valor mais alto que 4, quer dizer,  $s$ . Isso demonstra que a Fórmula da Ponderação permite que a pessoa capte a interação entre os seis elementos que são relevantes para determinar o peso concreto de um princípio no caso de uma colisão de dois princípios. Se mais de dois princípios estiverem envolvidos, a Fórmula da Ponderação tem de ser mais elaborada, mas isso não será considerado aqui<sup>25</sup>.

Um outro exemplo: considere a proibição do uso de telefones móveis ao volante. A questão é averiguar a proporcionalidade da medida restritiva. Suponhamos que os dois primeiros critérios da proporcionalidade (adequação e necessidade) tenham sido atendidos. Deve-se, então, averiguar a “proporcionalidade em sentido estrito” da medida, tendo em vista a colisão entre a segurança e a autonomia privada. Em um primeiro momento, é preciso comparar o peso abstrato da segurança com o peso abstrato da autonomia privada. É importante observar se o peso abstrato de cada um dos princípios é leve, moderado ou sério, lançando-se mão não só do sistema de prioridades *prima facie*, estabelecido pelas normas de direito constitucional, pela legislação e pela jurisprudência, mas também do discurso

---

<sup>25</sup> ALEXY, On balancing and subsumption..., cit., p. 447-448.

de justificação dos princípios<sup>26</sup>. Após isso, verifica-se qual é o grau de interferência em cada um dos princípios diante da aprovação ou não da medida restritiva. Se aprovada, a interferência na autonomia privada seria levíssima, já que é sempre possível ao motorista parar o carro e usar o telefone. Já a interferência na segurança em caso de um acidente de trânsito provocado pelo uso do telefone ao volante é seriíssima. Por fim, observa-se que, se a medida é aprovada, a confiabilidade da realização da interferência na autonomia privada é total: o indivíduo está proibido de usar o telefone. Já a averiguação da confiabilidade da interferência na segurança, no caso da desaprovação da medida, implicaria a realização de uma pesquisa empírica, que fornecesse dados concretos sobre a quantidade de acidentes efetivamente resultantes daquela prática.

Como se pôde observar acima, o autor vai além desse esforço de decomposição analítica, atribuindo valores a cada um desses elementos e inserindo-os na “fórmula da ponderação” antes apresentada. No presente estudo, não se pretende ir tão longe com Alexy. Mas a fórmula tem o mérito inegável de chamar a atenção do aplicador do direito para aquilo que efetivamente deve ser considerado na atividade de ponderação. Por vezes, parece que a ponderação se resume àquilo que o aplicador intuitivamente considera mais plausível no caso concreto. No entanto, existem certas questões específicas que obrigatoriamente devem informar o processo de formação da convicção judicial. O intérprete, ao explicitar de que modo está abordando cada uma delas, incrementa a racionalidade da atividade de ponderação, e a torna mais controlável pelo público<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Como se sabe, Alexy defende a tese do “caso especial”, segundo a qual a argumentação jurídica é apenas um caso especial da argumentação prática geral. Cf. ALEXY, R. The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, dez. 1999. Essa tese faz com que não seja pertinente a separação entre discursos de fundamentação e de aplicação de princípios. Não há a possibilidade de enfrentar o tema no presente momento. Por ora, importa apenas ressaltar que o discurso de justificação normativa é crucial na atividade de ponderação por conta do papel que exerce na atribuição de peso abstrato aos princípios em jogo.

<sup>27</sup> No Brasil, algumas contribuições recentes também se engajam nesse esforço de “decomposição analítica”. É o caso, p. ex., dos estudos de: ÁVILA, Humberto. *Têoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros para a ponderação constitucional. In:

#### 4 Parâmetros (*standards*) de ponderação

Em nossa doutrina, os esforços que mais têm prosperado são os de se estabelecerem *standards* de ponderação, i. e., parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável quanto à solução da colisão.<sup>28</sup> Alexy os caracteriza como relações de “precedência condicionada”<sup>29</sup>. Tais padrões resultam, de modo geral, de uma reconstrução da experiência jurídica. Quando uma mesma colisão é recorrente e a solução se padroniza, a explicitação de tal padrão, na forma de uma máxima, cria previsibilidade em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados. Os magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com o *standard*, mas, para afastá-lo, devem estar dispostos a aceitar o ônus argumentativo daí decorrente.

Essa fixação de parâmetros tem caracterizado, p. ex., as reflexões acerca da colisão que decorre da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Sarmiento, em obra sistemática sobre o tema, identifica dois *standards*:

*Grau de desigualdade entre as partes*: quanto maior a desigualdade entre os envolvidos na relação privada, menor será a proteção da autonomia privada, e maior a do outro direito fundamental; quanto menor a desigualdade, maior a proteção da autonomia privada, e menor a do outro direito fundamental.<sup>30</sup>

---

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

<sup>28</sup> Em nossa literatura jurídica, foi recentemente elaborado estudo dedicado especificamente ao tema: BARCELLOS, Ana Paula de. *A técnica da ponderação: metodologia e parâmetros jurídicos*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>29</sup> ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 92; Idem, *Sistema jurídico y razón práctica*. In: ———. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 171. Alexy exemplifica essa exigência fazendo referência à prioridade *prima facie* que deve ter, quando se trata de desvendar um delito grave, a liberdade de informação sobre a proteção da personalidade. Isso não quer dizer uma prioridade definitiva (ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: ———. *Derecho e razón práctica*. Tradução Manuel Aitzena. 1. ed. México, DF: Fontamara, 1993. p. 18).

<sup>30</sup> SARMIENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303. Aqui está em jogo a noção de “liberdade real”. De fato, se a relação

*Grau de essencialidade da autonomia privada:* quanto mais a autonomia privada se aproxima de sua esfera nuclear, que é a esfera da intimidade, maior deve ser a sua proteção, e menor a do outro direito fundamental; quanto mais se aproxima de seu âmbito periférico, menor será a sua proteção, e maior a do outro direito fundamental<sup>31</sup>.

Um outro grupo de parâmetros tem sido proposto para informar a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). Dentre outros parâmetros, Barroso<sup>32</sup> propõe os seguintes:

*Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia:* a privacidade das pessoas que desempenham funções públicas é protegida de forma mais branda que a das pessoas que se dedicam unicamente à vida privada.

*Local do fato:* a privacidade dos fatos ocorridos em locais públicos é objeto de uma proteção significativamente mais leve que a dos ocorridos em locais privados: em regra, os eventos ocorridos no domicílio das pessoas não podem ser divulgados.

*Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos:* em uma república, os negócios do

---

privada se erigiu em um contexto de desigualdade, é mais provável que não tenha havido tampouco uma verdadeira manifestação da liberdade. Sobre o tema, cf., também, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003. p. 145 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ———. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 128 e ss.

<sup>31</sup> Para exemplificar a aplicação do *standard*, Sarmento propõe duas situações: 1ª) um proprietário de um imóvel deseja promover a rescisão de contrato de locação pelo fato de o inquilino ter se convertido a determinada religião; 2ª) aquela mesma pessoa, ao oferecer uma festa em sua casa, convida todos os vizinhos de seu edifício, exceto um deles, justamente pelo fato de tal morador ser adepto da tal religião. As duas situações são diferentes, mas envolvem uma colisão entre autonomia privada e liberdade religiosa. De acordo com o *standard* mencionado, no primeiro caso, deve preponderar a liberdade religiosa, no segundo a autonomia privada. Cf. SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 309-310.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003. p. 89-91.

estado são de evidente interesse público, e a regra é a possibilidade de divulgá-los.

Observe-se que *standards* como esses, propostos por Barroso e Sarmiento, não fixam normas de observância obrigatória. Eles estabelecem apenas uma prioridade *prima facie*, reduzindo o ônus argumentativo do aplicador que os privilegia na solução da colisão e aumentando o ônus do que os desconsidera. Obviamente, um caso concreto pode impor justamente a solução inversa à sugerida pelo *standard*. Tratar-se-á, então, de um “caso difícil”<sup>33</sup>, cuja resolução exige um maior esforço de justificação por parte do magistrado. Pode-se, ainda, imaginar uma colisão entre dois parâmetros diferentes. Observe-se, p. ex., que os dois grupos de parâmetros ora apresentados podem, eventualmente, se referir a uma mesma situação e indicar soluções divergentes. A partir do parâmetro segundo o qual os direitos fundamentais dos hipossuficientes merecem uma proteção mais intensa, podem ser impostas maiores restrições à liberdade de expressão, com o intuito de proteger os direitos da personalidade, sobretudo em contextos marcados pela concentração do poder comunicativo, nos quais o público não tem acesso às diferentes versões e opiniões que, muitas vezes, são construídas sobre o mesmo fato.

## Conclusões

As observações precedentes não tiveram a pretensão de extrair conclusões mais particulares. Buscou-se, apenas, apresentar uma notícia geral das tendências atuais de racionalização da atividade de ponderar princípios. A título conclusivo, cabe apenas ressaltar que as propostas acima sumariadas devem ser entendidas dialogicamente. Não há, aqui, a pretensão de que apenas o autocontrole metodológico do sujeito do conhecimento (no caso, o magistrado) leve a cabo a racionalização da atividade de ponderação. Essa tarefa depende da

---

<sup>33</sup> De acordo com grande parte da doutrina, “casos difíceis” são aqueles para cuja resolução o método da subsunção é insuficiente, e ao aplicador passa a caber operar com princípios. Essa tese é classicamente sustentada por: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. p. 81 e ss. Contudo, uma vez fixado um parâmetro de ponderação, pode-se afirmar que são “difíceis” apenas os casos em que se exija a sua superação.

interação comunicativa que tem lugar nas diversas esferas da atividade judicial<sup>34</sup>. É no âmbito dessa interação que as incorreções do raciocínio judiciário podem ser expostas à luz de outras visões. As propostas mencionadas de racionalização da ponderação exercem, de fato, as funções de aumentar ou reduzir o ônus argumentativo do aplicador e de tornar mais claros os vários elementos e etapas envolvidos nessa atividade. Com isso, evita-se que, em todas as colisões de princípios, as diversas premissas do processo decisório voltem a ser construídas. Ganha-se, portanto, em previsibilidade, clareza, controlabilidade e segurança jurídica.

## Referências

- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.
- . Sistema jurídico y razón práctica. In: ———. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1994.
- . Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: ———. *Derecho e razón práctica*. Tradução Manuel Atienza. 1. ed. México, DF: Fontamara, 1993.
- . *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

---

<sup>34</sup> Hoecke lembra que uma contenda judicial pode ensejar a formação de vários “círculos comunicativos”. O autor identifica cinco principais. O primeiro “círculo comunicativo” é aquele que deriva da troca de argumentos e contra-argumentos entre as partes, com o fito de convencer o juiz. Em caso de recurso, se instaura um novo “círculo comunicativo” no tribunal. Nesse, tomam posição não só as partes, mas também o juízo *a quo*, cujos argumentos são reapreciados, e os magistrados do órgão de 2ª instância. O terceiro “círculo comunicativo” tem início quando a decisão provoca o interesse da comunidade de especialistas e passa a ser objeto de discussão teórica e doutrinária. Em alguns casos excepcionais, a decisão desperta também a atenção da mídia, a qual constitui, portanto, um quarto “círculo comunicativo”. Por fim, em casos ainda mais raros, como são aqueles que versam sobre questões políticas e morais fundamentais, a decisão passa a ser discutida também pelos cidadãos em geral. Em tais casos, há um grande envolvimento dos cidadãos na determinação do conteúdo da lei. Esse é o quinto e mais amplo “círculo comunicativo”. Cf. HOECKE, Mark Van. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, dez. 2001. p. 414 e ss. e 420-421.



- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- . The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, dez. 1999.
- ATIENZA, Manuel. La huelga de hambre de los GRAPO. *Claves de razón práctica*, n. 14, p. 8-19, jul./ago. 1991.
- AUDARD, Catherine. Glossário. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.
- . *A técnica da ponderação: metodologia e parâmetros jurídicos*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, out./dez. 2003.
- . *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: ————. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Organização Henry Hardy. Introdução Roger Hausheer. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENVABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. In: ————. *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997.

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 2000.
- . *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.
- ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1980.
- FORST, Rainer. The rule of reasons: three models of deliberative democracy. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, dez. 2001.
- FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Ajuris*, n. 76, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 17-18, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYEK, F. A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HOECKE, Mark Van. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, dez. 2001.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v. 14, n. 1, mar. 2001.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucio-*

nal: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

RAWLS, John. A idéia de razão pública revista. In: ———. *O direito dos povos*. Tradução Luis Carlos Borges. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

———. *Introduction to the paperback edition*. In: ———. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

———. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ———. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. *Parlamentarisme et démocratie*. Tradução Jean Louis Schiegel. Paris: Éditions du Seuil, 1988.



# Possíveis contribuições do *Common Law* em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual

Julio Alberto Díaz\*

No início de 2004, a mídia veiculou, com particular atenção, o rompimento do contrato que o famoso cantor (e mais famoso consumidor de cerveja) Zeca Pagodinho tinha protagonizado com a fábrica de cerveja Schincariol. Até onde foi possível averiguar, a empresa havia acertado com o pagodeiro a quantia de um milhão de reais para utilizar sua simpática imagem associada à idéia publicitária em que ele aparece num bar, rodeado de amigos que o provocam a experimentar a nova marca de cerveja, objeto da publicidade.

Algumas semanas depois, talvez ainda sob os efeitos do excesso dos eflúvios espirituosos do Carnaval, o país inteiro surpreendeu-se ao ver o mesmo garoto-propaganda, dessa vez, empunhando uma garrafa da concorrente e anunciando aos quatro ventos que “aquilo tinha sido um amor de verão”, com o conseqüente arrasador efeito publicitário que isso significou para sua “paixão abandonada”...

Circulou nos bastidores a informação de que a Brahma teria pago 9 milhões de reais pela “traição” ou “infidelidade” do Zeca.

A situação, que caracteriza um rompimento contratual típico, e que augurava uma disputa judicial de proporções bíblicas, pelas quantias envolvidas, me fez lembrar a teoria do rompimento eficiente do contrato, do professor Richard Posner, da Universidade de Chicago.

A teoria, extremamente simplificada aos efeitos desta exposição, parte da conhecida regra de Pareto, que diz que uma sociedade não está na sua posição ótima enquanto existir pelo menos um câm-

---

\* Julio Alberto Díaz é argentino, formado em Direito pela Universidade Nacional de Córdoba (Argentina); Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro); Doutor em Direito Civil pela UFMG; Pós-Doutor pela Universidade de Ottawa (Canadá). Na atualidade é professor na Universidade de Fortaleza (Unifor).

bio que faria com que uma pessoa, nessa sociedade, estivesse em melhor situação (*better off*) sem que nenhuma outra ficasse pior (*worse off*).

A regra possui uma enorme atração intuitiva, já que, se fosse verdadeira, isso significaria que qualquer distribuição de riqueza ou poder estabelecido pelas leis poderiam ser atacados se não fossem *ótimos* em termos de Pareto. Dessa forma, aparece como uma guia normativa que juristas e economistas poderiam seguir para tentar alcançar uma sociedade melhor.

Insisto na idéia inicial: se, por definição, ninguém seria prejudicado em nada pela mudança, por que razão alguém haveria de objetar?

O professor Posner, partindo dessa premissa, desenvolveu sua teoria, em que defende a idéia de que, se um contratante rompe um contrato e fica em melhores condições econômicas depois de pagar os danos para ressarcir a vítima, ele deve descumprir o contrato e o sistema jurídico deve apoiá-lo. Em outras palavras, o rompimento ou o descumprimento eficientes devem ser estimulados.

Outra corrente de pensamento, baseado no princípio Kaldor-Hicks, vai além e afirma que é irrelevante a compensação da parte que não descumpriu, quando o ganho líquido da parte descumpridora excede a perda daquela, pois se a sociedade, vista como uma unidade, ficar mais rica o rompimento será eficiente. Ou seja, considera-se a maximização da riqueza social e o seu potencial teórico de satisfação das perdas, sem ter em conta se efetivamente essas perdas foram indenizadas.

Para Posner, ainda que o descumprimento seja voluntário ou intencional, pode não ser “culpável”. O promitente pode simplesmente ter descoberto que o seu cumprimento é mais valioso para outro contratante. Nesse caso, a eficiência alcança-se permitindo àquele contratante romper a sua promessa, apenas indenizando as perdas sofridas pela outra parte. Segundo o analista econômico de Chicago, se o contratante fosse obrigado a pagar mais do que isso, o descumprimento eficiente não seria alcançado, enfatizando ainda que a lei não deve forçar resultados antieconômicos para a sociedade (*Patton vs. Mid-Continent Systems*).

Nos Estados Unidos, há tempo vem-se trabalhando na idéia do chamado *tort for inducing the breach*, ou seja, um tipo particular de

ação que permite atribuir responsabilidade àquele sujeito que, ciente da existência de um contrato, induz um dos contratantes a rompê-lo, para em seguida contratá-lo. Trata-se, naturalmente, de uma responsabilidade extracontratual e, acho eu, perfeitamente adaptável à nossa figura genérica contida no art. 927 do Código Civil (antigo art. 159). A ação é importante porque permite a aplicação de danos punitivos, isto é, uma sanção de tipo exemplificadora que vai além da simples reparação do dano causado.

Fiz referência às duas posições (descumprimento eficiente e induzimento ao rompimento), pois ambas representam soluções absolutamente antagônicas para um mesmo problema.

O rompimento do contrato pelo Zeca Pagodinho com a Schincariol poderia ser analisado por Posner simplesmente como um descumprimento eficiente: paga os danos causados e, pronto, embolsa o resto (e ponha resto nisso!).

A Brahma, nesse caso, ficaria completamente alheia à questão (apenas indiretamente trazida à tona porque, segundo as informações, teria assumido contratualmente com o pagodeiro o compromisso de responder pelas perdas e danos a que ele certamente seria condenado).

Se considerarmos o induzimento ao rompimento como ação ilícita, o papel da Brahma passa a ser fundamental, pois se constitui no principal responsável pelos danos resultantes. Se fosse aplicada a teoria dos danos punitivos, a sanção poderia ser calculada levando-se em consideração os lucros obtidos graças à campanha publicitária *infiel*. Imaginando que isso seja possível, por exemplo, calculando o total de vendas no país nos três meses do verão (época da publicidade), e comparando essa soma com o total histórico, poder-se-ia atribuir o incremento a um efeito da campanha em questão. Os danos punitivos iriam representar não apenas um poderoso instrumento de redistribuição da riqueza injustamente obtida, como também teria um efeito altamente moralizador do próprio sistema contratual que, independentemente de gostos ou preferências por uma ou outra bebida, vem construindo a sua eficácia, ao longo dos séculos, baseado no princípio fundamental de que *os pactos existem para serem cumpridos*.

Uma outra questão interessante para ser estudada, e nesse sentido o caso se apresenta como extremamente rico para a análise jurídica, é se seria possível basear a indenização devida não nos danos

sofridos, como tradicionalmente admitem os direitos continentais, mas em relação aos ganhos obtidos por meio do ato ilícito.

Eu sei que os espíritos mais aferrados aos princípios historicamente consolidados na ciência do Direito Civil devem se sentir imediatamente incomodados com essa possibilidade. O mal-estar é perfeitamente compreensível; afinal, creio ser esta a primeira vez, no âmbito dos direitos codificados, que se faz uma proposta tão irreverente. Apenas como um exercício do pensamento, vamos tentar avaliar as possibilidades e, em caso afirmativo, a conveniência de que isso seja admissível. Para auxiliar na apreciação da matéria, utilizaremos a significativa contribuição que a doutrina e a jurisprudência no sistema do *Common Law* têm prestado até hoje.

Em 27 de julho de 2000, a Câmara dos Lordes pronunciou, pela primeira vez na história do Direito inglês, uma decisão em que explicitamente se reconhece que a indenização em matéria de rompimento contratual pode ser aplicada com referência aos ganhos do réu, em vez de relacioná-los aos danos sofridos pelo autor.

Não foi a primeira vez que no *Common Law* se debateu a questão. Uma das vantagens que apresenta esse sistema, e daí talvez a sua riqueza, é que ele faculta, em cada caso particular, avaliar se algum traço distintivo em relação ao precedente permite alcançar uma solução diferente e, com isso, ir logrando uma atualização permanente das respostas jurídicas às necessidades da vida prática.

Já em 1899, na Escócia, registra-se o famoso caso *Teacher vs. Calder*, em que um financista tinha se comprometido a investir 15 mil libras esterlinas na madeireira propriedade do autor. Posteriormente à celebração do contrato, o investidor achou mais conveniente aplicar seu capital em uma destilaria. O tribunal determinou que a indenização deveria compensar exclusivamente as perdas sofridas pelo seu estabelecimento, e que era improcedente relacioná-la a qualquer forma de restituição dos maiores ganhos obtidos pelo réu na sua opção pelo negócio da destilaria.

Mais recentemente, o princípio foi ratificado em *Tito vs. Waddell*. Uma companhia mineradora fez um contrato para a extração de minerais de um paraíso ecológico no Pacífico Sul, a ilha de Banaban, também conhecida pelo seu nome inglês, *Ocean Island*. O contrato estabelecia a obrigação de restaurar o solo e reflorestar a ilha depois



de acabados os trabalhos de mineração. Quando acabou tudo o que podia ser extraído, a companhia fez as malas. Como os trabalhos de restauração e reflorestação iriam demandar vários milhões de dólares, mandou fazer uma perícia para determinar o prejuízo causado ao valor de revenda das terras, nas condições em que ficaram, ou seja, o valor da eventual indenização pelos danos causados. Como a quantia era infinitamente menor, decidiu descumprir o contrato.

O Tribunal, mais uma vez enfatizou que a função indenizatória é a de recompor as perdas ou danos sofridos pelo autor, colocando-o novamente em idêntica posição em que ele se encontraria se não tivesse sofrido o dano.

Para o Tribunal era absolutamente irrelevante que o réu tivesse poupado uma considerável quantia de dinheiro ao não reflorestar *Ocean Island*, como tinha sido convencionado. Apenas a perda do autor foi levada em consideração. Uma soma ínfima representando a diferença no valor da terra foi concedida, e os habitantes da ilha nunca mais tentaram reflorestá-la.

Um dos maiores nomes do Direito anglo-saxão contemporâneo, Gareth Jones, criticando a injustiça dessa decisão, lembra um antigo caso ocorrido no Estado de Louisiana, em 1891 – *City of New Orleans vs. Fireman's Charitable Association* –, como um exemplo ainda mais chocante de injustiça. O réu havia contratado com o autor a provisão de serviços de prevenção de incêndios ao longo de um período de vários anos, tendo pago integralmente o preço estabelecido no acordo. Depois do vencimento do contrato, o autor descobriu que o réu não tinha número suficiente nem de pessoal, nem de cavalos, e sequer a extensão das mangueiras estava de acordo com o que fora estabelecido no contrato! Como o autor não tinha sofrido dano, a questão do eventual insucesso na extinção de um incêndio como conseqüência do descumprimento contratual não foi posta em consideração, apesar de o réu ter poupado a significativa quantia de 40 mil dólares. Isso no ano 1891!

Uma primeira tentativa de análise dos comentaristas do *Common Law* atentou para a possibilidade de que os tribunais, ainda que não dispostos a tirar os ganhos obtidos mediante um descumprimento contratual, estariam, sim, preparados para conceder indenização privando os contratantes inadimplentes de quantias

equivalentes às somas poupadas com o descumprimento contratual. O raciocínio seria de que a produção de ganâncias requer alguma forma de habilidade ou iniciativa que faz jus a compensação, enquanto nada disso se evidencia no simples fato de evitar fazer despesas.

A consideração não teve acolhida duradoura. Alegava-se, em primeiro lugar, que nem sempre é fácil a distinção entre ganhos obtidos e despesas evitadas, na medida em que, de um certo ponto de vista, as despesas evitadas constituem uma espécie de ganância. Em segundo lugar, considerava-se que devia existir harmonia entre a forma de abordar o problema da restituição em matéria de rompimento de contrato e em matéria de responsabilidade extracontratual e, neste último âmbito, não existiam precedentes que indicassem a aplicabilidade da restituição exclusivamente aos casos de economia nas despesas.

Uma abordagem alternativa, proposta por Peter Birks, sugere limitar a restituição aos casos chamados de “rompimento cínico”, ou seja, aqueles em que o réu, deliberada e intencionalmente, descumpre o contrato para, calculadamente, obter maiores ganâncias em outra operação. O problema é que, novamente, em muitas situações a linha de distinção entre rompimento cínico ou não-cínico pode ser extremamente sutil, ou com contornos de difícil precisão. Por outro lado, essa caracterização seria extremamente desafiadora dos princípios mais tradicionais do direito dos contratos, que não reconhece qualquer diferenciação entre descumprimento doloso ou culposos da convenção.

Uma outra teoria, difundida por Maddaugh e McCamus, propõe que a restituição seja reservada para os casos em que a compensação por danos resulte *inadequada*. Mas o espírito prático do Direito anglo-saxão, pouco adaptado às soluções elásticas e indefinidas, acabou condenando essa fórmula, que considerava muito vaga, e que não deixava bem esclarecidas quais seriam as razões que justificariam a restituição.

Esse era o marco precedente e a situação existente ao tempo em que se coloca à consideração da máxima autoridade judiciária da Comunidade Britânica o polêmico caso *Attorney-General vs. Blake*.

George Blake era um ex-agente do serviço secreto inglês, que tinha vendido informações à antiga União Soviética. Condenado à pena de 42 anos de prisão, conseguiu escapar e se refugiar em Moscou. Em 1989 publicou sua autobiografia, na qual revelava infor-

mações que, na época, já não eram mais consideradas confidenciais, mas que de qualquer maneira ele tinha obtido na sua condição de agente secreto. A decisão, aguardada com ansiedade, daria resposta ao conflituoso dilema de se o antigo espião, e agora fugitivo da justiça, teria direito a receber os *royalties* de sua obra, uma significativa quantia, na ordem de 90 mil libras esterlinas (mais de meio milhão de reais), resultado da publicação de suas memórias como agente secreto. A soma havia sido retida de seu editor, por meio de uma ordem judicial concedida ao Procurador-Geral.

Na histórica decisão, a Câmara dos Lordes concluiu: a) que Blake assumira contratualmente com a Coroa, em 1944, o compromisso de não divulgar qualquer informação, confidencial ou não, obtida durante sua atuação como agente do serviço secreto; b) que Blake descumpriu o contrato quando divulgou suas memórias para o editor; e c) que, apesar de a Coroa não ter sofrido qualquer perda econômica como consequência do inadimplemento, era procedente a concessão de uma indenização pelos lucros obtidos por Blake no contrato de publicação de sua obra.

Além do significativo poder dissuasório que a decisão trouxe, como sinal emblemático para todos os integrantes do serviço secreto, a mais relevante importância da sentença reside no fato de que ela criou uma forma completamente inédita de abordar a questão indenizatória em matéria contratual.

A decisão rompeu com a tradição milenar, constituída em pedra basilar do sistema, que estabelecia o modesto objetivo de apenas compensar a vítima pelos danos efetivamente sofridos.

O que motivou os Lordes a procurar essa nova forma de indenização contratual foi, indisfarçadamente, impedir que “um público e notório traidor confesso” (na expressão da Câmara) continuasse lucrando com sua atividade ilícita, uma vez que Blake já havia recebido 60 mil libras esterlinas (uns 360 mil reais) do seu editor, antes da intervenção do Procurador-Geral.

De qualquer forma, a questão de como haverá de operar no futuro ou, inclusive, se continuará operando essa nova forma de indenização, fora de circunstâncias tão inusuais e dramáticas como as do caso Blake, é difícil de prognosticar. As razões explicitadas por Lord

Nicholls, que teve o voto principal, certamente não são conclusivas para arriscar qualquer palpite.

O que se pode perceber nitidamente nessa decisão é que não há, por parte dos Lordes, a intenção de estabelecer, com precisão, regras definidas para os casos em que o novo princípio poderá ser aplicado. Pelo contrário, há uma curiosa semelhança com a forma de conceber a lei, em termos genéricos e abstratos, dos direitos continentais modernos, revelando apenas o interesse de estabelecer uma questão principiológica: que a indenização do dano sofrido, como instrumento único de reparação no inadimplemento contratual, pode, em determinadas circunstâncias singulares, ser insuficiente.

Talvez seja possível prever, no futuro imediato, um cenário conservador na aplicabilidade da nova regra. É difícil imaginar que os tribunais estejam dispostos a desestabilizar o mundo das relações comerciais facilitando em demasia esse remédio de clara natureza punitiva. Provavelmente, em função dessa natureza punitiva, procurem os tribunais deixá-lo como remédio de última instância, a ser empregado apenas em circunstâncias especiais, como quando há uma relação de confiança entre as partes. Não obstante, no curto prazo, o caso Blake tende a oferecer um atrativo singular para advogados cujos clientes se manifestem notoriamente insatisfeitos com a indenização por danos concedida.

E qual é a lição que se pode tirar do emblemático caso Blake? Em primeiro lugar, parece significativo que o *Common Law* revele uma inquietação maior que a dos direitos codificados na busca de instrumentos para reprimir os graves desvios de conduta, seja na ordem contratual ou extracontratual. A existência dos danos punitivos, assim como o recurso que agora comentamos, parece evidenciar uma maior sensibilidade que a dos direitos de raízes romanísticas, mostrando um perfil mais refratário ao comportamento doloso ou malicioso, e uma política mais interessada na conservação de valores que vão além do puramente econômico.

À pergunta inicial, se seria conveniente adotar algum tipo de sanção que reprima os comportamentos deliberadamente dirigidos à obtenção de maiores lucros, com descaso absoluto pelos compromissos assumidos, não tenho dúvidas de responder no sentido afirmativo. O

ordenamento jurídico deve ser concebido como um sistema coerente, que reforce os valores morais médios da sociedade que protege.

O sistema penal admite com a maior naturalidade os crimes de perigo, sem a necessidade de um dano concreto. A idéia da repressão a esse tipo de conduta fundamenta-se no mero risco que esse comportamento representa para determinados valores que o sistema procura amparar e proteger. Não há razão, a não ser as de natureza puramente históricas, e portanto de caráter transitório, que justifique um critério diferente na ordem civil. Os graves desvios de conduta, na ordem contratual ou extracontratual, que revelem um evidente desinteresse pelos direitos do outro poderiam, sem qualquer artifício técnico, ser considerados comportamentos que colocam em risco a continuidade ou confiabilidade do sistema. Sem dúvida, um contratante que, tendo sacramentado com todas as exigências da lei sua convenção, se vê, posteriormente, obrigado a assistir impotente ao seu descumprimento sem qualquer sanção, pelo simples fato de não ter havido dano, torna-se um descrente do sistema em que tinha depositado sua total confiança e agora parece abandoná-lo. Nesse sentido, temos a firme convicção de que a maior fragilidade que um sistema pode apresentar é a eventualidade de a sociedade que o sustenta deixar de acreditar nele.

Se há razões suficientes, de ordem moral e de política jurídica, que justifiquem a conveniência do abandono, em circunstâncias excepcionais, do dogma agora consagrado expressamente em nosso art. 944, de que “a indenização se mede pela extensão do dano”, seria necessário analisar se há recursos que permitam a instrumentalização desse afastamento.

Até a sanção do novo código, ainda que ninguém colocasse em discussão o valor do princípio de tradição milenar reconhecida, pelo menos não era lei. Em um certo sentido poderíamos dizer que a reforma, com a incorporação expressa, veio dificultar as possibilidades de se apartar do rigor de sua imposição. Não obstante, o codificador, paralelamente no parágrafo único, incorpora a chamada “indenização por equidade”, facultando ao juiz, nos casos em que houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir equitativamente a indenização.

A razão da lei é clara. Não se quis que, por uma pequena imprudência, um sujeito ficasse exposto à condenação de uma quantia

exorbitante. Pareceu ao legislador que o valor supremo da Justiça estaria comprometido se a extensão do dano fosse o único elemento determinante na fixação da indenização. Pensamos que, transitóriamente, e na falta de melhor opção, seria factível uma interpretação *a contrario sensu*, admitindo, para os casos de comportamento notoriamente doloso, um afastamento do axioma clássico. De não ser assim, o princípio de probidade e boa-fé, cuja incorporação resultara tão elogiada pela doutrina, acabaria reduzida ao modesto papel de princípio puramente declamatório. Com efeito, se o afastamento dos princípios de probidade e boa-fé está permitido, desde que não se cause dano, caberia concluir que o interesse do legislador não era incorporar “a regra moral nas obrigações”, para utilizar a linguagem de Ripert, senão, simplesmente, ilustrar de maneira diferente uma outra forma de comissão de dano sancionada pela lei. A sociedade, com certeza, demanda uma exigência ética maior do Código do século XXI...

# Seção V

Temas Atuais





# O Estatuto da Cidade e o planejamento<sup>1</sup>

Washington Peluso Albino de Souza\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Planejamento e direito. 3 Estatuto da Cidade e planejamento. 4 Do planejamento no Estatuto da Cidade. 5 Democracia participativa. 6 Vigência da lei do plano. 7 Processo de planejamento municipal. 8 Plano Diretor. 9 Obrigatoriedade do Plano. 10 Responsabilidades e infrações.

## 1 Introdução

A “Cidade” ganhou novo e destacado tratamento no Direito Brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988. Passou a ser vista sob a ótica da Política Urbana<sup>2</sup>. Não vamos confundir-la com o Município, de sentido mais amplo e que geralmente a envolve, embora tratemos de ambos. Historicamente, esse teria as suas raízes no Direito Vigótico, passando ao nosso pela via do Direito Romano e do Direito Português. Porém, não é esse o prisma que estamos seguindo. Incluída no quadro da “Política”, quer propriamente, quer em âmbito especializado, de natureza econômica, cultural, ambiental, paisagística, turística, ou de que outra natureza for, em todos tomaremos a cidade pelo prisma do “Planejamento”. A esse cabe reunir, harmonizar e garantir-lhe o equilíbrio que antes lhe faltou, na visão microcós mica liberal. Sua configuração atual é a do coletivo, na qual os diferentes elementos são trazidos para a conjunção, “como um todo” (Estatuto, art. 40, § 2º). Em hierarquia constitucional e como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, o Plano Diretor ali se localiza no primeiro parágrafo do

---

<sup>1</sup> O presente artigo oferece leitura do “Estatuto da Cidade” sob o prisma do planejamento.

\* Washington Peluso Albino de Souza é Professor Emérito e ex-Titular de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais; Presidente da Fundação Brasileira de Direito Econômico.

<sup>2</sup> Doravante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 será citada pelas letras CF, e a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, será referida por Estatuto.

primeiro artigo constitucional sobre Política Urbana (CF, art. 182, § 1º). O Estatuto, em nível infraconstitucional, dedica-lhe todo um Capítulo (Estatuto, Cap. III). Não menos importante para o presente trabalho é o disposto para a denominada “Gestão Democrática da Cidade” (Estatuto, Cap. IV), em que os planos são tratados de forma participativa e não representativa<sup>3</sup>.

Obrigatório para as cidades de mais de 20 mil habitantes (CF, art. 182, § 1º; Estatuto, art. 41, § 1º), em verdade essa dimensão se amplia pelo Estatuto, pois envolve os integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, áreas de interesse turístico, áreas de influência de empreendimentos ou atividades de impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Além de uma visão exclusivamente urbana, o Estatuto estabelece, na execução da política chamada urbana, a “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do município e do território sob sua área de influência” (art. 2º, VII).

A lei pretende realizar as “cidades sustentáveis”, garantindo “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (Estatuto, art. 2º, I).

O Estatuto “estabelece normas de ordem pública e de interesse social”, dando esse sentido à propriedade urbana, que passa a ter o seu uso “em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único).

## **2 Planejamento e direito**

De início, é conveniente revisitarmos a diferença e a ligação de significado dos termos “planejamento”, como “ato de planejar”, e “plano”, como a consequência desse “ato”. O Estatuto revela esse cuidado ao tratar dos “Instrumentos em geral” (Estatuto, Cap. II, art. 4º). Fala de “planos” (incisos I e III, “a”) e de “planejamento” (incisos II e III). Nesse último, situa o Plano Diretor como parte do “Planejamento Municipal Especial”.

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

A técnica do planejamento pela ótica do Direito desenvolveu-se, nos diversos países, até os anos 1970, quando foi menosprezada pela onda neoliberal. No direito europeu houve o desenvolvimento a partir dos planos quinquenais soviéticos. As posteriores discussões lhe foram favoráveis a partir da bem-sucedida experiência do governo Roosevelt, já nos anos 1930. Os países capitalistas passaram a adotá-lo, com as oposições de parte da inteligência acadêmica, representada por Hayek, nos ataques em que insistiu por toda a sua existência nonagenária, ligando planejamento com ditadura. Sua tese acabou aceita e defendida nos Estados Unidos e demais países, a partir da Escola de Chicago, com Friedman e outros. Na mesma área acadêmica, Mannheim, ainda nos anos 1930, especialmente com seu livro *Planejamento e liberdade*, demonstrara como não havia qualquer ligação entre planejamento e ditadura, podendo ser perfeitamente conciliável com democracia. Importantes contribuições foram dadas, então, quer por juristas dos países socialistas, quer dos países capitalistas democráticos, ou daqueles de regime mal definido, como o Brasil, à época. Sob modelo aparentemente democrático, mantinham aberto o Parlamento e admitidos os partidos políticos, mas em verdade praticavam regime de dominação militar e de repressão ditatorial. Para tal situação, o exemplo de planejamento mais adequado foi o francês. Nesse, o Governo era exercido com autoridade, por De Gaulle, enquanto no Brasil os presidentes militares se sucediam com a mesma linha rígida do que denominavam “revolução”, que se reanimava em cada sucessão<sup>4</sup>.

A técnica desse tratamento jurídico do planejamento *soi-disant* democrático foi adotada no Brasil, com elementos especialmente quanto ao sistema de aprovação de “ressalvas”, em lugar de “emendas”, registradas para aplicação posterior, quando quase sempre já tivessem perdido o seu objetivo.

Entretanto, muitos ensinamentos, positivos ou negativos, foram tirados dessa experiência para o que chamamos Direito do Planejamento, quando se pretende aplicá-lo sem as mazelas da politiquice

---

<sup>4</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 2002.

e sem a brutalidade ditatorial. Dentre outros dados nesse sentido, havemos de destacar a natureza da lei do plano, sua duração e abrangência, a continuidade administrativa para empreendimentos cuja execução requer prazo superior a um único mandato executivo, mais curto do que a duração do plano, o acompanhamento e a fiscalização permanente de sua execução. Nem se pode deixar de considerar a elaboração do “projeto”, ainda em forma de “peça técnica”, o sistema de sua discussão pela opinião pública, sua aprovação e a avaliação permanente dos seus resultados. Resta destacar a falta de força cogente de sua lei, pela qual ela deixasse de ser apenas “programática”, em vez de vinculante, agora adotada pelo Estatuto. Esse aperfeiçoamento é capaz de expelir boa parte das restrições ao planejamento, situando-o na correta posição que inevitavelmente deverá ocupar, quanto mais autêntica se mostre a forma democrática de governo em questão.

O Estatuto oferece-nos a oportunidade de rever todas as teses acima expostas. Por correta posição crítica poderemos indicar os perigos daqueles desmandos e mostrar o modo pelo qual o planejamento pode seguir caminho autenticamente democrático, se praticado de modo eficiente e, sobretudo, respeitoso aos princípios fundamentais da ordem pública.

### **3 Estatuto da Cidade e planejamento**

Trazido o planejamento para análise no Estatuto da Cidade, esses e outros elementos nesse mesmo sentido devem ser aprofundados.

A Constituição Federal define inicialmente os “objetivos da política de desenvolvimento urbano” e atribui ao Plano Diretor a responsabilidade, como “instrumento básico”, por essa política consistente no ordenamento das “funções sociais da cidade” e na garantia do “bem-estar dos seus cidadãos”. Em concordância, o Estatuto da Cidade afirma que essa função social se realiza quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no seu Plano Diretor, no que tange à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, de acordo com as diretrizes da respectiva lei (art. 39).

Por esse enunciado vê-se que não se trata de um planejamento apenas urbanístico, visando ao traçado da cidade ou à edificação,

mas amplia-se, abrangendo gama muito maior, na qual menciona as “necessidades econômicas”, onde podemos encontrar a interface com o Direito Econômico, o mesmo se dando com os demais ramos do Direito, tais como o Constitucional, o Administrativo, o Civil, o Penal, o Ambiental e outros, buscando o ajustamento à chamada “qualidade de vida” e à própria “justiça social”.

Essa é a dimensão do Estatuto da Cidade, definida pelo seu “instrumento básico”, o Plano Diretor.

#### **4 Do planejamento no Estatuto da Cidade**

Examinemos algumas das características do planejamento no Estatuto da Cidade.

Inicialmente, deparamos com a exigência de ser aprovado por lei municipal. Salientemos as peculiaridades da “lei do plano”, no âmbito do município, uma vez consideradas as dificuldades decorrentes de o território municipal, como “chão geográfico”, também ser tratado, legal e administrativamente, pelo Estado e pela União. Na experiência brasileira, decorria de um “projeto” originário do Poder Executivo, por ser aquele que dispunha das informações quanto a necessidades e a recursos a serem discutidos e aprovados pelos representantes do povo, sediados no Congresso, enquanto Poder Legislativo.

Pelo Estatuto, seguindo o modelo participativo para o planejamento, os Poderes Legislativo e Executivo atuarão no processo de elaboração e fiscalização da implementação do Plano Diretor e garantirão a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

#### **5 Democracia participativa**

Com tais dispositivos, havemos de concordar que nos encontramos ante afirmativas de Democracia Participativa e não de pura Democracia Representativa (Estatuto, art. 2º, II e XIII, e art. 40, I). Maior rigor ainda se revela na Gestão Democrática da Cidade (Estatuto, Capítulo IV), pela qual “a iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (Estatuto, art. 43, IV) são definidos como “instrumentos” (Estatuto,

art. 43). Nesse mesmo Capítulo, e ainda como “instrumentos”, são mencionados os “órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal” (inciso I) e os “debates, audiências e consultas públicas” (inciso II).

Retomando o disposto na alínea “f” do inciso III do art. 4º do Estatuto, o art. 44 refere-se literalmente a “gestão orçamentária participativa”, mandando que se inclua a “realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual”, e acrescenta, “como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”. Ora, é de se indagar como serão apresentadas essas propostas, sem esboço, ao prévio debate sobre o próprio Plano Diretor? Tudo gira em torno desse Plano, que é o elemento fundamental da política. Ou se adota método indutivo, com a consulta e o debate antecipados em discussão preliminar aberta, da qual saia um conjunto de reivindicações referenciais, para se chegar posteriormente aos montantes dos recursos orçamentários disponíveis e capazes de satisfazê-los, ou se perpetua prática dedutiva de oferecer à discussão um plano previamente elaborado pelo Poder Executivo, sob forma de projeto de lei, para debate e aprovação, nos termos dos projetos de lei do modelo representativo. A única modificação estaria no debate duvidosamente “público”, sem efeitos reais, pois as prioridades e a alocação dos recursos já teriam sido estabelecidas. A definição clara do modo de criação e conduta dos “órgãos colegiados de política urbana” (Estatuto, art. 43, I), assim como o direcionamento imparcial ou equilibrado dos programas de debates, audiências e consultas públicas (idem, inciso II), e de conferências (idem, inciso III), constituem peças de importância fundamental para que o Estatuto e as medidas de política participativa não se transformem apenas em mais um disfarce da demagogia, no delicado campo da política.

Essa verticalidade abrangendo os três níveis de Poder da República convida à reflexão sobre sua legitimidade constitucional. Talvez se pretenda encontrar base para a democracia direta na Constituição Federal, enquadrando-a no parágrafo único do seu art. 1º, onde se admite “diretamente” o exercício do poder, conjugando-o com o disposto no art. 29, XII, pelo qual a lei orgânica municipal

pode admitir a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. A partir dessas bases constitucionais, já se produz importante literatura que vem corroborar a democracia participava por meio do Estatuto<sup>5</sup>. Cogita-se mesmo de uma “nova ordem legal”, da qual o Estatuto é documento paradigmático, coroando significativa obra acadêmica sobre a viabilidade jurídica do planejamento municipal.

Ainda no pensamento acadêmico, por outro lado, vem sendo construída a tese da admissão do planejamento municipal, mesmo no modelo político representativo<sup>6</sup>.

O tema já se manifesta também no Poder Judiciário<sup>7</sup>. Algumas decisões pioneiras já aceitam a participação como elemento fundamental dos respectivos processos, dando-lhe a condição de cidadania na prática jurídica do país. Assim, na ação direta de inconstitucionalidade sobre o Plano Diretor manifestaram-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, em 21 de setembro de 1994, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 3 de dezembro de 2001.

No âmbito federal, o ministro Garcia Vieira, relatando eficácia de decisão proferida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em medida cautelar, manifestou-se sobre o orçamento participativo. Em parte dessa manifestação assim se expressou: “Aspiração de grande parte do eleitorado gaúcho, havendo milhares de pessoas envolvidas no processo”.

No caso em espécie, havia ação cautelar quanto ao orçamento, que, por sua vez, deveria atender ao prazo legal de entrega do respectivo projeto, enquanto a consulta pública requerida se prolongaria naturalmente além daquele prazo. Ora, o impedimento da aprovação do orçamento anual, de acordo com a legislação correspondente, importaria em conseqüências facilmente previsíveis para as

---

<sup>5</sup> SAULE Junior, Nelson. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor – Possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 77 e ss.

<sup>6</sup> CLARK, Giovanni. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 189 e ss.

<sup>7</sup> CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A gestão democrática no Estatuto da Cidade: generalidades*. Disponível em: <<http://www.fbde.org.br/gestao.html>>. Acesso em: 23 jun. 2005.

autoridades, que passariam a efetuar despesas sem a devida autorização. Não é difícil prever que casos como esse surjam na ausência de uma estrutura administrativa capaz de conciliar os diversos elementos, especialmente orçamentários, com a satisfação das pretensões populares, advindas das respectivas consultas. A introdução pura e simples das medidas de democracia participativa em estrutura montada para a democracia representativa deverá causar empecilhos dessa ordem.

O Estatuto da Cidade, já trazendo elementos de democracia participativa a serem cumpridos sob a condição de comprometimento com o próprio andamento da administração, deve ser tomado como imposição para a pronta montagem da estrutura correta, sob pena de se pretender mais uma vez a construção pretoriana, não recomendável como a melhor para medidas de efeito rápido, capaz de substituir as delongas da legislação vigente.

Na medida em que o Estatuto da Cidade apresenta prazos peremptórios para a sua implantação, dúvidas desnecessárias irão abarrotar o Poder Judiciário. Não havendo a infra-estrutura bastante para atender aos casos duvidosos, corre-se o risco de se perder em discussões doutrinárias quanto à própria constitucionalidade do Plano Diretor, como tem sido debatido na área acadêmica.

## **6 Vigência da lei do plano**

A “lei do plano” contém a particularidade de oferecer as datas do início e do término de sua vigência. Por dedicar-se à administração por objetivos, não admite extinção antes de serem eles atingidos. Por outro lado, a variedade desses objetivos, incluídos em lei de abrangência capaz de envolver toda a vida municipal, quer nos 10 anos referidos no Estatuto, quer antes ou depois desse período, conduz o raciocínio a detectar a flexibilidade nas relações da lei do plano em relação às outras leis específicas para cada um daqueles objetivos. A lei do plano figura, em tal hipótese, como o garante de que todas as demais se enquadram no mesmo discurso ideológico de que é portadora. Esse nos parece ser o sentido da lei do Plano Diretor no Estatuto da Cidade.

Consideradas a multiplicidade dos temas abrangidos pelo Plano Diretor e a continuidade natural da administração, indepen-



dentemente do mandato do prefeito e dos vereadores eleitos, o Estatuto da Cidade confere-lhe o prazo de 10 anos, ao fim dos quais deve haver a sua revisão (art. 40, § 3º). Ora, se o mandato atual do prefeito e dos vereadores é de 4 anos, esse prazo não coincide com o do Plano Diretor. Também, pela diversificação do seu objetivo, desborda quanto à duração de algumas das suas incumbências. Uma espécie de “ordem jurídica municipal”, em consonância com a “ordem jurídica federal”, define como “objetivo ordenar o pleno desenvolvimento da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes por política executada pelo Poder Público Municipal”. Esclarece quando a propriedade urbana cumpre a sua função social e obriga a elaboração do Plano Diretor, instrumento básico dessa política (CF, art. 182, §§ 1º e 2º). O Estatuto, ao regulamentar o comando constitucional, incumbiu-se de instrumentalizá-lo. Porém, nesse ponto reside a sua principal dificuldade.

Tomando como exemplo a revisão do próprio Plano Diretor ao cabo de 10 anos, dir-se-á que o essencial é a manifestação da população no sistema participativo. Essa independe do mandato do prefeito que deverá realizá-la. Esse mandato da autoridade que fará a “revisão” estará em desencontro com o prazo. Diante do impasse, talvez se devesse entender a idéia do planejamento como atividade puramente “técnica”, a ser entregue a um órgão acima da autonomia da administração, idéia naturalmente repudiada para a ideologia republicana e democrática: um Conselho Permanente de Planejamento, por exemplo, daria aos seus membros poderes superiores aos do prefeito e dos vereadores.

Uma aproximação de tratamento aceitável aparentemente seria encontrada na prática brasileira do Primeiro, Segundo e Terceiro Planos Nacionais de Desenvolvimento (1º PND – 1972/74; 2º PND – 1975/82; 3º PND – aprovado pelo Senado). O candidato eleito elaborava o Plano no primeiro ano de seu mandato. Governava com os recursos orçamentários e com os objetivos determinados pelo Plano do governo anterior. O mesmo acontecia na continuidade dos Governos. A experiência revelou a possibilidade de conclusão do Plano, evitando-se todas as formas de desvio de realização dos objetivos do Plano anterior que leva a mudanças na política econômica e social, ainda que dentro de um mesmo conteúdo ideológico.

Quais seriam as medidas a serem tomadas no sentido de corrigir esses desvios, além daquelas relativas à da criação de órgãos chamados “técnicos”, para garantir a perfeita continuidade de eventos planejados, sem ferir a autonomia das autoridades sucessoras?

Uma das principais seria exigir dos Tribunais de Contas a clara e indiscutível obrigação de conjugar, além da verificação contábil, também a da objetiva realização do dado para o qual o recurso fora destinado.

Outra sugestão seria o acompanhamento da execução, junto aos órgãos correspondentes, por elementos indicados pela população interessada, em caráter democrático-participativo, satisfazendo a dinâmica do Plano, inclusive quanto às mudanças que se façam necessárias. Tais órgãos deveriam ser colegiados e compostos de representantes das diversas correntes de opinião.

Talvez essas e outras medidas evitem vícios da administração, como o costume de substituir por “placas de realização” do governo que entra as placas do governo que sai, sem que aquele tenha qualquer participação efetiva na obra em andamento. Fora dessa hipótese, encontramos o abandono da obra inacabada, em centenas de casos, com a perda dos investimentos feitos. Ou a inauguração precipitada em fim de mandato, com falsos acabamentos ou lastimáveis desastres, envolvendo operários ou futuros usuários. Ou o registro estatístico da realização apenas pelos dados da prestação de contas, tendo em vista a não-exigência, por esses Tribunais, da verificação objetiva de aplicação das verbas consignadas e registradas, satisfazendo-se, apenas, com a prestação contábil.

## **7 Processo de planejamento municipal**

O “Estatuto” estabelece um “processo de planejamento municipal”, do qual o Plano Diretor é apenas “parte integrante”, devendo o “plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas” (Estatuto, art. 40, § 1º).

Nas “Diretrizes Gerais da Política Urbana” (Estatuto, art. 2º e incisos) vários outros planejamentos são nomeados, como o “do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e

das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente” (Estatuto, art. 2º, IV); a “ordenação e controle do uso do solo” (art. 2º, VI); a “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais” (Estatuto, art. 2º, VII); a “adoção de padrões de proteção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência” (Estatuto, art. 2º, VIII); a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (Estatuto, art. 2º, XII); a “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda” (Estatuto, art. 2º, XIV) e outros.

Planos diversos são indicados, além do Plano Diretor, nos “instrumentos em geral” (Estatuto, art. 4º), tais sejam:

I – os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial.

Esse último desdobra-se em:

a) plano diretor;

d) plano plurianual;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social.

## 8 Plano Diretor

O Plano Diretor, assim colocado como um dos “instrumentos da Política Urbana” (Estatuto, Cap. II), tem a função de “instrumento básico” dessa política (CF, art. 182, § 1º, e Estatuto, art. 40, *caput*). Encontra-se em todo o decorrer da lei, envolvendo as suas diferentes disposições, até constar de Capítulo especial.

Assim, está ao lado do plano plurianual (Estatuto, art. 4º, III, “d”); encontra-se na Gestão Democrática Participativa (*idem*, inciso III, “f”); junto aos planos, programas e projetos setoriais (*idem*, inciso III, “g”); aos planos de desenvolvimento econômico e social (*idem*,

inciso III, “h”); ao referendo popular e plebiscito (idem, inciso V, “s”).

A partir dessas referências, o Plano Diretor passa a ser consignado no parcelamento, edificação e utilização compulsórios (Estatuto, art. 5º, § 1º); no direito de preempção (idem, art. 25, § 1º); na outorga onerosa do direito de construir (idem, arts. 28 e 29); nas operações urbanas consorciadas (idem, art. 32); e na transferência do direito de construir (idem, art. 35).

8.1 O Plano Diretor só recebe tratamento específico no Capítulo III, arts. 39 a 42 do Estatuto, apesar de permear todo o corpo da lei. Essa particularidade se explica pela função de atribuir as condições de ordem pública e de interesse social a diversos institutos ou princípios habitualmente tratados pela “ordem privada”. Agora trazidos para a “ordem pública”, dá-se uma espécie de “transmutação” daqueles institutos, do individual para o coletivo (Estatuto, art. 1º, parágrafo único), em virtude de a política urbana adotada pelo Estatuto ter “por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (Estatuto, art. 2º, *caput*).

Ressalta-se, pois, a importância do Plano Diretor pela sua própria abrangência de “instrumento básico”, em relação a toda a política urbana.

No Capítulo que lhe é especialmente dedicado, vemos que a propriedade urbana cumpre a sua finalidade “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, envolvendo as próprias Diretrizes Gerais catalogadas no art. 2º do Estatuto.

8.2 Passa a ser aprovado, então, por lei municipal, na condição de “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” (art. 40, *caput*). Mas, como vimos anteriormente, é parte integrante do processo de planejamento municipal, que, por isso, nele não se encerra. Suas diretrizes ainda se incorporam no plano plurianual, nas diretrizes orçamentárias e no orçamento anual, para compor o planejamento municipal. Se aqueles têm outros objetivos próprios, ainda com o caráter de planejamento, ou de natureza financeira, é pela sua incorporação às diretrizes do Plano Diretor, diretamente relacionadas com as diretrizes gerais do Estatuto, que passam a

fazer parte da política urbana de ordem pública e interesse social (art. 40, § 1º).

8.3 Torna-se necessária, então, a delimitação de sentido entre “cidade” e “município”<sup>8</sup>. Quando o Estatuto fala que o Plano Diretor engloba o território do “município como um todo”, por certo quis abranger a “cidade” e outros elementos que a ela estejam ligados, como as regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas de pequeno porte e situadas além das fronteiras da cidade, a própria zona rural ligada à cidade, zonas de influência dessa e assim por diante.

Esses elementos dão ao Estatuto o sentido da expressão “o município como um todo”. Esse detalhe vai definir a extensão e a eficácia da lei municipal do Plano Diretor, no espaço (art. 40, § 2º).

8.4 Falamos, anteriormente, sobre a duração do plano e sobre a vigência da lei que o institui. O disposto no Estatuto deverá ser mais bem regulamentado, em se tratando da lei do Plano Diretor. Sendo o “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, envolverá outras tantas leis ou expedientes administrativos que se completam dentro do prazo de dez anos estabelecido pelo Estatuto, porém outros ultrapassarão esse limite, e outros ainda se farão necessários no próprio decorrer desse prazo.

É da natureza da política o dinamismo. Esse se expande para as diversas formas especiais de política, seja social, econômica, ambiental ou outras. Na própria medida em que é atingida a meta e satisfeito o objetivo, nova meta, com novo objetivo já se enunciam em decorrência daquela satisfação. O Plano pode ser tomado como satisfeito, porém restará estático ante o planejamento, que é eminentemente dinâmico, e sem o qual o Plano deixa de ter sentido, ou retorna à condição de projeto, na seqüência dos acontecimentos.

Uma vez atingidos os pontos claramente apresentados para o Plano Diretor, estará encerrada a política pretendida pelo Estatuto da Cidade? Certamente não. Como lidar juridicamente com esse dinamismo?

---

<sup>8</sup> BANDECCHI, P. Brasil. *O município e sua função política*. São Paulo: Pannartz, 1983.

Quando ainda eram obscuros os caminhos do planejamento democrático com os planos instituídos por leis, as reflexões recaíram sobre a natureza da lei do Plano<sup>9</sup>. O jurista checo Konstantin Katzorov, dentre outros pertencentes aos países então socialistas, dizia que a lei do Plano é superlei, porque se impõe a todos e às demais leis. Argumentava-se, em sentido diverso, que nos países democratas ocidentais só a Constituição tem essa característica. Não obstante, vimos nos Planos de Desenvolvimento Econômico, entre nós, que a lei do Plano poderia sugerir a revogação ou a adoção de outra lei, como aconteceu com os textos sobre sociedades anônimas, motivado pela dinamização do mercado de capitais: foi revogado o Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, e promulgada a Lei n. 6.404, de 1976, por sugestão do 2º PND. Se a lei do Plano não for cogente, o próprio Direito Brasileiro terá evoluído a respeito pelo uso normal da revogação e da legislação. Por outro lado, merece registro o art. 174 da Constituição Federal, em que o planejamento tornou-se “determinante para o poder público”, embora “indicativo para o setor privado”. Com o Estatuto, que “obriga” o Plano Diretor nas circunstâncias ali estipuladas, ainda mais se avança no sentido do efeito cogente da sua lei (Estatuto, art. 41).

8.5 Quanto ao conteúdo mínimo do Plano Diretor, temos a parte de urbanismo, com os parcelamentos, edificação ou utilização compulsórios, institutos habitualmente regidos pelo interesse individual, agora trazidos para o interesse coletivo, tais sejam a preempção, a outorga onerosa ao direito de construir, a autorização para alteração do uso do solo, a delimitação de áreas para operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir.

## 9 Obrigatoriedade do Plano

O Estatuto estabelece obrigatoriedade do Plano Diretor, introduzindo princípio que o retira da condição de simples norma programática. Essa peculiaridade traz como decorrência todos os efeitos da lei comum, especialmente as penalidades correspondentes à

---

<sup>9</sup> SOUZA, *Lições de direito econômico*, cit., p. 203 e ss.

responsabilidade da sua elaboração, aprovação como lei, execução e avaliação.

Trata-se de inovação que contribui para a adoção do planejamento.

A definição de responsabilidades atinge os Poderes Executivo, representado pelos prefeitos, e Legislativo, pelos vereadores. Medidas legais no sentido dessa obediência vão desde a inconstitucionalidade por omissão, improbidade administrativa e todos os outros modos de se furtar à prática do ato imposto pela lei.

Dada a complexidade do procedimento, entretanto, ainda resta muito a experimentar para evitar os desvios. Assim, para a elaboração da “peça técnica”, como chamamos o projeto do Plano a ser discutido, cuidadoso trabalho de divulgação deverá ser efetuado para que a população esteja devidamente inteirada, tanto da situação atual como com referência ao item a ser discutido e aceito, adiado ou reprovado, no tocante às possibilidades técnicas e orçamentárias. A participação popular traz novas exigências administrativas que os municípios tradicionalmente não possuem. A atuação das oposições exige dispositivos que evitem bloqueios ou impossibilidade de satisfação, em tempo legal, dos passos para sua efetivação. A colheita direta da opinião pública sobre cada problema deve garantir o verdadeiro objetivo por ela expedido, livre de manipulações e de efeitos artificiais decorrentes de propaganda enganosa, influências demagógicas e assim por diante, tão presentes na cultura política nacional.

## **10 Responsabilidades e infrações**

Justamente pela obrigatoriedade do Plano Diretor, que lhe confere efeito vinculante, o Estatuto também cuida das infrações aos seus dispositivos. Estão expostas no Capítulo V – Disposições Gerais.

Inicialmente, quanto ao prefeito, caracteriza improbidade administrativa<sup>10</sup> (art. 52) deixar de proceder, no prazo de cinco anos a partir da data do Estatuto (10/7/2001), ao adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público por desapropriação; utilizar de modo inadequado as áreas obtidas por meio de

---

<sup>10</sup> Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

preempção, mencionadas com referência ao interesse coletivo (Estatuto, art. 26 e incisos); aplicar recursos auferidos com a outorga onerosa, a não ser com a regularização fundiária e a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico (art. 26, I e IX); aplicar recursos auferidos em ações consorciadas<sup>11</sup> fora do plano de ação consorciada (Estatuto, art. 52, V, e 33, § 1º); impedir ou deixar de garantir os requisitos dos planos nacionais e do planejamento municipal, em especial, onde se insere o Plano Diretor (art. 40, § 4º, I a III); deixar de tomar providências para garantir a revisão do Plano Diretor cada vez que esse complete dez anos; adquirir imóvel objeto de preempção pelo valor de proposta apresentada, se essa for, comprovadamente, superior ao de mercado.

A mesma improbabilidade administrativa atinge os Poderes Legislativo e Executivo municipais pela garantia das medidas referentes à elaboração do Plano Diretor e à sua fiscalização e implementação; à promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos segmentos da comunidade; à publicidade de documentos e informações produzidos e ao acesso a qualquer interessado nos documentos e informações produzidos.

Essas referências às infrações cometidas ao estudo do Estatuto da Cidade remetem aos comentários anteriores nos quais assumimos posição aparentemente pessimista para com os objetivos nele identificados. O tom realista e não pessimista, porém, decorre da vivência com as tristes condições em que subsistem as populações de nossas cidades. Erros sobre erros, abandonos e desperdícios, demagogia e corrupção tornam a nossa realidade municipal o epicentro de todas as mazelas que o país enfrenta historicamente. Impossível esboçar quadro mais belo do que o que se vislumbra ao fechar os olhos, após a leitura do Estatuto da Cidade. Impossível tristeza maior do que a que se depara ao abrir os olhos logo em seguida. Sempre a corrupção, os descaminhos dos resultados dos impostos, a impostura

---

<sup>11</sup> Estatuto: considera-se operação consorciada o conjunto de operações e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação de proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental (art. 32, §1º).



dos prefeitos e vereadores inchando as cidades, pequenas e grandes, com medidas eleitoreiras e promessas enganadoras, que acabaram por desestruturar a economia nacional com o êxodo pelo abandono do meio rural sem a contrapartida das condições econômicas e sociais das populações migradas, ante o desemprego, nas cidades.

O Estatuto, com o planejamento vinculante, busca transformar a tradicional norma programática dos planos tradicionais em lei vinculante, pelo direito posto. Chega muito tarde, porém chega. Indagamos, apenas, se temos cultura popular e elitista para absorvê-lo. Corremos o risco de repetir acontecimentos anteriores, com “fabricantes” de Planos “fabricados” e vendidos por atacado, para serem comprados sem o menor intuito de atender à realidade. Submetidos a apreciação posterior, levavam a promessas políticas não cumpridas. Observados e aprovados pelos conhecidos processos de falsa consulta e não menos viciada resposta, não passavam de plataforma de candidatos a postos de mando.

O Estatuto da Cidade é, sem dúvida, uma bela lei. Resta um profundo e certamente demorado trabalho de educação do povo, dos candidatos a postos de governo, para que o seu poder vinculante não se perca. Sendo lei vigente é necessário que se não busque a sua burla, como no velho adágio. Aos que o estudam e operam com crença e sinceridade, sempre ocorre aceitar e lutar pelos seus resultados. Esta é a legião dos idealistas, sem a qual, em lugar do direito só resta a barbárie, mais ou menos ilustrada.

## Referências

BANDECCHI, P. Brasil. *O município e sua função política*. São Paulo: Pannartz, 1983.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A gestão democrática no Estatuto da Cidade: generalidades*. Disponível em: <<http://www.fbde.org.br/gestao.html>>. Acesso em: 23 jun. 2005.

CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAULE JUNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor – Possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In:

OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2002.

# NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de pequenos artigos, de autoria, *preferencialmente*, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

## 1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (*Rich Text Format*), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.6. O Setor de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelos telefones (61) 3313-5114, 3313-5111.

## 2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.