

Anderson Orestes Cavalcante Lobato  
Roberto Muhájr Rahnemay Rabbani  
(Organizadores)

# DIREITOS DE CIDADANIA: do reconhecimento à efetividade



# Direitos de Cidadania: do reconhecimento à efetividade



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE FURG

Reitor

DANILO GIROLDO

Vice-Reitor

RENATO DURO DIAS

Chefe de Gabinete do Reitor

JACIRA CRISTIANE PRADO DA SILVA

Pró-Reitor de Extensão e Cultura

DANIEL PORCIUNCULA PRADO

Pró-Reitor de Planejamento e Administração

DIEGO D'ÁVILA DA ROSA

Pró-Reitor de Infraestrutura

RAFAEL GONZALES ROCHA

Pró-Reitora de Graduação

SIBELE DA ROCHA MARTINS

Pró-Reitora de Assuntos Estudantis

DAIANE TEIXEIRA GAUTÉRIO

Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas

LÚCIA DE FÁTIMA SOCOOWSKI DE ANELLO

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

EDUARDO RESENDE SECCHI

Pró-Reitora de Inovação e Tecnologia da Informação

DANÚBIA BUENO ESPÍNDOLA

#### EDITORA DA FURG

Coordenadora

CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

#### COMITÊ EDITORIAL

Presidente

DANIEL PORCIUNCULA PRADO

Titulares

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

ANGELICA CONCEIÇÃO DIAS MIRANDA

CARLA AMORIM NEVES GONÇALVES

CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

EDUARDO RESENDE SECCHI

ELIANA BADIALE FURLONG

LEANDRO BUGONI

LUIZ EDUARDO MAIA NERY

MARCIA CARVALHO RODRIGUES

Editora da FURG

Câmpus Carreiros

CEP 96203 900 – Rio Grande – RS – Brasil

[editora@furg.br](mailto:editora@furg.br)

Integrante do PIDL

Editora Associada à



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA  
DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS



EDUNI-SUL  
ORGANIZAÇÃO DAS EDITORAS  
UNIVERSITÁRIAS DA REGIÃO SUL

Anderson Orestes Cavalcante Lobato  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani  
(Organizadores)

# Direitos de Cidadania: do reconhecimento à efetividade



Rio Grande  
2022

© Anderson Orestes Cavalcante Lobato  
© Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

2022

Designer e diagramação da capa: Murilo Borges  
Formatação e diagramação: João Balansin  
Revisão Ortográfica e Linguística: Os autores

Ficha catalográfica

D598    Direitos de cidadania: do reconhecimento à efetividade [Recurso Eletrônico] / Organizadores Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani. – Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2022.  
478 p. : il.

Disponível em: <http://repositorio.furg.br>  
ISBN 978-65-5754-142-5 (eletrônico)

1. Direitos Humanos 2. Justiça social 3. Cidadania I. Lobato, Anderson Orestes Cavalcante II. Rabbani, Roberto Muhájir Rahnemay III. Título.

CDU 342.7

Catálogo na Fonte: Bibliotecária Valéria Carlosso dos Santos Mazui –  
CRB10/2704

## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	8
Maria Cláudia Crespo Brauner; Victor Hugo Criscuolo Boson	

### *Primeira Parte*

#### *Do reconhecimento constitucional dos direitos de cidadania*

<i>The academic Experiences of a Law Professor during the Covid 19 in Brazil</i> .....	11
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani	

<b>Os entraves ideológicos no exercício da cidadania para a proteção ambiental</b> .....	22
Anderson Orestes Cavalcante Lobato; Ailor Carlos Brandelli	

<b>Fundamentos jurídicos e econômicos da proteção ao meio ambiente: um novo olhar para a sustentabilidade e sua dimensão social</b> .....	46
Bárbara Lopes Bindeli; Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani	

<b>As Múltiplas Cidades: Nacional, Europeia, Mundial e/ou Global</b> .....	87
José Noronha Rodrigues; Dora Cristina Ribeiro Cabete de Noronha Rodrigues	

**A educação para a justiça social na era da globalização.....** 109  
Martha Jalali Rabbani

**O esvaziamento da fala da mulher no sistema de justiça criminal: retradução simplificada do fenômeno da violência de gênero no espaço doméstico.....** 130  
José Humberto de Góes Junior; Verônica Acioly de Vasconcelos

**Por que precisamos da Poesia Feminista Negra.....** 166  
Guilherme Fóscolo de Moura Gomes; Alessandra Barbosa Adão

**A hereditariedade social como obstáculo para uma ordem social meritocrática.....** 190  
Emmanuel Mendes Ferraz Soares; Roberto Muhájjir Rahnemay Rabbani

### *Segunda Parte*

#### *A busca de efetividade dos direitos de cidadania*

**Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) da sentença do caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS): a (des)construção do conceito marco temporal.....** 223  
Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque

**Resistência quilombola sob as lentes de uma juridicidade contra-hegemônica e plural.....** 251  
Jeferson Fernando Celos; Roberto Muhájjir Rahnemay Rabbani

<b>As consequências do término do prazo para adesão ao programa de regularização ambiental da Lei de Proteção da Vegetação Nativa.....</b>	<b>278</b>
Fábio Fernandes Corrêa; Roberto Muhájr Rahnemay Rabbani; Allívia Rouse Carregosa Rabbani	
<b>A judicialização da saúde em tempos da pandemia da covid-19: o exercício da cidadania na efetivação do direito à saúde.....</b>	<b>314</b>
Maria Claudia Crespo Brauner; Carlos Alberto Lunelli	
<b>Da Política à Necropolítica: as disfunções do Estado em perspectiva.....</b>	<b>337</b>
Ricardo Almeida Cunha; Roberto Muhájr Rahnemay Rabbani; Danilo Christiano Antunes Meira	
<b>Utilización de la fiscalidad para fomentar la autonomía patrimonial de las personas con discapacidad: beneficios fiscales de los patrimonios protegidos.....</b>	<b>361</b>
José Manuel Iglesias Casais	
<b>La justicia fiscal: retos actuales.....</b>	<b>409</b>
Juan José Nieto Montero	
<b>Práticas crimigratórias e o princípio de <i>non-refoulement</i>: contrapesos nos sistemas de refúgio do Brasil e México.....</b>	<b>443</b>
Eduardo Erasmo Osórnio García; Roberto Muhájr Rahnemay Rabbani	
<b>Lista de autores .....</b>	<b>474</b>



## APRESENTAÇÃO

O processo de transição democrática iniciado no Brasil nos anos oitenta do século passado continua enfrentando muitos desafios para a consolidação da democracia política, social e econômica. Para além das crises de governabilidade que ensejaram dois processos de *impeachment*, a desigualdade econômica e, sobretudo, social, continua a desafiar a estabilidade dos Governos que se sucederam após a promulgação e entrada em vigor da Constituição cidadã de 1988.

A força da constituinte popular de 1987/1988, com audiências públicas com os movimentos sociais e a mobilização cidadã para a coleta de milhões de assinaturas para pautar as Emendas Populares ao projeto de constituição, estava ancorada no processo democrático de escolha dos governantes. O pacto da Constituição liberal-social de 1988 foi centrado na esperança de futuros governantes democráticos e progressistas que assegurariam, não somente a estabilidade de governo, mas se empenhariam na concretização dos programas sociais conquistados pela constituinte.

A capacidade da Constituição de 1988 de superar as diversas crises de governabilidade poderia indicar que estamos no caminho certo, fortalecendo as instituições democráticas para avançarmos passo-à-passo na construção de um Brasil mais justo e igualitário.

Contudo, a eleição presidencial de 2018 instaura um novo desafio para a democracia brasileira. De fato, o pacto do Estado Democrático de Direito está ameaçado desde a campanha eleitoral de 2017, passando pelo processo midiático judicial que retirou da competição eleitoral o principal candidato de oposição ao governo

do então vice-presidente que chega ao poder pelo *impeachment* - sem crime de responsabilidade - da presidenta eleita pelo sufrágio universal.

O país passará por um tormentoso processo de supressão de direitos sociais e de políticas públicas construídas na última década, além do profundo impacto da Pandemia de Covid-19, que colapsou o sistema de saúde e acarretou uma grande crise sanitária, econômica e social. Os desfiles de 07 de setembro de 2021 culminam com o anúncio do atual presidente de uma possível ruptura das instituições democráticas para poder permanecer no poder, a partir de 2022, sob a falsa alegação de que o sistema eleitoral brasileiro, com as urnas eletrônicas, não seria capaz de evitar as fraudes eleitorais.

O processo de transição democrática brasileiro somente poderá ser considerado consolidado quando obtivermos reparação dos 350 anos de escravidão que sustentaram o crescimento econômico da elite brasileira que, com o voto censitário, chegaram ao poder e se recusam a sair com toda a violência característica dos governos autoritários.

A Justiça de Transição no Brasil – Memória, Verdade, Reparação e Justiça – não estará completa sem considerar a luta de resistência dos povos indígenas e quilombolas. Fica a cada dia mais claro que a reação autoritária do Estado brasileiro está contaminada pelo vício de origem da colonização e o racismo estrutural que justificou, importante que se repita, por mais de 350 anos a institucionalização da violência.

A proposta de reconciliação nacional da Constituinte de 1988 continua viva e presente. Resistir à violência pelo processo de instituição da democracia: racial, social, cultural, ambiental e econômica. O desenvolvimento sustentável para o Brasil, bem como para a globalização, está claramente fundado no desafio de humanização e, porque não dizer, superação do capitalismo selvagem.

A constituinte de 1988 continua viva e coerente com os desafios do século XXI. Somente as instituições democráticas serão capazes de defender o processo de reconhecimento dos direitos de cidadania. Resistir e superar o processo de desconstrução de direitos dependerá da nossa capacidade de fortalecer a democracia participativa através dos institutos da iniciativa popular, dos Conselhos paritários, dos plebiscitos e referendos.

A constituinte de 1988 continua viva e espera que a democratização das instituições judiciárias seja capaz não somente de cessar a violência contra as populações excluídas, empobrecidas e encarceradas, enquanto as elites colonizadoras e escravocratas continuam a levar a riqueza para os paraísos fiscais protegidos pelo sistema financeiro internacional.

A democratização da Justiça representa o maior desafio para luta de resistência do planeta contra o modelo capitalista consumerista, excludente e ecologicamente predatório. A judicialização da política deve assegurar que as políticas públicas de governo se consolidem em políticas públicas de Estado. O Estado do bem-estar social que superou a destruição das relações sociais promovida pelos governos autoritários da segunda grande guerra. A reconstrução da Europa pós-guerra e a estabilidade dos governos democráticos foi assegurada graças às políticas públicas dos governos democráticos.

O Brasil, mas poderíamos dizer, o planeta e toda a humanidade, depende da capacidade de transformação do modelo de econômico excludente e predatório, em um novo modelo econômico baseado na solidariedade entre os povos e no respeito à natureza.

Porto Seguro, 04 de novembro de 2021

Profa. Dra. Maria Claudia Crespo Brauner  
Prof. Dr. Victor Hugo Criscuolo Boson

# THE ACADEMIC EXPERIENCES OF A LAW PROFESSOR DURING THE COVID-19 IN BRAZIL

Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

## INTRODUCTION

This study describes the perceptions of a law professor at a public university in Brazil during the Covid-19 Pandemic. It analyzes the differences between undergraduate and graduate classes, identifying benefits and drawbacks faced by students and the professor during the pandemic. As a result of this narrative, it is concluded that, while inequalities have always been present in society and among students in the classroom, as the pandemic arose, these differences became even more noticeable and considerably impacted those in underprivileged conditions.

*“Professor, please hold on a second. I have to take this customer right away.”* This was the response of one student working as a salesperson, during a virtual class during 2020. In 2021, I was more surprised by another student in a virtual class *“Just a minute professor, I have to lock myself in the bathroom to answer your question. There is a lot of noise in the store, and If my boss catches me, I can lose my job.”*<sup>1</sup>As a law professor

---

<sup>1</sup> Note that “[...] compared with the self-study-based recorded video teaching, live broadcasting teaching with more teacher-student interaction is a more conducive to improving students’ academic performance. In the process of online teaching, teachers should not only assume the role of

at the Federal University of the South of Bahia in Brazil, I have been given the honor to lecture various courses at both the undergraduate and graduate levels. Since the beginning of my academic experience as a professor in 2006, adaptation and flexibility have been key to effective teaching. Due various factors, course content has had to be adjusted over time, and frequently the approach and materials needed to be adapted, depending on the subject presented<sup>2</sup>. During the current Covid-19 pandemic, this has continued to be necessary, and this article presents a perception of the impacts generated by the outbreak as seen by a professor at a Brazilian public university.

In the first semester of 2020, Covid-19 cases in Brazil increased substantially, leading to grave social and economic consequences, and now, in 2021, this country is leading in first place in numbers of daily deaths by this virus, some days over 4.000 deaths. At the universities, in-person classes were suspended and, as a safety measure, the population was instructed to remain confined at home.

This way, the Coronavirus has caused many drawbacks to humankind but hope still can be seen in this crisis: “it provides an opportunity for us to look into the future, specially,

---

transmitting knowledge, but also play the role of “leader” and “accompanier” through effective guidance and communication.” (YAO, Jijun *et al.* What role should teachers play in online teaching during the COVID-19 pandemic? Evidence from China. *Sci Insigt Edu Front*, v. 5, n. 2, p. 517-524, 2020).

<sup>2</sup> “We have to keep in mind that students will remember not the educational content delivered, but how they felt during these hard times.” BOZKURT, Aras; SHARMA, Ramesh C. Emergency remote teaching in a time of global crisis due to CoronaVirus pandemic. *Asian Journal of Distance Education*, v. 15, n. 1, p. vi, 2020.

This way, “It seems certain that this crisis, global and cross-border, will only further advance the case for sharing knowledge internationally.” MARTIN, Reinhold *et al.* Field Notes on Pandemic Teaching: 1. *Places Journal*, 2020.

to investigate the opportunities for the future of education”.<sup>3</sup> In this sense, it is presented the view of an educational professional in a developing country facing policy struggle in handling the sudden shifting scenario and the social and economic obstacles.<sup>4</sup>

## **THE INITIAL RESPONSE**

The first decision that had to be made was whether to transfer the courses that had already started to online sessions or suspend them completely until they could be resumed in person. At the time, I had a graduate class in Environmental Law, with 12 students, and an undergraduate class in National Environmental Policy, with 34 students. Because all of the graduate students agreed to attend live online video conference classes, and had the means to access them, the course was a complete success. All of the planned goals for the graduate class were satisfactorily met.

On the other hand, the undergraduate course was suspended by the central administration of the university because many undergraduate students complained that they did not have computers and/or access to the internet. For a period of about three months, the university attempted to acquire and distribute computers for the students in need, and to contract with cell phone and internet companies so that they would be able to access the online classes. Because the university succeeded in these efforts, the undergraduate classes were resumed<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup>KHAN, Shahnawaz *et al.* Corona virus pandemic paving ways to next generation of learning and teaching: Futuristic cloud based educational model. *Available at SSRN 3669832*, 2020.

<sup>4</sup> TADESSE, Seble; MULUYE, Worku. The Impact of COVID-19 Pandemic on Education System in Developing Countries: A Review. *Open Journal of Social Sciences*, v. 8, n. 10, p. 159-170, 2020.

<sup>5</sup> For a complete analysis of the context of students and teachers during

However, significant collateral damage from the Covid-19 pandemic had already taken place. About 26% of my undergraduate students did not continue their studies during this period and many dropped out. The situation recurred in the second semester of 2020, and now in 2021, with all of the graduate students continuing their courses normally as online videoconferences, while the undergraduate classes had a significant drop in numbers, down to only half of their usual enrollment.

All other academic and administrative duties as a professor were readily substituted by online meetings. All the meetings with students and other colleagues could be held in a streamlined manner. Because the university is in an area distant from the urban part of the city that is not well served by public transportation, punctuality among the students was a recurrent issue that the virtual world was able to overcome<sup>6</sup>. Therefore, one positive brought by the pandemic was improved punctuality on the part of students attending class, where previously they had faced limitations in the physical accessibility of the campus.

## **THE HARSH REALITY FOR TEACHERS AND STUDENTS**

As a teacher, I also faced considerable difficulty. Overnight, I had to readapt all of my work as a professor.<sup>7</sup> I

---

Covid-19 pandemic, see MOHMMED, Abdalellah O. *et al.* Emergency remote teaching during Coronavirus pandemic: the current trend and future directive at Middle East College Oman. *Innovative Infrastructure Solutions*, v. 5, n. 3, p. 1-11, 2020.

<sup>6</sup> See HUGHES, M. Courtney; HENRY, Beverly W.; KUSHNICK, Michael R. Teaching during the pandemic? An opportunity to enhance curriculum. *Pedagogy in Health Promotion*, v. 6, n. 4, p. 235-238, 2020.

<sup>7</sup> To understand the situation in educators' practices from in-person to remote teaching caused by the Covid-19 pandemic, see WHALEN, Jeromie

was forced to invest my own resources in order to provide classes with a minimum level of quality for my students. I purchased a brand-new computer, upgraded my internet services, bought a high-resolution camera, a high-definition headset, and an LED ring light.<sup>8</sup> Also, barriers to personal interactions disappeared, as I was available through text messages, over the phone, and via e-mail.

Messages could arrive at any time of the day, requiring adaptation in order to respond as quickly as possible to whatever they demanded. The total amount of work increased considerably, because without a pre-scheduled agenda, all sectors of the university would call meetings, many times beginning with nothing more than a simple phone call. The research area suffered a great deal of damage, as the needs of children at home took precedence, taking time away from research and slowing its pace.

Many difficulties arose on the domestic front, with time being divided between work and domestic duties. As the father of two children, one three years old and the other only a few months, I had to prepare classes, correct exams, participate in academic meetings, and correct papers, dissertations, theses, etc. With no help other than that from my wife, giving classes for up to eight hours a day is a difficult task, complicated by having to struggle to concentrate amid the screams of children

---

*et al.* Should teachers be trained in emergency remote teaching? Lessons learned from the COVID-19 pandemic. *Journal of Technology and Teacher Education*, v. 28, n. 2, p. 189-199, 2020.

<sup>8</sup> To understand the required essentialities of online teaching-learning in education amid the COVID-19 pandemic and how can existing resources of educational institutions effectively transform formal education into online education with the help of virtual classes and other pivotal online tools in this continually shifting educational landscape, see MISHRA, Lokanath; GUPTA, Tushar; SHREE, Abha. Online teaching-learning in higher education during lockdown period of COVID-19 pandemic. *International Journal of Educational Research Open*, v. 1, p. 100012, 2020.



while locked in a small, 32-degree-Celsius room with only a rooftop fan.

Nonetheless, all of the challenges and difficulties faced by academic professionals and institutions as they struggled to adapt to the currently imposed conditions do not match the strain placed on the existing inequalities in Brazilian society. The hardships placed on many students, whose home financial situation was aggravated, as well as the additional household duties added to the aforementioned technological difficulties, drove many to give up their pursuit of higher education.

The Federal University of the South of Bahia is the institution with, proportionally, the most students from affirmative action policies in Brazil: 75% from a public-school background, black, indigenous, or low income, and with extra places reserved for transexual and Romani students.

Among the problems that had remained concealed before the pandemic are inadequate places for study, crowded households, low income, difficulties in transportation, and even malnutrition. Now, overnight, the adversities brought by the pandemic made the students' profiles clear and evident, showing how the simple lack of a computer or access to the internet was already the reality for many prior to Covid-19. In other words, these students face a daily struggle just to be able to study, but even in the face of adverse situations and unequal study conditions, they have the will to learn, develop, and work for a better life in society.<sup>9</sup>

As I reflect on the challenges faced by my students and those without proper access to education, I realize how this situation can be aggravated by deliberate decisions to exclude

---

<sup>9</sup> “[...] all decisions regarding the future of the school will require that educators have sufficient professional and institutional autonomy to reframe their professional role and values in accordance with local community needs.” in GONZÁLEZ, Álvaro *et al.* Teaching in the pandemic: reconceptualizing Chilean educators' professionalism now and for the future. *Journal of Professional Capital and Community*, 2020.

some people from being able to obtain an education. “Education is not a crime”- this is one of the slogans of the Bahá’í community, a religious minority in Iran, against systematic acts by the government to attack and deny the followers of this religion from having access to a university education. Going directly against the observance of basic human rights<sup>10</sup>, this persecution persists today. This crime against the followers of a specific religion, which is my family’s background, made me realize how privileged I was to be born elsewhere and given the opportunity to study in a democratic nation, such as Brazil.

So, why is that, even in free democratic countries, populations are excluded from higher education, where public policies are designed to support academic development? Needless to say, in such countries, everyone is entitled to equal access to education. However, when the social and economic environment is not suitable for the growth and progress of these individuals, this access to education fails to be an equal opportunity.

Brazil is a country rich in environmental resources, but this wealth is not well distributed. There are extreme inequalities, that “breed conflict, violence, and instability,” where the “six richest men have the same wealth as the poorest 50% of the population,”<sup>11</sup> and 39.9 million people live in conditions of misery, earning less than 17 American dollars per month.<sup>12</sup> To get by, members of lower income classes usually

---

<sup>10</sup> According to the Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, everyone has the right to education, and this education shall be free. Also, elementary education shall be compulsory and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

<sup>11</sup> MAIA, Katia. *Brazil: extreme inequality in numbers*. OXFAM International. At: <https://www.oxfam.org/en/brazil-extreme-inequality-numbers>. Access: February 21<sup>st</sup>, 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério da Cidadania. *CadÚnico*. At: <http://www.gov.br/cidadania>. Access: 22 February 22<sup>nd</sup>, 2021.

leave school and begin to work as early as possible to supply income for their families. These immediate needs are unarguably among the greatest challenges an average person faces when seeking higher education.

This inequality also seems commonplace for those with fewer resources in economically developed countries. Nevertheless, the reality is quite different in developing countries. High prices for housing, transportation, and food, associated with high rates of unemployment and low income (minimum wage in Brazil is only 204 American dollars per month), create a situation of struggle for those who want access to better jobs and careers. Basic public education is precarious, and the competition to access public universities are open to all: those from the public school system and those who could afford to pay for private education. The cruel logic here is that those who have resources can usually invest in their school education, and as a bonus, get a university degree free of charge, from institutions supported by public resources.

Adding to the unfairness of an evolving and chaotically unbalanced system, taxation in Brazil is regressive, focusing equally on consumption and unequally on income and wealth. In other words, the high tax burden on consumption makes the poorest segments of society contribute, disproportionately to their income, to public services, such as universities, which have historically benefited the wealthiest segments of society.

## **CONCLUSION**

It is when faced with adversity that a person's true nature is revealed. As the number of victims of the Covid-19 pandemic continues to rise, it is clear that human beings have a natural tendency to find ways to build up their spirits. Throughout history, humanity has battled daily to survive all kinds of adversities. This pandemic is just one more of them. Our essence makes us find ways to adapt to these adversities

and overcome them.

Despite everything, teachers will continue to be teachers, trying their best to fulfill the goal of molding a better and more refined society. Students will always have the burden to do their best to internalize the knowledge given to them. On one hand, the pandemic has shown us is that technology is a necessary and helpful instrument to bring individuals closer together to achieve a goal, but personal dedication and effort will always be required to reach the expected outcome. On the other hand, this abnormal situation has raised awareness of the true nature of inequality, exacerbating the separation between those with better access to resources from those without. While we are experiencing the same storm, we are not all in the same boat<sup>13</sup>.

To continue to strive for learning, society was forced to adapt to a new situation. Many tools already developed were pushed to their limit when an adverse situation arose. Now, as one society, we must understand that our mission needs to expand and embrace those without adequate access to basic needs, not just in education, but in all segments of life. Repression against the most unfortunate developed along different paths throughout history, but it is now time to face this contradiction and understand that our own well-being is directly linked to the well-being of the community as a whole. One cannot live one's life to the fullest while allowing others to struggle just for their basic survival. Our happiness is directly affected by the happiness of others.

Consequently, “we cannot segregate the human heart from the environment outside us and say that once one of these is reformed everything will be improved. Man is organic with

---

<sup>13</sup> BARR, Damian. *We are not all in the same boat. We are all in the same storm. Some on super-yachts. Some have just the one oar.* At: <https://www.damianbarr.com/latest/https/we-are-not-all-in-the-same-boat>. Access: February, 24<sup>th</sup>, 2021.

the world. His inner life molds the environment and is itself also deeply affected by it. The one acts upon the other and every abiding change in the life of man is the result of these mutual reactions.”<sup>14</sup> We are shaped by the world, but we also can shape the world.

As difficulties and pressure molds mankind, our lessons will be learned through this anguishing situation. Science and knowledge are the best weapons to be used against social and economic inequalities. It is my sincere belief that this most recent tragedy of human history will be overcome, as a more conscientious and prepared society to surmount adversities. As Henry Kissinger once said, “A diamond is a chunk of coal that did well under pressure.”

## REFERENCES

BARR, D. *We are not all in the same boat. We are all in the same storm. Some on super-yachts. Some have just the one oar.* At: <https://www.damianbarr.com/latest/https/we-are-not-all-in-the-same-boat>, May 30<sup>th</sup>, 2020.

BOZKURT, A.; SHARMA, R. C. Emergency remote teaching in a time of global crisis due to CoronaVirus pandemic. *Asian Journal of Distance Education*, v. 15, n. 1, p. vi, 2020.

BRASIL. Ministerio da Cidadania. *CadÚnico*. At: <http://www.gov.br/cidadania>.

Effendi, s. (1933). *Compilation of Baha'i writings: Conservation of the Earth's Resources*. February 22<sup>nd</sup>, 2021.

GONZÁLEZ, A.; PINO-YANCOVIC, M. B. F. A. M.; MADRID, R. Teaching in the pandemic: reconceptualizing Chilean educators' professionalism now and for the future. *Journal of Professional Capital and Community*, v. 5, 2020.

---

<sup>14</sup> EFFENDI, Shoghi. *Compilation of Baha'i writings: Conservation of the Earth's Resources*, 1989. Letter written in 1933.

- HUGHES, M. C.; HENRY, B. W.; KUSHNICK, M. R. Teaching during the pandemic? An opportunity to enhance curriculum. *Pedagogy in Health Promotion*, v. 6, n. 4, p. 235-238, 2020.
- KHAN, S.; RABBANI, M. R.; THALASSINOS, E. I; ATIF, M. *Corona virus pandemic paving ways to next generation of learning and teaching: Futuristic cloud based educational model*. Available at SSRN 3669832, 2020.
- MAIA, K. *Brazil: extreme inequality in numbers*. OXFAM International. At: <https://www.oxfam.org/en/brazil-extreme-inequality-numbers> .
- Martin, R., Piedmont-Palladino, S., Sturlaugson, B., Penner, B., Harriss, H., Rodenbeck, J., Isenstadt, S., Brand, A.L., Ansari, I, Frichot, H., & Milligan, B. (2020). Field Notes on Pandemic Teaching: 1. *Places Journal*, 2021.
- MISHRA, L.; GUPTA, T.; SHREE, A. Online teaching-learning in higher education during lockdown period of COVID-19 pandemic. *International Journal of Educational Research Open*, v. 1, p. 100012, 2020.
- MOHMMED, A. O.; KHIDHIR, B. A.; NAZEER, A.; VIJAYAN, V. J. Emergency remote teaching during Coronavirus pandemic: the current trend and future directive at Middle East College Oman. *Innovative Infrastructure Solutions*, v. 5, n. 3, p. 1-11, 2020.
- TADESSE, S.; MULUYE, W. The Impact of COVID-19 Pandemic on Education System in Developing Countries: A Review. *Open Journal of Social Sciences*, v. 8, n. 10, p. 159-170, 2020.
- TRUST, T.; WHALEN, J. Should teachers be trained in emergency remote teaching? Lessons learned from the COVID-19 pandemic. *Journal of Technology and Teacher Education*, v. 28, n. 2, p. 189-199, 2020.
- YAO, J.; RAO, J.; JIANG T.; XIONG, C. What role should teachers play in online teaching during the COVID-19 pandemic? Evidence from China. *Sci Insight Edu Front*, v. 5, n. 2, p. 517-524, 2002.

# **OS ENTRAVES IDEOLÓGICOS NO EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Anderson Orestes Cavalcante Lobato

Ailor Carlos Brandelli

## **INTRODUÇÃO**

A relevância da tutela ambiental, em especial, após a Constituição Federal de 1988, que trouxe ao ordenamento o importante reconhecimento de sua condição como direito fundamental. Assegurando-a constitucionalmente como direito da pessoa, assumindo uma função pública e privada, acena à necessária qualidade de vida e utilização racional e sustentável de seus recursos. Sua efetiva proteção experimenta toda a sorte de dissabores, em especial, pelo embate com a economia e com a política, que assumem uma conduta descompromissada com a sustentabilidade. A primeira, enxerga o bem ambiental como provedor de recursos, pouco comprometida com os impactos decorrentes de sua utilização. A segunda, olha para a proteção do ambiente como um entrave ao crescimento, seja ele nos desdobramentos para ampliação dos centros urbanos e mesmo, para fomentar a agricultura.

A Constituição Federal de 1988 determina aos entes públicos a observância dos princípios a ela inerentes, insculpidos no *caput* do artigo 37, prevenindo-se a ocorrência de excessos, lesão ao patrimônio público e mesmo, o estrito cumprimento ao que se encontra disposto em lei. E no caso ambiental, os textos legislativos, embora o arcabouço pátrio se

revele bastante completo, não são suficientes para a proteção ambiental, porque dependem de provocação jurisdicional, quando violados, o que se dá por determinados atores e, ato seguinte, da própria interpretação da lei pelo magistrado, o que vem permeado de forte ideologia, própria da ciência do Direito.

O cidadão brasileiro pode, através da Ação Popular, desde que, assistido por advogado, intentar junto ao Poder Judiciário o desfazimento de ato administrativo que seja contrário à proteção ambiental, revelando tal ação, em tese, como mecanismo hábil para tal fim. Para tanto, através do método hermenêutico, com procedimento monográfico de técnicas de pesquisa que compreendem a revisão bibliográfica, produção de resenhas e fichamentos, com a observação da trilogia dos manuais, obras específicas e artigos científicos, pretende-se identificar e demonstrar que a proteção almejada pela Ação Popular experimenta diversos entraves decorrentes de componentes ideológicos, estando a prestação jurisdicional muito mais comprometida com a correta tramitação do feito do que propriamente, com a proteção ambiental.

Compreender que a proteção ambiental reclama um novo olhar, muito além do que a prestação jurisdicional existente é o tema que se propõe.

## **1. O RECONHECIMENTO DO BEM AMBIENTAL NOS TEXTOS LEGAIS: DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL À INEFETIVA PROTEÇÃO**

A inserção da proteção ambiental na Constituição Brasileira asseverou um movimento de reconhecimentos da importância do bem ambiental no seu sentido mais amplo, em decorrência principalmente dos diversos tratados internacionais e em outros momentos que foram destinados à formulação de proposições e deliberações mundiais para garantir a preservação ambiental, da qual o Brasil firmou-se signatário ou que, pelo reclame popular, foi objeto de proposição de textos



legislativos infraconstitucionais. Um marco importante, como reflexo da própria Conferência de Estocolmo de 1972 e do Relatório Brundtland, dentre outros movimentos internacionais, foi assinalado na Rio 92, como bem observa Élide Séguin:

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), conhecida como RIO-92, teve o grande mérito de despertar os brasileiros de sua inércia, ao verem o mundo todo preocupado com o tema. Muitos que achavam o Direito Ambiental coisa de excêntricos passaram a se preocupar com o assunto. Este encontro internacional foi um marco divisor na história do Direito Ambiental, por popularizar conhecimentos. A inclusão no ordenamento jurídico é paulatina e dificultada pela falta de campanhas educativas, pois a grande maioria dos brasileiros não tem noção que cidadania não é um favor, e sim um direito. E exercê-la de forma plena uma obrigação. (2002, p. 53).

A proteção ambiental dos recursos naturais, em especial, de toda a biodiversidade, foi se consolidando nos diversos diplomas legislativos existentes. Ao longo dos anos, evoluindo para a compreensão da natureza como sujeito de direitos, que decorre também, de outra evolução importante na história da humanidade, de que todo ser humano é pessoa, e como tal, sujeito de direitos.

Nesse constante aprendizado, a experiência dos povos andinos trouxe, especialmente na Constituição do Equador e da Bolívia, os saberes e conceitos ancestrais de respeito à mãe-natureza, a *Pacha Mama*, de que somos parte e é vital para a nossa existência. Nas constituições latino-americanas, a consolidação da proteção do bem ambiental deu-se ao longo das últimas décadas, incluindo-a no campo dos direitos fundamentais, assinalando-se ordenamentos que alçam a

natureza como sujeito de direitos, como é o caso das constituições antes mencionadas. Não se pode esquecer que, por séculos, a América e em especial, a América do Sul e Central, foram provedores de recursos naturais para os países do Velho Continente, que jamais preocuparam-se com os efeitos nocivos dessa apropriação indiscriminada, como resultado da visão antropocêntrica de que o ambiente era um instrumento à disposição do homem. Michel Prieur afirma que:

A Constituição do Equador de 2008 apresenta a originalidade de ser a primeira do mundo a reconhecer a Natureza um sujeito de direito (art. 71 et s.). Disto resultam várias disposições constitucionais que impõem a aplicação de leis sempre no sentido favorável à Natureza e que fazem das áreas protegidas espaços intangíveis [...]. (2014, p. 27)

Do mesmo período a Constituição Boliviana, cujo referendo ocorreu em 2009, revela refundar uma nova Bolívia, estabelecendo em um capítulo próprio os “Direitos da Natureza”, trazendo o direito ao meio ambiente saudável, protegido e equilibrado, legitimando, de forma individual ou como representante de uma coletividade, os atores processuais que podem exercer as ações legais em defesa do meio ambiente.

Outros países da América do Sul, como a Argentina, através da Reforma Constitucional de 1994 e o Paraguai, na promulgação de sua Constituição em 1992, dedicaram capítulos específicos ao meio ambiente, sem, contudo, adotar a premissa da natureza como sujeito de direitos. O Uruguai, por sua vez, mesmo após a reforma de 2004, não trouxe consideráveis modificações no aspecto ambiental em seu texto constitucional, quer seja por derivar o texto constitucional daquele promulgado em 1967, período em que não estava desperta uma consciência ecológica, ou mesmo, por não

possuir expressiva produção fabril em seu território que, aliás, é beneficiado por importante posição no continente, cujos ventos dominantes da vasta costa marítima, o coloca em excelente condição para a qualidade do ar e manutenção do ambiente em suas planícies.

Na atual Constituição do Brasil, observa-se estreita vinculação com o modelo antropocêntrico, não reconhecendo ao ambiente uma personalidade jurídica própria, embora permite integrá-lo em todo o sistema jurídico infraconstitucional. Por certo que, essas novas constituições latino-americanas, em sua maioria, acenam para a aferição da condição da vida, do bem-estar, da religiosidade, do respeito aos povos e aos demais seres vivos, em detrimento do crescimento econômico desenfreado, integrando e compartilhando com as comunidades indígenas e nativas, um horizonte de novas perspectivas que favoreçam os valores sociais e o desenvolvimento coletivo, num pacto de solidariedade entre as pessoas e as nações. Para Rech; Gullo e Scur:

A tese de que não há a possibilidade de convivência harmônica entre o meio ambiente e a garantia dos direitos sociais não encontra nenhuma afirmação científica. O desenvolvimento sustentável não tem um tripé, mas dois pés: o meio ambiente e a dignidade humana. A atividade econômica é apenas um dos elementos da dignidade. (2019, p. 36-37).

Essa compreensão de bem-estar ou a construção desse novo marco, denominado *bien vivir*, rompe com a perspectiva antropocentrismo e insere uma compreensão ecocêntrica, que coloca o homem em igual patamar ao dos demais seres, forjando uma interdependência com a natureza que reclama uma nova organização econômica, jurídica e social. Esse modelo de equilíbrio que toma por base o saber dos povos

indígenas alicerça-se na construção de uma compreensão comunitária de bem-estar, denominado *buen vivir*. Para Silva e Calgaro:

A construção do *buen vivir*, como ciência nativa, base ético-filosófica e, finalmente, projeto sociopolítico e ambiental é uma tarefa evidentemente descolonizadora, na medida em que institui uma cosmovisão alternativa, oriunda de uma matriz comunitária e biocêntrica. Entretanto, a redefinição da civilização, a partir da noção de *buen vivir*, não é fruto de uma determinada cultura, mas um esforço coletivo, que emparelha diversas visões alternativas de mundo. A busca por uma vida boa é uma preocupação que remonta à teoria aristotélica (em que pese, esta tenha lançado as bases do modelo ocidental), passando pelos povos andinos, guaranis, aimarás, maias, aborígenes, por Gandhi, pelas diversas estirpes do ecofeminismo [...]. (2017, p. 66-67).

No entanto, ainda que algumas das mencionadas constituições não reservem em seus textos um especial destaque à proteção ambiental, ou à natureza como sujeito de direitos, isso não permite que as nações sejam desidiasas com a proteção ambiental ou com o planejamento de um crescimento norteado na sustentabilidade. Pode-se observar que mesmo diante da ausência de previsão expressa no texto constitucional ao direito ao meio ambiente sadio e protegido, é a própria Constituição que lhe confere a efetividade na proteção, por força da obrigatoriedade de observância das normas infraconstitucionais, dos tratados internacionais e do risco de boicote aos produtos e manufaturas dos países que causam danos ambientais, singela, mas não desprezível, ótica da economia sobre a proteção ambiental.

De certo modo, a voraz economia, que dita os parâmetros do consumo desenfreado é a mesma que pode, pela via contrária, impor sanções aos países que produzem na

contramão da proteção dos recursos. A título comparativo, a proteção ambiental no ordenamento americano apresenta outra conformação, sem constar diretamente em sua Carta Constitucional, como bem observa Gabriel Wedy:

Doutrinas características da *common law* pouca influência tem na criação do direito ambiental e nos precedentes construídos pelas Cortes. Não existe um direito ambiental constitucional ao meio ambiente equilibrado no país e, também, um direito subjetivo de defesa e proteção do meio ambiente, pura e simplesmente, como existe no Brasil. A tutela do meio ambiente ocorre por via reflexa, quando violados direitos constitucionais como a propriedade privada, a vida ou o devido processo legal. (2020, p. 67).

Sabidamente, os Estados Unidos da América apropriam-se de grande parcela dos recursos ambientais disponíveis no planeta, o que faz em especial, pela sua significativa capacidade econômica e de manufatura. Wedy prossegue afirmando que:

Entendendo o desenvolvimento sustentável como um princípio de direito ambiental – que não existe nos Estados Unidos de modo expresso –, ancorado nos pilares econômico, social, ambiental e de governança, observa-se que considerações de ordem econômica e social são sopesadas, em regra, com algumas exceções, com prevalência sobre o bem ambiental estritamente considerado. (2020, p. 73-74).

Doutra banda, na Constituição Italiana, a proteção ambiental encontra-se implícita na tutela da paisagem e na tutela da saúde, nos artigos 9 e 32 respectivamente. Também reconhece no artigo 10 a aplicação das normas de Direito Internacional, colocando o texto constitucional em consonância com os acordos e tratados da União Europeia sobre questões

ambientais, dentre outros aspectos. Isso possibilita que sejam adotados, por exemplo, os preceitos descritos na “Carta de Direitos Fundamentais” do Tratado de Lisboa, vigente a partir de 2009, do qual a Itália é signatária, que reforça a proteção dos direitos fundamentais e estabelece um nível elevado de proteção ao meio ambiente e de melhoria de sua qualidade, através da celebração de acordos internacionais. Giampaolo Rossi, ao analisar a proteção ambiental na Constituição Italiana, considera que:

La tutela dell'ambiente entra quindi nella Costituzione italiana, per così dire, "dalla finestra", e cioè in relazione al riparto di competenze fra Stato e Regioni, anziché "dalla porta", come sarebbe accaduto se fosse stata introdotta nella parte sui principi, nella quale si trova, ad esempio, la tutela del paesaggio. Ciò è dovuto però solo alla circostanza che la prima parte della Costituzione non è stata modificata. Ma oltre che in posizione laterale, l'inserimento della tutela dell'ambiente nel testo scritto della Costituzione ha provocato una serie di problemi interpretativi e quindi un elevato contenzioso davanti alla Corte costituzionale, come del resto gran parte delle norme del Titolo V del quale oggi non si riescono più a rintracciare gli autori tanto è unanime la critica che vi si rivolge.<sup>1</sup>(2008, p. 44)

---

<sup>1</sup> Tradução livre dos autores: “A proteção ambiental entra, portanto, na Constituição italiana, por assim dizer, "a partir da janela", isto é, em relação à divisão de competências entre Estado e Regiões, em vez de "a partir da porta", como teria acontecido se tivesse sido introduzido na parte sobre princípios, em que, por exemplo, a proteção da paisagem é encontrada. Isso se deve, no entanto, apenas ao fato de a primeira parte da Constituição não foi modificada. Mas, além de uma posição lateral, a inclusão da proteção ambiental no texto escrito da Constituição causou uma série de problemas interpretativos e, portanto, um elevado contencioso perante a Corte Constitucional, como de fato a maioria das disposições do Título V, das quais hoje ninguém pode mais rastrear os autores, tão unânime é a crítica dirigida a eles.”

A proteção ambiental, no caso italiano, ocorre ainda que não conste expressamente no texto constitucional, e que não depende de legislação expressa para que tenha efetividade e sim, da interpretação que é dada aos dispositivos existentes. Afinal, não se consegue dissociar a tutela da saúde das questões ambientais ou mesmo, da proteção das paisagens em relação à proteção das florestas e dos mananciais. Ao abordar a temática da jurisdição italiana, Lunelli percebe que:

A constitucionalização da proteção do ambiente, no ordenamento italiano, deu-se a partir da interpretação conferida pelos tribunais ao texto constitucional vigente, sem alteração expressa do próprio texto. Esse aspecto também traduz a forma como se produziu essa proteção ambiental, diversa do caso brasileiro. A ausência de previsão expressa na Constituição italiana, acerca da natureza do bem ambiental, não representa nenhum demérito, em nível de prestação da tutela. Demonstra-se, também por esse aspecto, que não é absoluta a exigência de legislação expressa de proteção ambiental. No caso italiano, essa afirmação constitucional deu-se a partir da interpretação conferida ao dispositivo existente. (2017, p. 78-79).

A proteção ambiental realiza-se em grande parte, a partir das diretivas que emanam da União Europeia, que atua de modo bastante efetivo na tutela do bem ambiental e impõe condutas protetivas aos países membros. Lunelli lembra que:

[...] a União Europeia foi certamente um dos propulsores da preocupação dos ordenamentos jurídicos com a temática ambiental. Além da finalidade econômica, também a dimensão política foi motivo determinante de sua constituição. Posteriormente, com o reconhecimento de que a proteção ambiental é essencial à qualidade de vida, essa compreensão irradiou-se entre os Estados-membros. (2017, p. 34).

Mesmo que a proteção ambiental não esteja diretamente expressa no texto constitucional, deve o Estado definir políticas públicas coerentes e eficazes na tutela ambiental, adotando por base experiências de outros países ou disposições em tratados internacionais<sup>2</sup>. Essas políticas públicas devem alcançar não apenas a atividade estatal (o dever de agir), mas sim, como um compromisso aos cidadãos e empresas da iniciativa pública ou privada, para que atuem de forma espontânea na proteção ambiental. Conceder à pessoa o irrestrito acesso ao Poder Judiciário para a defesa do bem ambiental é uma das políticas públicas a ser perseguida.

Em se tratando de normas ambientais, existem variáveis que precisam ser consideradas, como a incerteza decorrente da evolução tecnológica: o que era nocivo no passado pode não ser mais ou vice-versa. A compreensão das diversas ciências sobre determinado fato ou elemento impõe ao ente estatal e aquele que é submetido ao regramento, a necessidade de compreensão multidisciplinar dos fatos, para que assim, possa idealizar e efetivar a proteção ambiental almejada. Já ao Direito, lido em seu sentido mais amplo, não cabe por si essa imposição da efetiva proteção do bem ambiental e o reconhecimento de sua importância.

Dos entes públicos, esperam-se decisões políticas voltadas ao esforço integrado entre os povos, às classes sociais

---

<sup>2</sup> Para Canotilho (1999, p. 32-33) “[...] a vinculação do Estado ao direito internacional começa pela observância do chamado direito imperativo (jus cogens) internacional. Embora a doutrina ainda não tenha recortado de forma clara e indiscutível o núcleo duro deste <<direito cogente>>, existem alguns princípios inquebrantavelmente limitativos do Estado. Referiremos, por exemplo, o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito ao direito dos povos, o princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros estados. Estes princípios constam de textos internacionais (declarações, resoluções, tratados) e nos textos constitucionais mais recentes também não deixam de ter acolhimento como normas de conduta e como limites jurídicos do actuar estadual”.



e os demais países, na construção do bem-estar social, focado em um planejamento do crescimento que assegure a manutenção do ambiente, considerando o efetivo aumento da população, desenvolvimento de novas tecnologias, meios de transporte e do incremento do uso de produtos químicos na agricultura.<sup>3</sup> Os planos de governo e sua execução deverão ligar-se de forma intrínseca com o ambiente, E sobre esses atos administrativos, em prol da coletividade e em consonância com a proteção ambiental é que assenta a possibilidade o controle do cidadão, pela via da Ação Popular.

## **2.A AÇÃO POPULAR: EXERCÍCIO DA CIDADANIA NA PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Prevista no art. 5º, inciso LXXIII da CF/88 e na Lei 4.717/65, a Ação Popular é o remédio constitucional que visa 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência. Marcelo Abelha Rodrigues pondera que:

[...] a ação popular constitucional permite que qualquer cidadão tome a iniciativa de proteger jurisdicionalmente certos interesses difusos. Isso torna a ação popular um remédio extremamente democrático, que permite uma participação direta do cidadão na proteção do patrimônio ambiental. Entretanto, o que torna este remédio tímido e acanhado do ponto de vista jurídico, é o fato de que ele se limita a anular atos lesivos emanados do Poder Público. Há, portanto, forte restrição em relação ao pedido (apenas de anulação) e

---

<sup>3</sup> “A simples disponibilidade de recursos ou o incremento de tecnologia não conseguem assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (RECH; GULLO; SCUR, 2019. p. 9.)

ao polo passivo da demanda (apenas o Poder Público). (2016, p. 113).

A Ação Popular desenha elementos de jurisdição repressiva, quando visa anular o ato, ou mesmo, preventiva, quando o cidadão busca, pela via judicial, impedir que o ente público pratique ato que possa exteriorizar dano, como, por exemplo, um licenciamento ambiental de empreendimento, desde que, seja possível evidenciar lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao ambiente<sup>4</sup> e ao próprio patrimônio histórico e cultural, esses últimos, com estreita ligação à questão ambiental, já que reconhecidos também como bens ambientais imateriais.

Para Bolzan de Morais:

A Ação Popular é um instrumento jurídico colocado à disposição do cidadão, e só a ele, para coibir a prática de atos lesivos produzidos contra os bens especificados na norma constitucional. Tem ela conteúdo transindividual, embora a legitimação que atribua seja individual, uma vez que os benefícios produzidos e/ou prejuízos evitados não serão incorporados ao patrimônio do litigante com exclusividade, mas comporão como que um patrimônio comum solidariamente titularizado e usufruível pela sociedade como um todo distinto. (1996, p. 196).

Nessa mesma seara, Alexandre de Moraes afirma que “a finalidade da Ação Popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses” (2004, p. 193).

---

<sup>4</sup> Paulo de Bessa Antunes afirma que: “[...] meio Ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos”. (2010, p. 09).

Quando tratada na doutrina, a Ação Popular recebe especial atenção no tocante da legitimidade ativa, vez que o termo cidadão ainda apresenta peculiar interpretação e tal personagem é requisito objetivo para ajuizamento da demanda, vez que somente o cidadão é quem tem legitimidade. A complexidade da Ação Popular é debatida na ótica de Paulo de Tarso Brandão, mencionando que:

A Ação Popular é, entre todos, o que mais dificuldade encontra em sua compreensão exatamente porque há muito tempo vem sendo estudado pela ótica de conceitos mais adequados ao Direito de cunho interindividual do que aos de defesa dos interesses difusos. (2001, p. 250).

Alexandre de Moraes é abrangente, tratando o legitimado para ajuizar Ação Popular como:

Somente o cidadão, seja o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos, possuem legitimação constitucional para a propositura da Ação Popular. A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado).

(...)

Ressalte-se que, no caso do *cidadão menor de 18 anos*, por tratar-se de um direito político, tal qual o direito de voto, não há necessidade de assistência. (2000, p. 194).

Pedro Lenza esclarece que a legitimidade ativa apresenta algumas restrições, a saber:

[...] excluem-se do polo ativo os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas (vide Súmula 365 do STF) e mesmo os brasileiros que estiverem com os seus

direitos políticos suspensos ou perdidos (art. 15 da CF/88). Entendemos que aquele entre 16 e 18 anos, que tem título de eleitor, pode ajuizar a ação popular sem a necessidade de assistência, porém, sempre por advogado (capacidade postulatória). (2012, p. 1062).

No entanto, Paulo de Tarso Brandão faz uma ressalva importante, numa leitura mais ampla, ao mencionar que a legitimidade do cidadão não se dá em razão de ser ou não eleitor, já que, não há qualquer menção na lei aos direitos políticos ou à condição de votante. Sustenta que:

[...] facilmente se pode concluir que mesmo os conscritos, que não podem se alistar como eleitores pela vedação expressa no artigo 14, parágrafo 2º. Da CRFB/88, não perdem a condição nacional e, em consequência, a qualidade de cidadão. Nem mesmo há vedação constitucional para os estrangeiros residentes no Brasil, pois, desvinculada a idéia de que cidadão é necessariamente o eleitor ou o que tem capacidade para alistar-se como ta, vale a regra do *caput* do artigo 5º da Constituição, que garante aos brasileiros e estrangeiros, salvo vedação expressa que não ocorre no caso, a fruição dos direitos e garantias fundamentais que arrola em seus incisos, e entre os quais está o exercício da Ação Popular. (2001, p. 253).

Em se tratando de demandas ambientais, a interpretação mais ampla conferida pela doutrina de Brandão assenta um entendimento em maior consonância com o propósito de defesa do bem ambiental. Proto Pisani observa que a discussão da legitimidade é, antes de tudo, diretamente vinculada com o alcance dos efeitos da sentença. Diz o autor:

La legittimazione è un concetto il quale interferisce notevolmente con i limiti soggettivi di efficacia della sentenza: è frequente, leggendo le opere dedicate dagli

studiosi alla materia, rinvenire passi in cui la efficacia ultra partes della sentenza è giustificata sulla base del concetto di legittimazione. (2015, p. 90).<sup>5</sup>

Nas questões ambientais, há intrínseca ligação com os direitos difusos, associando o humano e todo seu entorno, de modo que, ao proteger a vida, está o autor da ação diretamente vinculado à sociedade, inexistindo o risco que o provimento jurisdicional perseguido possa, ao final, não se proveitoso em prol da coletividade. Na ótica ambiental, Calsing ensina que:

A proteção do meio ambiente como um valor fundamental reveste-se de caráter comunitário, sendo dito um direito difuso, cujos sujeitos são indeterminados no tempo e no espaço. A ideia de um direito difuso é de preservar o direito de todos, ao mesmo tempo em que se cobra de todos a sua realização. Isto é, o direito ao meio ambiente é um direito solidário, cuja proteção deve ser comum aos diversos Estados e à toda a humanidade, para reduzir os riscos da degradação ecológica e o mau uso do patrimônio natural. (2010, p. 65).

Importante complementar que o Ministério Público, como instituição, não possui legitimidade ativa para ajuizar a Ação Popular, porém, lhe incumbe atuar como fiscal da lei, promovendo a responsabilização dos condenados. A ele, reserva-se a ação civil pública, notadamente muito mais utilizada, posto que basta apenas simples requerimento, até verbal, ao *parquet*, para que esse instaure o competente procedimento investigatório, com vistas a colher provas para demandar a ação de sua competência. Na verdade, espera-se o

---

<sup>5</sup> Tradução livre dos autores: “Legitimação é um conceito que interfere fortemente nos limites subjetivos de eficácia da sentença: é frequente, lendo as obras dedicadas por estudiosos ao assunto, encontrar trechos em que a eficácia ultra partes da sentença se justifica com base no conceito de legitimidade”.

Ministério Público como instrumento para o alcance da efetivação dos direitos sociais e individuais, sem a necessidade de que seja ele o principal ator da defesa ambiental, como habitualmente ocorre, através da Ação Civil Pública, nos moldes da Lei Federal 7.347/85.

A afirmação da característica não patrimonial do ambiente e, por conseguinte, de sua impossibilidade de apropriação pelo indivíduo também resta confirmada nos mais diversos ordenamentos. Na prática, sabe-se que a proteção ambiental é subjugada pela política, pela economia e por aqueles que não querem compreender, qualquer que seja a razão, a finitude do recurso ambiental. Ao alçar a natureza como sujeito de direitos, tal patamar padece de efetividade porque falta-lhe seu firmatário: a quem cabe movimentar o aparato estatal para a sua defesa?

Aqui a Ação Popular traz sua indesejada feição, que é a discussão acerca da legitimidade ativa, já que nem toda a pessoa é cidadã, pressuposto para figurar no pólo passivo da ação. Ora, sendo o bem ambiental a todos pertencente e ao mesmo tempo, inapropriável<sup>6</sup>, não pode o ordenamento estabelecer distinção entre as pessoas que podem ou não defendê-lo, ou, ao menos, intentar, na via judicial, a sua proteção. A proteção ambiental a todos favorece e não há risco de que sua defesa venha em prejuízo da sociedade. De certa

---

<sup>6</sup> Para Silveira: “A solução mais sólida para o problema conceitual, segundo um ponto de vista estritamente jurídico, é considerar que o ambiente constitui bem jurídico indivisível (unitário) e que difere dos diversos bens jurídicos que o integram (autônomo). Embora composto por diversos bens isoladamente considerados, o ambiente é comum a todos, e é direito de todos, ainda que a propriedade daqueles seja pública ou privada. A distinção entre o meio ambiente e os bens públicos e privados que o compõem caracteriza um regime complexo: os bens que integram o patrimônio ambiental são ou não suscetíveis de apropriação, conforme o caso, mas o direito de propriedade sobre eles é sempre limitado por uma titularidade coletiva. (2014, p. 155-156).

parte, os advogados, como operadores da justiça, não se utilizam da via da Ação Popular, ou mesmo, não encorajam o cidadão a buscá-la. Esse por sua vez, omite-se ou recorre ao Ministério Público para que, como guardião das instituições de Estado, tome à frente nas ações que busquem a proteção ambiental.

Ao Direito, faz-se necessária a consolidação do reconhecimento e da proteção dos direitos coletivos, que esbarra na dificuldade de conciliá-lo com a base individualista do processo, rompendo os paradigmas existentes.

Os entes públicos e privados, as classes políticas e a economia devem imprimir as premissas da solidariedade, da fraternidade, da proteção à cidadania e da dignidade em seus atos, suas gestões de administração e nos seus investimentos. Os mandatos políticos deverão atentar para essa continuidade, diminuindo as diferenças econômicas, promovendo a constante defesa dos bens jurídicos afirmados na esfera constitucional, dentre eles o bem ambiental, criando-se uma interconexão entre a defesa da sociedade, o desenvolvimento e o respeito ao direito individual.

### **3. OS ENTRAVES IDEOLÓGICOS PARA O PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

A concepção do operador do direito não está adstrita à literalidade da norma, no entanto, está a ela vinculada pelos limites por ela impostos, através da interpretação e da compreensão, o que evita de forma razoável a discricionariedade das decisões ou mesmo, possíveis excessos. Logicamente a lei e seu propósito não são estáticos e nem dissociados dos elementos que possam ter influenciado a compreensão do legislador sobre a matéria. Essa compreensão tem o alcance de ponderar a dimensão histórica em que o legislador estava inserido.

Veja-se que muitas das normas ambientais editadas no

final do século passado, há pouco mais de vinte anos, nem mesmo seriam cogitadas atualmente, já que a compreensão social da finitude dos recursos permite observar o contexto sob outra dimensão.

A busca pela validade e acreditação foi uma das formas que contribuiu para enfraquecer, por muito tempo, a validação das ciências humanas ou de espírito, já que são permeadas de grande subjetividade, não se aplicando a elas uma fórmula de comprovação para validá-la ou torná-la uma assertiva científica. Não se adequam a uma metodologia científica, como das ciências exatas, que permita testar e confirmar as hipóteses. A própria busca bibliográfica, muito utilizada nas ciências do espírito, é uma releitura do passado e como tal, vinculada à tradição, porque analisa fatos pretéritos, sob a atual ótica do operador do direito, relacionando com todos os conceitos que formam a sua personalidade, seu saber, sua própria história. Lunelli (2017, p. 65) acrescenta que “a interpretação de um texto legal pelo jurista haverá de realizar-se em consonância com os princípios orientativos, afirmados no próprio ordenamento e, porque não dizer, em consonância com a Constituição desse ordenamento”.

Pensar uma jurisdição ambiental que seja compatível com a contemporaneidade e sensível às mazelas que atingem a sociedade, como o consumismo desenfreado, que não cede, nem mesmo frente à finitude dos recursos ambientais. Isso parece uma meta inatingível. Investigar as raízes históricas da proteção ambiental, ao longo das últimas décadas, em especial após a Grande Guerra, bem como perceber o Direito como ciência do espírito, numa dimensão hermenêutica, permite a interpretação da norma legal em maior consonância com o que a proteção ambiental almejada.

Observa-se um distanciamento entre o Direito e a realidade social, o que faz com que essa análise passe pela questão política, ideológica e principalmente, pela economia, além das características históricas, culturais, sociais que são



dominantes em determinado grupo social. Boaventura de Sousa Santos observa que:

Os debates culturais, políticos e ideológicos do nosso tempo têm uma opacidade estranha que decorre da sua distância em relação ao quotidiano vivido pela grande maioria da população, os cidadãos comuns— «la gente de a pie», como dizem os latino-americanos. Em particular, a política, que devia ser a mediadora entre as ideologias e as necessidades e aspirações dos cidadãos, tem vindo a demitir-se dessa função. Se mantém algum resíduo de mediação, é com as necessidades e aspirações dos mercados, esse megacidadão informe e monstruoso que nunca ninguém viu nem tocou ou cheirou, um cidadão estranho que só tem direitos e nenhum dever. (2020, p. 10).

Isso permite compreender as decisões de cunho ambiental, que por vezes conformam-se com a degradação ou o dano, sob a ótica de que o fato está consumado ou, ainda, conforma-se a partir da afirmação de que o dano econômico ocasionado pelo fechamento de determinado empreendimento teria desdobramentos sociais muito mais nefastos de que a própria questão ambiental. Está exposto, assim, o pensamento do operador do direito à influência que experimenta por elementos de natureza social e cultural. O componente ideológico do processo não é percebido pelo operador, porque é da essência da ideologia a dissimulação: aquele que está envolvido no processo não é capaz de reconhecê-la.

Nessa dura faceta, assenta-se a discussão acerca da inefetividade da Ação Popular para fins de proteção do bem ambiental, reconhecendo-se que a questão ideológica é o forte componente desse desacerto. Olhar para a legitimidade ativa do cidadão, exigindo dele a plena condição de eleitor, para que possa intentar a defesa do bem ambiental escapa do que é razoável e necessário para garantir a sua proteção. Assim

fazendo, tanto o intérprete quanto o legislador, impossibilitam que pessoas estrangeiras ou aqueles que, por alguma razão, não estejam no pleno exercício de seus direitos políticos possam promover a proteção ambiental, provocando o Poder Judiciário para esse fim. Mais do que isso, pessoas jurídicas não podem intentar a Ação Popular, o que exclui grande número de associações, organizações não-governamentais, partidos políticos e afins. Como bem assevera Fiorillo:

A ação popular ambiental reclama uma reanálise do conceito de cidadão. Isso porque a Constituição Federal de 1988 ampliou o objeto da ação popular, de modo que esta não tutela mais somente bens públicos, mas também difusos, como já tivemos a oportunidade de verificar. (...) Assim, em sede de ação popular ambiental, a legitimação ativa não se restringe ao conceito de cidadão encartado na Lei n. 4.717/65, cabendo esse instrumento a todos aqueles que são passíveis de sofrer os danos ou lesões ao meio ambiente, quais sejam, brasileiros e estrangeiros residentes no país. (2010, p. 596-598).

Isso também é percebido por Eurico Ferraresi, afirmando que:

[...] na prática, verifica-se que reiteradamente a jurisprudência tem tolhido a iniciativa popular, dizendo, no mais das vezes, que a pretensão levada a juízo não poderia ser conduzida por ação popular e sim por ação civil pública. Há, pois, evidente tendência em se restringir o âmbito de atuação da ação popular. (2007, p. 136).

Nesse releitura da Ação Popular existente, em especial quanto ao trato ambiental, á perfeitamente cabível a interpretação da legitimidade ativa da forma mais ampla possível, de modo a inserir no polo ativo qualquer pessoa,

física ou jurídica, compondo assim, um reclame processual que é adequado à proteção ambiental, a todos legitimando sua defesa. A proteção ambiental, ainda que não seja plenamente compreendida por todos os atores sociais é, antes de mais nada, um dever de todos. E essa proteção, realizada pela atividade jurisdicional, a ser exercida de forma livre e autônoma, por qualquer pessoa, representa a afirmação do cuidado do próprio estado, com esse bem que é indispensável para manter a continuidade da vida no planeta, sobressaindo assim, ineficaz para a proteção ambiental, a discussão acerca dos legitimados para o intento da Ação Popular.

O interesse nas ações que visem a proteção do bem ambiental sempre sobressai à discussão processual, em razão da intrínseca ligação com a manutenção da vida, sendo a proteção dos direitos coletivos, inclusive do bem ambiental, revestidos de um caráter publicista que reclama a proteção de um bem que a todos interessa e aproveita, criando-se uma necessária exceção ao paradigma da tutela individual e privatista que permeia, por questões ideológicas, as regras do processo civil existente.

#### **4. CONCLUSÃO**

A análise dos elementos ideológicos na proteção ambiental através da utilização da Ação Popular exterioriza notável entrave ao pleno exercício da cidadania. Dois elementos sobressaem para tal conclusão: a importância que a sociedade dá ao bem ambiental e a necessidade de que o ente estatal possibilite o exercício pleno e inarredável da proteção ambiental por qualquer pessoa.

O Direito, ciência do espírito, transita no espaço da compreensão e da interpretação, com o propósito de resolver os litígios que se apresentam na sociedade. Não há uma fórmula cartesiana ou um método alcançar essas decisões, que são fruto da compreensão do julgador e da sua dimensão sobre a matéria.

O rito processual faz, pelo Direito, a adequação de um caminho para o alcance de seu objetivo, numa condição procedimentalista que permite o pensar, o compreender e o decidir.

No entanto, as normas materiais existentes no ordenamento jurídico brasileiro não permitem garantir plenamente a proteção ambiental, já que o sistema processual utilizado para a proteção ambiental está atrelado à perspectiva individualista que ofusca a especificidade do bem que se busca tutelar, numa dimensão ao qual o processo que busca a proteção ambiental não se enquadra, já que é um bem que a todos pertence e o proveito econômico perseguido dificilmente permite-se mensurar, dadas as peculiaridades da natureza. Ao processo, individual e privatista, fica difícil tutelar um direito que a todos pertence, sendo indefinido por essência, porém, passível de ser plenamente tutelado, quando reconhecida a sua importância, tornando descabida qualquer limitação à legitimidade ativa na Ação Popular.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do direito social aos interesses transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

CALGARO, Cleide; COIMBRA, Diego. A utopia progressista em face do projeto político-econômico do *buen vivir* na América Latina. In Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Vol. 5, nº 2. Pág. 59-74. Canoas: Universidade La Salle, 2017.

CALSING, Renata de Assis. O direito humano fundamental ao meio ambiente sadio: convergência da proteção ambiental nos âmbitos nacional e internacional. v. 30, n. 1. Brasília: Nomos. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Coleção

Fundação Mário Soares: Cadernos democráticos. Lisboa: Gradiva, 1999

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. 1ed. v. 1, p. 136-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 11ª edição. São Paulo (SP): Editora Saraiva. 2010.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto. Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental. Caxias do Sul (RS): EDUCS, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª. Ed.. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

PISANI, Andrea Proto. I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile. Una parabola di studi. Milano - IT: Giuffrè Editore. 2015.

RECH, Adir Ubaldo. GULLO, Maria Carolina. SCUR, Luciana. Plano Diretor Inteligente: pressuposto para cidades inteligentes. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; Direito ambiental esquematizado. Coord. Pedro Lenza. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Edições Almedina. 2020.

SÉGUIN, Elida. Direito ambiental: nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Risco ecológico abusivo: a tutela da proteção ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul (RS): EDUCS, 2014.

WEDY, Gabriel. Legitimidade da cidadania e das instituições na tutela jurisdicional do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável nos Estados Unidos da América. In Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais: volume 2 [recurso eletrônico] p. 67-85. Dierle Nunes; Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

# **FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: UM NOVO OLHAR PARA A SUSTENTABILIDADE E SUA DIMENSÃO SOCIAL**

Bárbara Lopes Bindeli  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

## **1. INTRODUÇÃO**

Quando o planeta alcança níveis alarmantes de poluição e as populações são acometidas com o aparecimento de doenças respiratórias, pandemias, aumento da temperatura global, extinção de espécies de animais, dentre outros efeitos que comprometem a qualidade de vida do ser humano e de todos os entes naturais, acende-se a necessidade em se revisitar a noção de sustentabilidade e de se refletir sobre o preço e os danos do desenvolvimento econômico desenfreado, trazendo para o centro do debate a concepção de um novo paradigma ambiental pautado na ética ecológica e justiça ambiental.

Na sociedade de risco global, conceito apresentado pelo sociólogo Ulrich Beck (2006), em que não se pode negligenciar as consequências involuntárias dos processos produtivos, o conceito de sustentabilidade precisa ser pensado a partir da sua multidimensionalidade, de modo a não se conservar a partir de um preservacionismo contraproducente ou sob um império que nada autoriza fazer, mas a partir de um desenvolvimento

duradouro e socialmente harmônico<sup>1</sup>. É nesse sentido, que a sustentabilidade deve evoluir para uma noção mais abrangente de proteção ambiental.

Antes que o conceito de sustentabilidade fosse utilizado como um objetivo a ser alcançados por todas as Nações, o que ocorre notadamente após 1970, economistas se atentavam as consequências decorrentes do processo produtivo e sentidos por toda a sociedade. Isto porque, as leis do mercado não se atentavam completamente para o fato que o meio ambiente é um macrobem (ou *res communes omnium*) não passível de apropriação privada<sup>2</sup>. E a utilização dos recursos naturais pela apropriação dos agentes econômicos geram custos socioambientais que são suportados por toda coletividade, as externalidades negativas. São estas falhas do processo produtivo que passam a ser objeto de estudo e desencadeiam a criação de instrumentos jurídicos-econômicos voltados à proteção do meio ambiente.

Contudo, apenas precificar as externalidades negativas não garante que estejamos diante de um desenvolvimento sustentável ou sustentado. A sustentabilidade, enquanto adjetivo do termo, demanda que seja compreendida como conceito amplo e que passa por dimensões importantes. Uma delas é a sua dimensão social, enquanto garantidora de direitos sociais básicos, como moradia, saúde e acesso a água, que esbarram na distribuição desigual do acesso aos recursos naturais. Nesse sentido, pode-se afirmar que a extensão dos impactos ambientais dentro da sociedade moderna é mensurada a partir das desigualdades socioeconômicas, sob a premissa de que não é equânime a exposição das pessoas à poluição e ao ônus do desenvolvimento econômico.

A inquietação que leva à elaboração deste trabalho decorre da percepção de que a sustentabilidade precisa passar,

---

<sup>1</sup> FREITAS, 2019, p. 53.

<sup>2</sup> MONTERO, 2014, p. 124.



necessariamente, por critérios ecológicos e sociais, sob pena de ser insustentável e inconstitucional, vez que a própria Constituição Federal de 1988 permite uma hermenêutica socioambiental dos direitos.

Nesse diapasão, o presente estudo é sistematizado através da seguinte estrutura: a) a evolução do Direito e a afetação jurídica das questões ambientais, que passam a ser entendidas como transindividuais e difusas; b) as teorias econômicas como manifestação na elaboração de mecanismos de internalização dos custos sociais, a partir da precificação dos recursos naturais; c) a dimensão social da sustentabilidade e o movimento por justiça ambiental como reflexo da necessidade de afirmação do direito ao meio ambiente equilibrado e de direito sociais, que devem ser efetivamente resguardado pelo Estado.

O trabalho se apresenta em três seções, que seguem os objetivos acima apresentados, a partir de uma pesquisa de caráter exploratório em que se debruçou em dados secundários coletados a partir de levantamento bibliográfico em livros e artigos científicos que tratam do tema.

## **2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

Os direitos do ser humano, ainda que considerados direitos naturais desde o início, não nascem todos de uma vez, mas decorrem de um contexto político e social, a partir de demandas que surgem no seio da sociedade<sup>3</sup>. Considere-se, por um lado, os direitos políticos, incluindo aqui o direito ao voto da mulher, por exemplo, outrora jamais pensado; ou, por outro lado, o direito à privacidade, ameaçado pelo avanço da internet e do acesso de dados por entes públicos e privados. Esses são dois exemplos pontuais de direitos hoje formalmente

---

<sup>3</sup> BOBBIO, 2004, p. 96.

assegurados que surgiram em atendimento às demandas sociais.

De igual modo, o direito de viver em um ambiente não poluído, bandeira levantada pelos movimentos ecológicos que abalaram a vida política dentro dos próprios Estados e no sistema internacional, nasce como um direito de nova geração, em decorrência de anseios de lutas que se concretizam no tecido social.

O movimento ambientalista da década de 1960 e o choque do petróleo nos anos 1970 trouxeram para a ordem do dia a escassez dos recursos naturais, o que impulsionou a crítica aos modelos de desenvolvimento econômico vigentes até então, e por conseguinte, a garantia de sobrevivência da espécie humana<sup>4</sup>. O reconhecimento de que a humanidade precisa se proteger faz surgir a necessidade de uma respectiva tutela jurídica, a partir da criação de direitos chamados de direitos dos povos, que têm o gênero humano como destinatário<sup>5</sup>.

Pode se afirmar que, dentro de uma classificação teórica dos direitos de nova geração – ou novos direitos – a proteção do meio ambiente configura um direito de terceira dimensão<sup>6</sup>, compreendidos como metaindividuais, coletivos e difusos, isto é, cuja titularidade não se restringe ao homem individual, mas abrange categorias ou grupos de pessoas<sup>7</sup>, pautando-se no

---

<sup>4</sup> FERNANDEZ, 2011, p. 110.

<sup>5</sup> FARIAS, 2008, p. 117.

<sup>6</sup> “Em face da universalidade e da ampliação desses ‘novos’ direitos, objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, um certo grupo de doutrinadores tem consagrado uma evolução linear e cumulativa de ‘gerações’ sucessivas de direitos. Tal reflexão compreende várias tipologias (três, quatro ou cinco ‘gerações’ de direitos), desde a clássica de T. H. Marshall até alcançar as formulações de Norberto Bobbio, C. B. Macpherson, Maria de Lourdes M. Covre, Celso Lafer, Paulo Bonavides, Gilmar A. Bedin; W. Sarlet, Jose Alcebiades de Oliveira Jr”. (WOLKMER, 2012, p. 125).

<sup>7</sup> WOLKMER, 2012, p. 129.

conceito de fraternidade e solidariedade, com estrutura bifronte, uma vez que a um só tempo se revela como um direito de prestação negativa e positiva, com comportamentos ativos e preventivos do Estado e da sociedade<sup>8</sup>. Sobremaneira, os direitos de terceira dimensão, notadamente, o direito ao meio ambiente, se revelam como direitos que não se destinam a um indivíduo específico, mas à proteção do gênero humano e à sua existencialidade<sup>9</sup>.

A fim de elucidar as definições dos novos direitos, os direitos de primeira dimensão relacionam-se com o liberalismo e dizem respeito aos direitos de liberdade do homem; os de segunda geração são direitos que correspondem à social democracia do fim do século XIX, relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem uma conduta prestacional do Estado, ou seja, direitos positivos; e os de terceira geração são aqueles que surgem da consciência do mundo entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas que reconhecem e exigem a fraternidade e a proteção da humanidade, correspondendo à proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e ao patrimônio comum da humanidade, por exemplo<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> “Trata-se de direito, como atrás visto, com estrutura bifronte, a um só tempo negativa – associado um *non facere* – e positiva, isto é, um direito que comanda prestações positivas do Estado e da sociedade”. (CANOTILHO; LEITE, 2015, p. 129)

<sup>9</sup> BONAVIDES, 2006, p. 563.

<sup>10</sup> Cf. BONAVIDES, 2006, p. 516-524.

A despeito da classificação abordada por Bonavides (2006), Wolkmer (2012) adota a classificação a partir de cinco dimensões do direito. Dessa forma, na mesma linha conceitual dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, acrescenta-se os direitos de quarta dimensão, que se refere à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética; e dos de quinta dimensão que são os "novos" direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral (WOLKMER, 2012, p. 131-133), como materialização da evolução da sociedade industrial para uma sociedade tecnológica e virtual.

Com efeito, todas as causas dessa multiplicação dos direitos do homem revelam um contexto social determinado<sup>11</sup> que são materializadas em direitos “decorrentes de exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente”<sup>12</sup>.

Estes últimos são direitos que se associam a novas facetas, como a proteção da vida em seu sentido amplo, prezando pela sua qualidade, que sofre os impactos da sociedade industrial e do avanço da tecnologia verificados no fim do século XX, e se relaciona com a solidariedade intergeracional, na medida em que direitos dos povos, como o direito à paz e ao desenvolvimento, afetam não só as gerações presentes, mas também as futuras<sup>13</sup>.

Na perspectiva dos direitos dos povos, a proteção do meio ambiente é reconhecida como um direito social que decorre do desequilíbrio da relação entre o homem e a natureza, resultado de um reconhecimento social – que ganha reforço jurídico – em alinhamento à teoria de Bobbio no sentido de que “os direitos não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas”<sup>14</sup>, mas se revelam como resultado

---

À título de exemplo, os direitos de quarta dimensão são direitos específicos que tem vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros, enquanto os direitos de quinta dimensão se refere a regulamentação da ciência da informática, de que forma irá controlar, proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa, o direito à privacidade e à informação e o controle dos crimes via rede, ou seja, incitação de crimes de uso de droga, de racismo, de abuso e exploração de menores, pirataria, roubo de direitos autorais, ameaça e calúnia de pessoas, e tantos outros (WOLKMER, 2012).

<sup>11</sup> BOBBIO, 2004, p. 63.

<sup>12</sup> WOLKMER, 2012, p. 125.

<sup>13</sup> FARIAS, 2008, p. 118.

<sup>14</sup> BOBBIO, 2004, p. 05.

de uma demanda social. Assim, a forma como o homem foi se relacionando com a natureza, no decorrer da história, e as consequências do seu comportamento desencadeou a necessidade de que a proteção do meio ambiente fosse positivada, de modo a garantir ainda outros direitos com ele correlatos.

Além das consequências jurídicas decorrentes da mudança do modelo de sociedade, o contexto histórico fez reconhecer a necessidade de que as políticas econômicas também tenham como objetivos prioritários da agenda, dentre outros direitos relativos ao homem, à defesa e à conservação do meio ambiente, uma vez que as atividades econômicas são sustentadas, a médio e longo prazo, pelos recursos naturais, além de oferecer serviços indispensáveis à vida de todos os seres vivos, todos dependentes inexoravelmente do meio ambiente<sup>15</sup>. Os riscos ecológicos que surgem em decorrência do modelo de sociedade pós Segunda Guerra, também chamada de sociedade de risco, passa a ocupar o centro das atenções como forma de tentar minimizar a crise ambiental<sup>16</sup>.

A sociedade de risco é um conceito do sociólogo Ulrich Beck (2011), que guarda relação direta com a crise ecológica, tendo em vista que ela é “consequência do progresso tecnológico e do acelerado crescimento econômico, que privilegiam a produção de riqueza como valor fundamental da sociedade capitalista”<sup>17</sup>, e com isso, gera a produção de riscos e ameaças ambientais de alcance global contra o ser humano, fauna e flora, considerados, assim, riscos da modernização<sup>18</sup>.

O conceito de risco adotado por Ulrich Beck pressupõe que o risco seria a previsão ou controle de futuras

---

<sup>15</sup> MONTERO, 2014, p. 115.

<sup>16</sup> LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 292.

<sup>17</sup> MONTEIRO, 2014, p. 14.

<sup>18</sup> BECK, 2011, p. 26.

consequências decorrentes da ação humana<sup>19</sup>, logo, a sociedade de risco é aquela que “[...] em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental”<sup>20</sup>.

Com isso, compreender a constituição da crise ambiental é entendê-la como resultado da expansão do desenvolvimento técnico-científico, cujo objetivo sempre foi o de ampliar não só o domínio sobre a natureza, mas também o domínio sobre outros homens<sup>21</sup>. A sociedade de risco pressupõe uma distribuição desigual e antidemocrática, que evidencia a estratificação das populações em camadas ou classes, em que algumas assumem o maior risco das atividades econômicas em detrimento de outras, ressaltando que a crise ecológica agrega elementos de desigualdade e discriminação social<sup>22</sup>, para além de um viés meramente ambiental.

Esse contexto salienta a necessidade de um clamor em prol da justiça ambiental, tendo em vista que a distribuição dos bens e principalmente dos riscos e malefícios decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico – e insustentável – não mais ocorre de modo equânime<sup>23</sup>. O novo regime de risco instaura numa nova ordem transnacional que se transformam em forças de mobilização política e de subpolítica, e parecem substituir as referências de desigualdade associadas às classes, às raças e aos gêneros<sup>24</sup>.

A crise ambiental e a sociedade de risco, portanto, demandam uma transformação no Estado e no Direito, sendo necessário construir um novo papel para o Estado, na medida em que a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não se mostrou suficiente como

---

<sup>19</sup> BECK, 2011, p. 93.

<sup>20</sup> CANOTILHO; LEITE, 2015, p. 133.

<sup>21</sup> MATOS; SANTOS, 2018, p. 204.

<sup>22</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 10.

<sup>23</sup> BODNAR, 2009, p. 104.

<sup>24</sup> FERRER, GLASENAPP; CRUZ, 2014, p. 1439.

mecanismo de proteção ao meio ambiente<sup>25</sup>. Quanto à relação com o Direito, este não exerce tão somente a função tradicionalmente repressiva/sancionatória, mas também uma função promocional, em que o Estado assume o papel de estimular práticas mais protetivas e sustentáveis e desencorajar condutas que atentem em desfavor do meio ambiente, criando instrumentos, com o apoio técnico de outras áreas de conhecimento, que permitam conduzir a relação do homem com o meio ambiente de forma mais harmônica<sup>26</sup>.

Sendo assim, de forma paulatina, a comunidade internacional passou a questionar o modelo de desenvolvimento econômico até então predominante e o alto custo social e ambiental decorrente da prosperidade do avanço tecnológico e científico, o que os levou a reconhecer a necessidade de intervenção do Estado de forma a garantir a sustentabilidade dos recursos naturais e de direitos sociais, aqui incluído o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Contudo, antes do debate ambiental dos idos anos de 1970, o meio ambiente era comumente percebido apenas como um fornecedor de insumos para o processo produtivo. Não se discutia na esfera pública, até então, formas de conciliar o crescimento econômico com o uso dos recursos naturais não-renováveis.

O reconhecimento de que os bens ambientais são livres, logo, não possuem valor econômico, revelou que as leis da economia não funcionavam para gerir a crise ambiental, uma vez que, enquanto a alocação de bens econômicos é resolvida pelo equilíbrio entre oferta e demanda, os bens livres não se sujeitam a este mecanismo<sup>27</sup>. Sempre que um bem for livre, ou seja, “um bem econômico não tiver sua qualidade assinalada

---

<sup>25</sup> LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 297.

<sup>26</sup> MONTERO, 2014, 29.

<sup>27</sup> GORDILHO; PIMENTA, 2018, p. 364.

por um preço que traduza seu grau de escassez<sup>28</sup>, estar-se-á diante de uma falha de mercado ou uma externalidade.

A economia ambiental enfrenta essa problemática na tentativa de encontrar uma forma de internalizar os custos sociais decorrentes dessas falhas do mercado, o que demanda uma intervenção do Estado por meio de políticas públicas ambientais que podem ser implementadas por instrumentos econômicos. Dessa forma, a fim de incentivar os agentes econômicos a internalizar as externalidades negativas que decorrem das atividades degradadoras do meio ambiente, a abordagem da economia ambiental neoclássica defende a implementação de instrumentos de intervenção no mercado, a fim de conciliar o desenvolvimento econômico com a conservação dos recursos naturais. Essa noção é fundamental para se compreender, a partir de uma análise econômico-fiscal, a proteção do meio ambiente e o papel do Estado como promotor de um bem-estar geral, que decorre da própria estrutura econômica<sup>29</sup>.

As teorias econômicas do final do século XIX se atentaram para os efeitos externos dos processos produtivos e serviram de base para a defesa da internalização dos custos ambientais, constituindo o sucedâneo teórico para o princípio do poluidor-pagador e para a tributação ambiental, notadamente a partir dos ensinamentos do economista Athur Cecil Pigou.

Na sua obra intitulada *The Economics of Welfare* (1920), o economista desenvolve sua teoria a partir de jurisprudências britânicas que reconheciam os prejuízos sofridos por um grupo de agricultores que comumente eram atingidos por incêndios decorrentes das faíscas deixadas por uma locomotiva que atravessava as propriedades. Em razão disso, pagavam um seguro alto e este custo adicional aos

---

<sup>28</sup> NUSDEO, 1975, p. 57.

<sup>29</sup> TUPIASSU, 2006, p. 66.



agricultores, que decorria da atividade produtiva da empresa ferroviária, não era computado como despesas operacionais, ficando a cargo somente dos agricultores, que arcavam com os custos financeiros e os impactos ambientais da atividade<sup>30</sup>.

A teoria de Pigou atentou-se para as influências dos custos sociais que não são computados no processo produtivo, de modo que as atividades econômicas podem ser benéficas, ao tempo em que provocam efeitos maléficis à sociedade, cujo exemplo mais comum são os impactos ambientais. Sendo o meio ambiente *res communis omnium*, ou seja, um macrobem que pertence a todos, os benefícios e malefícios decorrentes da qualidade ambiental são compartilhados por toda a sociedade<sup>31</sup>.

As externalidades negativas advindas do processo produtivo foram percebidas e aprofundadas por Pigou e se revelam como custo ou benefício externo não contabilizado pelas partes envolvidas na transação, não sendo por elas auferidos e sim por terceiro alheio que, via de regra, vem a ser a coletividade<sup>32</sup>. Com isso, a sociedade passa a ser um receptor de rejeitos liberados pelo processo produtivo e toda poluição que decorre é uma externalidade negativa que deve ser corrigida pelo Estado<sup>33</sup>.

As externalidades têm significados diferentes nas perspectivas jurídica e econômica. Pela perspectiva jurídica são consideradas fonte de injustiças sociais, porque causam danos à sociedade, mas não são puníveis; pela econômica significam consequência de uma falha do mercado<sup>34</sup>. Dito de modo objetivo, o problema da degradação ambiental existe porque as externalidades negativas são produzidas pelos poluidores e, em termos econômicos, são designadas como ineficiência ou falha

---

<sup>30</sup> PIGOU, 1962, p. 132.

<sup>31</sup> MONTERO, 2014, p. 127.

<sup>32</sup> BRITO, 2017, p. 82.

<sup>33</sup> ANDRADE, 2008, p. 10.

<sup>34</sup> ARAGÃO, 2014, p. 36.

de mercado, uma vez que a atividade econômica realizada atinge a produção ou consumo de outrem, sem que se realize a devida compensação por estes prejuízos<sup>35</sup>.

Diante disso, o economista defendeu a imposição de uma taxa ao poluidor, na tentativa de estabelecer o equilíbrio paretiano<sup>36</sup>, o que justificaria a intervenção do Estado sobre o domínio econômico-ambiental com o fim de obrigar a internalização dos custos sociais ambientais<sup>37</sup>. Essa taxa, definida por Pigou como instrumento para alcance de uma relação ótima entre economia e meio ambiente, é conhecida como imposto pigouviano<sup>38</sup>.

Assim, para sanar as externalidades, sejam elas positivas ou negativas, é necessário internalizar os custos sociais, tal como ocorre quando o Estado oferece um sistema de compensação de danos (responsabilidade civil) ou pela utilização de subvenções como incentivo ou desincentivo para determinadas condutas<sup>39</sup>. Derani aponta que a teoria econômica apresentada por Pigou conclui que o Estado deve introduzir um sistema de impostos para quando os efeitos das falhas externas da economia forem negativos à sociedade, e um sistema de subvenção ou incentivos, em caso de externalidade com efeitos positivos<sup>40</sup>.

Dentre os instrumentos de intervenção, os estudos

---

<sup>35</sup> RABBANI, 2017, p. 198.

<sup>36</sup> Derani (1997, p. 131) aponta que “[...] a economia de mercado atinge seu grau ótimo quando realiza uma satisfatória relação entre o uso de um recurso natural e sua conservação, encontrando um preço que permita a utilização do bem ao mesmo tempo em que o conserva”.

<sup>37</sup> TUPIASSU, 2006, p. 70.

<sup>38</sup> *“It is however, possible for the State, if it so chooses, to remove the divergences in any field by ‘extraordinary encouragements’ or ‘extraordinary restraints’ upon investments in that field. The most obvious forms which these encouragements and restraints may assume are, of course, those of bounties and taxes”.*(PIGOU, 1962, p. 192)

<sup>39</sup> AYDOS, 2010, p. 65.

<sup>40</sup> DERANI, 2008, p. 108.

econômicos de Pigou estruturaram um regime que permite que poluidores devam arcar com os custos ambientais. A precificação/valoração das externalidades a partir de técnicas com o objetivo de estimar custos sociais advindos da utilização dos recursos naturais, tem por escopo obter valores ambientais em termos monetários. Muito embora o uso dos recursos ambientais não tenha um preço de mercado, seu valor econômico é auferido na medida em que o seu uso altera o nível de produção, consumo e bem-estar coletivo<sup>41</sup>.

Nota-se, com isso, que o surgimento das teorias econômicas que discutem a necessidade de internalizar os custos marginais<sup>42</sup> dos processos produtivos baseou, inicialmente, a criação de mecanismos jurídicos de proteção ao meio ambiente a partir deste viés. No entanto, partindo de outra perspectiva, esse processo também contou com a contribuição do movimento ambientalista, que reivindicou a construção de uma consciência ambiental coletiva, essencial à constitucionalização deste direito.

## **2.1 Contribuições do movimento ambientalista na garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado**

A crise ecológica instaurada em razão do desenvolvimento econômico, motivou a mobilização de diversos setores da sociedade em prol da proteção da natureza e propiciou o surgimento de novos valores e práticas no âmbito comunitário desde a década de 1960<sup>43</sup>. A concepção de sociedade civil organizada é, então, resultado das mobilizações

---

<sup>41</sup> MOTTA, 1998, p. 03.

<sup>42</sup> Os custos marginais podem ser privados ou sociais. Custo marginal privado é custo direito de produção de uma unidade adicional do bem e o dano marginal é o custo adicional do processo de produção que recai sobre terceiros e pelos quais o agente econômico não paga. Sendo assim, o custo marginal social é a soma do custo marginal privado e do dano marginal.

<sup>43</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 67.

sociais que ocorreram na época, sendo possível afirmar que o movimento ambientalista emergiu dentro do mencionado momento histórico e se revela como um dos maiores e mais expressivos exemplos de novo rearranjo social e político<sup>44</sup>.

O movimento ambientalista não tem um marco inicial específico, isto é, não houve um acontecimento isolado que deu origem a ele, do mesmo modo que também não é possível afirmar que tais lutas coletivas tenham começado em um determinado país. Pelo contrário, se verifica que ele tenha emergido em lugares diferentes, em tempos diferentes e, geralmente, por motivos diferentes, considerando questões locais<sup>45</sup>. Todavia, alguns pontos da história são importantes para entender como se deu a legitimação social dessa consciência por novos valores ecológicos.

Além da contribuição dos economistas na concepção de proteção ambiental a partir das suas teorias de internalização das externalidades negativas, conforme desenvolvido na seção anterior, o movimento conservacionista – considerado o primeiro deles a contribuir com a legitimação social da proteção ao meio ambiente – apontam para as primeiras manifestações quanto à proteção ambiental, antes mesmo da década de 1960, com a criação de áreas naturais com vistas à conservação dos recursos, sendo este o primeiro indício da persecução de valores relacionados à proteção da natureza, que teve seu início na Grã-Bretanha, mas se espalhou em outros países, dentre eles os Estados Unidos<sup>46</sup>. Os Estados Unidos ganham destaque nessa fase da história do movimento em razão da criação do maior parque nacional no mundo, o de *Yellowstone*, como resultado dos ideais da época. O capitalismo americano já havia se consolidado, a urbanização era acelerada e se propunha a reservar grandes áreas naturais,

---

<sup>44</sup> ALIER, 1998, p. 348-349.

<sup>45</sup> MCCORMICK, 1992, p. 17.

<sup>46</sup> MCCORMICK, 1992.

subtraindo-as à expansão agrícola e colocando-as à disposição das populações urbanas para fins de recreação<sup>47</sup>.

No campo teórico, o movimento ambientalista pode ser dividido entre preservacionistas e conservacionistas. Os conservacionistas, liderados pelas ideias de Gifford Pinchot, acreditava que a conservação deveria se basear “no uso dos recursos naturais pela geração presente; a prevenção de desperdício; e o uso dos recursos naturais para benefício da maioria dos cidadãos”<sup>48</sup>. Já os preservacionistas defendiam a “reverência à natureza no sentido da apreciação estética e espiritual da vida selvagem (*wilderness*)”<sup>49</sup>, a partir das ideias de John Muir, que defendia a divindade da Natureza “como valor por si só e independente do seu benefício para o ser humano”<sup>50</sup>. O conflito entre as teorias representa a diferença entre a conservação dos recursos e a preservação pura da natureza<sup>51</sup>.

Contudo, apesar das diferenças apontadas, o movimento conservacionista como um todo é considerado como um estágio primitivo do movimento ecológico contemporâneo, eis que traduzia à época os valores de respeito à natureza, embora não contemplasse uma proteção e dimensão ecológica mais ampla, já que a ideia de poluição, degradação e esgotamentos dos recursos naturais ainda não era tão intensa, o que só veio se cristalizar efetivamente a partir da década de 1960<sup>52</sup>.

Dentro desse contexto, importante abordar situações concretas que participaram do seio da discussão ambiental da época e que levaram ao surgimento e amadurecimento do movimento. A publicação da obra *Primavera Silenciosa*, de Rachel Carson, em 1962, foi uma delas, servindo de impulso

---

<sup>47</sup> DIEGUES, 1994, p. 15.

<sup>48</sup> DIEGUES, 1994, p. 18.

<sup>49</sup> DIEGUES, 1994, p. 19.

<sup>50</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 71.

<sup>51</sup> DIEGUES, 1994, p. 19.

<sup>52</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 72-73.

ao movimento ambientalista. Carson (1969) à época já alertava para chegada das substâncias químicas no campo e seus reflexos para toda espécie humana. A superprodução levou à necessidade de que pesticidas atendessem a demanda do mercado contra pragas e insetos, contudo, não se mensurava a gravidade e o risco inerentes ao uso das substâncias. Apesar das décadas que se passaram desde a sua publicação original, a obra ainda reflete discussões recentes quanto à utilização desenfreada de agrotóxicos nos alimentos<sup>53</sup>.

Outro marco histórico foi o Relatório “*Meadows – Os limites do crescimento*”, elaborado em 1972 a pedido do Clube de Roma, que apontava para o risco do crescimento econômico diante da finitude dos recursos naturais. O relatório parte de uma visão complexa das causas e dos problemas sociais, econômicos e ecológicos da sociedade, ressaltando a interligação entre economia, tecnologia, sociedade e política, chamando atenção para uma nova postura ética, caracterizada pela responsabilidade tanto entre as gerações quanto entre os membros contemporâneos da sociedade atual<sup>54</sup>.

No mesmo ano, a demanda internacional para discutir a crise ambiental desencadeou na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, Suécia. O evento foi um marco na história do movimento ambiental e sua declaração final contém dezenove princípios que representam um verdadeiro Manifesto Ambiental para os tempos hodiernos. Além disso, nele se estabeleceram as bases para a nova agenda ambiental do Sistema das Nações Unidas e as diretrizes e

---

<sup>53</sup> “As substâncias químicas, em relação as quais a vida e solicitada a efetuar os seus ajustamentos, já não são mais meramente o cálcio, o silício e o cobre, juntamente com todo o resto de minerais levados pelas chuvas, e por elas levadas para longe das rochas, a caminho dos rios e dos mares; tais substâncias são as criações sintéticas do espírito inventivo do Homem; são substancias compostas nos laboratórios, e que não tem as contrapartes correspondentes na Natureza” [...]. (CARSON, 1969, p. 17)

<sup>54</sup> BRÚSEKE, 1995, p. 17.

princípios a serem seguidos por todos os países a fim de garantir a proteção do meio ambiente para atuais e futuras gerações como meta fundamental a ser seguida por toda a humanidade.

Entidades ambientais também surgiram na década de 1970 em prol da questão ambiental, dentre elas, com notoriedade, o *Greenpeace*, que foi criado a partir de uma campanha contra os testes nucleares realizados pelo governo norte-americano no estado do Alasca<sup>55</sup>. No cenário internacional ainda é possível citar a IUCN – *International Union for Conservation of Nature* e o WWF – *World Wide Fund for Nature*<sup>56</sup>.

Sem querer esgotar todos os acontecimentos e movimentos que marcaram a história, ou mesmo desmerecer algum outro fato importante, cumpre frisar que os movimentos se revelam, independentemente de quais sejam as filosofias ou os métodos que os orientam, os países ou os contextos sociais que os originaram, com um único objetivo comum: a manutenção da qualidade do meio ambiente<sup>57</sup>.

No Brasil, o movimento ambientalista ganhou força a partir de 1970, dentro do contexto da ditadura militar e em decorrência da intensificação do processo de industrialização, o que demandou maior engajamento da sociedade nos temas ambientais e sociais, notadamente com relação às consequências desastrosas verificadas com a poluição industrial e a contaminação de áreas urbanas próximas, que resultaram em problemas graves de saúde das populações afetadas<sup>58</sup>.

O movimento ecológico brasileiro apresenta uma matriz

---

<sup>55</sup> Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/quem-somos/nossa-historia/>. Acesso em: 30 de jan. de 2020.

<sup>56</sup> Disponível em: <https://www.conservation.org>. Acesso em: 20 jan. de 2020.

<sup>57</sup> MCCORMICK, 1992, p. 18.

<sup>58</sup> CÂMARA, 2013, p. 131.

socioambiental, o que o diferencia, em alguns aspectos, do movimento ambientalista verificado em outras partes do mundo. Isto porque agrega a participação de organizações não governamentais, movimentos sociais e sindicais que incorporam à questão ambiental, questões também de ordem social, como saneamento básico, moradia, saúde pública, e outros direitos sociais básicos<sup>59</sup>.

A definição do problema ambiental ultrapassa o campo das ciências naturais para as ciências humanas, com ênfase na relação entre processos sociais e naturais. A ideia de meio ambiente é redefinida como uma relação entre o coletivo e os recursos naturais e “o humanismo da contracultura é incorporado, sob a forma de demanda por uma ‘ética ecológica’”<sup>60</sup>.

Desta forma, o movimento ambientalista no Brasil sinaliza a sua marca socioambiental, objetivando a proteção da natureza com a proteção do ser humano, pelo que reconhece a dimensão ecológica como elemento inerente à garantia da dignidade humana, da sadia qualidade de vida e do mínimo existencial. No Brasil, os movimentos ambientalistas se definem como defensores de reservas florestais, centros urbanos, além de reivindicar saneamento básico, entrelaçando questões ligadas à distribuição de riqueza e à gramática das formas de vida<sup>61</sup>. Isso supera a noção institucionalizada do meio ambiente, concentrada em agências e órgãos do poder público com competência para gerir as questões ambientais, conferindo a participação de outros atores. Com isso, qualquer demanda ecológica deve, necessariamente, passar pelo enfrentamento dos direitos sociais, afirmando a dimensão integrativa de tais direitos para a formação de uma tutela

---

<sup>59</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 95.

<sup>60</sup> ALONSO; COSTA; MACIEL, 2007, p. 57.

<sup>61</sup> TAVOLARO, 2001, p. 88.



integral da dignidade humana<sup>62</sup>.

A promulgação da Carta Constitucional é marcada pelo fortalecimento das forças democráticas. Nesse sentido, devido a intensa participação dos movimentos sociais, podemos entender o capítulo do meio ambiente como resultado dos debates e da ação política da sociedade civil, num esforço de traduzir as demandas coletivas apresentadas na arena política nacional<sup>63</sup>. Foi, portanto, um marco para concretizar essa visão holística da proteção do meio ambiente.

Sob a ótica constitucional do Direito Ambiental, a previsão na Constituição Federal de 1988 insere-se dentro do título que trata da “Ordem Social”, relacionando a tutela ecológica com outros direitos encartados no documento. Isso leva a uma interpretação pela adoção de um marco jurídico constitucional socioambiental<sup>64</sup> que integre os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. A matriz constitucional socioambiental decorre do reconhecimento de que a crise ambiental não ocorre de forma isolada, mas dentro de uma dimensão coletiva<sup>65</sup>. Por isso, aborda direitos que pertencem à esfera privada, mas se subordinam aos interesses da maioria, em prol do bem-estar social, fruto dos movimentos sociais que acompanharam o surgimento do direito ambiental no Brasil, em consequência do movimento internacional que já ocorria.

Dessa forma, a Constituição Federal reafirma seu compromisso com os princípios de proteção ambiental ao incluir a defesa do meio ambiente como princípio a ser observado pela ordem econômica. Verifica-se que o artigo 170 prevê, dentre outros princípios a ser observados pela ordem econômica, a defesa do meio ambiente, a partir de um

---

<sup>62</sup> FERREIRA, 1996, p. 254-255.

<sup>63</sup> LOPES; SILVA; TAVARES, 2013, p. 85.

<sup>64</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 121.

<sup>65</sup> LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 305.

tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação<sup>66</sup>.

Compreender de que forma a legislação brasileira ambiental se delinea é de suma importância para entender os avanços, mas também os desafios de se concretizar uma forma de desenvolver sustentável. Isto porque, apesar da gama de normas jurídicas que se voltam à proteção do meio ambiente, ainda há muito o que se alcançar, seja pela falta de compreensão do próprio termo, seja por ausência de consciência moral da sociedade da relevância dos bens naturais para a sobrevivência de todos e todas na Terra. Dito isto, entender o que é sustentabilidade é crucial para a presente pesquisa, razão pela qual passamos a expor no próximo tópico.

### **3. DIREITOS SOCIAIS: UM CRITÉRIO PARA SUSTENTABILIDADE**

Um dos marcos para o reconhecimento da necessidade de mudança do modelo econômico tradicional predatório para um novo paradigma ambiental foi o relatório “Limites do Crescimento”, publicado em 1972, por uma equipe multidisciplinar do *Massachusetts Institute Technology* (MIT), a pedido do Clube de Roma, que serviu de embasamento para a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano em Estocolmo, na Suécia, em 1972, onde se discutiu pela primeira vez o risco ambiental vivido pelas sociedades modernas, na tentativa de formular normas jurídicas e instrumentos de gestão para o controle e prevenção dos

---

<sup>66</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (BRASIL, 1988)

efeitos decorrentes do desenvolvimento econômico<sup>67</sup>.

Nesse contexto, a ideia de que era preciso repensar a forma como a produção e o consumo afetava o meio ambiente surge como conceito normativo com o nome ecodesenvolvimento, como uma proposição conciliadora, em que se reconhece que o progresso científico relativiza os limites ambientais e que o crescimento econômico é uma condição necessária, mas não imprescindível para eliminação da pobreza e das desigualdades sociais<sup>68</sup>. O termo “ecodesenvolvimento”, criado por Maurice Strong, se popularizou e foi difundido pelo economista Ignacy Sachs<sup>69</sup>.

A tese que foi então difundida por Sachs confere nova roupagem ao conceito de desenvolvimento, agregando os vieses social e ambiental. Existe uma questão ética fundamental nessa concepção, que denota um desenvolvimento voltado às necessidades sociais, que se referem à melhora na qualidade de vida e à preservação do meio ambiente em caráter intergeracional<sup>70</sup>.

Sachs propunha um modelo de desenvolvimento que conciliasse crescimento econômico e conservação dos recursos naturais “através de uma gestão ambiental socialmente responsável e interessada no bem-estar tanto das atuais, como das futuras gerações”<sup>71</sup>. Esse novo paradigma proposto demonstra a preocupação com os aspectos econômicos associada aos problemas ambientais e sociais, isto porque, “os objetivos do desenvolvimento são sempre sociais, há uma

---

<sup>67</sup> LOPES; SILVA; TAVARES, 2013, p. 82.

<sup>68</sup> ROMEIRO, 2010, p. 8.

<sup>69</sup> FERNANDEZ, 2011, p. 110.

O “ecodesenvolvimento” teria sido sugerido por Maurice Strong, diretor da Unep, mas é o professor Ignacy Sachs da EHESS da Universidade de Paris que se reconhece historicamente como o principal teórico desse conceito (ROMEIRO, 2012, p. 85).

<sup>70</sup> OLIVEIRA; MONTEIRO, 2015, p. 30.

<sup>71</sup> OLIVEIRA; SILVA JUNIOR, 2007, p. 03.

condicionalidade ambiental que é preciso respeitar, e finalmente, para que as coisas avancem, é preciso que as soluções pensadas sejam economicamente viáveis”<sup>72</sup>.

Sendo assim, o conceito de desenvolvimento sustentável, por sua vez, não nasce de um fato típico e específico com data e hora marcada, mas do resultado de anos de ponderação desde o surgimento dos impactos negativos da revolução industrial e do crescimento econômico. Um dos registros históricos que merecem ser citados é o documento intitulado *The Limits to Growth*, ou Relatório Meadows, que já alertava sobre os limites ambientais ao crescimento econômico<sup>73</sup> cuja conclusão fora que o crescimento econômico precisava parar para se evitar que o esgotamento dos recursos naturais e a poluição provocassem uma queda brusca do nível de vida<sup>74</sup>. No plano mundial, a Conferência de Estocolmo foi o evento pioneiro que versou sobre meio ambiente e desenvolvimento econômico-social<sup>75</sup>, e que trouxe uma nova abordagem para a questão ambiental, a da cooperação internacional, de modo a reconhecer que a degradação ambiental não respeitava os limites fronteiriços, e que a solução para o problema se encontrava em tratar o assunto de forma coletiva por todas as nações<sup>76</sup>.

O termo ainda foi insistentemente proclamado no Relatório Nosso Futuro Comum, da Comissão Brundtland, de 1987, realizado a pedido da ONU e perpassando quase todas as declarações e documentos redigidos ao final da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, também conhecido como Rio92 ou Eco92, sobretudo a “Agenda 21”, que estabeleceu os

---

<sup>72</sup> SACHS, 2009, p. 232.

<sup>73</sup> MEADOWS; RANDERS; MEADOWS, 1972.

<sup>74</sup> ROMEIRO, 2012, p. 68.

<sup>75</sup> CALDAS; SILVA; BARROSO, 2020, p. 48.

<sup>76</sup> MATA DIZ; ALMEIDA, 2014, p. 113.

planos de ação para se atingir o desenvolvimento sustentável no século XXI<sup>77</sup>. Segundo o relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, a noção de desenvolvimento sustentável consiste numa compreensão “que garante o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas necessidades” (1991)

Cumprido salientar que o presente artigo parte da compreensão de que sustentabilidade é o adjetivo necessário à compreensão do que é desenvolver, garantindo que haja ainda a promoção de outros direitos, como participação democrática, educação e igualdade de direitos entre homens e mulheres, que independente de fatores ou indicativos econômicos. Com efeito, quando falar-se em sustentabilidade estar-se-á a falar da multidimensão do conceito, e quando se falar de desenvolvimento sustentável (ou DS), estar-se-á tratando da compreensão de um desenvolver que não se relaciona, necessariamente, com crescimento econômico<sup>78</sup>.

A noção ínsita ao princípio do desenvolvimento sustentável se vincula estreitamente à ética da solidariedade<sup>79</sup>. Quando a Constituição Federal demonstra a preocupação com as gerações futuras em seu artigo 225, ela está reforçando esse ideal, que se consubstancia em verdadeiro princípio jurídico constitucional, expresso no artigo 3º, I. A solidariedade social, portanto, não é apenas uma ideia, mas um princípio do direito positivo, que se apresenta como um objetivo fundamental da República<sup>80</sup>. Nesse sentido,

O desenvolvimento sustentável ou sustentado é aquele que visa a atingir as gerações presentes e futuras. A novidade do conceito é a introdução das gerações

---

<sup>77</sup> MIGUEL, 2012, p. 152.

<sup>78</sup> CIRELLI, 2020, p. 40.

<sup>79</sup> MIGUEL, 2012, p. 153.

<sup>80</sup> MACHADO, 2010, p. 50.

futuras não só como interessadas, mas titulares de direitos em relação ao desenvolvimento. [...] Até o advento do conceito de desenvolvimento sustentável, o planejamento econômico, mesmo quando observava uma vertente ambiental, circunscrevia-se a planejar o cronograma – curto, médio e longo prazo – com olhos na geração presente, isto é, na geração que imediatamente iria fruir o desenvolvimento planejado.<sup>81</sup>

Em um primeiro momento, a ideia de desenvolvimento sustentável remonta ao reconhecimento da importância do meio ambiente, de modo que a sua proteção não pode esgotar-se na presente geração e deve apresentar uma perspectiva futura. As gerações de hoje não são proprietárias dos recursos naturais disponíveis, pelo contrário, atuam como “fideicomissários de uma herança” que deverá ser entregue em perfeito estado e que garanta o desenvolvimento pleno a seus sucessores<sup>82</sup>.

O desenvolvimento sustentável encontra respaldo no princípio da solidariedade intergeracional<sup>83</sup>, que decorre do

---

<sup>81</sup> MACHADO, 2010, p. 314.

<sup>82</sup> MONTERO, 2014, p. 74.

<sup>83</sup> O Supremo Tribunal Federal acolheu o princípio da solidariedade intergeracional como demonstra o julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540, em 01/09/2005, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello e cuja ementa se colaciona a seguir: Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto

reconhecimento constitucional do direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>84</sup>. O princípio ressalta a responsabilidade da sociedade atual com aqueles que estão por vir, na perspectiva do desenvolvimento sustentável, tendo por finalidade assegurar-lhes o meio ambiente saudável e sua devida fruição<sup>85</sup>. Tais postulados não devem restringir-se apenas às discussões teóricas, mas também serem aplicados em políticas públicas voltadas a proteção ambiental, bem como incorporados em instrumentos internacionais e sistemas jurídicos<sup>86</sup>.

Apesar do cerne do conceito de desenvolvimento sustentável encontrar-se no cuidado presente e futuro com o meio ambiente, enxergá-lo apenas enquanto processo de satisfação das gerações vindouras restringe muito a problemática a ele intrínseca<sup>87</sup>. Na concepção de Amartya Sen, o desenvolvimento só ocorre quando se relaciona também com a expansão das liberdades, quando servem às capacidades humanas, dentro daquilo que as pessoas podem ou não fazer<sup>88</sup>.

---

a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. (BRASIL, 2006)

<sup>84</sup> SILVA, 2011, p. 124.

<sup>85</sup> CORREIA; DIAS, 2017, p. 71.

<sup>86</sup> MONTERO, 2014, p. 75.

<sup>87</sup> CECHIN, 2010, p. 177.

<sup>88</sup> SEN, 2018, p. 346.

O autor ainda pondera que “[...], uma abordagem de justiça e desenvolvimento que se concentra em liberdades substantivas

Nesse sentido, o Estado precisa propiciar condições de cunho social e ambiental, para que todos os indivíduos tenham escolhas livres a fazer no que diz respeito ao seu próprio bem-estar, isso não implica em se ter um “Estado babá”, mas em um Estado que cria mais oportunidades de escolha e decisões substantivas para as pessoas, que então poderão agir de modo responsável e livre<sup>89</sup>. O objetivo básico do desenvolvimento, portanto, é alargar as liberdades individuais, pois quando há de fato desenvolvimento, as pessoas são beneficiárias e agentes do progresso<sup>90</sup>, sendo ainda pressuposto de boa governança que haja a participação informada e livre, “sem excluir os legitimados futuros, que querem atenção das escolhas públicas”<sup>91</sup>.

Sustentabilidade, por sua vez, é o desenvolvimento que insere todos os seres vivos, de algum modo, no futuro comum e ainda assume as demandas concernentes ao bem-estar físico e psíquico, para além do atendimento as demandas materiais<sup>92</sup>. E esse desenvolvimento depende que os recursos derivados do crescimento econômico sejam destinados a fins sustentáveis; se são utilizados para fabricar armas ou produzir alimentos; se para construir palácios, ou fornecer água potável<sup>93</sup>, ou seja, se serão utilizados para fins utilitaristas ou destinados a

---

inescapavelmente enfoca a condição de agente e o juízo dos indivíduos; eles não podem ser vistos meramente como pacientes a quem o processo de desenvolvimento concederá benefícios. Adultos responsáveis têm de ser incumbidos de seu próprio bem-estar; cabe a eles decidir como usar suas capacidades. Mas as capacidades que uma pessoa realmente possui (e não apenas desfruta em teoria) dependem da natureza das disposições sociais, as quais podem ser cruciais para as liberdades individuais. E dessa responsabilidade o Estado e a sociedade não podem escapar” (SEN, 2018, p. 346).

<sup>89</sup> SEN, 2018, p. 341.

<sup>90</sup> VEIGA, 2015, p. 16.

<sup>91</sup> FREITAS, 2019, p. 53.

<sup>92</sup> FREITAS, 2019, p. 52.

<sup>93</sup> VEIGA, 2015, p. 16.



proporcionar acesso a recursos básicos e necessários a um padrão de vida digno.

Nesse prisma, pode-se afirmar que o desenvolvimento sustentável comporta três vertentes básicas: a) ambiental, que se consubstancia no dever de gerir e utilizar de forma sustentável o meio ambiente; b) social, relacionada à democracia ambiental, com a participação do público nos processos ambientais relevantes e de justiça ambiental, voltada a sanar as injustiças que atingem os mais vulneráveis dos efeitos da degradação ambiental; c) econômica, voltada à promoção de atividades duradouras e a internalização dos custos ambientais e sociais das atividades econômicas<sup>94</sup>.

Essas vertentes já revelam por si que o princípio da sustentabilidade é pluridimensional, pois é fator condicionante do desenvolvimento, e não o contrário<sup>95</sup>. Para consolidar um desenvolvimento que seja sustentável é necessário transcender a questão ambiental, apreciando a dimensão social e econômica, prezando o bem-estar de todos os seres vivos.

Não obstante verifique-se ao longo da história uma ascensão da legislação ambiental, bem como o reconhecimento de instrumentos de intervenção como mecanismos de proteção

---

<sup>94</sup> ARAGÃO, 2014, p. 81.

Ao longo dos anos, o conceito foi sendo construído de forma cada vez mais abrangente, culminando no plano de ação da ONU intitulado “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, que tem por objetivo apresentado em seu preâmbulo a “erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”. A Agenda 2030 reconhece esse caráter do desenvolvimento sustentável, razão pela qual traz em seu texto 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável voltados a concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero, a partir de uma visão integrada dos valores que equilibra as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>95</sup> FREITAS, 2019, p. 62.

ao meio ambiente, a dimensão social da sustentabilidade leva à arena do debate os aspectos socioambientais que devem ser enfrentados. A formatação da degradação do meio ambiente revela uma métrica que evidencia as desigualdades sociais do Brasil, na medida em que o acesso aos recursos naturais também se relaciona com uma questão de justiça social. Isto é, as minorias são demasiadamente mais afetadas por toda a crise ecológica, apesar de não terem o devido acesso equitativo aos bens naturais e a direitos básicos, como moradia, saúde e água potável, que conferem a qualquer cidadão o mínimo existencial. Essas primeiras impressões nos levam às discussões em torno do movimento socioambiental conhecido como justiça ambiental.

Para Juarez Freitas, pela dimensão social da sustentabilidade é inadmissível um modelo de sociedade excludente, insensível e iníquo, em que deve se abrigar direitos fundamentais sociais que demandem um novo modelo de governança que preze pela universalização do acesso de bens e serviços sociais a todos<sup>96</sup>. É uma dimensão que clama por justiça ambiental e seu acesso equitativo aos recursos naturais, enquanto condição de vida digna e bem-estar social. Como reflexo, também reclama pela garantia o exercício de direitos civis, cívicos e políticos, sendo a democracia um valor fundamental<sup>97</sup>.

Pelo seu viés social, observa-se que o desenvolvimento sustentável precisa ser economicamente factível, mas ainda socialmente justo e equitativo, de forma que as presentes gerações não deixem déficits ambientais às próximas<sup>98</sup>, sob pena de se colocar em risco a existência das gerações que ainda estão por vir. Sustentabilidade social repousa no acesso igualitário de todos – no presente e no futuro – aos recursos

---

<sup>96</sup> FREITAS, 2019, p. 66.

<sup>97</sup> SACHS, 2008, p. 39.

<sup>98</sup> GADOTTI, 1999, p. 42.

naturais, com garantia de condições mínimas de existência, com direitos básicos garantidos e políticas públicas voltadas a ações afirmativas em prol do meio ambiente. Para atender ao desenvolvimento sustentável no modelo de sociedade atual é necessário que o meio ambiente seja tratado mediante a identificação, criação e incentivo de instrumentos capazes de equalizar desenvolvimento econômico e ambiental na busca de uma justiça social e responsável com a atuação conjunta de todos os atores sociais<sup>99</sup>.

Essa perspectiva leva a compreensão do movimento por justiça ambiental, que teve seu surgimento ambiental juntamente com o movimento ambientalista na década de 1970, notadamente nos Estados Unidos, em que os movimentos por direitos civis levaram ao debate político a realidade das comunidades periféricas, formada por pessoas em sua grande maioria negra e de baixa renda, construídas próximas a aterros sanitários. Pode-se afirmar que o movimento se constituiu nos EUA a partir de uma articulação criativa entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis<sup>100</sup>.

Identificado que o fator raça era predominante na escolha dos locais mais prejudicados ambientalmente, é que surgiu o termo “racismo ambiental” cunhado por Benjamin Chavis<sup>101</sup>. O termo racismo ambiental não se limita a definir ações que tenham intenção racista, mas a ações que de algum modo gerem impacto racial, ou seja, que atinja de forma desproporcional etnias vulnerabilizadas. Logo, diz respeito a uma desigualdade muito específica, pois recai sobre etnias, bem como sobre todo grupo de populações ditas tradicionais, como ribeirinhos, extrativistas, pescadores, pantaneiros, caiçaras, vazanteiros, ciganos, pomeranos, comunidades de

---

<sup>99</sup> JAQUES; SILVEIRA, 2019, p. 174.

<sup>100</sup> ACSELRAD, 2002, p. 53.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

terreiro, quilombolas etc.<sup>102</sup> Em sua grande maioria, por encontrarem grandes empreendimentos econômicos que os expõem dos seus territórios, o que leva a discussão em torno do movimento para além da pauta ecológica, levando-o para um âmbito social e político, como ponto central do movimento por justiça ambiental. Assim, o conceito surge em resposta às “iniquidades ambientais e ameaças à saúde pública, proteção desigual, constrangimentos diferenciados e mau tratamento recebido pelos pobres e pessoas de cor”<sup>103</sup>.

As injustiças ambientais decorrem justamente do fato de que as principais vítimas do acesso desigual aos recursos ambientais são as populações pobres e negras, além de indígenas, quilombolas e outros grupos étnicos e racialmente excluídos dos processos de participação política e em desvantagem econômica<sup>104</sup>. Alguns exemplos de injusta ambiental: a ausência de saneamento básico para todos, injustiças em casos de crime ambiental, expropriação e invasão de terras, depósito de rejeitos tóxicos em comunidades vulnerabilizadas.

Segundo a Rede Brasileira de Justiça Ambiental a injustiça ambiental é definida como:

A condição de existência coletiva própria a sociedades desiguais onde operam mecanismos sócio-políticos que destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, população de baixa renda, segmentos discriminados pelo racismo ambiental, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis de cidadãos.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> HERCULANO, 2008, p. 16.

<sup>103</sup> BULLARD, 2004, p. 57.

<sup>104</sup> LOPES, 2014.

<sup>105</sup> ASCELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 14.

A noção de justiça ambiental implica em um direito a um meio ambiente seguro, sadio e produtivo, incluindo dimensões ecológicas, físicas, sociais, políticas, econômicas e estéticas, com respeito às identidades individuais e de grupo<sup>106</sup>. Afirma ainda o direito do trabalhador a um ambiente de trabalho seguro e salubre, sem que seja compelido a escolher entre uma vida de riscos ou o desemprego, e do direito de moradores à liberdade de estarem seguros em suas casas, sem riscos decorrentes do desenvolvimento de atividades econômicas geradoras de externalidades<sup>107</sup>.

A luta por justiça ambiental, no caso da realidade brasileira, se alinha também à defesa de direitos de comunidades tradicionais, dos direitos a uma proteção ambiental equânime contra a segregação socioterritorial e a desigualdade ambiental promovidas pelo mercado; contra a concentração de terras férteis, água e do solo seguro nas mãos de quem detém mais poder no mercado, ao tempo em que abarca o direito das gerações futuras, a partir da propositura da interrupção da transferência dos custos ambientais para os mais pobres<sup>108</sup>.

O direito ao meio ambiente apresenta uma dimensão democrática, com forte componente redistributivo, vez que a consagração do ambiente como um direito comum de todos pelo artigo 225, caput, CF/88, elucida uma noção igualitária e universal ao desfrute de uma qualidade de vida que seja compatível com o pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa e abrange os interesses das gerações futuras, sem o que, não se pode considerar que haja sustentabilidade em todas as suas dimensões<sup>109</sup>.

O ponto comum entre todos esses movimentos que

---

<sup>106</sup> ACSERALD; BEZERRA; MELLO, 2009, p. 16.

<sup>107</sup> ACSERALD; BEZERRA; MELLO, 2009, p. 17.

<sup>108</sup> ACSERALD, 2010, p. 114.

<sup>109</sup> SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 155.

trazem aspectos da justiça ambiental em seus propósitos é a busca pela concretização de garantias fundamentais a partir da ideia de que a proteção do meio ambiente está diretamente ligada à efetividade dos direitos sociais, uma vez que para se gozar deles é indispensável que se tenha condições ecológicas favoráveis, como por exemplo o acesso à água, à alimentação sem contaminação química e moradia em área que não haja risco de desabamento<sup>110</sup>. A constitucionalização desses direitos não garante a sua concretização, eis que não eliminam a pobreza absoluta, e por não propiciar um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população, não pode ser considerado sustentável<sup>111</sup>.

Portanto, para o exercício de um desenvolvimento incluyente e, por conseguinte, sustentável também em seu viés social, é que Sachs reafirma a necessidade de que todos os cidadãos tenham acesso igualitário a programa de assistência social, para deficientes, mães e idosos; políticas sociais compensatórias financiadas pela redistribuição de renda; acesso a serviços públicos como educação, saúde e moradia<sup>112</sup>. Desse modo, a multidimensionalidade da sustentabilidade denota uma capacidade de incluir e preocupar-se com os menos favorecidos e os mais frágeis, o que representa uma mudança de postura sem precedentes, em relação ao pensamento convencional<sup>113</sup>.

As atividades humanas desenvolvidas devem considerar a disponibilidade dos recursos naturais utilizados e sua manutenção ao longo do tempo a fim de atender as gerações futuras, de forma que se uma determinada atividade pressupõe o esgotamento dos recursos naturais envolvidos, devem ser redobrados os cuidados na autorização de sua implementação,

---

<sup>110</sup> SILVA, 2003.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> SACHS, 2008, p. 39.

<sup>113</sup> FREITAS, 2019, p. 139.

chegando-se ao limite de restringi-la<sup>114</sup>. E ainda nessa configuração, o desenvolvimento sustentável deve atender um conjunto de políticas capazes de, simultaneamente, garantir o aumento da renda nacional, o acesso a direitos sociais básicos (como saúde, educação e moradia, entre outros não menos importantes), e a redução do impacto do aumento da produção e do consumo sobre o meio ambiente<sup>115</sup>.

Com isso, consagra-se a ideia de que salvar o planeta engloba garantir direitos individuais e sociais básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia e emprego. Mais que isso, pretende-se que o desenvolvimento sustentável salve a espécie humana, em razão da própria degradação do ecossistema. Isso porque a capacidade destruidora aperfeiçoada pela espécie humana ao longo dos tempos – desde a criação da máquina a vapor até a chegada da energia nuclear e tantos outros avanços tecnológicos – equipara o homem a um parasita que coloca em risco a existência do seu hospedeiro<sup>116</sup>.

Para garantir a sobrevivência da espécie humana na Terra, é preciso ressignificar o desenvolvimento econômico para que ele se torne sustentável, uma vez que o cerne do problema ecológico reside no impacto da atividade econômica de uma geração sobre a qualidade de vida das gerações futuras<sup>117</sup>. O princípio do desenvolvimento sustentável, diante disso, exige o tratamento adequado para sistematizar os objetivos tratados pelos artigos 170 e 225 da Constituição Federal e aponta para uma prática interpretativa que avalia toda a complexidade do ordenamento jurídico, servindo de concretização de políticas públicas capazes de revelar o texto constitucional em toda a sua globalidade<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> GRANZIERA, 2014, p. 58.

<sup>115</sup> ROMEIRO, p. 70, 2012.

<sup>116</sup> VEIGA, 2010, p. 35.

<sup>117</sup> CECHIN, 2010, p. 101.

<sup>118</sup> DERANI, 2008, p. 103.

Essa hermenêutica constitucional evidencia o caráter multidimensional do desenvolvimento sustentável, que não deve ser confundido com crescimento econômico<sup>119</sup>, uma vez que o que se defende é um progresso econômico com um projeto social e ambiental subjacente. Nesse sentido, parece-nos que a questão do desenvolvimento sustentável afasta a visão tradicional e liberal de crescimento econômico, corroborando o pensamento de Bobbio, de que não se pode afirmar um novo direito em prol de uma determinada categoria, sem suprimir um velho direito, evidenciando a necessidade de uma mudança nos paradigmas para atender as demandas atuais e ainda visando a garantia da existência humana e suas demandas futuras<sup>120</sup>.

## CONCLUSÕES

A incorporação dos valores ecológicos no núcleo axiológico do sistema constitucional brasileiro, ocorrida em decorrência da evolução histórica dos direitos fundamentais em cada uma de suas dimensões, justifica novos modelos, dentre eles um novo modelo econômico, que atenda à proteção dos direitos e ao desenvolvimento econômico, atingindo assim a sustentabilidade em suas diversas dimensões, e que reconheça, sobremaneira, os limites do planeta e a finitude dos recursos naturais, enquanto condição de sobrevivência de todos na Terra.

Essa mudança atravessa valores éticos e de justiça ambiental, evidenciando a importância de compreender que o ser humano é elemento integrado a natureza, dela fazendo parte em total relação de interdependência, de modo que a garantia da proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações é um dever moral. Nesse prisma, dada a importância

---

<sup>119</sup> MIGUEL, 2012, p. 154.

<sup>120</sup> BOBBIO, 2004, p. 20.



do Estado na garantia desse direito, mecanismos de intervenção na economia devem promover a sustentabilidade para além da noção de desenvolvimento como crescimento econômico, mas como uma necessidade de sobrevivência da espécie humana na Terra.

Nesse sentido, é indispensável que as ações, em todas as esferas, sejam articuladas de forma integrada<sup>121</sup>, adotando-se abordagens multidisciplinares capazes de garantir um nível adequado de proteção ao meio ambiente, o que pressupõe o valor de solidariedade e da sustentabilidade para concretização dos demais direitos sociais que dependem direta ou indiretamente do acesso aos recursos naturais de forma adequada.

A economia e o meio ambiente, assim como outras vertentes éticas e sociais, precisam ser pensadas como um todo integrado. Mecanismos de intervenção na economia precisam prezar não apenas no ganho de capital, mas em matrizes que garantam direitos sociais básicos, com premissas éticas e critérios ecológicos, voltados a proteção do meio ambiente. Não há como conceber um modelo jurídico-político de sociedade que desconsidera a distribuição desigual de recursos, bens, serviços e direitos. É necessária uma nova concepção que busque a concretização desses direitos, uma vez que, apesar da previsão constitucional e de regulamentações diversas, a sua concretização no plano pragmático não é plenamente eficaz.

Essa pauta socioambiental da sustentabilidade passa necessariamente por políticas públicas que se voltem a consagrar os objetivos ecológicos e sociais como fins que se sobrepõem aos objetivos econômicos, revelando a economia como um subsistema que pertence a todo o ecossistema. Para isso, uma mudança na racionalidade aplicada faz-se necessária para que se pense os instrumentos jurídico- econômicos, e os sociais, a partir de uma nova perspectiva; um saber ambiental

---

<sup>121</sup> CANOTILHO, 2010, p. 36.

que incentive o pensamento crítico e produtivo para novas maneiras de agir perante o meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 5, p. 49-60, jan./jun. 2002.

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais-o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos avançados**, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010.

ACSELRAD, Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves; MELLO, Cecília Campello do Amaral. **O que é justiça ambiental?**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil—uma introdução. *In*:

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALIER, Joan Martinez. **Da economia ecológica ao ecologismo popular**. Blumenau: Editora da FURB, 1998.

ALONSO, Angela; COSTA, Valeriano; MACIEL, Débora. Identidade e estratégia na formação do movimento ambientalista brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, n. 79, p. 151-167, nov. 2007.

ANDRADE, Daniel Caixeta. Economia e meio ambiente: aspectos teóricos e metodológicos nas visões neoclássica e da economia ecológica. **Leituras de economia política**, v. 14, p. 1-31, ago./dez. 2008.

ARAGÃO, Alexandra. **O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. São Paulo: Planeta Verde, 2014.

AYDOS, Elena de Lemos Pinto. **Tributação Ambiental no Brasil: fundamentos e perspectivas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-MC**. Publicado no Diário de Justiça em 03 fev. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94859/false>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jan. 2020.
- BRÜSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRITO, Luis Antônio Monteiro. **Direito tributário ambiental**. Isenções fiscais e proteção do meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA, Camila Barreto Pinto; BARROSO, Saulo Furtado. A transversalidade horizontal sistêmico-integrativa da dimensão ambiental de desenvolvimento sustentável: uma conceituação em evolução. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 17, n. 38, p. 41-68, 2020.

- CÂMARA, João Batista Drummond. Governança ambiental no Brasil: ecos do passado. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 46, p. 125-146, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. 2 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1969.
- CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**. A contribuição de Nicholas Gergescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac, 2010.
- CIRELLI, Gabriela Lopes. A concepção de desenvolvimento sustentável (DS) sob uma perspectiva crítica. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 6, n. 1, p. 37-54, 2020.
- CORREIA, Mary Lúcia Andrade; DIAS, Eduardo Rocha. Desenvolvimento sustentável, crescimento econômico e o princípio da solidariedade intergeracional na perspectiva da justiça ambiental. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, n. 8, p. 63-80, 2017.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIEGUES, Antônio Carlos. **O mito moderno da Natureza intocada**. São Paulo: NUPAUB, 1994.
- FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão econômica do meio ambiente: a riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 180, out./dez. 2008.
- FERNANDEZ, Brena Paula Magno. Ecodesenvolvimento, desenvolvimento sustentável e economia ecológica: em que sentido representam alternativas ao paradigma de desenvolvimento tradicional. **Desenvolvimento e meio ambiente**, v. 23, 2011

- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.
- FERREIRA, Lucia Costa. O ambientalismo, os direitos sociais e o universo da cidadania. In: FERREIRA, Lucia Costa; VIOLA, Eduardo (Orgs.). **Incertezas de Sustentabilidade na Globalização**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996.
- GADOTTI, Moacir. A terra é a casa do homem. **Educação**, São Paulo, v. 25, n. 216, p. 40-43, 1999.
- GORDILHO, Heron José de Santana; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Fins do princípio do poluidor-pagador. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 361-379, jan./abr. 2018.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HERCULANO, Selene. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. **Revista de gestão integrada em saúde do trabalho e meio ambiente**, v. 3, n. 1, p. 01-20, 2008.
- JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito tributário como instrumento eficaz na busca do desenvolvimento (ambiental) sustentável. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 28., Goiânia. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/1jj4cy28/QiL6jwIa3vX3J111.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 31, n. 60, p. 291-318, 2010.
- LOPES, Márcia Helena; SILVA, Sandro Dutra; TAVARES, Giovana Galvão. Sobre a origem social do direito ambiental. **Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science**, v. 2, n. 2, p. 78-88, 2013.
- LOPES, Sheryda. Entendendo o racismo ambiental. **Fase**, 16 jun. 2014. Disponível em: <https://fase.org.br/pt/informe->

se/noticias/entendendo-o-racismo-ambiental/. Acesso em: 20 nov. 2020.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo, 2010.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; ALMEIDA, Felipe Toledo Soares. A incorporação dos princípios ambientais internacionais pelo sistema jurídico brasileiro e a promoção da sustentabilidade ambiental. In: CUNHA, B.P.; SILVA, M. R. F.; DOMINGOS, T.O. (Coords.). **Direito e sustentabilidade I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MATOS, Silvia Maria Santos; SANTOS, Antônio Carlos dos. Modernidade e crise ambiental: das incertezas dos riscos à responsabilidade ética. **Trans/Form/Ação**, v. 41, n. 2, p. 197-216, abr./jun. 2018.

MCCORMICK, John. **Rumo ao Paraíso**. A história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Durnarã, 1992.

MEADOWS, Donella H.; RANDERS, Jorgen; MEADOWS, Dennis L. Meadows. The limits to growth: A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind. New York: Universe Books, 1972.

MIGUEL, Luciano Costa. Desenvolvimento sustentável: uma visão conciliadora para a concretização de um direito fundamental e um princípio da ordem econômica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 2, n. 2, p. 141-156, jul./dez. 2012.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação Ambiental**. Reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário. Saraiva: São Paulo, 2014.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Manual para valoração econômica de recursos ambientais**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, 1998.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e Ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

OLIVEIRA, Daiana Felix de; MONTEIRO, Luciana de Vasconcelos Gomes. Ecodesenvolvimento: uma abordagem sob o contributo de Ignacy Sachs. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 1, n. 2, p. 29-48, jul./dez. 2015.

ONU BRASIL. **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 07 ago. 2020

PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4. ed. London: Macmillan & Co., 1962.

RABBANI, Roberto Muhájir Rahnemáy. O poluidor-pagador: uma nova análise de um princípio clássico/Polluter pays principle: a new analysis of a classical principle. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 51, p. 195-224, jul-dez. 2017.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos avançados**, v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Ignacy. **A terceira margem**: em busca do ecodesenvolvimento. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**. Introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento e liberdade**. Edição do Kindle. São Paulo: Companhia de Bolso, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marcela Vitoriano e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.8, n. 16, p. 115-146, jul./dez. 2011.

TUPIASSU, Lise. **Tributação Ambiental**: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

# AS MÚLTIPLAS CIDADANIAS: NACIONAL, EUROPEIA, MUNDIAL E/OU GLOBAL

José Noronha Rodrigues  
Dora Cristina Ribeiro Cabete de Noronha Rodrigues

## 1. INTRODUÇÃO

O tópico das múltiplas cidadanias foi bem enquadrado por José Noronha Rodrigues, quando afirmou que *“[num] tempo, em que metade do Mundo desconfia de outra metade do Mundo, em que «o choque das civilizações» parece estar eminente, em que a geometria da Europa se estende a Leste, abordar a temática da Cidadania e dos Direitos Fundamentais, é circunscrevê-la ao homem; (...) temos de desenvolver esforços para que a Cidadania da União, não seja complementar das cidadanias nacionais, mas que a substitua; (...) temos de ambicionar a “Cidadania Mundial” e a Carta Mundial dos Princípios Fundamentais do Homem”* (Rodrigues, 2010a, p. 181).

Neste âmbito, também, Carlos Eduardo Pacheco do Amaral sustenta que *“[a] cidadania parece encontrar-se em crise, e inúmeras são as vozes que se levantam em seu socorro. De tal modo que o conceito acaba por se alargar praticamente a todas as ciências humanas, desde a política, até à ética, da sociologia até à antropologia, da psicologia até ao direito e às relações internacionais. Se a isto acrescentarmos o facto de contar já com cerca dois milénios e meio de história, facilmente se compreenderá a enorme polissemia de que se*



*reveste, e a correlativa dificuldade com que se depara todo aquele que se propuser perscrutá-lo. Muito em particular em tempos como os de agora, em que universalmente a ele se apela como panaceia, ou como o náufrago procura uma tábua de salvação que o mantenha vivo sobre as ondas de um mar tumultuoso. Na verdade, são tumultuosos os tempos que vivemos”* (Amaral, 2003, p. 291).

Contudo, convém, sublinhar que o conceito de cidadania foi evoluindo desde a antiguidade clássica, mas foi na Grécia Antiga que este conceito foi cunhado, principalmente, por via do pensamento de Aristóteles, na medida em que, este dividia o homem em dois grupos: aqueles que participavam na vida pública, na comunidade política e, conseqüentemente nas decisões da *polis* – os cidadãos. E, todos aqueles que se abstinham por completo do exercício da sua cidadania. Aristóteles definia o homem como sendo um *zoon logikon* e, conseqüentemente, um *zoon politikon*, pois “*ser homem é ser cidadão*” pelo que, se distingue dos demais seres vivos (Rodrigues, 2010b, pp. 30-34).

Neste sentido, como referiram Maria Eliene Lima, Antônio da Silva Menezes Junior e Iria Brzezinski “[a] cidadania é notoriamente um termo associado à vida em sociedade. Sua origem está ligada ao desenvolvimento das pólis gregas, entre os séculos VIII e VII a.C. (...) Mudanças nas estruturas socioeconômicas incidiram, igualmente, na evolução do conceito e da prática da cidadania, moldando-os de acordo com as necessidades de cada época. O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permitem ao cidadão desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa,

*organizada e consciente da vida coletiva no Estado”* (Lima, et al., 2017, p. 2482).

Assim sendo, devemos extrapolar que na Grécia antiga o conceito de cidadania era algo restrito, ou seja, quem participava nos assuntos da *polis* é que acedia ao conceito ou estatuto de cidadão, afastando os demais, por consequência dos não cidadãos.

No entanto, é, como em Roma e, em particular, com o Império Romano que este conceito é elevado a um outro nível, na medida em que, diverge da visão Grega aproximando-se mais da atualidade. Assim, o cidadão Romano é aquele que se defende por leis, apesar de, este conceito ter sido maleável ao longo dos tempos, de modo, a abranger e integrar outros indivíduos que não os cidadãos de Roma, acompanhando, deste modo, a expansão do Império Romano. A cidadania era “(...) *um instrumento de controlo social [e] de pacificação (...), garantindo a cidadania às pessoas do império, Roma poderia regular e ser legitimada aos olhos dos conquistados*” (Rodrigues, 2010b, pp. 30-34).

A matriz Romana definia a cidadania como o vínculo a um Estado e a nacionalidade como a ligação a uma comunidade cultural, ou seja, como forma de unidade a todos os que habitavam no império sem distingui-los em relação às suas características.

As bases da cidadania foram lançadas por estas duas civilizações e, com a queda de Constantinopla, surge um conceito de submissão ao senhor que prevalece durante toda a idade média (Amaral, 2003, p. 300).

Na modernidade com a emergência do liberalismo os cidadãos passam a associar ao Estado e não, a uma panóplia de senhores. Por exemplo, face ao absolutismo inglês os cidadãos reagem e consagram o princípio da igualdade de todos face à lei, salientando que o estado só se justifica como guardião dos seus direitos fundamentais, como igualdade, a liberdade e a propriedade. É de salientar, o papel de teóricos como John

Locke, que vão mais além e proclamam que todos os homens, independentemente, do Estado a que pertençam enquanto seres humanos possuem um conjunto de direitos alienáveis (Amaral, 2003, p. 296). Deste modo, com estas correntes doutrinárias lança-se os alicerces do conceito de direitos humanos e da própria cidadania mundial.

No conturbado século XIX, a onda revolucionária de afirmação dos nacionalismos, as guerras napoleónicas e o seu culminar com a primavera dos povos (1848) trazem ao de cima a consagração de direitos políticos e económicos. Esses direitos políticos são reclamados pelos cidadãos que pretendem o direito de eleger ou substituir quem os governa. Nos direitos económicos por toda a Europa se observa a reivindicação de um acesso aos bens e património (Amaral, 2003, pp. 298-299).

No século XX, Thomas Marshall escreve que a cidadania é a participação integral do indivíduo da comunidade política e distingue três direitos de cidadania: os civis, políticos e sociais. Os civis são os necessários à vida individual, os políticos no exercício da política e os sociais, os acessos a determinados direitos como o bem-estar, segurança e serviços sociais promovidos pelo estado e, este como o seu garante (Rodrigues, 2010b, pp. 35-36). Deste modo, a cidadania é a expressão da *“ligação da pessoa ao estado. É o rótulo com que o estado marca as pessoas que o integram e, a quem conferem uma série de direitos e obrigações, tornando-as sujeitos, e não apenas meros súbditos ou estranhos (...) e sobre o qual o respetivo poder é exercido* (Amaral, 1998, p. 98).

Por conseguinte, coloca-se assim o problema da organização da comunidade política que na contemporaneidade assume um vasto leque – desde Regiões Autónomas, a União Europeia e uma série de ONG e, no limiar da dimensão do planeta, a Cosmópolis, que os direitos humanos nos obrigam a construir englobando toda a humanidade, produto da conjuntura em que o mundo se encontra produto da globalização, interdependência entre Estados e do

reconhecimento da igual dignidade fundamental de todos os seres humanos (Amaral, 1998, pp. 98-100).

Em suma, quanto à dimensão da Comunidade Política pode-se falar em múltiplas cidadanias, nomeadamente, cidadania local, regional, estadual, supraestadual e/ou global, na medida em que, é conferido a cada membro da comunidade política a titularidade de um conjunto de direitos e deveres, pelo que, na nossa opinião, devemos ambicionar fase à globalização um estágio superior de cidadania, nomeadamente, a cidadania mundial ou global.

## **2. A NACIONALIDADE, CIDADANIA E DUPLA CIDADANIA**

A cidadania *“exprime, por um lado, o conjunto dos membros de uma comunidade política e, por outro, as normas fundamentais que a norteiam, quer dizer, o elenco de direitos e de deveres, que corresponde a todos aqueles que dela se reclamam”* (Amaral, 1998, p. 99). Ou seja, a cidadania é o vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado, no entanto, é comum depararmo-nos como sinónimo de nacionalidade.<sup>1</sup> Aliás, a nacionalidade define-se como a *“pertença social (não jurídica) um grupo étnico ou cultural”* (Lobo, 2013, p. 27).

No entanto, atualmente, esta definição de cidadania açaude num problema resultante da globalização e da diversidade étnica e social que, aparentemente, provoca a erosão do moderno Estado-Nação. A cidadania estadual confunde-se com a nacionalidade e, curiosamente, é muito habitual ouvirmos nos discursos políticos a exaltação da nacionalidade, como um requisito determinante de adesão à cidadania. Porém, convém, sublinhar que a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, aprovada em Estrasburgo, a 6

---

<sup>1</sup> A nacionalidade tem origem na palavra francesa *“nationalité”* e, significa a condição de um cidadão pertencer a um determinado estado-nação.

de novembro de 1997, na alínea a) do seu artigo 2º define a *“nacionalidade como o vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado, não indicando, contudo, a origem étnica desse indivíduo”*.

Aliás, esta mesma Convenção refere, ainda, no seu artigo 3º que *“cada Estado determinará quem são os seus nacionais nos termos do seu direito interno” e, que tal direito deverá “ ser aceite por outros Estados na medida em que seja consistente com as convenções internacionais aplicáveis, com o direito internacional consuetudinário e com os princípios legais geralmente reconhecidos no tocante à nacionalidade”*. Finalmente, o artigo 4º desta Convenção elenca alguns princípios fundamentais, no que concerne, à temática da nacionalidade. Assim, *“as normas de cada Estado sobre a nacionalidade basear-se-ão nos seguintes princípios: a) Todos os indivíduos têm direito a uma nacionalidade; b) A apátrida deverá ser evitada; c) Nenhum indivíduo será arbitrariamente privado da sua nacionalidade; d) Nem o casamento ou a dissolução de um casamento entre um nacional de um Estado Parte e um estrangeiro, nem a alteração de nacionalidade por um dos cônjuges durante o casamento, afectará automaticamente a nacionalidade do outro cônjuge”* (Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, 1997).

Neste âmbito, podemos afirmar que a *“Cidadania é limitada a um grupo definido de pessoas que são identificadas como membros da comunidade política independentemente da dimensão da comunidade política (local, estadual ou supraestatal)* (Lobo, 2013, p. 24). A cidadania implica uma demarcação entre os que pertencem a uma comunidade e os que dela são excluídos, bem como, vedação de direitos perante estrangeiros, o que constitui privilégios.

Neste sentido, cabe aos Estados determinar quem são os seus nacionais de acordo com o seu Direito interno. No entanto, o Estado não detém um monopólio sobre a matéria já que, os critérios de acesso à nacionalidade têm de estar de

acordo com as regras e princípios do Direito Internacional Público e, ser aceites pelos demais Estados. Os critérios de acordo com o Direito Internacional Público não podem descurar, distinguir ou incluir qualquer prática que conduza à discriminação em razão do sexo, religião, raça, cor ou origem nacional, ou étnica, entre outros parâmetros.

No entanto, e, apesar das normas supra identificadas, existe e persiste, uma certa confusão entre nacionalidade, cidadania e dupla cidadania, pelo que, é necessário clarificar estes conceitos, principalmente, porque o direito à nacionalidade é um direito humano, de *hard law* (Convenção Europeia sobre a Nacionalidade) e, de *soft law* consagrada no nº 1 e 2 artigo 15º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “[todo] indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade . (...) Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Assim, o conceito de cidadania está relacionado com a nacionalidade. Aliás, “[etimologicamente], a palavra cidadania é originária do latim “*civitas*”, que significa “cidade”, pois está diretamente relacionada com as pessoas e os seus centros urbanos. É possível ser cidadão de um país tendo adquirido a nacionalidade, casando-se ou vivendo no local pela quantidade de tempo determinado na constituição de um país” (EuroDicas, 2020).

No entanto, não podemos confundir nacionalidade com cidadania. Até porque, é possível ser nacional de um país e, não ser cidadão desse mesmo país. A diferença fundamental entre nacionalidade e cidadania, está no ato de exercer ou não, um conjunto, direitos e deveres civis e políticos que um determinado Estado nos confere.

Na realidade, podemos ter a nacionalidade de um país, pelo simples facto de, termos nascido nele, mas ser cidadão de outro Estado porque exercemos, neste outro Estado e/ou no

Estado onde vivemos, um conjunto de direitos e deveres. É o caso da dupla nacionalidade, a dupla cidadania, e/ou nacionalidade múltipla, ou plurinacionalidade. Todas estas formas de cidadania e/ou de nacionalidade dependem, naturalmente, do regime jurídico instituído em cada Estado para a atribuição da nacionalidade. E, convém, sublinhar, ainda, que *“nem sempre a dupla nacionalidade significa dupla cidadania. No México, por exemplo, um nacional só é cidadão do país após os seus 18 anos de idade. Isso mostra a diferença entre nacionalidade e cidadania. Portanto, se ele obtiver uma segunda nacionalidade, não necessariamente terá uma segunda cidadania. Isso porque se um indivíduo é nacional significa dizer que ele pertence àquela nação. Já tendo a cidadania quer dizer que ele tem direitos e deveres políticos naquela nação. Portanto, é preciso verificar as leis de cada país”* (EuroDicas, 2020).

Em suma, a existência de múltiplas cidadanias num mundo globalizado em que vivemos, bem como as atrocidades globais aos mais elementares direitos humanos leva-nos a almejar a instituição de uma cidadania mundial ou global, na medida em que, a sua instituição para além de ser o caminho para a uniformização e globalização dos direitos humanos é, também a última fronteira capaz de derrubar as fronteiras estatuais que aniquilam a livre circulação do homem, enquanto, cidadão global.

### **3. AS MÚLTIPLAS CIDADANIAS: NACIONAL E EUROPEIA**

É indiscutível que, no século XX e XXI com o aparecimento de novos blocos económicos e políticos houve um incremento das múltiplas cidadanias. Em Portugal, por exemplo, há três formas de adquirir a nacionalidade: I) Aquisição da nacionalidade por efeito da vontade: a) Aquisição

por filhos menores ou incapazes<sup>2</sup>; b) Aquisição em caso de casamento ou união de facto<sup>3</sup>; c) Declaração após aquisição de capacidade<sup>4</sup>; II) Aquisição da nacionalidade pela adoção<sup>5</sup>; III) Aquisição da nacionalidade por naturalização<sup>6</sup>. Ou seja, a

---

<sup>2</sup> “Os filhos menores ou incapazes de pai ou mãe que adquira a nacionalidade portuguesa podem também adquiri-la, mediante declaração” - artigo. 2º da Lei nº 37/81.

<sup>3</sup> “1 - O estrangeiro casado há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração feita na constância do matrimónio. 2. A declaração de nulidade ou anulação do casamento não prejudica a nacionalidade adquirida pelo cônjuge que o contraiu de boa fé. 3. O estrangeiro que, à data da declaração, viva em união de facto há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa, após acção de reconhecimento dessa situação a interpor no tribunal cível.” - nº 1 a 3 do artigo. 3º da Lei nº 37/81.

<sup>4</sup> “ Os que hajam perdido a nacionalidade portuguesa por efeito de declaração prestada durante a sua incapacidade podem adquiri-la, quando capazes, mediante declaração” - artigo 4º da Lei nº 37/81.

<sup>5</sup> “O adotado por nacional português adquire a nacionalidade portuguesa” - artigo. 5º da Lei nº 37/81.

<sup>6</sup> “ 1 - O Governo concede a nacionalidade portuguesa, por naturalização, aos estrangeiros que satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos:a) Serem maiores ou emancipados à face da lei portuguesa;b) Residirem legalmente no território português há pelo menos cinco anos;c) Conhecerem suficientemente a língua portuguesa;d) Não tenham sido condenados, com trânsito em julgado da sentença, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos;e) Não constituam perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei.2 - O Governo concede a nacionalidade, por naturalização, aos menores, nascidos no território português, filhos de estrangeiros, desde que preencham os requisitos das alíneas c), d) e e) do número anterior e desde que, no momento do pedido, se verifique uma das seguintes condições:a) Um dos progenitores aqui tenha residência, independentemente de título, pelo menos durante os cinco anos imediatamente anteriores ao pedido;b) O menor aqui tenha concluído pelo menos um ciclo do ensino básico ou o ensino secundário.3 - Tratando-se de criança ou jovem com menos de 18 anos, acolhidos em instituição pública, cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, na sequência de medida de promoção e proteção definitiva aplicada em processo de promoção e proteção, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo



---

72.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada em anexo à Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, cabe ao Ministério Público promover o respetivo processo de naturalização com dispensa das condições referidas no número anterior.4 - O Governo concede a naturalização, com dispensa dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1, aos indivíduos que tenham tido a nacionalidade portuguesa e que, tendo-a perdido, nunca tenham adquirido outra nacionalidade.5 - O Governo concede a nacionalidade, por naturalização, com dispensa do requisito estabelecido na alínea b) do n.º 1, aos indivíduos que satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos:a) Tenham nascido em território português;b) Sejam filhos de estrangeiro que aqui tivesse residência, independentemente de título, ao tempo do seu nascimento;c) Aqui residam, independentemente de título, há pelo menos cinco anos.6 - O Governo pode conceder a naturalização, com dispensa dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1, aos indivíduos que, não sendo apátridas, tenham tido a nacionalidade portuguesa, aos que forem havidos como descendentes de portugueses, aos membros de comunidades de ascendência portuguesa e aos estrangeiros que tenham prestado ou sejam chamados a prestar serviços relevantes ao Estado Português ou à comunidade nacional.7 - O Governo pode conceder a nacionalidade por naturalização, com dispensa dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1, aos descendentes de judeus sefarditas portugueses, através da demonstração da tradição de pertença a uma comunidade sefardita de origem portuguesa, com base em requisitos objetivos comprovados de ligação a Portugal, designadamente apelidos, idioma familiar, descendência direta ou colateral.8 - O Governo pode conceder a nacionalidade, por naturalização, com dispensa do requisito estabelecido na alínea b) do n.º 1, aos indivíduos que sejam ascendentes de cidadãos portugueses originários, aqui tenham residência, independentemente de título, há pelo menos cinco anos imediatamente anteriores ao pedido e desde que a ascendência tenha sido estabelecida no momento do nascimento do cidadão português.9 - O conhecimento da língua portuguesa referido na alínea c) do n.º 1 presume-se existir para os requerentes que sejam naturais e nacionais de países de língua oficial portuguesa.10 - A prova da inexistência de condenação, com trânsito em julgado da sentença, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos referida na alínea d) do n.º 1 faz-se mediante a exibição de certificados de registo criminal emitidos:a) Pelos serviços competentes portugueses;b) Pelos serviços competentes do país do nascimento, do país da nacionalidade e dos países onde tenha tido residência, desde que neles tenha tido residência após completar a idade de imputabilidade penal.” - artigo 6º da Lei nº 37/81.

nacionalidade em Portugal pode ser adquirida por aquisição originária, exemplo, sendo filho ou neto de outrem cuja nacionalidade pertence àquele país específico, ou por naturalização, aquela que é adquirida após o nascimento. Assim, à semelhança de Portugal, também, no Brasil a nacionalidade originária pode ser adquirida por *jus sanguinis* (direito de sangue) ou por *jus solis* (direito de solo).

No entanto, convém, lembrar que “ (...) *a nossa cidadania é portuguesa, na medida em que integramos aquela comunidade política conhecida internacionalmente pelo nome de Portugal*” (Rodrigues, 2010b, p. 37). Em Portugal o cidadão é aquele que obedece há seguinte premissa: “[são] *cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei [pessoal] ou por convenção internacional*” (*Constituição da República Portuguesa, 1974*).<sup>7</sup> Deste modo, a partir do nascimento, “ *a pessoa pode reivindicar per si o estatuto de Pessoa Jurídica. Sendo esta, não mais do que, a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, fixada pela lei pessoal de cada indivíduo, que é o da “lex patriae”, ou seja, da nacionalidade*” (Rodrigues, 2010b, pp. 37-38).

A cidadania constitui, portanto, um direito fundamental em Portugal estando prevista no artigo nº 1 do artigo 26.º, sobre a epígrafe (Outros direitos pessoais) da Constituição da República Portuguesa “ *[a] todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

No entanto, com a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, atual União Europeia, os portugueses ganham novos direitos e deveres. Na verdade, a construção da

---

<sup>7</sup> Cfr. artigo 4.º (Cidadania Portuguesa) - Constituição da República Portuguesa. (1974).

cidadania europeia foi evoluindo à medida que, o processo de integração europeia ia consolidando.

Neste âmbito, o Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia (CEE), assinado em Roma em 1957, cimentou embrionariamente o conceito de cidadania ao implementar, gradualmente, as quatro liberdades comunitárias e, em particular, o direito de livre circulação de pessoas dentro do território da Comunidade. No entanto, convém, sublinhar que estas liberdades de circulação não estavam ligadas diretamente ao conceito de cidadania mas, pelo contrário, estavam associadas ao desempenho de uma atividade económica (trabalho por conta de outrem, atividade independente ou prestação de serviços).

É na cimeira de Chefes de Estado e de Governo celebrado em Paris, em 1974, que se apregoa, pela primeira vez, com o Parecer de Tindemans – “A Europa dos Cidadãos”, de 1976, reconhecer “direitos especiais” aos cidadãos dos estados-membros da CEE, com o objetivo de criar uma comunidade de cidadãos e, de implementar progressivamente a consciência europeia, através, da unificação de passaportes, do desaparecimento dos controlos fronteiriços, da utilização indistinta dos benefícios e sistemas de segurança social, da validação de títulos e cursos académicos, entre outros (Lobo-Fernandes & Camisão, 2005, p. 83).

Posteriormente, novos passos foram dados no sentido de, gradualmente, consolidar a consciência europeia e, implementar a cidadania europeia: I) Em 20 de setembro de 1976, convoca-se os cidadãos dos Estados-membros para as primeiras eleições para o Parlamento Europeu por sufrágio universal; II) Em 1984, o Conselho Europeu de Fontainebleau (França), cria o Comité “Europa dos Cidadãos” que aprova uma série de propostas para a constituição de uma cidadania europeia; III) Em 1984, o projecto de Tratado da União Europeia reafirma a importância do cidadão do Estado-membro ser, também, cidadão da União; IV) Em 1990, o Conselho

Europeu de Roma, introduz a noção de uma cidadania europeia como elemento central da reforma dos Tratados; V) Em 1992, dá-se a assinatura do Tratado de Maastricht e, o artigo 8º estipula o seguinte: “1 - *É cidadão da União qualquer pessoa que tenha nacionalidade de um estado-membro*” e, o “2 - Os cidadãos da união gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no Tratado” (Tratado de Maastricht, 1992). Deste modo, pela primeira vez, é instituída legalmente a cidadania europeia conferindo aos cidadãos dos doze Estados-membros novos direitos e deveres, nomeadamente, o direito de circular livremente, o direito de eleger e ser eleitos e, o direito à proteção diplomática e consular; VI) Em 1977, dá-se a assinatura do Tratado de Amesterdão que manteve inalterável o conceito de cidadania europeia, no entanto, clarifica através do seu artigo 17º que “*a cidadania da união é complementar da cidadania nacional e não a substitui*” (Tratado de Amesterdão, 1997). Ou seja, como refere José Noronha Rodrigues, “[cada] Estado-membro continua a ter poder para estabelecer quais as regras de acesso à sua nacionalidade (por exemplo: direito solo e direito do sangue) constituindo, desde modo, a cidadania da união, um estatuto secundário.” (Rodrigues, 2010b, p.47); VII) Em 2007, dá-se nova revisão do Tratado de Roma com a assinatura do Tratado de Lisboa e, tal como anterior Tratado este manteve quase inalterado ao artigo referente à cidadania europeia. Assim, o artigo 20º TFUE estipula o seguinte:” *[é] instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui*” (Tratado de Lisboa, 2007). Ou seja, na prática apenas refere que existe um acréscimo de direitos e deveres dos cidadãos dos Estados-membros, com a cidadania europeia, sem que estes percam os direitos e deveres como nacionais dos referidos Estados-membros.

É verdade, que a instituição das múltiplas cidadanias (nacionais e europeias) é benéfica para os blocos económico-

social e político respectivos, no entanto, permite-nos ambicionar face à globalização um estágio superior de cidadania, a cidadania mundial e/ou global, uma vez que, os Estados não perdem a sua soberania nesse âmbito, mas em contrapartida os direitos e deveres do cidadão ganham amplitude global.

#### **4. DIREITOS HUMANOS E A CIDADANIA MUNDIAL OU GLOBAL**

A cidadania global e os direitos humanos estão, imperativamente ligados, na medida em que, os direitos humanos por sua própria natureza são universais e globais e, sendo estes intrínsecos do ser humano, do cidadão em geral, também, a cidadania deverá ser mundial, universal e/ou global. Até porque, os diversos diplomas de salvaguarda dos mais elementares direitos humanos visam proteger, beneficiar e/ou apoiar o homem na salvaguarda e respeito dos seus mais elementares direitos humanos.

Aliás, “[a] partir dos séculos XVII e XVIII assiste-se à adopção dos direitos cívicos, integrados nas tradições constitucionais dos Estados, desde logo sob a forma de cartas de direitos, de *bills of rights* como ficaram conhecidas na tradição anglo-saxónica. Ainda no século XIX emergem os direitos políticos também, cuja salvaguarda se prolongará pelo século XX, até à consagração do sufrágio universal e à democratização política do Estado. Por último, e, em particular a partir das duas guerras mundiais do século XX, o Estado liberal assistiu à adopção constitucional de uma nova série de direitos de cidadania: os direitos de cidadania social, como sejam os direitos ao emprego, à habitação, à saúde, à educação, etc.” (Amaral, 2003, p. 293)

Na verdade, os direitos e deveres do cidadão foram progressivamente implementados através de diversos instrumentos internacionais de *soft law* e/ou de *hard law*

dando, deste modo, origem ao Direito Internacional dos Direitos Humanos assente num instrumento nuclear fundamental, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948. No entanto, convém, sublinhar que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o instrumento internacional propulsor de todos os outros instrumentos internacionais, *hard law* e *soft law*, de carácter universal e/ou regional de salvaguarda dos mais elementares direitos humanos.

Aliás, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamava diversas garantias, entre as quais, o direito de resistência à opressão política, o respeito pela dignidade das pessoas, a laicidade do Estado, a liberdade de pensamento, opinião e a igualdade dos cidadãos perante a lei “[os] representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.” (Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão, 1789).

Deste modo, as principais fontes convencionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos Universais são: a) Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de

Genocídio (1948)<sup>8</sup>; b) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)<sup>9</sup>; c) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)<sup>10</sup>; d) Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1996)<sup>11</sup>; e) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979)<sup>12</sup>; f) Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou

---

<sup>8</sup> Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio - Aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260A (III) da Assembleia Geral de 9 de Dezembro de 1948. Entrada em vigor: 12 de Janeiro de 1951, em conformidade com o artigo XIII. Esta Convenção diz que o genocídio é condenado “pelo mundo civilizado”.

<sup>9</sup> Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adoptada e aberta à assinatura e ratificação pela resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral em 21 de Dezembro de 1965; entrada em vigor a 4 de Janeiro de 1969, em conformidade com o Artigo 19. Esta Convenção diz que “um dos objectivos das Nações Unidas é promover e encorajar o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião”.

<sup>10</sup> Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução da Assembleia Geral 2200A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966; entrada em vigor a 23 de Março de 1976, em conformidade com o artigo 49. Este Pacto Internacional diz que “o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

<sup>11</sup> Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução da Assembleia Geral 2200A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966; entrada em vigor a 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27º. Este Pacto Internacional diz que “o ideal de seres humanos livres que gozem de liberdade face ao medo e à necessidade só pode ser alcançado se forem criadas condições que permitam a todos usufruir dos seus direitos económicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

<sup>12</sup> Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 34/180 da Assembleia Geral em 18 de Dezembro de 1979;

Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)<sup>13</sup>; e, g) Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).<sup>14</sup>

---

entrada em vigor a 3 de Setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27(1). Esta Convenção diz que, “apesar destes vários instrumentos, continua a existir uma discriminação extensiva contra as mulheres. A discriminação contra as mulheres viola os princípios de igualdade ou direitos e respeito pela dignidade humana, é um obstáculo à participação das mulheres, em condições de igualdade com os homens, na vida política, social, económica e cultural dos seus países, dificulta o crescimento da prosperidade da sociedade e da família e torna mais difícil o pleno desenvolvimento das potencialidades das mulheres ao serviço dos seus países e da humanidade. Em situações de pobreza, as mulheres têm o menor acesso à alimentação, saúde, educação, formação e oportunidades de emprego e outras necessidades”.

<sup>13</sup> Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 39/46 da Assembleia Geral de 10 de Dezembro de 1984; entrada em vigor a 26 de Junho de 1987, em conformidade com o nº 1 do artigo 27º. Esta Convenção diz que, “o termo “tortura” significa qualquer acto pelo qual é intencionalmente infligido a uma pessoa dor ou sofrimento severo, seja físico ou mental, para obter dele ou de uma terceira pessoa informações ou uma confissão, punindo o zumbido por um acto que ele ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido, ou intimidando-o ou coagindo-o ou a uma terceira pessoa, ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer tipo, quando tal dor ou sofrimento for infligido por ou por instigação de ou com o consentimento ou aquiescência de um funcionário público ou outra pessoa agindo na qualidade oficial. Não inclui a dor ou sofrimento resultantes apenas de, inerentes a, ou incidentais a sanções legais”.

<sup>14</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução da Assembleia Geral 44/25 de 20 de Novembro de 1989; entrada em vigor a 2 de Setembro de 1990, em conformidade com o artigo 49. Esta Convenção afirma que, “na Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. A família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e particularmente das crianças, deve ter a protecção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente as suas responsabilidades no seio da comunidade. A criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso da sua personalidade, deve crescer



Por outro lado, os principais instrumentos internacionais regionais são: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)<sup>15</sup>; b) Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950)<sup>16</sup>; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)<sup>17</sup>; d) Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).<sup>18</sup>

Naturalmente, que não precisamos analisar individualmente cada um desses instrumentos jurídicos

---

num ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor, e compreensão”.

<sup>15</sup> Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adoptada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Esta Declaração diz que, “os Estados americanos reconheceram que os direitos humanos essenciais não decorrem do facto de ser cidadão de um determinado Estado, mas do facto de os direitos se basearem nos atributos da pessoa humana. “

<sup>16</sup> A Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, assinada em Roma a 4/11/1950, afirma que “[reafirmando] a sua profunda crença naquelas liberdades fundamentais que são o fundamento da justiça e da paz no mundo e que são melhor mantidas, por um lado, por uma democracia política eficaz e, por outro, pela compreensão e observância comuns dos direitos humanos dos quais dependem”.

<sup>17</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969. Esta Convenção afirma que “reconhecendo que os direitos humanos essenciais não derivam do facto de ele ou ela ser nacional de um determinado Estado, mas sim do facto de se basearem nos atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam a protecção internacional, que é de natureza convencional, apoiando ou complementando a oferecida pelo direito interno dos Estados americanos.

<sup>18</sup> Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Carta de Banjul, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (QUA) em Banjul, Gâmbia, em Janeiro de 1981 e adoptada pela XVIII Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana (QUA) em Nairobi, Quénia, a 27 de Julho de 1981. Esta Carta afirma que “por um lado, os direitos fundamentais do ser humano baseiam-se nos atributos da pessoa humana, o que justifica a sua protecção internacional, e que, por outro lado, a realidade e o respeito pelos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos”.

internacionais, quer de *hard law*, quer de *soft law* para chegarmos a uma conclusão muito simples, os direitos humanos são universais e/ou globais, na medida em que, as barreiras físicas e/ou friccionadas das fronteiras estaduais não esvaziam o cumprimento e o respeito pelos direitos humanos. Pelo contrário, os direitos humanos por serem direitos universais e instrínsecos do homem, a Comunidade Internacional progressivamente tenta melhorá-los, quer por via de instrumentos internacionais de carácter universal, quer por via de instrumentos internacionais de carácter regional, quer por via de instrumentos de *hard law* ou de *soft law*.

Fundamentalmente, a cidadania é a condição *sine qua non* de acesso ao direito e a tutela universal dos direitos humanos e, em particular ao reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Pode-se, afirmar categoricamente que, o conceito de cidadania, direitos humanos e globalização estão interligados, pelo que, a essência do homem e a proteção dos direitos humanos não podem nem devem ser limitados à cidadania concedida por um Estado. O homem é pela sua própria natureza um cidadão livre e um cidadão global, pelo que os direitos humanos devem ser salvaguardados independentemente do Estado de origem ou nascimento e/, ou do estado em que se encontra. O homem é livre por natureza, e a sua liberdade<sup>19</sup> deve ser traduzida em instrumentos internacionais para salvaguardar os direitos humanos mais

---

<sup>19</sup> O direito à liberdade é um dos direitos fundamentais inalienáveis dos cidadãos, encontrando-se desde logo, consagrado no nº1 do artigo 27º da Constituição da República Portuguesa. A nível internacional encontramos a tutela do direito à liberdade no artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no nº 1 do artigo 9º Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

básicos. E, este objetivo só será alcançado com a consagração da cidadania mundial ou global.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Homem é livre por sua própria natureza e, em consequência desta liberdade natural, o Homem ambiciona quebrar fronteiras, quer físicas, quer friccionadas pelos Estados. Daí que, os direitos do homem são direitos universais e inalienáveis, independentemente, do Estado e/ou da Comunidade Política (local, estadual ou supra-estadual) onde se encontra.

Neste âmbito, e, porque a cidadania exprime o elenco de direitos e deveres concedidos pelos Estados, devemos reclamar a instituição de uma cidadania mundial ou global, principalmente, porque no século XXI as fronteiras são mais frágeis e as atrocidades aos mais elementares direitos humanos são mais vincadas, ou melhor, são globais. Na verdade, tal como sustenta Milena Peixoto de Jesus “[a] a cidadania global não é um enfoque novo, muito pelo contrário, ela é uma necessidade da comunidade global percebida através das contradições e das ignorâncias de um mundo fechado, que, quando se abre, transforma os cidadão dentro dele” (Jesus, 2016, p. 50).

Aliás, esta ideia de cidadania global não é verdadeiramente uma ideia do século XXI, mas da antiguidade clássica e, em particular do filósofo Sócrates quando este refere que “*não é nem ateniense, nem grego, mas sim um cidadão do mundo*”.

## 6. REFERÊNCIAS

Amaral, C.E.P. (1998). *Do Estado Soberano ao Estado das Autonomias – Regionalismo Subsidiariedade e Autonomia para uma*

*nova Ideia de Estado*. Porto. Edições Afrontamento. p.98.

Amaral, C.E.P. do (2003). Em torno do conceito de cidadania. In Ribeiro, M.M.T. (coordenação), *Europa em Mutação. Cidadania. Identidades. Diversidades Cultural*. Actas do Curso Intensivo, 20 de Fevereiro a 2 de Março de 2003, Coimbra, Quarteto Editora.

Constituição da República Portuguesa. (1974). artigo 4.º (Cidadania Portuguesa). Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, consultado a 28/07/2021.

Convenção Europeia sobre a Nacionalidade. (1997). Disponível em [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_europeia\\_nacionalidade.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_nacionalidade.pdf), consultado a 15/05/2021.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). In [https://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/mla\\_MA\\_19926.pdf](https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf), consultado a 20/7/2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. (1948). Disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#15>, consultado 27/07/2021.

Jesus, M.P. (2016). Cidadania Global: Uma construção cultural e linguística. C@LEA- Revista Cadernos de Aulas do LEA, n.5, Ilhéus - BA, nov.2016. Disponível em <file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/1251-Texto%20do%20artigo-4771-1-10-20161208.pdf>. Consultado em 28/07/2021.

Lei nº 37/81 - Diário da República nº 228/1981, Série I de 1981-10-03. Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/115548606/201908160100/73545342/diploma/indice>, consultado a 27/07/2021.

Lima, M. E., Junior, A. da S. M., Brzezinski, I. (2017). Cidadania: Sentidos e Significados. In [https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/24065\\_12317.pdf](https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/24065_12317.pdf), consultado a 20/07/2021.

Lobo, M. C. (2013). *Portugal e a Europa: novas cidadanias*. Lisboa. Fundação Francisco Manuel dos Santos. p.27.

- Lobo-Fernandes, L. & Camisão, I. (2005). Construir a Europa - O processo de integração entre a teoria e a história. Cascais, Principia.
- Rodrigues, J.N. (2010a). Cidadania e Direitos Fundamentais. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, V. 8, nº 8 (jul./dez), p. 181.
- Rodrigues, J.N. (2010b). *A Cidadania e os Direitos Fundamentais para o século XXI*. Revista Temas de Integração, nº29-30, p. 34.
- Tratado de Amesterdão. (1997). Artigo 17º. In *Jornal Oficial n° C 340 de 10/11/1997 p. 0308*.
- Tratado de Lisboa. (2007). Artigo 20º. Disponível em [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf). Consultado a 28/07/2021.
- Tratado de Maastricht. (1992). Artigo 8º, Parte II. In *Jornal Oficial n° C 191 de 29/7/1992*.

# EDUCAÇÃO PARA A JUSTIÇA SOCIAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

Martha Jalali Rabbani

## I – INTRODUÇÃO

É possível ensinar e aprender a criar uma sociedade mais justa? Podemos determinar se ou quando estamos nos tornando uma sociedade mais justa? E em caso afirmativo, como podemos educar para a justiça social? Baseando-nos na psicologia do desenvolvimento moral, seria correto afirmar que todo ser humano nasce com um senso de justiça, ou um senso de como ele deveria ser tratado e como deveriam ser tratado os demais<sup>1</sup>. Essa percepção, no entanto, longe de ser absoluta, é incompleta e passa pelo que chamamos de estágios de desenvolvimento moral. De acordo com Kohlberg (1981), ela pode permanecer em a) um nível pré-convencional onde a justiça está relacionada à evasão da dor e ao incremento do prazer pessoal, ou ao tratamento mútuo guiado pelo prazer; b) pode evoluir a um estágio convencional onde a justiça está representada em normas e leis sociais e é função de um tratamento mútuo que segue essas leis e convenções; c) ou, eventualmente, alcançar um estágio pós-convencional, onde o justo é tratar e ser tratado de acordo com princípios de ação que podem ser universalizados, adotando a perspectiva do outro.

---

<sup>1</sup> Ver, por exemplo, os trabalhos de Lawrence Kohlberg (1981) e Robert Coles(1991).

Quando argumentamos a favor de uma educação para a justiça social, apontamos para e partimos dessa realidade incompleta e evolutiva da percepção humana sobre a justiça. Além do mais, estabelecemos como seu propósito o fomento do estágio mais elevado da justiça social ou a adoção do *ponto de vista moral* no trato mútuo. O ponto de vista moral, próprio do estágio pós-convencional, é adoção do ponto de vista de todos os afetados por uma decisão. É uma reflexão sobre *como deveríamos ser tratados caso estivéssemos no lugar do outro*. Em um mundo globalizado, onde ações e decisões locais podem impactar o bem-estar de qualquer povo ou nação, uma sociedade só pode se tornar mais justa quando conduz suas ações por meio dessa reflexão ou raciocínio moral. O objetivo da educação para justiça social não é, portanto, treinar o raciocínio estratégico, aquele que nos permite determinar a melhor estratégia para realizar interesses pessoais, e nem mesmo a melhor forma de perpetuar e promover os interesses de grupo ou da nação. A justiça que se busca através da educação de uma percepção humana falível, incompleta mas capaz de evoluir, é, em outras palavras, a justiça global, o tratamento mútuo que permita a realização dos melhores interesses de *todos* os seres humanos.

## II – É POSSÍVEL EDUCAR PARA A JUSTIÇA SOCIAL?

Retomando nossa pergunta inicial sobre a possibilidade de se educar para uma sociedade mais justa, podemos dizer que apenas uma educação comprometida em fomentar o terceiro estágio do desenvolvimento moral é capaz de promover uma sociedade mais justa, onde as relações interpessoais, sociais, políticas e econômicas estão em constante re-ajuste para que *todos*, em cada momento, recebam o que merecem<sup>2</sup>. Educar a

---

<sup>2</sup> Ver o trabalho do filósofo espanhol Vicent Martínez Guzmán para uma exploração da justiça como uma abertura política e do imaginário moral para um constante re-ajuste em nossas relações (2003 e 2005).

razão estratégica para a promoção do benefício próprio ou educar para a reprodução das normas sociais, *já* são objetivos normalizados do processo de socialização formal e informal de cada indivíduo. Esses objetivos são, em si, incapazes de ampliar nossa percepção da justiça social para superarmos as injustiças de reconhecimento, redistribuição e representatividade criadas pela crescente globalização<sup>3</sup>. A falta de reconhecimento social, uma distribuição extremamente desigual de recursos e a falta de representatividade política são injustiças que não podem ser remediadas por um modelo e compreensão da justiça que depende do pertencimento ao Estado-Nação e, conseqüentemente, de leis e normas sociais que determinam e limitam quem é o sujeito legítimo da justiça<sup>4</sup>.

Quando nos referimos à justiça em termos de um constante re-ajuste nas relações para que todo ser humano receba o que merece, estamos, fundamentalmente, re-enquadrando a idéia do merecimento. Nas sociedades modernas ocidentais, o merecimento está intimamente relacionado à idéia da justiça como recompensa e punição. Nesse contexto, o merecimento é função de nossas ações e escolhas pessoais, e da contingência do lugar ou Estado onde nascemos, o que, por conseguinte, dá autoridade e valida a justiça da recompensa e da punição. Um segundo critério, entretanto, menos evidente mas igualmente presente em nossa compreensão moderna do merecimento, é o *potencial* dos envolvidos ou afetados por uma ação ou decisão. Merecimento não se refere somente à consequência de nossas ações ou ao Estado que pertencemos, mas também ao que podemos ser e compreender.

---

<sup>3</sup> Para um estudo detalhado de como a globalização viola os direitos econômicos e civis e gera desafios únicos para a nossa compreensão westfaliana e redistributiva da justiça, ver Nancy Fraser (2008 e 2009). Para uma proposta de um modelo de redistribuição justa dos recursos a nível global, ver Sachs (2007).

<sup>4</sup> Para uma crítica a essa forma de enquadrar a justiça ver também Habermas (2014).



Essa compreensão da fonte do merecimento como um futuro possível, ainda que incerto, e não apenas como um passado ou presente factual, acrescenta uma nova dimensão à justiça: o constante ajuste nas relações de modo que cada um possa realizar seu potencial ou tornar-se seu ser autêntico. Também a liberta da contingência da nacionalidade ou territorialidade. Todos merecem ser tratados de tal modo que permita o desenvolvimento de suas capacidades - como ser capazes de aprendizagem e transformação que são. A punição e recompensa pelos atos passados e presentes não pode limitar ou tolher as possibilidades do futuro. Quando sou tratado justamente dessa forma e trato os demais com justiça, transcendendo o impulso inicial de maximizar o prazer pessoal ou a tendência de reproduzir as convenções sociais, e promover o bem-estar de meu grupo social – pensando a aplicação da justiça dentro de uma ordem social pré-estabelecida, por exemplo – e passo a utilizar minhas capacidades para contribuir e acrescentar valor ao bem-estar de toda a humanidade.

### **III – QUE CRITÉRIOS UTILIZAR PARA AVALIAR O NÍVEL DE JUSTIÇA EM UMA SOCIEDADE?**

Respondendo à segunda questão levantada no início dessa reflexão, como podemos determinar quando estamos nos tornando uma sociedade mais justa? O critério que utilizamos, ainda que pareça contra-intuitivo, é uma crescente integração ou unidade social, a qual se manifesta no reconhecimento da igualdade de direitos entre todos os cidadãos do planeta, um maior equilíbrio na distribuição dos recursos, localmente e a nível global, uma crescente representatividade política na tomada de decisões por todos os afetados, inclusive em decisões que tradicionalmente se atribuíam somente aos cidadãos de um mesmo Estado-Nação, e um processo de individuação que se traduz em maior diversidade de escolha e realização pessoal. Quando aplicamos a justiça como um tratamento meritório

comprometido com o potencial humano, independentemente da sua realidade contingente, a busca da auto-realização fomenta a unidade na diversidade ao invés da fragmentação social. Por outro lado, quanto maior a coesão social, maior a possibilidade da auto-realização.

Estaríamos corretos em afirmar que a educação e promoção do indivíduo como foco central do pensamento e da sociedade moderna nos últimos séculos, tem contribuído à hipercompetição e polarização social<sup>5</sup>. Como pode, então, uma educação para a justiça como auto-realização contribuir simultaneamente à coesão social? Uma parte íntegra do pensamento e da ciência moderna é também a constatação de que ninguém se conhece ou conhece a realidade sozinho mas sim no relacionamento com os demais. A justiça, assim, não se manifesta na sociedade através da competição entre diferentes versões da realidade mas através da cooperação entre indivíduos e grupos sociais para a compreensão da realidade. Quando somos encorajados e nos esforçamos por conhecer a realidade, ou seja, estamos comprometidos com a busca dos fatos (a realidade do mundo) e o eu autêntico (nossos talentos e potencialidades), descobrimos que somos interdependentes no conhecimento da realidade e na realização de nosso potencial. O resultado do compromisso dos indivíduos com a compreensão da realidade não seria, portanto, o antagonismo entre indivíduos e grupos sociais, com suas lealdades parciais, mas uma compreensão compartilhada ou partilhada da realidade.

Há distintas formas e perspectivas, desde a filosofia política e moral à psicologia do desenvolvimento infantil, e da biologia evolucionária à neurociência, para se explorar a interdependência humana na compreensão da realidade, auto-percepção e realização pessoal. Entre as mais destacadas na atualidade estão a teoria da comunicação do filósofo Jurgen

---

<sup>5</sup> Para uma análise da evolução do pensamento moderno e sua implicação para a fragmentação social, ver Taylor (2004)

Habermas, a teoria da luta pelo reconhecimento de Axel Honneth<sup>6</sup> e a teoria da auto-domesticação da espécie humana do biólogo Richard Wrangham e do antropólogo Brian Hare<sup>7</sup>. Ainda que esses trabalhos sejam fundamentais para a validação de uma educação para a justiça social, o propósito desse capítulo não é aprofundar cada uma dessas perspectivas<sup>8</sup> senão explorar como elas nos ajudam a educar crianças, jovens e adultos para experienciar a condição da interdependência humana na auto-realização. Com esse propósito em mente, ressaltamos dois pontos centrais que essas teorias compartilham entre si e que justificam o conteúdo programático e a metodologia de ensino que sugerimos em seguida.

Primeiramente, todas elas apontam para uma interdependência *não* contingente entre os seres humanos. Enquanto a globalização gera uma interdependência contingente ou histórica entre os povos e nações, a nossa evolução como espécie, a estrutura da nossa comunicação humana e nossa necessidade de reconhecimento determinam uma interdependência ou unidade inviolável, não intencional e não negociável<sup>9</sup>. O que essas teorias nos demonstram é que nós *somos* unidos, quer estejamos cientes dessa condição ou não. Um segundo ponto em comum entre elas é a constatação de que a violação dos direitos humanos só pode ocorrer quando tiramos vantagem ou nos aproveitamos dessa condição da unidade.

Como seres comunicativos, por exemplo, capazes de compreender uns aos outros, estamos constantemente validando as pretensões de sinceridade, verdade e correção normativa de

---

<sup>6</sup> Ver Honneth (2003 e 2004) para uma análise da relação entre a teoria do reconhecimento e a justiça social.

<sup>7</sup> Ver Hare et al (2012 e 2017).

<sup>8</sup> Eu trabalho essas perspectivas em meu artigo [Solidarity in the Age of Globalization: Approaches from the Philosophy for Peace](#).

<sup>9</sup> Em Rabbani (2016) exploro detalhadamente o significado da interdependência ou unidade inviolável da condição humana.

nosso interlocutor<sup>10</sup>. É essa validação e a simultânea suposição de que a nossa fala será validada que permitem a comunicação e a compreensão mútua. No entanto, qualquer um pode tirar vantagem dessa condição para mentir e enganar seu interlocutor. É somente quando o outro acredita que estamos dizendo a verdade que podemos de fato enganá-lo. Por isso dizemos que a unidade ou interdependência é uma condição inviolável do ser humano. Precisamos dela inclusive para deshumanizar. Em nossas relações comunicativas, somente podemos privar o outro de sua humanidade – ou de seu direito de compreensão da realidade através da fala sincera, verdadeira e correta do outro – tirando vantagem da condição da interdependência humana, ou das expectativas mútuas que os interlocutores se atribuem na compreensão da realidade. Nesse caso, todavia, apesar de podermos alcançar o objetivo estratégico pelo qual mentimos, privamos tanto o nosso interlocutor como a nós mesmos da compreensão da realidade.

O mesmo ocorre com a necessidade mútua de reconhecimento. É porque desde o nascimento somos definidos pelo olhar do outro e definimos o outro através do nosso olhar, palavras e ações, que podemos inferiorizar ou imaginar o outro como superior. Se não fosse a necessidade de reconhecimento, o outro, independentemente de seu poder de destruição, teria tanto efeito sobre nossa auto-percepção quanto uma catástrofe da natureza, ou seja, poderia determinar nosso bem-estar físico mas seria incapaz de nos definir como pessoa. Quando privamos o outro do reconhecimento de sua humanidade, ou seja, de sua igualdade, limitamos também a nossa própria auto-relação. Não somente porque privamos ela do reconhecimento do outro inferiorizado mas também porque parte nossa passa agora a se definir por essa inferiorização.

Em termos da evolução da espécie, evidências mais

---

<sup>10</sup> A teoria da estrutura da comunicação humana é desenvolvida por Habermas (1989) em sua teoria da ação ou do agir comunicativo.

recentes no campo da antropologia e da neurociência indicam que várias espécies, incluindo a humana, estão se tornando cada vez menos agressivas e mais cooperativas<sup>11</sup>. Ao contrário da teoria da "sobrevivência do mais apto" de Darwin, que se popularizou nos últimos dois séculos e que previa um aumento na agressão como um benefício para a sobrevivência, os cientistas da teoria da autodomesticação humana argumentam que a seletividade natural ocorreu em benefício do “mais amigável”<sup>12</sup>. Habilidades sociais cada vez mais complexas teriam permitido que os primeiros humanos planejassem, coordenassem e se unissem contra indivíduos violentos, aqueles com uma overdose de agressão reativa (Engelhaupt, 2017). Talvez o aspecto mais significativo da autodomesticação humana seja como o cérebro humano evoluiu para prosperar nas conexões sociais. À medida que os humanos evoluíram para se tornar mais domesticados e, conseqüentemente, para cooperar, desenvolveram vias neurológicas conectando a rejeição social à dor física (Banks, Developing 171-172)<sup>13</sup>. É fácil compreender ou pelo menos visualizar a interdependência humana quando estudos recentes nos mostram que o isolamento está ligado, por exemplo, a problemas de saúde, aumentando o risco de doenças cardíacas e acidente vascular cerebral (Banks, Social Pain). Indivíduos isolados têm duas vezes mais chances de morrer prematuramente do que aqueles com maior conexões. Indivíduos

---

<sup>11</sup> Ver Cieri et all (2014), Engelhaupt (2017) e Gibbons (2014) sobre o processo evolutivo que levou à auto-domesticação humana; Driscoll (2009) e Ujfalussy et all (2017) sobre esse mesmo processo em animais domésticos; Yong (2012) sobre a auto-domesticação de chimpanzés; e Wilkins et all sobre a síndrome da auto-domesticação em mamíferos de modo geral.

<sup>12</sup> Ver Elia (2013) sobre as mudanças crânio faciais nos seres humanos que tornaram seu aspecto facial mais “atraente” e Gazzaniga (2009) sobre a sobrevivência do mais amigável (“survival of the friendlier”).

<sup>13</sup>O Giro Cingulado Dorsal Anterior é a área do cérebro humano que se acende em resposta ao sofrimento causado pela dor física e rejeição social. Ver o vídeoexplicativo da Dra. Amy Banks: *Four Ways to Click: Four Neural Pathways for Connection*. Video file, 2:54. You Tube, <https://www.youtube.com/watch?v=0FMiPgm8OIU>

com menos conexões sociais têm padrões de sono interrompidos, sistemas imunológicos alterados, mais inflamação e níveis mais elevados de hormônios do estresse (Khullar 2016).

A partir dessas teorias, se faz claro porque na medida em que participamos em uma comunicação verdadeira, sincera e correta, nos reconhecemos mutuamente como iguais e expandimos nossas conexões, estamos promovendo tanto o nosso próprio desenvolvimento como contribuindo ao desenvolvimento dos demais<sup>14</sup>. Não há contradição entre esses dois processos, entre um ser que se volta a si mesmo e se volta ao outro. Uma educação comprometida com a justiça social só pode suceder em seu propósito, em um mundo globalizado, na medida em que construa o outro como um amigo ao invés de uma ameaça, superando o antagonismo entre uma opção altruísta ou egoísta da existência, rejeitado tanto pela filosofia como pelas ciências modernas.

#### IV – COMO EDUCAR PARA A JUSTIÇA SOCIAL

Refletindo sobre a nossa terceira questão sobre *como* educar para a justiça ou fomentar o raciocínio moral pós-convencional para a auto-realização e coesão social, o conteúdo programático de uma educação para a justiça social deveria introduzir, inicialmente, o conceito da **dignidade** humana ou a idéia do valor incondicional de todo e qualquer ser humano. Todos temos características únicas e também compartilhadas com amigos, familiares ou desconhecidos. Existe, entretanto, uma qualidade que todos possuímos em comum, a nossa dignidade. A dignidade é o nosso valor humano incondicional. Todos nascemos com ela e a guardamos pelo resto de nossas vidas – independentemente de nossa origem, valor social ou mesmo de nossas ações e escolhas. Como somos todos dotados

---

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, Habermas (1996) sobre uma reflexão histórica, política e normativa, entre a comunicação ideal (não-estratégica) e a inclusão do outro.

de dignidade, a pergunta que segue é: seria *justo* tratar as pessoas de acordo com princípios de ação diferenciados? Também devemos ressaltar nessa reflexão que a única forma de honrar a nossa própria dignidade é honrando a dignidade do outro. Eu me torno minha melhor versão quando percebo o valor incondicional do outro e o trato com justiça<sup>15</sup>.

É importante lembrar que, sendo a justiça um tratamento que permita o florescimento das capacidades humanas, e não somente uma retribuição ao comportamento humano, inclusive a punição deve ser justa, ou seja, devemos nos certificar de que a sua aplicação não afete a dignidade humana. De fato, em um Estado Constitucional de Direito, as leis existem para evitar uma punição arbitrária, contingente às emoções ou percepções do momento. O mesmo ocorre com as leis internacionais que regulam a relação entre as nações. Em tempos de guerra, por exemplo, inclusive quando soldados são capturados durante uma batalha, há leis que regulam o tratamento de prisioneiros de guerra para que os mesmos tenham sua dignidade respeitada.

Dois outros conceitos ou princípios de ação que deveriam ser introduzidos no conteúdo programático de uma educação para a justiça social é a **solidariedade** e o **sacrifício**. A solidariedade é a capacidade que temos de agir em benefício de outrem, quando essa ação seria uma desvantagem para a própria pessoa a curto e médio prazo. A solidariedade se baseia na confiança na conduta recíproca do outro no futuro, caso necessário. Nos últimos cem mil anos, os humanos aperfeiçoaram a agressão premeditada e exibiram níveis mais baixos de agressão reativa e espontânea. Quando começaram a

---

<sup>15</sup> Podemos utilizar esse vídeo com jovens e crianças para fazer uma reflexão sobre a dignidade humana: <https://www.youtube.com/watch?v=1kRSuFBZm3U> e esse para introduzir a idéia da interdependência humana ou como estamos interconectados, o nosso progresso e bem-estar dependendo de como reconhecemos e tratamos os seres humanos e a natureza: <http://www.youtube.com/watch?v=MVa8vRHagTA>

manipular e controlar seu ambiente, as pressões externas da seleção natural se tornaram menos importantes, favorecendo, assim, indivíduos cooperativos e menos agressivos. Foi nesse contexto da necessidade da cooperação que a linguagem começou a se desenvolver, permitindo que os humanos se organizassem de forma mais complexa e dando origem também aos primeiros exemplos de punição capital<sup>16</sup>. Com o passar do tempo, fomos capazes de incluir e aceitar um número cada vez maior de desconhecidos em nossas relações, demonstrando inicialmente solidariedade aos membros de nosso clã ou tribo, e gradualmente a nossos co-cidadãos em uma cidade e, finalmente, no Estado-Nação. Essa hipótese, ou a autodomesticação da espécie, propõe, de modo geral, que a domesticação ocorre espontaneamente, sem procriação seletiva, como um processo conducente a um conjunto de características morfológicas e sociais que, no caso da espécie humana, permitem maior solidariedade entre desconhecidos<sup>17</sup>.

Apesar da ciência do século XXI estar do lado dos que até então chamávamos de “idealistas” e, ao mesmo tempo, desvelar a ideologia belicosa da retórica “realista” dos senhores da guerra, os obstáculos para a expansão da solidariedade nesse século se fazem ainda mais desafiadores que antes. Nos enfrentamos tanto ao ressurgimento do individualismo como de identidades coletivas racistas, nacionalistas e excludentes das formas mais variadas. Ao mesmo tempo, com a diversificação das comunidades locais e sua unificação sistêmica em uma sociedade global, não-democrática e não-participativa, o desafio em nosso século deixa de ser somente a prática da capacidade de expressar a solidariedade e passa a ser sua extensão a *todos* os habitantes do planeta. O desafio para a teoria e a prática da justiça social é imaginar e aplicá-la a nível

---

<sup>16</sup> Ver Gazzaniga (2009), Leach (2003) e Price (2016), Leach (2003) sobre a evolução da cooperação.

<sup>17</sup> Ver Hare (2017) sobre a evolução humana através da seleção para a sociabilidade.



global, levando em consideração o ponto de vista e o bem-estar de todos os seres humanos. Esse é sem dúvida um desafio hercúleo mas sabemos que a evolução da espécie nos dotou das capacidades e competências necessárias para a extensão da solidariedade, como o cuidado, a empatia, a comunicação e a cooperação. O desenvolvimento científico e tecnológico, por outro lado, nos proveem os instrumentos práticos para a extensão da solidariedade. Por muito tempo, desenvolver o sentimento de pertença a uma comunidade global e a extensão da solidariedade a todos os cidadãos do mundo não eram tidos como possibilidades reais. Hoje, não somente essa é uma opção tão real como a agressão e a violência, como uma absoluta necessidade para a sobrevivência da espécie.

Estender a solidariedade a desconhecidos exige sacrifício já que está baseada na confiança mútua de uma ação recíproca no futuro, *caso* seja necessária. Como aquele que se sacrifica não recebe, pelo menos a curto prazo, nada em retorno, é natural interrogar o que torna possível ou nos leva a sacrificar o que temos pelos demais. Sabemos que todo ser humano tem uma disposição para o sacrifício, é capaz de abrir mão do seu próprio bem-estar em benefício de outro<sup>18</sup>. Quero sugerir que, ainda que essa disposição seja seletiva, o que a torna possível, em seus distintos níveis e intensidade de expressão, é a medida da compreensão de cada um da unidade humana – a interdependência entre meu próprio bem-estar e o bem-estar dos demais membros da minha família, comunidade e, eventualmente, de todo e qualquer ser humano. Essa compreensão é treinada e aprofundada a partir da *experiência* da unidade que se materializa em um nível muito básico, quando experienciamos, por exemplo, a dor ou a alegria do outro. A **unidade**, como quarto conceito fundamental que deveria estruturar a educação para justiça global, nos permite fazer

---

<sup>18</sup> Ver Gazzaniga (2009) sobre como o ser humano evoluiu para fazer sacrifícios pelos demais.

sacrifícios porque *somos* unidos e, portanto, envolvidos em uma experiência em comum.

A história humana está cheia de ditadores violentos que ao mesmo tempo que assassinavam milhares de pessoas eram capazes de expressar amor e ternura e se sacrificar por seus filhos. O que leva à essa discrepância no comportamento e como podemos vivenciar a unidade, fazer sacrifícios e demonstrar solidariedade aos demais, especialmente em relação a desconhecidos? Historicamente, como humanidade, conseguimos atribuir semelhanças aos seres humanos e nos unificar em graus crescentes de complexidade, até alcançarmos recentemente a unificação do Estado-Nação. A partir do século XVIII e durante o século XIX e XX começamos a referir a milhões de pessoas como membros de um mesma Nação, brasileiros, americanos, como se naturalmente compartilhássemos algo em comum. Até hoje, no entanto, toda vez que incluímos, também excluímos. A nossa unificação tem sido a custo da desumanização do outro. A proposta de uma educação para a justiça social – uma justiça que deve necessariamente ser global – baseada nos princípios fundamentais da dignidade, solidariedade, sacrifício e unidade humana, é identificar semelhanças e interesses comuns entre todos de modo que uma injustiça contra uma parte da humanidade seja uma afronta ao todo, o que talvez seja o maior desafio de nossos tempos para uma humanidade acostumada a deshumanizar<sup>19</sup>.

## **V – A EXPERIÊNCIA DO CLUBE DE JUSTIÇA SOCIAL PARA JOVENS**

Retomando a nossa reflexão sobre como favorecer um relacionamento onde cada um esteja disposto a expressar

---

<sup>19</sup> Para uma análise dos pré-requisitos políticos de uma justiça pensada e organizada a nível global, ver Habermas (2008 e 2014).

solidariedade pelos demais ou, em outras palavras, a assumir a perspectiva do outro em sua tomada de decisão e a aceitar fazer sacrifícios por desconhecidos, queremos compartilhar a experiência do Clube de Justiça Social<sup>20</sup> iniciado na cidade de Kansas City nos Estados Unidos, no ano de 2013. Adotando a visão de uma sociedade global mais justa, o clube se propõe a nutrir nos jovens um sentido de responsabilidade individual e coletivo pela construção de uma sociedade mais justa e empoderá-los a utilizar suas capacidades para a integração e inclusão social. O clube se formou com um grupo de vinte alunos do ensino fundamental que se encontravam quinzenalmente com um grupo de pais depois da escola para discutir diferentes questões e problemas sociais. Os temas e material de cada encontro eram escolhidos e elaborados de forma a ajudar os jovens a desenvolverem uma auto-percepção como cidadãos do mundo, cujas vidas estão sendo afetadas por relações e decisões de âmbito global e cujas escolhas e ações, simultaneamente, devem levar em consideração o seu impacto ambiental e humano.

Através da desconstrução de narrativas dominantes que estereotipam diferentes grupos sociais; da concentração em uma (contra) narrativa da nobreza e unidade humana; e instilando na juventude a esperança de que uma sociedade mais justa é possível, o clube vem desde então ajudando jovens de 11 a 18 anos a desenvolverem suas capacidades de reconhecimento da igualdade do outro, de comunicar-se com sinceridade e veracidade e de cooperar. Com esses objetivos em mente, compartilhamos histórias e aprendemos sobre a diversidade das experiências pessoais e de grupo; trabalhamos juntos com diversos grupos sociais para identificar e resolver problemas compartilhados; e aprendemos sobre como as normas, os discursos e práticas institucionais e sociais podem restringir ou ampliar as experiências individuais e de grupo.

Depois de alguns anos participando no programa, muitos

---

<sup>20</sup> [www.sjcinitiative.org](http://www.sjcinitiative.org)

jovens se sentem empoderados a desenvolver e compartilhar seus próprios planos de aula com crianças e pré-jovens. Hoje temos jovens de 15 a 18 anos trabalhando com a educação de crianças de 8 a 10 anos e pré-jovens de 12 e 13 anos como seus assistentes. Com a normalização de encontros virtuais, os diálogos e reflexões sobre a justiça e ações sociais do clube tem também assumido um âmbito global, com jovens de vários países se encontrando no Zoom semanalmente para dialogarem sobre o significado e a aplicação da justiça.

O modelo de capacitação dos jovens para liderarem programas educacionais, à medida em que avançam em suas reflexões, programas com uma dimensão internacional, tem duas importantes vantagens sobre o modelo de ensino tradicional, onde o professor e a sala de aula estão no centro do processo de aprendizagem e ensino: A) Primeiro, contribui para o desenvolvimento de uma identidade ou auto-percepção do jovem como membro de uma comunidade global, ou seja, como cidadão do mundo pois a justiça e os desafios relacionados a ela se revelam, nessa educação dialógica transnacional, como uma causa de interesse comum e cujos pré-requisitos e soluções podem ser explorados por jovens de diferentes idades, culturas e nacionalidades. B) Segundo, esse modelo permite que, em pouco tempo, os padrões dominantes de reconhecimento social e de auto-afirmação pessoal sejam questionados e outros padrões sejam validados em um círculo crescente de jovens que personificam esses novos padrões e servem de exemplo para os demais. Assim, por exemplo, enquanto a representação do jovem no discurso social dominante envolve uma preocupação central com relações sexuais, a imagem física e o consumerismo, os jovens podem facilmente resistir a esse discurso quando liderados por outros jovens que exemplificam em suas relações padrões de reconhecimento como a dedicação ao bem-estar coletivo, a luta contra o racismo, a luta pela igualdade de gênero, pela justiça ambiental e econômica. De fato, os jovens que participam do clube de justiça social organizam competições

internacionais de poesia de resistência, concursos de arte para a justiça social, servem em centros comunitários, ensinando as crianças a lerem e escreverem, em centros de desabrigados, e adovagam junto aos representantes políticos de suas comunidades para a ampliação dos direitos ou a mudança nas leis.

C) Esse modelo de capacitação e treinamento que tem como base jovens ensinando a jovens permite, finalmente, uma transformação social que se reproduz de forma rápida, sustentável e eficiente. Desde essa perspectiva, não é necessária a mobilização de grandes recursos políticos ou econômicos para uma mudança de hábito e comportamento - uma mobilização que, caso necessária, facilmente levaria ao desânimo e à parálise já que a maioria dos cidadãos, incluindo educadores e educandos, tem de fato pouco controle sobre esses recursos. Na era da globalização, onde a democracia se vê ameaçada, a expectativa de que esse controle seria um requisito para o estabelecimento de uma ordem social mais justa se torna ainda mais ilusória e limitante para a iniciativa pessoal e de grupo. A possibilidade que percebemos com o modelo de empoderamento aqui proposto é que o desenvolvimento de uma auto-percepção como cidadão do mundo e a disposição para a extensão da solidariedade a desconhecidos, requisitos básicos para a justiça global, se materializam na medida em que os jovens *resistem* assimilar o discurso dominante que insiste em lhes definir e, ao mesmo tempo, se envolvem com outros jovens em suas comunidades e/ou internacionalmente e criam uma comunidade que *produz* padrões de reconhecimento e auto-afirmação mais inclusivos e democraticamente escolhidos.

Fica aqui um convite a pais, educadores, administradores, e especialmente aos jovens a visitarem o site do nosso Clube de Justiça Social, onde todo o material educacional desenvolvido pelos participantes está disponível para o livre acesso e reprodução. Qualquer pessoa, jovem ou adulto, pode iniciar um clube de justiça social em sua escola,

bairro ou vizinhança e começar a contribuir com a transformação de sua comunidade. Convide alguns amigos para trabalharem juntos, busque recursos na Internet, decidam que elementos do discurso dominante é importante resistir e questionar, que alternativas de reconhecimento e auto-afirmação querem oferecer, contatem organizações que estão trabalhando pelo bem comum em sua cidade e veja como vocês podem colaborar e crie seu próprio clube de justiça. Em tempos de diálogos virtuais, as possibilidades e oportunidades são ainda mais diversas.

## **VI – O QUE PODEMOS FAZER NO COTIDIANDO PARA CONSTRUIR UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA**

Nem todos estamos envolvidos diretamente com a educação de jovens e crianças mas todos podemos educar-nos para agir de forma mais justa e, simultaneamente, tornar-nos um exemplo positivo em nossa comunidade, contribuindo com uma sociedade mais justa. Seguem aqui algumas sugestões práticas:

– Pratique identificar e resistir os modelos de reconhecimento social excludentes:

–> Quando se deparar com alguém que facilmente poderia ser encaixada dentro de um esteriótipo social, rompa com suas palavras essas expectativas sociais e realce através delas, para si mesmo e para quem estiver com você, uma beleza, atributo ou qualidade dessa pessoa.

–> Se você é testemunho de colegas, amigos ou familiares esteriótipando os demais, pode praticar, infiltrar e perturbar, pouco a pouco, esses discursos, mesmo que o esteriótipo, a linguagem, a piada não afete de forma imediata a sua pessoa.

–> Faça um esforço consciente e diário para evitar que seu pensamento tome atalhos como aceitar a degradação do ser humano, justificando como apenas uma piada. Categorizar as pessoas é uma tendência humana e se, diariamente, não resistirmos a essa tendência, percebemos que, em pouco tempo,

também se faz fácil excluí-las e desumanizá-las, seja por sua aparência, opção de gênero ou posicionamento intelectual e político. Lembre-se, o genocídio não se inicia com a violência mas com palavras de exclusão que em seguida normalizam a degradação do outro.

– Como indivíduos podemos praticar fazer sacrifícios por desconhecidos. Sacrificar para quem amamos é fácil mas nós nos tornamos um exemplo positivo em nossa comunidade quando estamos dispostos a dedicar nosso tempo, energia e talento para pessoas que talvez nunca poderão nos retribuir o favor, ou por uma causa que não necessariamente nos beneficia diretamente. Quando praticamos o sacrifício, estamos ensinando aos nossos jovens e crianças a fazerem o mesmo e elevando o seu nível de raciocínio moral a um nível pós-convencional.

– Pratique a veracidade e a sinceridade nos afazeres grandes e pequenos do cotidiano. Normalmente, o nosso compromisso com a verdade é afetado quando buscamos ajustar-nos aos padrões de reconhecimento e aceitação dos distintos contextos nos quais interagimos. O problema em buscar o reconhecimento como fim em si mesmo (mesmo que por meio de uma mentira aparentemente sem consequências) é que comprometemos a nossa compreensão da realidade e a realização de nosso ser autêntico, ou seja, sacrificamos a auto-realização pelo reconhecimento. Por isso a mentira não vale a pena. É uma parte de nosso eu que sacrificamos em vão, por um reconhecimento que não pode, assim, cumprir com a promessa da auto-realização.

Programas educacionais adequados, auxiliado por esses e outros simples passos, nos ajudam a superar preconceitos, lealdades parciais, a questionar os modelos que aprendemos a emular, a re-humanizar aqueles que aceitamos ou deixamos inferiorizar e a construir, assim, uma sociedade local e global mais justa.

## BIBLIOGRAFIA

Banks, Amy. "Developing the Capacity to Connect." *Zygon: Journal of Religion and Science* 46, no 1 (2011): 168-182.

\_\_\_\_\_. 2014a. *Social Pain Hurts, Too*. Video file, 13:33. YouTube <https://www.youtube.com/watch?v=f6TdMkAJpTo>

Cieri, Robert L., Steven E. Churchill, Robert G. Franciscus, Jingzhi Tan, and Brian Hare.

"Craniofacial Feminization, Social Tolerance, and the Origins of Behavioral Modernity." *Current Anthropology* 55, no 4, (August 2014): 419-443.

Coles, Robert. *The Spiritual Life of Children*. New York: Mariner Books, 1991

Driscoll, Carlos A., David W. Macdonald af, and Stephen J. O'Brien. "From Wild Animals to Domestic Pets, an Evolutionary View of Domestication." *Proceedings of the National*

*Academy of Sciences of the United States of America* 106, supplement 1 (June 2009): 9971-9978. URL: <https://www.jstor.org/stable/40428411>

Elia, I. E. "A Foxy View of Human Beauty: Implications of the Farm Fox Experiment for Understanding the Origins of Structural and Experiential Aspects of Facial Attractiveness."

*The Quarterly Review of Biology* 88, no 3 (September 2013): 163-183.

Engelhaupt, Erika. "How Humans (Maybe) Domesticated Themselves." *Science News*, July 6, 2017. <https://www.sciencenews.org/article/how-humans-maybe-domesticated-themselves>

Fraser, Nancy. "Abnormal Justice", *CriticalInquiry*, 34 (2008): 393-422.

\_\_\_\_\_. "Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado." *Lua Nova*, 77 (2009): 11-39.

Gazzaniga, Michael. "Humans: The Party Animal." *Dædalus*, Summer (2009): 21-34.

Gibbons, Ann. "How We Tamed Ourselves and Became Modern."



*Science* 346, (2014): 405-406.

Habermas, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*, Boston: Beacon Press, 1989.

\_\_\_\_\_. *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Massachusetts: MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. "The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society", *Constellations*, 15 (2008): 444- 455

\_\_\_\_\_. "Plea for a Constitutionalization of International Law", *Philosophy and Social Criticism*, 40 (2014): 5-12.

Hare, Brian, Victoria Wobber, and Richard Wrangham. "The Self-Domestication Hypothesis: Evolution of Bonobo Psychology is Due to Selection Against Aggression." *Animal Behavior* 83, (2012): 573-585.

Hare, Brian. "Survival of the Friendliest: *Homo sapiens* Evolved via Selection for Prosociality." *Annual Review Psychology* 68 (2017): 155-186

Honneth, Axel and Fraser, Nancy. *Recognition or Redistribution? A Political Philosophical Exchange*, New York: Verso, 2003.

Honneth, Axel. "Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice", in *Acta Sociologica*, 47 (2004): 351-364.

Khullar, Dhruv. "How Social Isolation is Killing Us." *New York Times*, December 22, 2016. <https://www.nytimes.com/2016/12/22/upshot/how-social-isolation-is-killing-us.html>

Kohlberg, Lawrence. *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice*. New York: Harper and Row, 1981.

Leach, Helen. "Human Domestication Reconsidered." *Current Anthropology* 44, no 3 (June 2003): 349-368.

Martínez Guzmán, Vicent (2003), "O Reconhecimento como Transformação de Conflitos" in Milani, Feiziet al. (editors), *Cultura de Paz: Estratégia, Mapas e Bússolas*. Salvador, Brasil: Edições Inpaz.

\_\_\_\_\_. "El Diálogo, Instrumento para Hacer las Paces" in Moratalla, Augutin Domingo et al. (editors), *El Diálogo*, Fundación Desierto de

las Palmas, Castellón, Spain, 2007.

Price, Michael. "True Altruism seen in Chimpanzees, Giving Clues to Evolution of Human Cooperation." *Science Magazine*, June 19, 2017. <http://www.sciencemag.org/news/2017/06/true-altruism-seen-chimpanzees-giving-clues-evolution-human-cooperation>

Rabbani, Martha. *The Development and Antidevelopment Debate: Critical Reflections on the Philosophical Foundations*, New York: Routledge, 2016.

\_\_\_\_\_. "Solidarity in the Age of Globalization: Approaches from the Philosophy for Peace". *Convergencias, Revista de Ciencias Sociales* 27 (December 2019): 1-22.

Sachs, Wolfgang. *Fair Future. Resource Conflicts, Security and Global Justice*, London: Zed Books, 2007.

Taylor, Charles. *Modern Social Imaginaries*, Durham: Duke University Press, 2004.

Ujfalussy, Dorottya Júlia, Anita Kurys, Enikő Kubinyi, Márta Gácsi, and Zsófia Virányi. "Differences in greeting behaviour towards humans with varying levels of familiarity in hand-reared wolves (*Canis lupus*)." *Royal Society Open Science*, (September 2017): 1-17.

Wilkins, Adam, Richard Wrangham, and W. Tecumseh Fitch. "The 'Domestication Syndrome' in Mammals: A Unified Explanation Based on Neural Crest Cell Behavior and Genetics." *Genetics* 197, no. 3 (July 2014): 795-808.

Yong, Ed. "Bonobos: The Self-Domesticated Ape?" *Discover*, January 25, 2012. [http://blogs.discovermagazine.com/notrocketscience/2012/01/25/bonobos-the-self-domesticated-ape/#.W74nP\\_ZFyM8](http://blogs.discovermagazine.com/notrocketscience/2012/01/25/bonobos-the-self-domesticated-ape/#.W74nP_ZFyM8)

# **O ESAZIAMENTO DA FALA DA MULHER NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: RETRADUÇÃO SIMPLIFICADA DO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ESPAÇO DOMÉSTICO**

José Humberto de Góes Junior  
Verônica Acioly de Vasconcelos

## **1. INTRODUÇÃO**

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006 ou LMP) é a resposta do Estado brasileiro às recomendações<sup>1</sup> emitidas pela

---

<sup>1</sup> No que concerne às recomendações do caso que afetam a todas as mulheres brasileiras ou residentes no Brasil, pode-se notar aquela de número 4, cujo teor, baseado na necessidade de prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil, também estabelece para o Estado brasileiro as obrigações de: a) adotar medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) estabelecer formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas, de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e) incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher

Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório Anual 2000 (Relatório n.º 54/01) para o Caso 12.051, conhecido como “Caso Maria da Penha Maia Fernandes x Brasil”, em que aquela alegava a ineficiência do Estado para combater a violência doméstica, especialmente a falta de legislação e de formação adequadas dos órgãos do Sistema de Justiça para proteger as mulheres em face da violência de gênero no ambiente doméstico ou familiar ou em relações de afeto, além de pedir reparação para os danos que a conduta omissiva do Estado lhe havia ensejado. Por essa mesma razão, este é um conjunto de normas que apresenta um novo olhar sobre a mulher vítima desse tipo de violência à sua integridade. Algumas preocupações se tornam evidentes, como as condições de processamento dos casos de violência doméstica e familiar, a integração funcional da Justiça com órgãos de investigação e de promoção de políticas públicas, a disposição de mecanismos de proteção de urgência e permanente da mulher em conjunto com seus filhos, filhas e familiares, entre os quais o direito de ser informada diretamente e sem pedido prévio dos atos processuais de prisão e soltura do agressor, além de ser atendida em delegacias e órgãos auxiliares de investigação e coleta de provas, preferencialmente, por profissional do sexo feminino, previamente capacitada.

Para estabelecer as obrigações que resultaram na lei de processamento dos casos de violência doméstica e familiar atualmente em vigor, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir o mérito do pedido acima, considerou que o Estado brasileiro havia violado o art. 7 da Convenção de Belém do Pará, cujo texto, segundo a Comissão, representa

---

e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acessado em 06 de Abril de 2020.

uma lista de compromissos<sup>2</sup> que, ao serem assumidos pelo Estado, impõe sua rápida e eficaz implementação para enfrentar a violência doméstica.

O atendimento humanizado no Sistema e Justiça, incluindo as repartições policiais, nestes termos e de acordo com a LMP, assimila uma transversalidade de gênero, cuja materialidade se faz por meio de uma abordagem pautada na delicada inserção na privacidade e na razoável credibilidade da palavra da mulher em todo o procedimento de apuração criminal, ainda que as vítimas retornem às delegacias para retirar seus registros de ocorrência ou “suspender” a investigação.

Analisar qual o lugar da mulher vítima de violência no processo penal e se houve mudanças concretas após a Lei Maria Penha, bem assim, a partir dessa compreensão, que papel têm desempenhado os órgãos do Sistema de Justiça Criminal

---

<sup>2</sup> Tais obrigações seriam: a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam em conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar em sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; e, h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência da Convenção.

no enfrentamento à violência de gênero no ambiente doméstico é o escopo do presente trabalho.

Para responder a este problema de pesquisa, além da experiência prática de trabalho na Defensoria Pública da autora Verônica Acioly com acompanhamento de vítimas desse tipo de agressão, o presente trabalho absorve dados empíricos secundários. Este conjunto de informações coletadas diretamente para a realização de outras investigações científicas é composto, inicialmente, de estatísticas e análises parciais elaboradas pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA) em estudo sobre tolerância institucional e violência, em específico, sobre o modo como a vítima da violência de gênero no ambiente doméstico e familiaré compreendida por agentes dos órgãos do sistema de justiça criminal. Em seguida, são inseridos dados das investigações científicas de Beatriz Cruz Silva, quanto ao atendimento amulheres vítimas de violência sexual em delegacias especializadas e não especializadas do Distrito Federal, e de Maria Gabriela Sousa Lopes, acerca das incongruências na aplicação da Lei Maria da Penha no Poder Judiciário com especial foco na criminalização da pobreza na comarca de Goiás, no Estado de Goiás.

O objetivo do presente estudo é realizar uma possível análise-diagnóstico sobre o acolhimento, a escuta e as condições reais de manifestação de autonomia da mulher vítima de violência de gênero no espaço doméstico, de modo a compreender como fatores sociais e culturais para este tipo de violência são reproduzidos no âmbito do Poder Judiciário.

São categorias centrais para o estudo “familismo”, nos termos da interpretação de Camila Prando (2016), “moral dominante”, “patriarcado” e “patrimonialismo”, consideradas por distintas autoras e por distintos autores que se complementam. Ao mesmo tempo, considera-se nesse estudo que a violência de gênero é o que está no centro LMP, ou seja, é o que esse instrumento normativo visa a enfrentar quando amplia o escopo

indicado pelo relatório acima citado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Afinal, embora situe a violência contra a mulher nas relações familiares e domésticas, além de prever que pode não ser cometida exclusivamente por homens, estabelece como critério de configuração o fato de alguém ser vítima por ser mulher ou por sua condição feminina e de fatores que podem moralmente estar atrelados ao gênero. Com base em tais compreensões, busca-se sistematizar e refletir sobre as principais críticas quanto à relação dos protagonistas do Sistema de Justiça Criminal com a vítima, bem assim sobre o modo como se dão acolhimento e as políticas públicas de enfrentamento no Brasil da violência de gênero no ambiente doméstico e familiar. O pressuposto admitido no estudo é o da inseparabilidade entre os órgãos do sistema de justiça criminal e a promoção de direitos da mulher, porque, comumente, as estratégias legais e as políticas públicas se entrecruzam e se confundem, dando origem a novas perspectivas de acesso à justiça (SANTOS, 1986).

A reflexão produzida é apresentada em duas partes. A primeira delas indica as percepções da violência de gênero por agentes do Sistema de Justiça e os efeitos que a partir disso são gerados para as mulheres vítimas de violência em ambiente íntimo-afetivo. A segunda analisa a relação entre a percepção da mulher sob o prisma moral patriarcal-patrimonialista dominante, a subalternidade feminina e os discursos empregados no âmbito da apuração de casos de violência de gênero no ambiente doméstico pelos agentes do Sistema de Justiça para o esvaziamento da fala da vítima.

## **2. NOVOS ATORES, NOVAS PRÁTICAS? TUDO PARECE MUDAR PARA FICAR IGUAL...**

Os atos do processo penal são “como teatralização ou liturgia” (PRANDO, 2016, p. 126) e a Lei Maria da Penha, ao estabelecer um novo lugar de representação para a mulher, pretende que ela seja escutada e que os atores jurídicos saiam

do “teatro” para irem às raízes do conflito, até então irrelevantes (PRANDO, 2016, p. 126). A judicialização pode adentrar o espaço doméstico guiada pela pauta da igualdade, contestando o poder do homem sobre mulheres e crianças. Com isso, as relações de desigualdade e supremacia do adulto masculino são potencialmente inseridas “na agenda igualitária do modelo político do Estado Democrático” e “a intervenção do Direito é chamada para deslegitimar as relações desiguais” (PRANDO, 2016, p. 130).

O sistema de justiça ainda, pode-se afirmar, contradiz essa perspectiva. Seus órgãos parecem apresentar dificuldades comuns, como falta de formação adequada e em número suficiente de pessoas para o atendimento de vítimas de violência baseada no gênero. Talvez, não seja bastante uma qualificação formal pautada no domínio de processos administrativos ou técnicas de atendimento ao público. A compreensão das especificidades da violência contra a mulher, a clivagem de gênero com suas implicações interseccionais com raça e classe são fundamentais para a efetividade dos direitos previstos na LMP. É o que pode ser deduzido do trabalho de análise realizado por Maria Gabriela Sousa Lopessobre o modo como são tratados os casos de “Maria da Penha” na Comarca de Goiás:

(...) os processos de lesão corporal com aplicação da Lei Maria da Penha, que a comunidade chama de “Maria da Penha”, são tratados [no judiciário] como “barracos” de casais, sendo o “barraco” uma briga que ao se tornar pública passa a ser vista como algo moralmente reprovável. A preocupação com a proteção das mulheres agredidas não é demonstrada em nenhum momento, pois as pessoas falam apenas de brigas, ameaças e xingamentos, como se a violência física nem mesmo tivesse ocorrido. A real preocupação provavelmente seja no sentido de uma necessidade de afirmação do poder do Estado por meio do caso concreto, classificando as



pessoas segundo estigmas morais, para promover na sociedade uma imposição de comportamentos segundo a moral dominante. E esse tipo de preocupação, como demonstrado, não ocorre apenas nas camadas altas da hierarquia que compõem o poder judiciário da comarca (2016, p. 85-86).

Ao que a experiência prática e algumas análises que vão sendo apresentadas ao longo do presente trabalho indicam, padrões de credibilidade desiguais entre agressor e agredida, a palavra da vítima como meio exclusivo ou central de prova e a forma como é encarada, mesmo diante de outros elementos presentes no contexto e das características singulares da violência doméstica e familiar, ainda podem ser considerados o principal entrave para o trato da violência de gênero em relações de afetuosidade. Além disso, quando se trata de uma mulher empobrecida que tem como agressor um homem igualmente empobrecido, o processo penal e o direito penal, parecem cumprir, mais uma vez, a sua vocação para a seletividade e controle da pobreza:

(...) percebo no campo uma enorme questão em torno do “ser mulher” nessa lógica de tratamento da violência doméstica na comarca, que talvez esteja relacionada à criminalização do homem pobre, uma vez que cria condições para condutas lesivas para com os agentes do processo, reproduzindo uma moral dominante que põe a mulher e o homem pobre em situação de julgamento. (...) A legislação é importante na medida em que permite que a mulher prejudicada pelas práticas discriminatórias recorra à justiça, porém, por perdurarem as discriminações legitimadas pela moral dominante, especialmente contra mulher, os próprios agentes da justiça tendem a interpretar os casos julgando por meio de justificativas que estão postas por essas ideologias dominantes. Isso ocorre até mesmo por parte de funcionários públicos que não possuem a função de

juízo dentro do sistema judiciário (SAFFIOTTI, 1987, p. 16) (LOPES, 2016, p. 86-87).

Em 2008, por influência da Lei Maria da Penha, o Código de Processo Penal passa a garantir à pessoa ofendida acesso às informações dos atos processuais, local reservado, antes e durante as audiências, possibilidade de encaminhamento para atendimento multidisciplinar, bem como medidas para preservar as suas intimidade e imagem. A LMP ainda fixa formas de amparo, medidas de natureza extrapenal de assistência<sup>3</sup>, para que a vítima seja acolhida e detalhados os direitos e as consequências dos atos jurídicos, desde a fase inquisitorial do processo, ou seja, desde o momento de investigação e coleta de provas pela polícia.

O Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, inserido na Ordem Jurídica pela Lei Maria da Penha, com competência para julgar causas cíveis e criminais, tem, entre outros objetivos, a redução dos obstáculos que normalmente as vítimas enfrentam durante o processo. A Lei Maria da Penha dispõe de algumas garantias à mulher que diferem das previsões do processo penal comum e pretendem recolocá-la na cena, com protagonismo, podendo acompanhar todos os atos do processo e promover a defesa de seus direitos e interesses, como se observa em seu artigo 27<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> A polícia, tradicionalmente porta de entrada para as vítimas que institucionalizam seu conflito, resiste ao seu novo arranjo e atribuições e segue atrelada a práticas destoantes da previsão legal, representativas, muitas vezes, da tentativa de limitar a demanda das mulheres à esfera privada. Ocorre ainda, talvez, por essa razão, o sub-registro de violência doméstica e familiar e esta pode ser um dos efeitos da morosidade e/ou falta de credibilidade que a polícia e as demais instituições do Estado dão às mulheres vítimas. Isso é capaz de manter mulheres em sofrimento sem terem coragem de romper o silêncio.

<sup>4</sup> Compreender a vítima no contexto da violência doméstica requer ademais que os diversos integrantes do sistema de justiça considerem perspectivas criminológicas que perpassam a sua atuação conjunta, objetivando intervir

---

sobre uma cultura de submissão da mulher e, ao menos no caso concreto, fazer cessar a violência de gênero no espaço doméstico. Não se pode afirmar que seja condizente com esse propósito a iniciativa unilateral do juiz ou juíza de intimar a vítima para manifestar se ainda tem interesse na continuação do processo. Supõem-se que esse comportamento pode estimular a desistência da ação, uma vez que os atos de ofício deveriam ser precedidos de atendimento pela equipe multidisciplinar e realizados judicialmente. Isso contradiz a norma do artigo 16 da LMP, cujo texto estabelece que a renúncia à representação deve ser realizada em audiência com o juiz ou juíza, ausente o agressor, de modo que a mulher vítima possa exprimir livremente sua vontade. No entanto, o campo jurídico-penal, é, dentre tantas áreas, um lugar em que resvalam e são tratadas complexas relações sociais, o que o constitui igualmente como espaço e como um objeto de disputas, políticas, econômicas, culturais, de classe (ARDAILLON; DEBERT, 1987). Não é diferente com a Lei Maria da Penha. A seletividade do sistema penal, ao que se percebe, também alcança os casos de violência doméstica e familiar. Parece haver um filtro anterior, de modo que o sistema de justiça conhece em sua grande maioria, situações cujas partes são empobrecidas e não possuem “outras soluções” ou “outros agentes mediadores” que não os institucionais. Ainda assim, quando situações envolvendo famílias em condições econômicas abastadas e/ou sociais e pessoais consideradas “favoráveis” são alcançadas pelo sistema justiça penal, evitam-se julgamentos morais; as decisões excluem mais facilmente a prisão; o uso do álcool e outras drogas durante os atos de violência são minimizados ou são utilizados como justificativa para descaracterizar o ato como uma violência de gênero, portanto, cometida como forma de subjugar a vítima por sua condição de mulher e/ou para que assuma uma compreensão de feminino dada por quem a agride física e psicologicamente para obter, valendo-se de uma ação supostamente “corretiva”, a sua adequação e a sua subserviência. Porém, mais que isso, é preciso pensar que os tipos penais e as leis penais, a depender de quem pode ser afetado, antes mesmo de sua aplicação a situações específicas, também são objeto de disputas. O que se deseja punir e como se deseja punir tem a ver com um padrão moral de sociabilidade e com os sujeitos que se aproximam ou se afastam dele (GÓES JUNIOR, 2014). A tentativa de afirmar o padrão dominante integra as disputas por que passa o direito penal e, mais especificamente, a Lei Maria da Penha. Nesse campo, há mesmo quem afirme, como denuncia Corrêa (2010), que a LMP seria inconstitucional porque produz desigualdades e/ou desconsidera a igualdade jurídica. Mais uma vez, o que se busca com a negação da Lei Maria da

Cabe a atenção a alguns detalhes quanto à decretação de medidas protetivas. Podem ser requeridas diretamente ao delegado ou delegada, portanto, sem a assistência de profissional de advocacia ou agente da Defensoria Pública, e podem ser concedidas de ofício pelo juiz ou pela juíza. O recebimento do pedido da vítima e o encaminhamento para o juízo competente independem de prévio registro de boletim de ocorrência ou de instauração de inquérito policial ou processo judicial, sendo suficiente o relato da mulher, de acordo com o artigo 18 da LMP, que confere à vítima capacidade de requerer diretamente a proteção judicial de seu direito.

As medidas protetivas, como bem salienta Fausto Rodrigues de Lima (2011), não são instrumentos para assegurar processos. Assim, as medidas protetivas são uma garantia essencial da mulher em situação de violência de ter resguardados seus direitos fundamentais e sua proteção contra a continuidade das agressões no contexto doméstico ou familiar. Pode ser confirmada no julgamento final ou não. Mas, é um modo de assegurar sua integridade, além do devido acesso à justiça, sobretudo considerando a natureza satisfativa da medida protetiva de urgência. Pois, ela permite alcançar de imediato o direito de proteção, que só seria admitido com a

---

Penha no seu todo, sem qualquer crítica quanto à seletividade do sistema penal e a sua contribuição para o processo existente de encarceramento em massa de homens pobres e negros, porque não é essa a preocupação por parte de quem considera fundamental acirrar o estado de exceção, retirar direitos e produzir mais controle social, é promover a moral dominante fundada em uma perspectiva de poder que tem o centro e o seu modo de ser no que se concebe como masculino, também dentro de uma concepção restrita de masculino (GÓES JUNIOR, 2014). Esse modelo de sociabilidade que gravita sobre um padrão dominante demanda silenciamento de tudo o que seja o seu “outro”, isto é, que questiona a sua superioridade e a exclusividade de seu poder. É assim com a mulher e, ao que tudo indica, com a mulher vítima da violência doméstica. Se já não é possível, no espaço social de disputas, deixar de ter uma lei quanto à violência doméstica, criam-se meios de não se efetivarem suas disposições.

decisão final do processo.

Inovadoras algumas hipóteses do artigo 7º da Lei Maria da Penha que definem os tipos de violência doméstica e familiar. Mesmo que não se configurem como infração prevista no Código Penal ou na legislação extravagante, o enquadramento de um ato ou ameaça em qualquer das definições de violência justifica o requerimento de medida protetiva. Isso significa que, nos termos da Lei Maria da Penha, bastam o perigo e a vulnerabilidade relatada pela mulher quanto a violência ou ameaça à sua integridade física, moral, psíquica, patrimonial, independentemente de haver um tipo penal específico, para que se conceda medida protetiva de urgência. A necessidade de proteção é presumida, o que torna suficiente a alegação da mulher, cuja interpretação deverá ser guiada pelo princípio da precaução (ÁVILA, 2019).

A violência, tal como considerada pela LMP, tem especificidades, sendo a ocorrência majoritária das situações no ambiente privado ou íntimo, diante de ou cometida por pessoa da confiança da mulher, sem testemunhas ou na presença de quem não poderia tecnicamente testemunhar os fatos (filhos, filhas e parentes). Desconsiderar essas especificidades seria tornar o dispositivo inútil na prática, pois comum a possibilidade de alegar falta de provas para embasar a concessão das medidas protetivas de urgência. Mesmo assim, essas circunstâncias ainda precisam ser compreendidas e consideradas por agentes do sistema de justiça (PASINATO, 2015).

Resiste a noção de que a violência doméstica e familiar é um assunto de ordem privada, devendo, portanto, ser resolvido pelo casal sem a interferência do Estado, o que contraria os princípios basilares da Lei Maria da Penha e descredita o relato da mulher acerca da situação de violência doméstica e familiar. De igual modo, a “desistência” de representações, de ações penais, da manutenção das medidas protetivas ou, ainda, a reconciliação com o agressor, são encaradas com preconceito.

Segundo Pazinato, constatações da organização não-governamental CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação), há afirmações entre profissionais de direito de que as mulheres “mentem”, “inventam histórias”, assim como relatam situações em que elas “somem”, “escondem os agressores” e “não respondem às intimações policiais e judiciais, além de não realizarem os laudos médicos e não colaborarem com a identificação de testemunhas” (2015, p. 423).

Hádificuldade de superar a perspectiva tutelar e de perceber o sistema de justiça como um ambiente e um meio de afirmação da autonomia das mulheres em face da violência. Afinal, é a sua vida, são suas circunstâncias, suas capacidades e suas limitações, estabelecidas em sua experiência existencial. Diante disso,

[a mulher] precisa ter é conhecimento das consequências para ela saber se ela decide de uma forma ou se decide de outra, se ela quer seguir ou se ela não quer seguir... então eu não acho que cabe ao Estado... porque nós não estamos lidando com pessoas débeis, nós estamos lidando com pessoas que têm capacidade de responder diante do conhecimento que ela tenha das consequências de sua decisão. [...] nós dos serviços é que precisamos preparar essa mulher... a solução não tem que ser dada pelo jurídico (PASINATO, 2015, p. 423).

Como se pode deduzir das conclusões do estudo antropológico de Laura Lowenkron e Letícia Ferreira (2020), em que analisam a atuação das polícias federal e civil do Rio de Janeiro, especificamente a produção de documentos de investigação ou de registro do tráfico de pessoas, em geral mulheres, e do desaparecimento de pessoas, ambos, crimes considerados a “feijoada” do trabalho policial, uma vez que não estão associados aos “crimes de verdade” e ao “trabalho de verdade” da polícia, parte-se de uma vítima ideal ou de um

ideal de vítima, ainda que seja pelo processo inverso de estigmatização. Os discursos acima parecem se reproduzir no sistema de justiça criminal, mesmo quando se trata do tráfico de pessoas:

(...) os policiais eram unânimes em considerar que a maior dificuldade encontrada na solução dos casos de “tráfico de pessoas” é que as “vítimas” não se reconhecem como tais, o que revela que as autoridades atribuem a elas a corresponsabilidade pela elucidação (ou não) do crime. (...) Um delegado de polícia diz que não gosta de trabalhar com esse tipo de crime, pois ninguém quer cooperar com a investigação. Ele diz que a vítima é uma espécie de “partícipe do crime”, isto é, ela é conivente e protege o criminoso. Esta autoridade policial afirma que quase sempre a “vítima” sabe dos riscos, escolhe se prostituir e quer ir para o exterior onde tem a oportunidade de ganhar mais. Sendo assim, eles procuram diferenciar a realidade do crime de “tráfico de pessoas” encontrada nas investigações policiais das representações idealizadas segundo as quais as “traficadas” seriam enganadas quanto à finalidade do deslocamento e/ou forçadas a se prostituir, enfatizando o *consentimento* e a agência para a desconstrução da ideia de violência, mesmo quando reconhecem a “conduta típica”, isto é, definida e criminalizada na lei penal (LOWENKRON; FERREIRA, 2020, p. 26).

As mulheres em situação de violência têm suas garantias constitucionais (à segurança, à saúde, à liberdade, à dignidade humana, ao respeito à convivência familiar e comunitária) desrespeitadas amplamente pelo histórico de agressões sofridas. O atendimento por profissionais sem sensibilidade ou transversalidade de gênero viola o direito de acesso à justiça (Recomendação n. 33, ONU, 2015) e os objetivos da Lei Maria da Penha, reproduzindo, nas

instituições, as violações que sofreram dos agressores, isto é, dá-se uma vitimização secundária. A violência institucional pode ter efeitos mais amplos do que se imagina: “o sofrimento individual de mulheres ofendidas agride o equilíbrio de toda a comunidade e a estabilidade das células familiares como um todo” (DIAS, 2012, p. 42).

Eles [os agentes do sistema de justiça] ignoram, por exemplo, que as inúmeras denúncias nas delegacias são tentativas de confiar no sistema legal e fazem parte do processo de ruptura do denominado ciclo de violência doméstica. A mulher agredida não é uma mulher irracional, que não sabe o que quer. É uma mulher que está buscando, por meio de vários mecanismos, mudar a situação de violência. Como consequência, o tratamento jurídico dispensado a estes casos será fundamental para a mudança da situação e para a confiabilidade futura no sistema (CAMPOS, 2007, p. 146).

O contexto da violência doméstica e familiar é ímpar, abrange, como dito, desde vínculos afetivos familiares a incertezas futurísticas. Não se trata de mera técnica jurídica palpável a qualquer profissional. De acordo com o que se pode perceber no cotidiano de trabalho com mulheres nessa situação, há uma demanda pela inserção da perspectiva de gênero, do aporte interseccional na análise, de conhecimentos das condições sociais e psicológicas e, sobretudo, superação de preconceitos e imposições do patriarcado, comuns no ambiente tradicional, no qual atuam os profissionais e as profissionais do direito.

Desta maneira, embora a Lei Maria da Penha atribua a presunção de violência doméstica e familiar ao relato da mulher, o efeito da tentativa de alguns juízes e de algumas juízas de promover a reconciliação do casal pautados por valores familistas é restringir com este comportamento o fenômeno da violência doméstica à esfera privada. Muitas vezes, conciliações de um casal são praticamente impostas, reprivatizando a violência



doméstica e devolvendo o conflito ao âmbito familiar, ainda que, sob o argumento de que não cabe ao Estado interferir nesse tipo de violência, promova-se a confusão entre as esferas pública e privada da vida social para prelecionar valores, impor moralismos, reafirmar compreensões hegemônicas sobre a família e a vida íntima do casal.

Persiste um movimento de reaproximar casais, pautado nos papéis sociais outorgados culturalmente a homens e a mulheres, de modo a reafirmar e preservar a imagem idealizada da família e do matrimônio (TAVARES, 2015). Muitas vezes, a mediação no âmbito da violência doméstica e familiar não remete ao fim do ciclo de violência contra a mulher. Em alguns casos, solucionaria o processo sem, no entanto, pôr fim ao conflito e aos motivos que o ensejaram (CANEZIN; CANEZIN; CACHAPUZ, 2017).

A tais práticas, pode-se atribuir a capacidade de naturalizar a violência e a desigualdade de poder no seio familiar, bem como a culpabilização da vítima, que é levada a acreditar que provoca distúrbios ou molesta o Poder Público com situações de violência consideradas de baixa gravidade e/ou de pequeno potencial ofensivo.

As principais justificativas utilizadas para respaldar os pedidos de arquivamento e absolvições trazem em seu cerne a ideia de que o controle penal é inapropriado para a solução de conflitos sob a concepção familista. As situações de violência doméstica e familiar fariam parte da vida privada do casal. Assim, a interferência do Estado naquela situação seria assimilada como indevida, já que se trataria de assunto particular de quem integra uma relação afetiva, a ser solucionado em prol da harmonia familiar (PRANDO, 2016). Ao que parece, não se leva em consideração que “a presença da vítima no espaço público contemporâneo acarreta uma ruptura profunda na sociedade moderna” (MENDES, 2020, p. 100). Ademais, deixa-se de observar que, para a mulher, assumir aposição de sujeito de direitos na arena pública pode contribuir

para diminuição de desigualdade entre os gêneros e para o combate à violência, uma vez que reflete sobre a responsabilização no âmbito das políticas públicas, incluindo a judiciária, e das representações sociais de gênero e da violência contra a mulher.

A compreensão reducionista operada sobre a política pública parece reduzir sua capacidade de atender às expectativas das mulheres. Afinal, “o direito, como discurso jurídico com pretensões de verdade” reproduz as diferenças de gênero e também cria estratégia de produção de gênero e de senso comum acerca das diferenças, construindo e reconstruindo as relações patriarcais em razão do seu poder de desqualificar os discursos feministas que decorre de outro poder, o de definir as mulheres (SEVERI, 2017, p. 72).

Reedita-se uma tolerância do Poder Público à violência contra as mulheres, embora esta, para ser entendida de forma complexa, também precise se relacionar com as diversas graduações da violência institucional e com os possíveis recortes de raça e de classe. Os órgãos e entes públicos, muitas vezes, promovem práticas discriminatórias movidas por um conjunto de valores pessoais de seus agentes e/ou por uma cultura institucional eivada de simbolismos e estereótipos machistas que reiteram práticas racistas e sexistas, fruto de um padrão moral de sociabilidade, ainda hegemônico (ROSENBLATT; MELLO; MEDEIROS, 2018; PNDU, 2019; CFEMEA, 2019).

A violência institucional está diretamente associada a uma prática incompatível com o compromisso de respeito aos Direitos Humanos assumido pelo Estado brasileiro no âmbito internacional e interno e com o que parece ser o crivo inafastável em que se institui, o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana nos processos de lutas por direito na sociedade ou institucionalizados, tal como o processo penal.

O Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA) realizou pesquisa em 2014 acerca da tolerância institucional à violência contra as mulheres e sobre o

desenvolvimento de políticas públicas, em diferentes instituições no Rio de Janeiro. Dentre os objetivos, a pesquisa buscou identificar as representações sociais que guiam as práticas dos serviços prestados a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Descobriu-se no processo investigativo que, apesar de o princípio da igualdade reger as normas das instituições, persistem no imaginário dos servidores e servidoras valores sexistas e racistas em relação às mulheres, sugerindo assim que este modo de pensar se revela em um atendimento carregado de discriminação e preconceitos quando atuam nas situações de violência doméstica e familiar contra a mulher (CFEMEA, 2019).

Alguns aspectos pesquisados interessam a este trabalho. Nesse sentido, a autora e o autor se valem de perguntas e respostas que se conectam com a necessidade de entender como se compreende a mulher vítima de violência no âmbito institucional, com efeito, qual pode ser o peso de sua fala na apuração dos casos.

Relacionado à violência sexual, o estudo original, do CFEMEA (2014) apresentou a seguinte afirmativa: “Se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros”. Nessa perspectiva, 67% (sessenta e sete por cento) dos servidores públicos de três áreas, Saúde, Segurança Pública e Assistência Social, discordaram da afirmação. Porém, 40% (quarenta por cento) dos profissionais de saúde e 34% (trinta e quatro por cento) da segurança pública concordaram com o conteúdo da frase. Quando confrontados com a afirmativa “a violência é mais comum entre os pobres” e “em geral, as mulheres exageram nos fatos de violência”, boa parte dos servidores concordou com a sentença. Segundo a pesquisa, 62% (sessenta e dois por cento) dos entrevistados e das entrevistadas das áreas de segurança pública e saúde concordam com a seguinte afirmação: “algumas mulheres

provocam os homens até eles perderem a cabeça”<sup>5</sup>.

Sobre o tema específico do presente trabalho, qual seja, a reafirmação da violência de gênero no sistema de justiça criminal, na investigação do CFEMEA (2014), pode-se notar

---

<sup>5</sup> A violência sexual cometida na vigência de casamento ou relação de convivência, também chamada nesse caso de estupro marital, assume contornos ainda mais complexos. Se a violência sexual pode ser aceita sob pretexto de que há mulheres que, com o seu comportamento, a ensejam, o estupro marital parece se tornar mais admissível pela condição da mulher. A legislação civil ainda fala na relação sexual como um dever entre os integrantes e as integrantes de um casamento ou de uma convivência. Portanto, promover o sexo não consentido é parte das circunstâncias em que a mulher se encontra. O imaginário social vê essa prática como permitida, como “não estupro”, sobretudo porque, além da previsão legal, que é o reconhecimento de uma tradição estabelecida dentro da moral dominante, a mulher é encarada nesse caso como propriedade do homem. Sua razão de existir está na satisfação do desejo de seu marido e, nesse contexto, o uso sexual da mulher, o seu estupro, é usado como mecanismo de poder, para afirmar papéis sociais dicotômicos e complementares, isto é, de compreensão imbricada (um não pode ser entendido senão como o oposto do outro) e presa a dinâmicas diversas de comparação a partir de dualidades formuladas sob um moralismo maniqueísta (força/fragilidade ou delicadeza; ordem/desordem; razão/emoção ou sensibilidade, entre outras), em que o feminino representa, quase sempre, o outro inferior do masculino, a serviço do seu desejo, mas também a afirmação do poder social do homem. Em sociedades colonizadas, como a brasileira, esse imaginário parece estar ainda mais presente e se agrava quando se cruzam fatores de opressão e exploração aliados à raça e à classe social. No caso das mulheres negras e de mulheres negras e pobres, em sociedades colonizadas nas quais o poder masculino também se constituiu pelo estupro, isto é, pela submissão dos corpos do que se tinha como raça inferior, também pela suposta irracionalidade de suas pulsões sexuais, melhor, da hipersexualização do corpo atribuída pelo olhar externo, o atendimento a casos de violência sexual e de estupro marital parece exigir maior cuidado. Sob a compreensão de uma moral hegemônica colonialista, há que se estabelecer nas rotinas de atendimento uma interface concreta entre os recortes racial de gênero, tendo em vista que o sexismo parece atingir de forma mais violenta, ao longo da história, a mulher negra (TÁVORA; MACHADO, 2020. GONZALES, 1984).

que uma parte dos servidores e das servidoras desconheciam práticas de atendimento, bem como os integrantes da Rede de Atendimento à Mulher, por deficiência de formação e/ou inexistência de capacitação(CFEMEA, 2014, p. 23). Na área da saúde, 85% (oitenta e cinco por cento) dos entrevistados e das entrevistadas afirmaram nunca terem participado de atividades de formação sobre violência contra a mulher e questões de gênero. A respeito da discriminação racial e orientação sexual, 96% (noventa e seis por cento) dos profissionais da saúde nunca participaram de cursos. Nos Centros Especializados de Atendimento à Mulher – CEAMs, 71% (setenta e um por cento) também não participaram e apenas metade frequentaram algum tipo de formação sobre discriminação racial e orientação sexual (CFEMEA, 2014, p. 26).

Em pesquisa realizada no Distrito Federal por Beatriz Cruz da Silva (2017) com os profissionais da segurança pública, dos 13 (treze) servidores entrevistados, todas as pessoas declararam não terem recebido capacitação ou treinamento para iniciarem a atuação profissional com mulheres vítimas de violência, porém afirmaram buscar capacitação após iniciarem o trabalho com o público específico. Porta de entrada para essas mulheres, constatou-se, em 5 (cinco) visitas, que, apesar de haver Seção de Atendimento à Mulher (SAM) na Delegacia, as vítimas foram atendidas no mesmo balcão de recebimento das demais ocorrências policiais. Tampouco havia uma entrada diversa para a mulher vítima de violência ou qualquer tipo de privacidade para relatar as agressões sofridas. A recepção de vítimas era realizada pelos mesmos profissionais e pelas mesmas profissionais que se revezavam nos demais casos, não configurando especialização. Além disso, em pelo menos em 1(uma) ocorrência, o atendente, “que pareceu ser agente de polícia”, tentou convencer a vítima a não registrar a informação de cometimento de violência doméstica naquele local e se deslocar para a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM), embora houvesse orientação para esse tipo

de registro em qualquer delegacia. Em nenhuma das situações, houve atendimento por agente de polícia do gênero feminino. E, acerca do tempo de espera da vítima pela assistência de segurança pública, identificou-se que o período maior se deu na DEAM, em média, quatro horas e meia aguardando para ser atendida (SILVA, 2017).

Do ponto de vista da mulher em situação de violência doméstica e familiar, os entraves ao atendimento na delegacia podem ser interpretados como um convite para desistência do procedimento. Em razão da longa espera, a vítima não se sente acolhida, respeitada, além de acreditar que não terá suas necessidades satisfeitas. As exigências de retorno à delegacia para que a investigação tenha andamento se configuram como um modo de fazer a mulher reviver a violência, bem assim sofrer o que se considera uma vitimização secundária, contrariando diretriz importante da LMP. O desconhecimento da rede e dos serviços existentes de apoio à mulher vítima de violência reflete, em alguma medida, indiferença quanto ao que a vítima passa na busca pelo atendimento, influenciando na forma de interação (ou ausência dela) que produz com a polícia (SILVA, 2017).

A respeito da percepção dos agentes da segurança pública, em relação à revitimização em caso de violência sexual, esta foi classificada como “mal necessário” na pesquisa de Beatriz Silva. Isto porque, segundo um agente, baseado em sua “vivência” e “experiência” na delegacia, 50% (cinquenta) das denúncias de estupro são falsas. Ou seja, por falta de organização e funcionamento baseado na perspectiva de gênero, reiteradas práticas inserem a mulher em uma nova situação de violência, agora, também pelo descrédito (SILVA, 2017).

Em razão de a LMP exigir uma investigação pautada em valores e técnicas que reduzam ao máximo o constrangimento da vítima e respeite ao máximo à dignidade da mulher, também por meio de forma especial de tomada de

declarações, questiona-se qual a importância de regulamentar o atendimento pela autoridade policial nos termos do compromisso multilateral (Convenção de Belém do Pará) assumido pelo Brasil. Afinal, os Estados-parte têm o dever de promover treinamento e especialização de agentes policiais para atender a vítimas de violência doméstica e familiar. Essa obrigação, mais uma vez reafirmada no Relatório Anual 2000 (Relatório n.º 54/01) para o Caso 12.051, conhecido como Caso Maria da Penha Maia Fernandes x Brasil, deve-se ao histórico de maus tratos e atendimentos carregados de preconceitos oferecidos às vítimas de violência no país.

Muitos juízes e juízas ainda atuam pautados e pautadas em estereótipos prejudiciais de gênero ou atrelados à perspectiva familista, o que torna mais grave a situação pelo poder que exercem e do qual dependem tantas vítimas. São exemplos de falas atreladas a esses valores: “a lei não deve dividir a família” ou “o Estado não deve ser o propulsor da discórdia familiar”. Tais afirmações sugerem que as violações sofridas por mulheres no bojo de relações de conjugalidade são consideradas menos graves (NASCIMENTO, 2012), sendo aceitável a presunção de que o método de interpretação e aplicação da lei é neutro, objetivo e imparcial, com efeito, sempre capaz de reproduzir uma decisão correta. Porém, pelo que se percebe, é um erro pensar que a norma jurídica e a sua aplicação em conflitos institucionalizados poderiam fornecer solução para a opressão celebrada e entronizada em uma cultura hegemônica também no Poder Público (SEVERI, 2017, p. 72).

Não seria incoerente com essa percepção do Judiciário sobre as mulheres e a violência de gênero o arquivamento dos processos judiciais em virtude da retratação de vítimas nesse tipo de situação. No entanto, ainda parece fundamental perguntar se, de fato, há espontaneidade na escolha pela retratação; se a violência de gênero foi afastada por outro mecanismo também público; se é possível a mulher construir por si mesma outra forma de superar a violência doméstica; e, se está segura quanto à

sua integridade física e psicológica, entre outras perguntas que parecem pertinentes quando se observa o trato institucional dispensado às vítimas de violência de gênero. Como pergunta Izis Morais Lopes dos Reis: “como as vozes, os sentimentos e as vontades dessas mulheres têm sido pensados e transformados no espaço jurídico?” (2016, p. 212).

### **3. QUANDO O VÉU ENCOBRE A VOZ: INVISIBILIDADE DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

O silenciamento da mulher que “não se adequa”, que não se submete ao seu marido, companheiro ou a outros “homens da casa” é construído com a falta e/ou com a redução de opções para a vítima. É o que se percebe diante da fragilidade das políticas públicas<sup>6</sup>, incluindo a política judiciária, de enfrentamento à violência contra mulheres e os obstáculos à implementação da Lei Maria da Penha.

Pode ser um elemento-chave para entender esse cenário a concepção social patriarcal-patrimonialista, que se institui como moral hegemônica. O Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, é expressão de um modelo de cidadania quereflete o pensamento dominante das elites europeias do século XIX, tendo o individualismo e o liberalismo de partida ressignificado pela ideia de civilidade, isto é, por uma visão moralista de “cidadão”, criado à imagem e semelhança, primeiro, do “senhor de escravos”, especialmente, na maneira como estabelecia suas relações familiares e com outros

---

<sup>6</sup> Os órgãos não têm atendido aos dois vetores fundamentais da política pública, tal como define a Lei Maria da Penha: responsabilização e acolhimento. Em lugar de formação e trabalho integrado para amparar a mulher vítima em sua integralidade, pode-se notar a inaptidão e a ação isolada de órgãos que integram o sistema de justiça criminal, especificamente o juizado de violência doméstica e familiar, para o enfrentamento da violência doméstica e familiar.



senhores<sup>7</sup>, depois, do “homem de negócios” e suas relações com trabalhadores, trabalhadoras e com outros “homens de negócio”. Essa é a maneira como o patriarcado e o patrimonialismo se confundem na construção social brasileira, colocando o Estado como expressão e a serviço do que vai sendo sintetizado em cada época, desde a sua constituição como ente público soberano<sup>8</sup>, como “homens de bem”. (GÓES JUNIOR, 2014; ADORNO, 1988).

Esse padrão moral parece pairar sobre a sociedade brasileira e contribui para a manutenção da desigualdade entre os gêneros com a dominação masculina (SCHREIBER, 2015). Assim, refletidos nos órgãos públicos, os valores dominantes e a desigualdade atuam para esvaziar de importância a fala da mulher, bem assim para o não acolhimento e para a invisibilidade

---

<sup>7</sup> As relações familiares dos senhores de escravo eram verticais em relação à esposa, a crianças, adolescentes e aos escravos, mas de coordenação quanto a outros senhores e aos filhos do sexo masculino adultos. Sob essa moral, forma-se uma estrutura de poder que tem no casamento monogâmico, sustentado pela legislação, a forma de preservar a honra e o patrimônio dos senhores. Em outras palavras, sob perspectiva aristotélica, o Estado é pensado como expansão da família como unidade jurídica, econômica e religiosa organizada moralmente sob a figura de um chefe, que representa a ordem, a civilidade e a garantia de formar “bons e honrados cidadãos”. A positivação da monogamia é a maneira encontrada para garantir a transmissão de bens a membros da mesma linhagem, embora o mais importante para os efeitos que pode produzir em relação à mulher e aos filhos decorra da sua institucionalização cultural e é muitas vezes sintetizada por agentes responsáveis pela política pública, também a judiciária, na locução “família estruturada” (GÓES JUNIOR, 2014).

<sup>8</sup> Aqui não se fala desde a colonização porque, sendo uma colônia, o território chamado de “Brasil” era parte de um empreendimento estabelecido pela metrópole. O que importava era construir condições para que os negócios de Portugal prosperassem. Nestes termos, era parte do negócio manter uma estrutura vertical de poder e, no seu bojo, promover certos favorecimentos para alcançar lealdade por parte de quem “gerenciava” as atividades de exploração no território colonizado.

da vítima da violência de gênero. Mantém-se a lógica familista<sup>9</sup> que, com o pretexto de oferecer proteção à “família” (um ente), configura a mulher como sujeito de direitos em termos, ao tempo em que produz uma retradução distorcida do fenômeno da violência doméstica, por conseguinte, enseja novos contornos interpretativos que esvaem de sentido e comprometem a efetivação da Lei Maria da Penha<sup>10</sup>.

Muitas violências contra a mulher ganham justificativa no sistema criminal, diante do que se toma, de forma dita e não dita, a causa maior do Estado, a proteção da família. Veem-se, assim, julgados que invertem o sentido da norma<sup>11</sup> a fim de

---

<sup>9</sup> A lógica familista ou privatista remete à invisibilidade da violência, de maneira a devolver os conflitos ao espaço doméstico sob a lei patriarcal, pautando-se no argumento de que as situações de violência fazem parte da vida privada do casal (PRANDO, 2016).

<sup>10</sup> Destacam-se como exemplos disso: a precariedade da rede de serviços; o insuficiente orçamento para construir e realizar o custeio de casas de acolhimento, para formação e criação de alternativas de renda e outras formas de apoio a mulheres vítimas de violência com crianças e adolescentes, para criação e manutenção de programas para atendimento de homens agressores, entre outras ações no âmbito do Poder Executivo para o enfrentamento a situações de violência doméstica e familiar; a formação insuficiente ou inadequada e a resistência de agentes do sistema de justiça para entender a proposta da LMP; o reduzido número de juizados especializados em atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar; o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal que proíbe a aplicação da suspensão condicional do processo; a resistência de juízes e juízas penais que aplicam medidas de proteção de fazer valer suas decisões também quanto a aspectos da vida civil da mulher vítima de violência, de modo que rapidamente possa constituir as condições para sair do estado de violência, tais como obrigar a pagar alimentos e indenizações (se for o caso), restituir bens de que foi privada, anular negócios porventura realizados mediante coação, direcionar o processo para que, se for opção da mulher, promover imediatamente o divórcio, a partilha de bens e a guarda de crianças e adolescentes, além de outras (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

<sup>11</sup> A LMP considera a mulher em seus aspectos históricos, culturais, sociais, relacionais, dentro de uma sociedade marcada e estruturada pela

manter o *status quo*, situando como gênero a violência familiar, da qual a violência contra a mulher seria espécie (GOMES; SANTOS, 2019). A mulher, com isso, passa a ser merecedora de proteção não por seu gênero, mas por ser “peça” da engrenagem familiar<sup>12</sup>. Com isso, negam-se os efeitos do

---

desigualdade de gênero pela construção de uma suposta essência do feminino sob uma episteme da subalternidade. Nesse contexto, não é a violência que surge da hipossuficiência ou da vulnerabilidade, é a desigualdade de gênero e a violência baseada no gênero que insere a mulher em situação de vulnerabilidade (GOMES; SANTOS, 2019). Perceber essa relação da norma com a noção de gênero permite compreender a violência contra a mulher em contextos em que a vulnerabilidade e hipossuficiência não estão refletidas em fragilidade e dependência econômica. Há jurisprudências que compreendem que a mulher que performa seu gênero de outro modo, a exemplo da mulher forte, autônoma e independente, seria agredida por se desviar, e não por preencher o papel de vítima, subjugada, oprimida, hipossuficiente, vulnerável, portanto, não se enquadraria na violência de gênero (GOMES; SANTOS, 2019). Uma percepção complexa do problema capaz de articular, por exemplo, sexo, gênero e raça, parece influenciar diretamente no reconhecimento ou não como vítimas as mulheres agredidas no ambiente doméstico. Desse modo, atrelar gênero e raça, de um lado, afasta a lógica da honestidade como crivo a permear a seletividade de quais mulheres poderiam ser vítimas de casos de violência doméstica, cujo efeito seria a redução da importância ou a negação de situações vivenciadas por mulheres negras, por outro lado, faz perder sentido a dicotomia, também vista na jurisprudência, entre mulher forte e mulher frágil, baseada em resquícios de organização racial e de diferenciação produzida a partir de uma articulação enviesada entre gênero e raça (GOMES; SANTOS, 2019). A LMP introduziu o termo gênero como categoria de análise jurídica, reconhecendo-o como marcador social que define as relações humanas, distribui poder nessas relações e confere às pessoas um elemento de autoidentificação. Contudo, a jurisprudência, às vezes, atribui à expressão um sentido contrário àquele que se apresenta na LMP, quando deveria reconhecer a organização e a estrutura colonial e patriarcal da sociedade que criam, mantêm e sustentam a violência contra a mulher. Não é sua função tentar identificar a essência, a característica ou a natureza das mulheres ou dos homens (GOMES; SANTOS, 2019).

<sup>12</sup> Seriam inexistentes as situações de vulnerabilidade que acometem o gênero feminino, portanto, não há o que se fazer e não é necessário

patriarcado e do machismo na produção da violência estrutural de gênero<sup>13</sup> e da violência de gênero<sup>14</sup>.

Como afirma Soraia da Rosa Mendes, “não é possível compreender os processos de criminalização e vitimização das mulheres, sem que se considerem crenças, condutas, atitudes e modelos culturais, bem como o *modus operandi* das agências punitivas estatais em relação a elas” (2020, p. 92).

O processo de produção e o teor da Lei 11.340/2006 parecem revelar o propósito de se estimular efetiva mudança na cultura organizacional da Polícia e de outros órgãos do sistema de justiça criminal. Ganha importância a mulher vítima de violência doméstica e familiar no contexto processual, concretizando, ainda que formalmente, aquilo que já se buscava há tempo – repensar a posição secundária ocupada pela vítima no sistema de justiça penal.

Considerando, todavia, as circunstâncias que envolvem a vítima da violência de gênero em relações de afeto, Suxbergersustenta “a importância de avaliar os atores responsáveis pelo funcionamento do sistema de justiça criminal como protagonistas do processo de implementação dessas garantias normativas” (2016, p. 2). Para o autor, não basta apenas conferir uma série de direitos às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sem que antes seja instalada uma nova estrutura e cultura no sistema de justiça criminal

---

estabelecer mecanismos de superação da violência contra a mulher, uma vez que, no âmbito da violência doméstica parece haver uma fuga do estereótipo de vítima que está nessa condição por ser mulher dentro de uma estrutura sociocultural.

<sup>13</sup> A violência estrutural de gênero pode ser compreendida como a situação de desigualdade na qual as mulheres estão inseridas e, conseqüentemente violentadas, visto que a sociedade é estruturalmente patriarcal e machista em todas as suas estruturas (PINHO et al., 2019).

<sup>14</sup> A violência de gênero pode ser conceituada como uma questão cultural de incentivo da sociedade para que homens exerçam sua força de dominação contra as mulheres, de forma que enaltece as desigualdades entre gênero (PINHO et al., 2019).

brasileiro<sup>15</sup>. A resposta exclusivamente punitiva da Lei Maria da Penha, sob pretexto de promover proteção, pode ser capturada por um propósito que parece hegemônico, qual seja, fortalecer meios de violência institucional, por conseguinte, contribuir para um sistema desigual e seletivo (SUXBERGER, 2016, p. 11).

A desigualdade e a inferiorização da mulher, por meio dos papéis estereotipados a ela atribuídos, fazem parte da formação cultural das pessoas e dos órgãos integrantes do sistema de justiça criminal. As possibilidades de fala e de escuta da vítima estão contaminadas de desconfiança e o próprio conteúdo do discurso da vítima, muitas vezes, é filtrado por uma cultura institucional hegemônica pela perspectiva desigual de gênero.

Exemplos disso podem ser coletados cotidianamente durante o primeiro atendimento em uma delegacia ou em uma audiência para produção de prova. Parecem constantes situações em que, quando a mulher tenta entender por que era agredida mesmo assumindo um papel de gênero constituído no bojo de uma moral dominante (“eu nunca fiz nada que justificasse ele ter me batido, sempre cumpri minhas obrigações com a casa, filhos e ajeito as coisas dele”), é interrompida com perguntas que parecem, por um lado, reafirmar estereótipos nos quais deve se enquadrar, por outro, tendo como propósito minimizar a violência de gênero, estigmatizá-la e julgá-la juntamente com seu agressor: “a

---

<sup>15</sup> A figura da vítima no processo penal remete a um inconsciente sentimento de compaixão, por vezes, carregado de desconfiança, receio e suspeitas. A vitimologia, nesse contexto, chama a atenção para os diversos danos suportados pela mulher, os quais a vivência criminal atualiza, revive e perpetua. Comumente, o termo vítima está relacionado ao significado de perda, razão pela qual, durante bastante tempo, a pessoa acometida por ato criminoso sofreu um período de neutralização. Afinal, ninguém quer se identificar como perdedor, suportando todos os efeitos do crime (MOLINA; GOMES, 1997).

senhora estava usando roupa?” ou, “por que estava num bar à noite sem seu marido?”, “a senhora tem consciência do que pode acontecer com o pai dos seus filhos?”, “apesar de espancá-la e quebrar seu braço naquele dia, a senhora diria que ele paga as contas, que é um bom pai e homem trabalhador?”, “desconsiderando este acidente com a senhora, algum dia ele já teve problemas com a Justiça?”.

Apesar do pequeno percentual de condenações em Juizado de Violência Doméstica e Familiar (JVDF), quando existem, são ainda recorrentes indagações como: “a senhora sabe que ele poderá perder o emprego?”, “seus filhos podem ficar contra a senhora por processar o pai deles?” ou “se ele for condenado e preso, a senhora não poderá fazer nada”. Para finalizar os exemplos, é ainda possível observar situações em que o juiz adentra a sala de audiências e questiona: “quem é a vítima? Porque essa aí não tem cara de vítima”.

A todo tempo, a mulher submetida à violência tem o seu comportamento perquirido. Ao que parece, no bojo da seletividade penal, em que os casos que chegam ao sistema de justiça envolvem uma maioria de mulheres e homens pobres, de pele negra, estigmatizados como “delinquentes”, a mulher vítima é *a priori* “julgada” e “condenada” por ser quem é em determinado contexto social, ainda que, ao fim, o acusado ou a acusada tenha sua inocência decretada ou outra consequência punitiva distinta da prisão lhe seja atribuída. De forma enfática, quando se trata de mulher pobre e negra, esta sofre julgamento e condenação junto com o agressor ou agressora, é moralmente “punida” quando o seu agressor ou agressora é dado ou dada por inocente e é punida juntamente com o agressor ou agressora quando este ou esta se vê diante de sentença condenatória penal. Aqui, a condição de mulher é agravante na análise do seu ser estigmatizado pela classe que ocupa e pela cor da pele que esboça (LOPES, 2016).

Essas circunstâncias tomam outra proporção com a falta de mecanismos de coleta de provas. Ao se atribuir à fala da

vítima a função de prova processual exclusiva, estabelece-se um jogo discursivo que faz recair sobre a mulher a responsabilidade pela condenação daquele que é desenhado como “pai de seus filhos”, “seu companheiro”, “aquele que sustenta a casa”, entre outras conotações<sup>16</sup>. Na aplicação da LMP, permanece presente uma “minimização da violência sofrida pelo seu modo de operar” (MENDES, 2020, p. 95) e é à vítima que, na verdade, caberá o ônus da prova para derrubar a presunção de “homem de bem” do agressor, bem assim para fazer-se constatar que não consentiu, contribuiu ou causou o que costuma ser denominado como “episódio de destempero” do autor do fato.

Tornam-se parte da apuração o medo, a culpa, os afetos, tudo isso no contexto de proteção da família e reafirmação da moral dominante, que traz consigo, de um lado, a necessidade de reeditar o modelo familiar de que aquela [moral] se origina (LOPES, 2016; GÓES JUNIOR, 2014), do outro, a produção e reprodução de valores familistas e da perspectiva privada do conflito (PRANDO, 2016). Quando o Estado intervém em situações de violência de gênero no âmbito doméstico e familiar, diferente do que ocorre com outros tipos de violência, os comportamentos, o perfil social, pessoal e a vida pregressa da vítima são problematizados juntamente com os termos do seu discurso. Ao longo da investigação e do processo criminal, são reiterados testes de resistência quanto à intenção de processamento e quanto à confiabilidade das alegações apresentadas. A atitude em audiência, como o olhar vago, a fala trêmula, o nervosismo, entre outros, decorrentes do medo, da vergonha de se expor e de estar no Judiciário, quem sabe,

---

<sup>16</sup> Não parece do agressor a responsabilidade pelas consequências dos seus atos, tais como a perda de emprego em decorrência de sua condenação criminal. É da vítima que, por uma situação considerada “de menor importância”, resolve buscar uma solução mais gravosa do que aquela que seria necessária.

pela primeira vez, levando um problema íntimo, da baixa autoestima gerada pela violência sofrida, são traduzidos como sinais de uma credibilidade duvidosa (BARROS, 2015). Neste intrincado jogo de palavras e de tratamentos, às vezes, de forma sofisticada e sutil, outras vezes, direta e ostensiva, vai-se esvaziando e, ao mesmo tempo, absorve-se a fala desconstituída de substância da mulher vítima para que se possa justificar a omissão ou atuação em termos do Estado quanto à violência de gênero no espaço doméstico.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A efetividade da LMP não parece estar limitada ao andamento do processo judicial ou pela quantidade de condenações, muito menos pela medição de seu índice punitivo. De volta à tentativa de entender qual o lugar da mulher vítima de violência no processo penal, se houve mudanças concretas após a Lei Maria Penha e como os órgãos do sistema de justiça criminal atuam no enfrentamento à violência de gênero no ambiente doméstico, sob o olhar amparado na realidade, isto é, observando como as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sentem ou constituem a função da Lei 11.340/2006 e do Poder Público no atendimento, especificamente para fazer cessar o estado de violência em que se encontram, não se mostra plausível opor a pressão para finalizar os processos e atuar de forma otimizada e o que, na visão de servidores ou servidoras, surge como “falta de vontade” da mulher na persecução criminal, para justificar o suposto grande número de procedimentos arquivados.

Olhar para a extinção pura e simplesmente gera um equívoco de análise, sobretudo porque deixa de considerar aspectos importantes da violência de gênero e as subjetividades que envolvem a vítima. Seria uma resposta simplificada e desconexa quanto a distintos fatores envolvidos: afetos, condições econômicas, sociais, compreensão do estado de



violência, do agressor, da relação que a vítima mantém com ele, dos possíveis efeitos decorrentes do registro de ocorrência, o não-acolhimento nos espaços de notificação e processamento, entre outras. Ademais, deixa-se de considerar a expectativa da mulher que busca apoio e, com seu ato, reafirma a importância e a necessidade de tratar como um problema de natureza pública a violência de gênero em relações de afeto ocorridas no ambiente doméstico e familiar.

Conforme se pode ver ao longo de todo o trabalho, mais precisa seria a ação desempenhada pelo sistema de justiça quanto mais condizente com os anseios de amparo e expressão da vítima. A experiência prática de acompanhamento, corroborada por pesquisas de campo já realizadas no Brasil, indica que, primeiro, a mulher que sofre a violência de gênero no ambiente doméstico e familiar busca ser ouvida, expressar sua dor, “contar para alguém a história e condição de vida”, “desabafar”, dizer sua palavra como forma de se sentir sujeito de sua própria existência e, dialeticamente, ao receber atenção, sentir que importa, que tem apoio para resgatar-se como ser humano, para encontrar-se consigo mesma e, nesse processo, construir autonomamente as condições para fazer cessar o estado de violência em que se encontra. Como se estivesse aprisionada, a mulher nessa situação, parece sentir necessidade de uma força maior, de um agente externo que possa libertá-la e indicar ao agressor a existência de alguém que o mantém sob observação e, por isso, estabelece sobre ele controle dos atos e a exigência de mudança de comportamento na relação com a vítima. A busca pelo Poder Público surge como a tentativa de encontrar na força do sistema de justiça a capacidade de parar o agressor. Ou seja, a expectativa da vítima em ser ouvida não tem direta ligação com a sentença judicial condenatória dos agressores.

É importante, por outro lado, compreender que a opção da vítima em não seguir com o processo não representa, necessariamente, um exercício de liberdade ou que sua decisão foi tomada devido a mudanças nas suas relações familiares

com quem lhe agride. A desistência pode estar relacionada ao descontentamento com as práticas jurídicas e com o Estado, à medida que algumas mulheres demonstram desconfiança ao serem atendidas, talvez, por já terem vivenciado a tolerância institucional à violência por elas sofrida.

A tolerância institucional é percebida quando profissionais recriminam as mulheres que mantêm vínculos familiares mesmo após a violência ou acreditam no apaziguamento do conflito na esfera privada. Ao contrário disso, a LMPindica como necessário, para enfrentamento da violência doméstica e familiar, que o sistema de justiça atue para romper o ciclo de agressões, independente de que se supere ou não o conflito inicial ou de que se quebre ou se mantenha a união afetiva. Romper com o relacionamento, como parecem crer profissionais do sistema de justiça e o senso comum, não garante que a violência cesse.

Ainda é possível constatar que, para muitos profissionais do direito e para muitas profissionais de direito, o exercício da autonomia feminina nas situações de violência doméstica e familiar é um entrave. Entretanto, a dependência econômica e psicológica é algo relativizado como se não fosse capaz de condicionar as decisões e manter o estado de violência em que se encontra.

Os marcadores raciais, de gênero, classe e sexualidade também desaparecem ou, pelo menos, são dissimulados, sob o argumento de que é preciso sobrepor a técnica jurídica a particularismos. Desse modo, a atuação do Estado pautada historicamente no racismo, na superioridade masculina e na omissão ou mesmo no acirramento da desigualdade social, como se pode notar em conteúdos reproduzidos em laudos criminalísticos, em muitas audiências em delegacias, fóruns e nas decisões judiciais, é ainda mais limitada e incapaz de produzir reparação à mulher, sobretudo negra e empobrecida economicamente.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. **Quando a vítima é mulher**: análise de julgamento de crimes de estupro, espancamento e homicídios. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. VOL. 157, p. 41-69, jul/2019.

BRASIL. **Lei 11.340**, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

CAMPOS, Carmen Hein de. **Violência Doméstica e Direito Penal Crítico**. In: JONAS, E. (coord.) *Violências Esculpidas*. Goiânia: Editora da UCG, 2007. P. 146.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica**: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-172.

CANEZIN, Thays Cristina Carvalho. CANEZIN, Claudete Carvalho. CACHAPUZ, Rosane da Rosa. Mediação nos casos de violência contra a mulher. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 12, n. 1, p. 287-310, abr. 2017.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. **Tolerância Institucional à Violência Contra as Mulheres**. Brasília: CFEMEA, 2014.

CORRÊA, L. R. **A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher**. In: LIMA, Fausto. R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GÓES JUNIOR, José Humberto de. **Casa-grande e senzala: castigo e obediência como resquícios da moral da família patriarcal-escravista brasileira nos centros de internação para adolescentes em conflito com a lei.** In: PAIVA, Ilana; SOUZA, Candida; RODRIGUES, Daniela Bezerra. *Justiça juvenil: teoria e prática no sistema socioeducativo.* Natal: EDUFRN, 2014. p. 161-182.

GOMES, Camilla de Magalhães; SANTOS, Nayara Maria Costa da Silva. *Quem é a mulher vulnerável e hipossuficiente? Em defesa do gênero como categorial decolonial para interpretação jurídica.* **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.** Santa Maria (RS), v. 14, n. 3, p. e35279, out. 2019. ISSN 1981-3694.

GONZALES, Lélia. *Racismo e sexismo na cultura brasileira.* In: **Revista Ciências Sociais Hoje.** Anpocs, 1984, p. 223-244.

LOWENKRON, Laura; FERREIRA, Letícia. **Perspectivas antropológicas sobre documentos: diálogos etnográficos na trilha dos papéis policiais.** In: FERREIRA, Letícia; LOWENKRON, Laura. *Etnografia de documentos: pesquisas antropológicas entre papéis, carimbos e burocracias.* Rio de Janeiro: E-papers, 2020.

PINHO, Leda de Oliveira Pinho et al. **Perspectivas da participação feminina na Magistratura brasileira: dos obstáculos estruturais às possibilidades de inovação institucional.** *Perspectivas de Gênero e o Sistema de Justiça Brasileiro.* ESMPU. Brasília. 2019.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Da atuação do Ministério Público – artigos 25 a 26.** In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327-336.

SOUSA LOPES, Maria Gabriela. **Criminalização da pobreza na aplicação da Lei Maria da Penha na cidade de Goiás: uma interpretação de discursos.** 99f. 2016. Monografia. (Graduação em Direito), Curso de Direito. Universidade Federal de Goiás (UFG), Goiás.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista.** São Paulo: Atlas, 2020.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

NASCIMENTO, Luana Regina Ferreira do. **Aplicação da Lei Maria da Penha:** um estudo sobre estereótipos de gênero no Judiciário. 83f. 2012. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Política Social), Departamento de Serviço Social. Universidade de Brasília (UnB), Brasília.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Recomendação Geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça – Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres.** Tradução para o português: Valéria Pandjarian. Revisão: Silvia Pimentel (Comitê CEDAW) Distr. Geral 3 de agosto de 2015. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acessado em: 08 de março de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2000 (Relatório 54/01) – Caso 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes x Brasil). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acessado em 06 de Abril de 2020.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**. vol. 11, n. 2, p. 407-428. 2015.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O que veem as mulheres quando o direito as olha?** Reflexões sobre as possibilidades e alcances da intervenção do direito nos casos de violência doméstica. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 60, p. 115-142, 2016.

REIS, Izis Morais Lopes dos. **Diálogos e Conflitos entre Campos de Conhecimento:** o Ministério Público após a Lei Maria da Penha. 370f. 2016. Tese. (Pós-Graduação em Antropologia Social), Departamento de Antropologia. Universidade de Brasília (UnB), Brasília.

ROSENBLATT, Fernanda Cruza da Fonseca; MELLO, Marília

Montenegro Pessoa de; MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. Quem são elas e o que elas dizem? Representações das mulheres usuárias dos juizados (ou varas) de violência doméstica em seis capitais brasileiras (2018). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.146, ano 26. São Paulo: RT, ago. 2018, p. 329-371.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (1986), Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-37, nov. 1986.

SCHREIBER, Mariana. (2015). Machismo no Judiciário pode limitar impacto da lei do feminicídio. **BBC Brasil**. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150307\\_analise\\_lei\\_femicidio\\_ms](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150307_analise_lei_femicidio_ms). Acesso em: 15/5/2015.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha**: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. 240f. 2017. Tese de livre docência, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), Ribeirão Preto/SP.

SILVA, Beatriz Cruz da. **O Atendimento das Mulheres Vítimas de Violência Sexual pela Segurança Pública no Distrito Federal e a percepção dos profissionais da área sobre esse atendimento**. 111f. 2017. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania), Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília (UnB), Brasília.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Os riscos de violência institucional na violência de gênero**: uma necessária contribuição da teoria crítica dos direitos humanos. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio (org.) A mulher e a Justiça: a violência doméstica sob a ótica dos Direitos Humanos. Brasília: Amagis-DF, 2016, p.199-217.

TAVARES, Márcia Santana. Roda de Conversa entre Mulheres: denúncias sobre a Lei Maria da Penha e a Descrença na Justiça. **Rev. Estud. Fem.** [online]. vol. 23, n. 2, 2015, p. 547-559.

TÁVORA, Mariana Fernandes. MACHADO, Bruno Amaral. O estupro na conjugalidade: ditos femininos escondidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 164. ano 28. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2020, p. 311-344.

## POR QUE PRECISAMOS DA POESIA FEMINISTA NEGRA

Guilherme Foscolo  
Alessandra Barbosa Adão

*Afirmo que a Escrivivência não é uma escrita narcísica, pois não é uma escrita de si, que se limita a uma história de um eu sozinho, que se perde na solidão de Narciso. A Escrivivência é uma escrita que não se contempla nas águas de Narciso, pois o espelho de Narciso não reflete o nosso rosto. E nem ouvimos o eco de nossa fala, pois Narciso é surdo às nossas vozes. O nosso espelho é o de Oxum e de Iemanjá. Nos apropriamos dos abebés das narrativas míticas africanas para construirmos os nossos aparatos teóricos para uma compreensão mais profunda de nossos textos.<sup>1</sup>*

– Conceição Evaristo

É interessante como alguns autores possuem um modo de se fazerem presentes em diferentes horizontes históricos. Em sua famosa palestra inaugural no *Collège de France* em 1970, Michel Foucault – reconhecendo sua dívida para com

---

<sup>1</sup>EVARISTO, Conceição. “A Escrivivência e seus subtextos”. In.: DUARTE, Constância Lima; NUNES, Isabella Rosado (orgs.). *Escrivivência: a escrita de nós: reflexões sobre a obra de Conceição Evaristo*. Rio de Janeiro: Mina Comunicação e Arte, 2020, p.39.

Jean Hyppolite – descreve sua época como travando uma luta contínua para “escapar realmente de Hegel”, apenas para encontrá-lo novamente, “imóvel e em outro lugar”.<sup>2</sup> Esse esforço persiste em nossos tempos, embora por razões distintas: se Hegel tornou-se relevante para o século XXI, isso se deveu aos estudos decoloniais/anticoloniais e – portanto – a uma crítica incisiva ao racismo e colonialismo também presentes em sua obra. Tais críticas motivaram, dentre outras coisas, tentativas de reconfigurar/resgatar “a ideia de história universal humana dos usos aos quais a dominação branca a condenou” (isto é, o projeto hegeliano para uma história universal), como é o caso de Susan Buck-Morss,<sup>3</sup> e novas tentativas recentes de produzir uma dialética da não-totalidade (sem fechamento), como a de George Ciccariello-Maher em seu livro *Decolonizing Dialectics*.<sup>4</sup> A crítica a Hegel está no cerne da chamada virada decolonial, e isso tanto porque Hegel apresenta a forma mais desenvolvida do pensamento europeu moderno, quanto porque seu sistema forneceu o formato mais duradouro para uma filosofia da história mundial. Este ensaio visa a um duplo objetivo: reconstruir o problema de como o Iluminismo criou e afiou as armas conceituais que tornaram

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. Rio de Janeiro: Ed. Loyola, 2014, p. 68.

<sup>3</sup> BUCK-MORSS, Susan. *Hegel e o Haiti*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2017, p. 117.

<sup>4</sup> “Ours is a newly dialectical age, the much-touted teleological resolution of the ‘end of history’ having collapsed like the myth that it always was into fragmentation, division, and dynamic oppositions, new struggles erupting over old questions. For too long, however, dialectics has not served to denote such moments of combative division that give its name, but instead the opposite: a harmonious closure often announced but rarely experienced. For this, Hegel bears as much responsibility as anyone: driven by a profound anxiety toward rupture and ‘intense longing’ for unity, Hegel’s dialectical vision would enable conservative resolutions even as it opened radical possibilities” – CICCARIELLO-MAHER, George. *Decolonizing Dialectics*. Durham e London: Duke University Press, 2017, p. 1.



possível a maquinaria europeia de colonização/escravidão (a história universal, assim, reconfigura-se como um projeto de universalização da razão colonialista europeia); e argumentar como a poesia feminista negra desempenha um papel anticolonial fundamental não apenas em que expõe/produz a crítica do pensamento colonialista/racista, mas também em que cria mundos não-totalitários de possibilidades.

Em geral, ao longo do ensaio, ambos os objetivos serão colocados em movimento através de uma argumentação não-sistemática. Nosso meio de/para reflexão é uma seleção de passagens da filosofia de Theodor Adorno e da poesia e pensamento feminista negros. Isso acontece por uma razão: ao examinar as mudanças de posição de Adorno sobre a arte e a cultura e confrontar aspectos de sua filosofia com os esforços feministas/decoloniais de Lélia Gonzalez, Audre Lorde, Gloria Anzaldúa, Patricia Hill Collins e Conceição Evaristo o ensaio pretende lançar novas luzes sobre antigos problemas filosóficos de ordem estética/política – apontando para a possibilidade de obras de arte materializarem (e talvez avançarem) uma importante disputa anticolonial e não totalitária travada desde as periferias do Capital. A análise de algumas invenções feministas negras brasileiras – particularmente, do conceito de “Escrevivência” de Conceição Evaristo, da performance *Bombril* (2010) de Priscila Rezende e do videoclipe *Wakanda* (2019) de Tamara Franklin – destina-se a permitir, como veremos, uma abordagem (talvez) inovadora do conceito de arte de Adorno como mônada social.

Essa abordagem inovadora depende da possibilidade de avançarmos nas seguintes três etapas: I. entender as obras de arte como pertencentes à classe maior de “dispositivos/aparatos”, em consonância com a expansão do conceito foucaultiano realizada por Giorgio Agamben;<sup>5</sup> II.

---

<sup>5</sup> Cf. AGAMBEN, Giorgio. “O que é um dispositivo”. Trad. Nilcéia Valdati. *Outra Travessia*. Florianópolis, n. 5, 2005.

reivindicar os conceitos-chave de tecnopolítica/tecnopoiesis como atributos fundamentais dos aparatos; III. argumentar como o feminismo negro latino-americano trava uma luta de guerrilha, na medida em que: a. disputa o controle dos aparatos de enunciação visando b. a auto definição, que põe em xeque “a dinâmica do poder” – como coloca Patricia Hill Collins – “que fundamenta o próprio processo de definição em si”,<sup>6</sup> e c. recorre à “escrevivência” como uma prática anticolonial de reinvenção afirmativa.

## **A ARTE COMO BARBÁRIE E A BARBÁRIE DA RAZÃO**

Escrito em 1949, o ensaio “Crítica Cultural e Sociedade” – de Theodor Adorno – tornou famoso o ditado “escrever poesia após Auschwitz é um ato bárbaro, e isso corrói até mesmo o conhecimento de por que hoje se tornou impossível escrever poemas”.<sup>7</sup> É importante notar que independentemente da análise seminal de Adorno sobre os tipos de crítica cultural “imanente” e “transcendente”, a crítica ainda opera a partir de uma cultura que fracassou. O fracasso maior da cultura, diz Adorno em sua *Dialética Negativa*, está em Auschwitz “ter podido acontecer no cerne de toda tradição e cultura, da arte e das ciências esclarecidas. [...] Toda cultura

---

<sup>6</sup> “A insistência quanto à autodefinição das mulheres negras remodela o diálogo inteiro. Saímos de um diálogo que tenta determinar a precisão técnica de uma imagem para outro que ressalta a dinâmica do poder que fundamenta o próprio processo de definição em si”. COLLINS, Patricia Hill. “Aprendendo com a *outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro”. *Revista Sociedade e Estado*. Vol. 31, n. 1, Janeiro/Abril 2016, p. 103.

<sup>7</sup> ADORNO. *Prismas: crítica cultural e sociedade*. Trad. Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ed. Autêntica, 1998, p. 26.

depois de Auschwitz, inclusive a sua crítica urgente, é lixo”.<sup>8</sup> A barbárie, nesse sentido, denota uma cultura que, como um todo, não só foi incapaz de impedir o holocausto, mas que o teria engendrado como um desdobramento de si mesma – suspeita que já se encontra em um texto anterior (e também muito famoso) de 1944, a *Dialética do Esclarecimento*, escrito com Max Horkheimer. O mesmo argumento poderia ser construído em torno da escravidão – na verdade, na *Dialética do Esclarecimento*, Adorno e Horkheimer até mesmo especificam que “o burguês nas figuras sucessivas do senhor de escravos, do empresário livre e do administrador é o sujeito lógico do esclarecimento”.<sup>9</sup> No entanto, o reconhecimento de que a escravidão e o esclarecimento europeu eram duas faces da mesma moeda nunca chegou ao primeiro plano dos escritos de Adorno.

Em seu ensaio que se tornou livro *Hegel e o Haiti*, Susan Buck-Morss traz o problema da “liberdade/escravatura” para o primeiro plano – “a exploração de milhões de trabalhadores escravos coloniais era aceita com naturalidade pelos próprios pensadores que proclamavam a liberdade como o estado natural do homem e seu direito inalienável”<sup>10</sup> mas, aparentemente, insiste em um paradoxo/contradição (entre as ideias do Iluminismo e a prática colonialista) – “essa discrepância gritante entre pensamento e prática [...] esse paradoxo não parecia incomodar a consciência lógica dos pensadores da época”.<sup>11</sup> O que torna as coisas ainda mais interessantes é que Susan Buck-Morss argumenta que um jovem Hegel, de mente mais aberta, teria sido diretamente

---

<sup>8</sup> ADORNO. *Dialética Negativa*. Trad. Marco Antônio Casanova. Revisão técnica: Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 304.

<sup>9</sup> ADORNO; HORKHEIMER. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014. E-book.

<sup>10</sup> BUCK-MORSS, 2017, p. 34.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 33-34.

inspirado pela Revolução Haitiana ao desenvolver sua dialética do senhor/escravo na *Fenomenologia do Espírito*, mas, mais tarde, deu uma guinada reacionária para o pior – as *Lições sobre a Filosofia da História Mundial* revelam um Hegel preconceituoso, racista e estúpido. Essa estupidificação teria que ver com um esforço da parte de Hegel para se tornar mais educado em estudos africanos – “é tristemente irônico”, ela comenta, “que, quanto melhor suas conferências refletiam o conhecimento acadêmico convencional da Europa sobre a sociedade africana, menos esclarecidas e mais preconceituosas elas se tornavam”.<sup>12</sup> Mas embora Susan Buck-Morss não deixe de reconhecer o racismo como uma produção acadêmica formal da educação europeia, ela ainda não reconhece a escravidão e o Iluminismo como um mesmo/único projeto.

É claro, o paradoxo desaparece uma vez que nos deslocamos para os *topoi* daqueles mais afetados por ele – e nos apercebemos, com Achille Mbembe, que o negro e a raça “constituíram ambos o subsolo (inconfesso e muitas vezes negado), ou melhor, o complexo nuclear a partir do qual se difundiu o projeto moderno de conhecimento – mas também de governo”.<sup>13</sup> O Iluminismo põe em marcha um processo (sócio-filosófico) de engenharia racial, tornando possível a transmutação de seres humanos em coisas entre coisas, em mercadorias. Magobe Ramose descreve bem esse processo em

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>13</sup> MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 Edições, 2018, p.12. Essa correlação de raça e colonialismo foi também desenvolvida em profundidade pelo estudioso latino-americano Aníbal Quijano, para quem a invenção da raça impulsiona a dinâmica de poder/dominação avançada pelo projeto europeu de modernidade. Cf. QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. In: *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, Clacso, 2014.

“Sobre a Legitimidade e o Estudo da Filosofia Africana”.<sup>14</sup> Ramose argumenta que a definição aristotélica do humano como animal racional foi utilizada pela colonização como um dispositivo restritivo: a razão foi entendida como um atributo exclusivo dos seres humanos europeus, enquanto outros seres humanos eram apenas humanos em aparência, já que lhes faltava, justamente, a razão. O conceito de raça, diz Mbembe na *Crítica da Razão Negra*, inicialmente desenvolvido para categorizar animais não-humanos, foi então útil para que os europeus diferenciassem outros humanos – deles próprios. Raça, em geral, e o negro, em particular, foram invenções fictícias que permitiram a exploração máxima de grupos humanos não-europeus.<sup>15</sup> Essa mentira elaborada funcionou como pedra de toque de todo um sistema conceitual colonial, pois fez da colonização não somente uma necessidade lógica, mas até mesmo um imperativo ético: o Iluminismo aperfeiçoou as ferramentas conceituais que justificavam conquistar, domesticar (“educar”), explorar e exterminar.<sup>16</sup>

Não surpreende, assim, que a consolidação do projeto

---

<sup>14</sup> RAMOSE, Magobe B. “Sobre a Legitimidade e o Estudo da Filosofia Africana”. *Ensaios Filosóficos*, Volume IV, outubro 2011.

<sup>15</sup> “Mas o negro não existe enquanto tal. Ele é constantemente produzido. Produzi-lo é gerar um vínculo social de sujeição e um *corpo de extração*, isto é, um corpo inteiramente exposto à vontade de um senhor e do qual nos esforçamos para obter o máximo de rendimento”. MBEMBE, 2018, p. 42.

<sup>16</sup> Sobre como a ideia de “raça” desempenhou um papel crucial para o imperialismo, ver a análise de Mbembe a respeito do esforço colonialista nacional da França após sua derrota na Guerra Franco-Prussiana – em relação às publicações do período, ele diz: “Em todas essas obras, o africano é apresentado não apenas como uma criança, mas como uma criança idiota, presa de um punhado de régulos, potentados cruéis e implacáveis. Essa idiotia seria consequência de um defeito congênito da raça negra. A colonização seria uma forma de assistência, de educação e de tratamento moral dessa idiotia, além de um antídoto para o espírito da brutalidade e para o funcionamento anárquico das ‘tribos nativas’. Desse ponto de vista, representava uma benção da civilização. Seria a regra geral de tratamento da idiotia das raças predispostas à degenerescência”. *Ibid.*, p. 121.

moderno de racionalidade (europeia) possa ser encontrada na noção de sujeito transcendental de Kant – pano de fundo formal para a “unidade sintética do diverso das intuições [...] o princípio da identidade da própria apercepção”, sempre idêntico a si mesmo.<sup>17</sup> Essa é uma pré-condição para um empreendimento como a História Universal, um empreendimento que, embora em larga medida desencadeado por Kant (particularmente em seu ensaio “Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita”), alcança sua forma final na *Geschichte* hegeliana – como um projeto de universalização da razão europeia/colonialista (visando um fechamento total através de sua resolução dialética via sociedade civil – *Sittlichkeit*). É por isso que o epistemicídio – descrito por Boaventura de Souza Santos como o extermínio dos sistemas de conhecimento das culturas subordinadas – deve também ter em vista o procedimento colonialista de empregar conceitos como armas.<sup>18</sup> Evidentemente, isso torna o pensamento decolonial/crítico um grande desafio, fato que não passou despercebido por Frantz Fanon, Paulo Freire ou Lélia Gonzalez – pois o pensamento decolonial é em si um processo de reeducação, reorientação e, principalmente, reconexão.<sup>19</sup> As palavras de Lélia González são, nesse sentido, instrutivas:

---

<sup>17</sup> KANT. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos; Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, (B135).

<sup>18</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Epistemologies of the South: justice against epistemicide*. New York: Routledge, 2016, p. 92.

<sup>19</sup> Cf. FANON, Frantz. *Les damnés de la terre*. Prefaciado por Jean-Paul Sartre. Paris: François Maspero, 1968; FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019; GONZALEZ, Lélia. “Por um feminismo Afro-latino-americano”. *Caderno de formação política do Círculo Palmarino*, n.1, Batalha de Ideias, 2011.

Então, eu tive oportunidade de estudar, fiz jardim de infância ainda em Belo Horizonte, fiz escola primária e passei por aquele processo que eu chamo de lavagem cerebral dado pelo discurso pedagógico brasileiro, porque na medida em que eu aprofundava meus conhecimentos, eu rejeitava cada vez mais a minha condição de negra. [...] Na Faculdade eu já era uma pessoa de cuja já perfeitamente embranquecida, dentro do sistema. Eu fiz Filosofia e História. E, a partir daí, começaram as contradições. [...] Desnecessário dizer que a divisão interna da mulher negra na universidade é tão grande que no momento em que você se choca com a realidade de uma ideologia preconceituosa e discriminadora que aí está, a sua cabeça dá uma dançada incrível. Tive que parar num analista, fazer análise etc. e tal [...]. A partir daí fui transar o meu povo mesmo, ou seja, fui transar candomblé, macumba, essas coisas que eu achava que eram primitivas. Manifestações culturais que eu, afinal de contas, com uma formação em Filosofia, transando uma forma cultural ocidental tão sofisticada, claro que não podia olhar como coisas importantes. Mas enfim: voltei às origens, busquei as minhas raízes e passei a perceber, por exemplo, o papel importantíssimo que a minha mãe teve na minha formação. Embora índia e analfabeta, ela tinha uma sacação assim incrível a respeito da realidade em que nós vivíamos e, sobretudo, em termos de realidade política.<sup>20</sup>

Há aí uma sintonia com o testemunho da escritora Conceição Evaristo no texto “Da Grafia-desenho de minha mãe, um dos lugares de nascimento de minha escrita”, em que ela reconhece o ritual de sua mãe – que lutava para sobreviver como lavadeira – de desenhar um sol no chão como uma

---

<sup>20</sup> GONZALEZ, Lélia. “Lélia fala de Lélia”. *Revista Estudos Feministas*, CIEC/ECO/UFRJ, n.2 Ano 2, Rio de Janeiro, 1994, pp. 383-384.

influência profunda de sua própria escrita.<sup>21</sup> Ambos os relatos apontam para a intuição desenvolvida por Paulo Freire em *Pedagogia do Oprimido*, e que diz respeito ao entendimento de que as ferramentas intelectuais dos opressores não podem libertar os oprimidos – pois elas próprias são, antes de tudo, ferramentas desumanizantes para a opressão. Uma das tarefas que se põe diante dos oprimidos é a de desenvolver um arsenal conceitual próprio – o que eles só podem fazer quando se dão conta de sua própria posição, colocando os opressores em xeque. É por isso que para nós, pessoas que vivem nos países considerados pelo colonialismo como o “Terceiro Mundo”, perspectivas como as desenvolvidas por Adorno em seu ensaio “Crítica Cultural e Sociedade” não podem ser lidas sem uma dupla suspeição: em primeiro, porque diante de afirmações que parecem forçar a posição da arte (e da cultura em geral) como barbárie, devemos nos perguntar se não seria provável que Adorno pudesse ter confundido a parte pelo todo e, referindo-se à arte pequeno-burguesa ou às produções da indústria cultural, tenha perdido de vista as formas de vida (e cultura) para as quais – para tomarmos de empréstimo a expressão de Audre Lorde – a poesia não é um luxo;<sup>22</sup> e em segundo, porque a poesia feminista negra – como pretendemos argumentar – é fundamental para expor e forçar a revisão de muitas das ferramentas conceituais preconceituosas legadas a nós sob o disfarce de uma razão Iluminista/universal.

---

<sup>21</sup> Cf. EVARISTO, Conceição. “Da Grafia-desenho de minha mãe, um dos lugares de nascimento de minha escrita”. In: ALEXANDRE, Marcos Antônio (Org.), *Representações performáticas Brasileiras: Teorias, Práticas e suas interfaces*, Belo Horizonte, Mazza, 2007.

<sup>22</sup> LORDE, Audre. *Irmã Outsider*. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. E-book.



## A ARTE COMO EXPRESSÃO DO SOFRIMENTO NÃO É SUFICIENTE

Adorno retornou a esse problema em algumas ocasiões – em 1966, na *Dialética Negativa*, ele o apresenta da seguinte maneira: “o sofrimento perenizante tem tanto direito à expressão quanto o martirizado tem de berrar; por isso, é bem provável que tenha sido falso afirmar que depois de Auschwitz não é mais possível escrever nenhum poema”.<sup>23</sup> Mais tarde, na *Teoria Estética*, o prazer estético é repudiado – à medida que o problema se desdobra em uma estética da dor: “quem saboreia concretamente as obras de arte é um filistino; expressões como ‘festim para os ouvidos’ bastam para convencer. Mas, se se extirpasse todo o vestígio de prazer, levantar-se-ia então a questão embaraçosa de saber por que é que as obras de arte ali estão. Na realidade, quanto mais se compreendem as obras de arte, tanto menos se saboreiam”.<sup>24</sup> Evidentemente, o termo poesia [Gedicht] deve ser lido como uma sinédoque para a arte e a cultura em geral, embora as referências artísticas/culturais de Adorno raramente (para não dizer jamais) cheguem à periferia do Capital.

Há duas considerações interessantes a serem feitas aqui. A primeira delas tem a ver com o fato de que, na arte, não somente o consumo é de classe, mas classista é também a sua produção. “De todas as formas de arte, a poesia é a mais econômica”,<sup>25</sup> diz Audre Lorde em “Idade, raça, classe e sexo: as mulheres redefinem a diferença,” um texto de 1980. Sobre a poesia, ela prossegue: “é a mais secreta, a que exige menos esforço físico, menos material, e a que pode ser feita nos intervalos entre turnos, na despensa do hospital, no metrô, em

---

<sup>23</sup> ADORNO, 2009, p. 300.

<sup>24</sup> ADORNO. *Teoria Estética*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 29.

<sup>25</sup> LORDE, 2019. E-book.

sobras de papel. [...] a poesia tem sido a principal voz dos pobres, da classe trabalhadora e das mulheres de cor”.<sup>26</sup> Nesse mesmo sentido, ela é acompanhada pelo apelo de Gloria Anzaldúa em “Falando em línguas: uma carta para as mulheres escritoras do terceiro mundo” –

Esqueça o quarto só para si — escreva na cozinha, tranque-se no banheiro. Escreva no ônibus ou na fila da previdência social, no trabalho ou durante as refeições, entre o dormir e o acordar. Eu escrevo sentada no vaso. Não se demore na máquina de escrever, exceto se você for saudável ou tiver um patrocinador — você pode mesmo nem possuir umamáquina de escrever. Enquanto lava o chão, ou as roupas, escute as palavras ecoando em seu corpo. Quando estiver deprimida, brava, machucada, quando for possuída por compaixão e amor. Quando não tiver outra saída senão escrever.<sup>27</sup>

As afirmações de Lorde e Anzaldúa ressoam com a produção de Carolina Maria de Jesus, que, em 1960, pelo menos duas décadas antes no Brasil, teve publicada uma edição selecionada de seus registros com o título *Quarto de Despejo – Diário de uma Favelada*. Carolina de Jesus residiu por mais de uma década na favela do Canindé, em São Paulo, vivendo como catadora de sucata, período em que escreveu os mais de vinte cadernos que descrevem seu cotidiano (e daqueles ao redor dela). Perguntada sobre o que a motivava a escrever, ela respondeu: “quando eu não tinha nada o que comer, em vez de xingar eu escrevia”.<sup>28</sup> Escrever poesia revela-se uma injunção para os despossuídos, e a barbárie então constitui-se em algo

---

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> ANZALDÚA, Gloria. “Falando em línguas: uma carta para as mulheres escritoras do terceiro mundo”. Trad. Édna de Marco. *Revista Estudos Feministas*, v. 8, n. 1 (2000), p.233.

<sup>28</sup> JESUS, Carolina Maria de. *Quarto de Despejo – Diário de uma Favelada*. São Paulo: Editora Ática, 2019, p. 195.

completamente diferente: bárbara é a mecânica socioeconômica que sistematicamente oculta – e até mesmo silencia – sua poesia/suas vozes/suas próprias existências. Expressar o “sofrimento perenizante” não pode ser nem o único nem o principal elemento de uma poesia que responde a esta “injunção das periferias”, e isso porque a escrita pressupõe um processo de auto inscrição, reinvenção do eu e, especialmente para aqueles mais oprimidos, contra narrativa. Isso se evidencia, por exemplo, nas seguintes palavras de Conceição Evaristo:

O que levaria determinadas mulheres, nascidas e criadas em ambientes não letrados, e quando muito, semi-alfabetizados, a romperem com a passividade da leitura e buscarem o movimento da escrita? Tento responder. Talvez, estas mulheres (como eu) tenham percebido que se o ato de ler oferece a apreensão do mundo, o de escrever ultrapassa os limites de uma percepção da vida. Escrever pressupõe um dinamismo próprio do sujeito da escrita, proporcionando-lhe a sua auto-inscrição no interior do mundo. E, em se tratando de um ato empreendido por mulheres negras, que historicamente transitam por espaços culturais diferenciados dos lugares ocupados pela cultura das elites, escrever adquire um sentido de insubordinação. Insubordinação que pode se evidenciar, muitas vezes, desde uma escrita que fere “as normas cultas” da língua, caso exemplar o de Carolina Maria de Jesus, como também pela escolha da matéria narrada. A nossa escrevivência não pode ser lida como histórias para “ninar os da casa grande” e sim para incomodá-los em seus sonos injustos.<sup>29</sup>

“Escrevivência” é um conceito desenvolvido por Conceição Evaristo pela junção de duas outras palavras, “escrever” e “vivência”. O conceito tenta definir o que a atividade de escrever/criar significa para as vidas periféricas e,

---

<sup>29</sup> EVARISTO, 2007, pp. 16-21.

particularmente, para a mulher negra. Isso significa que a “escrivência” envolve um elemento necessário de coletividade, um elemento denominado por Patricia Hill Collins de “outsider within”, e que pressupõe que “mulheres negras defendem um ponto de vista ou uma perspectiva singular sobre suas experiências e que existirão certos elementos nestas perspectivas que serão compartilhados pelas mulheres negras como grupo”.<sup>30</sup> Essa experiência compartilhada, contudo, não implica em uniformidade na produção, uma vez que é modulada por diversidades que dão forma a cada uma de suas expressões individuais— o que significa que cada expressão individual tem o potencial de lançar novas luzes sobre esses temas comuns. É precisamente por isso que a poesia feminista negra (e por poesia queremos dizer – a arte em geral) desempenha uma função crítica decolonial fundamental: de seu ponto de vista/topos específico, ela não somente expõe e produz a crítica do pensamento arraigado colonial/racista, mas também reconstrói/ressignifica e cria mundos contra hegemônicos de possibilidade. Mas isso não é tudo – “escrivência” aponta ainda para uma estratégia de sobrevivência coletiva nas periferias; e, por fim, pressupõe atividade de subversão/insubordinação (e que já consiste na própria sobrevivência – não se existe “passivamente”).

Vejam, por exemplo, *Bombril* (2010), uma performance da artista Priscila Rezende. Em *Bombril*, Priscila Rezende utiliza o próprio cabelo para esfregar e polir diferentes objetos metálicos – a maioria utensílios de cozinha – por aproximadamente uma hora. Fundado em 1948, “Bombril” é um fabricante brasileiro de produtos de limpeza doméstica que tem numa lã de aço comercializada como “Bom Bril” a sua mercadoria mais conhecida. Bombril é também um nome pejorativo (entre muitos) utilizado pela sociedade brasileira para designar os cabelos de pessoas negras.

---

<sup>30</sup> COLLINS, 2016, p. 102.

Figura 1 – *Bombрил*, 2010, foto por Priscilla Rezende<sup>31</sup>



*Bombрил* é geralmente apresentado nas ruas ou em outros espaços abertos, rompendo com a invisibilidade do racismo arraigado ao confrontar os espectadores com uma forte personificação dos próprios preconceitos da sociedade. Mas esse é apenas um efeito da performance – como “escrivência”, ela expressa não apenas a posição particular e individual da artista, mas aponta, como já argumentamos, para uma experiência compartilhada. Essa experiência compartilhada também se reflete nas mulheres negras, nas quais cumpre sua dupla função: sim, expõe preconceitos, mas o mais importante é que afirma a negritude como agente da arte (ao invés de um signo para raça). Isso faz de *Bombрил* um ato de autodefinição e, como tal, um ato que valida o poder da mulher negra – ao enfatizar, como coloca Patricia Hill Collins, “a dinâmica do poder que fundamenta o próprio processo de

---

<sup>31</sup> Acessado em agosto de 2021 em: <<http://priscilarezendeart.com/projects/bombрил-2010>>

definição”.<sup>32</sup> Por fim, ao materializar (tornar visível) uma negritude afirmativa, retoma o poder de definir e clama por reinvenção coletiva.

E aqui chegamos à nossa segunda consideração: antes da *Teoria da Estética*, Adorno aparentemente se refere à arte ou como “lixo” (e daí sua condenação total) ou como um meio de representar o sofrimento – sua única função ainda viável. Mas, como vimos, a discussão sobre a capacidade ou incapacidade da arte de representar “adequadamente” o sofrimento não é, do ponto de vista daqueles que criam arte nas periferias – e em particular para a poesia feminista negra –, nem fundamental nem suficiente. Todavia, embora isso seja verdade no que diz respeito, por exemplo, ao ensaio de Adorno de 1949 (“Crítica Cultural e Sociedade”) ou à *Dialética Negativa*, e ainda que de alguma forma persista em sua *Teoria Estética*, é precisamente na *Teoria Estética* – na qual ele também propõe a arte como uma mônada social – que encontraremos um meio termo muito promissor para um desenvolvimento de alguma forma surpreendente.

## **APARATOS E SUAS TECNOPOLÍTICAS/POIESIS**

A *Teoria Estética* define as obras de arte modernas como mônadas sociais cujas tensões internas são condicionadas pelas disputas sócio-históricas do horizonte em que foram produzidas. A resolução dessas tensões internas na obra de arte não pode ser realizada pela própria obra – isso porque a tensão materializada na obra, embora nela esteja contida (ela dá/é sua forma!), dela não provém (pois reflete as contradições do mundo). Há uma curiosa afinidade entre a teoria estética de Adorno e, por exemplo, a afirmação de Lorde e Anzaldúa de que a poesia é a forma de arte mais barata disponível para os oprimidos, ou o conceito de “escrevivência” de Evaristo –

---

<sup>32</sup> Ibid., p. 103.

definido como um tipo específico de atividade criativa que, entre outras coisas, materializa os pontos de vista/topoi das mulheres negras. Essa proximidade se torna aparente em passagens como a seguinte:

O *totum* das forças investidas na obra de arte, aparentemente algo de subjetivo apenas, é a presença potencial do coletivo na obra, em proporção com as forças produtivas disponíveis: contém a mônada sem janelas. É o que se manifesta da maneira mais drástica nas correções críticas do artista. Em cada melhoramento, a que se vê obrigado, frequentemente em conflito com o que ele considera o primeiro impulso, trabalha ele como agente da sociedade, indiferente quanto à consciência desta. Encarna as forças produtivas sociais sem, ao mesmo tempo, estar necessariamente ligado às censuras ditadas pelas relações de produção, que ele também critica sempre mediante o rigor do *métier*. Para muitas das situações individuais com que a obra confronta o seu autor deve talvez haver permanentemente à disposição uma pluralidade de soluções, mas a diversidade de tais soluções é finita e perceptível em toda a sua extensão. O *métier* põe os limites contra a infinidade nefasta nas obras. Define concretamente o que se poderia chamar, com um conceito da lógica hegeliana, a possibilidade abstrata das obras de arte. Eis por que todo o artista autêntico se encontra obcecado com os seus procedimentos técnicos; o fetichismo dos meios tem também o seu momento legítimo.<sup>33</sup>

Esta atividade de condensação das relações sócio-históricas em obras de arte (em particular), e em dispositivos/aparatos humanos (em geral), corresponde ao

---

<sup>33</sup> ADORNO, 2011, pp. 74-75.

conceito mais amplo de tecnopolítica.<sup>34</sup> O conceito de tecnopolítica (e de tecnopoiesis – chegaremos lá mais tarde) desenvolve-se a partir de uma tentativa de definição do conceito de materialidade. Suas raízes, naturalmente, estão em Marx, para quem – vale lembrar – as relações sociais (e a própria consciência humana) derivam das relações de produção; a tecnopolítica, e isto não é tão óbvio, considera as tecnologias como a contrapartida/materialização dessas mesmas relações. Designa, portanto, os limites sociais da produção dos dispositivos, na medida em que estes são expressões da forma social dentro da qual foram produzidos. Por “dispositivos/aparatos” nos referimos, como o faz Agamben ao expandir o conceito foucaultiano, a literalmente “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”.<sup>35</sup>

Ao descrever a obra de arte como uma “mônada sem janelas”, Adorno quer dizer que o artista não está necessariamente consciente do horizonte social da sua produção e/ou das forças conflitantes que nela se materializam (o artista pode não estar consciente de que é, nesse sentido, “um agente social”); essas forças materializadas na obra – seu “conteúdo de verdade” – também não serão, necessariamente, reveladas imediatamente pela consciência daqueles que com

---

<sup>34</sup> Mais sobre os conceitos tecnopolítica/poiesis em: FOSCOLO, Guilherme; SPADONI, Nicolau. “Políticas da percepção e zumbis (um tributo a George Romero)”. In: Adalberto Müller e Alex Martoni (eds.). *Rituais da Percepção*. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2018; FOSCOLO, Guilherme. “Explosions of Sepp”. *Artefilosofia*, n. 25, 2019; FOSCOLO, Guilherme. “Marx y la política de los medios”. *Revista Barda*, Año 5, n. 8, 2019; FOSCOLO, Guilherme. “Um Futuro para Hans Ulrich Gumbrecht”. *Relevo*, a. 10, n. 2, 2019.

<sup>35</sup> AGAMBEN, Giorgio. “O que é um dispositivo”. In: *Outra Travessia*, n. 5, Florianópolis, 2005, p. 13.



ela interagem (ainda que a consciência seja um produto do mesmo horizonte). Isso também vale para a produção (mesmo no nível industrial) e aplicações de aparatos em geral – a tecnopolítica dificilmente se mostra, pois corresponde ao ambiente normalizado que habitamos e que fomos, portanto, dessensibilizados para perceber. Mas há algo mais nesses objetos, uma característica fundamental que pode ter escapado a Adorno – provavelmente devido ao modo como ele calibra seu conceito de mônada social. Para Adorno, o conteúdo de verdade das obras de arte só pode ser acessado através de mediação reflexiva (filosófica); este conteúdo de verdade é constituído pelo atrito entre as forças sociais conflitantes materializadas na obra e a energia com que a própria obra de arte se volta contra estas mesmas forças conflitantes. Isso significa que a obra de arte captura o olhar/atenção do observador na medida em que ela o instiga a desvendá-la; mas quanto mais o observador se concentra em desvendá-la, mais a obra de arte reflete a compreensão do observador – dela própria – para o exterior.

A mediação reflexiva na *Teoria Estética* atua assim como uma espécie de gaiola hermenêutica – ao perseguir o conteúdo de verdade da obra de arte, o observador está, na realidade, escondendo a disposição material da obra de arte – em plena vista. Isso torna mais difícil perceber duas características embutidas em qualquer aparato humano: a. aquelas forças que nos afetam – e que também são afetadas/conformadas por nós – e que se materializam naquilo que Deleuze chamou blocos sensações (de afectos/“perceptos”;<sup>36</sup> b. que esses blocos de sensações também são materializações de uma disputa (de formas de percepção), a dimensão estética inerente a toda política. Essas características constituem o que gostaríamos de chamar de *tecnopoiesis*. Se

---

<sup>36</sup> Cf. DELEUZE, Gilles. *Qu'est-ce que la philosophie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 2013.

por tecnopolítica nos referimos aos aparatos como exprimindo/condensando relações sociais (condicionadas pelas relações de produção), a tecnopoiesis diz respeito aos modos como essas tecnologias modulam nossos sentidos/formas de percepção – ou, dito de outra forma, como essas tecnologias nos afetam/programam/capturam. A tecnopoiesis produz assim, para nossos corpos, todas as formas possíveis da experiência.

Isso significa – como argumenta Friedrich Kittler em *Gramofone, Filme, Typewriter*– que os aparatos estão constantemente/e historicamente programando a percepção humana.<sup>37</sup> Na verdade, eles são, em si mesmos – para nós, suas *superfícies de inscrição* –, a materialização de todas as formas possíveis da experiência disponíveis para uma dada janela histórica. Evidentemente, isso torna a política uma parte imanente da estética: pois se a percepção é fabricada, os aparatos então materializam a *disputa política* pela percepção. Da perspectiva da tecnopoiesis, a capacidade da arte de acenar uma possibilidade de reconciliação futura para aquelas forças externas conflitantes que integram a obra (em última instância, a luta de classes) não é tão importante quanto a disputa pela fabricação/modulação da percepção (uma característica dada de qualquer aparato). A tecnopoiesis implica que essa disputa está em curso e não travada/cristalizada nos aparatos – o aparato se inscreve no observador em seu próprio ato de observação/interação!

Um olhar mais atento para o videoclipe *Wakanda* (2019), de Tamara Franklin, deve nos ajudar a tornar visíveis algumas camadas da disputa. *Wakanda* é uma música brasileira de rap fortemente influenciada pelo congado e pelo samba. A música também faz referência à Wakanda, país ficcional em uma África ultra tecnológica reimaginada pelo filme hollywoodiano *Pantera Negra* (2018), dirigido por Ryan

---

<sup>37</sup> Cf. KITTLER, Friedrich. *Gramofone, Filme, Typewriter*. Trad. Daniel Martineschen e Guilherme Gontijo Flores. Belo Horizonte: Ed. Ufmg, 2019.

Coogler – e que contou com um elenco predominantemente negro. Na música/videoclipe de Tamara Franklin, a Wakanda do *Pantera Negra* aparentemente se transforma numa forma de conteúdo e, como tal, desempenha uma dupla função: aponta ao mesmo tempo para o projeto extrativista de sociedade desenvolvido pelo colonialismo e para as dívidas do Brasil com a escravidão; e evoca o imaginário de uma Wakanda brasileira, valorizando mulheres negras como Elza Soares e Carolina Maria de Jesus, os griots e o legado ancestral afro-brasileiro/africano.

Figura 2 – Still do videoclipe *Wakanda*, Tamara Franklin, 2019.



A ancestralidade é de suma importância para as comunidades negras – e especialmente para as mulheres negras – na criação, recriação e fortalecimento dos laços coletivos, e na subversão de uma dinâmica de ódio, desprezo e/ou crueldade para com os negros e suas culturas. Essa ancestralidade se manifesta materialmente em uma ampla variedade de aparatos, tais como espetáculos de dança, literatura, tradição oral/folclore, práticas religiosas,

vestimentas, diversos instrumentos musicais/percussão (tambores/atabaques/pandeiros/agogôs/berimbau etc.).<sup>38</sup> No videoclipe de Tamara Franklin, essa materialidade irrompe em um choque de forças/disputa acontecendo em diferentes níveis: a. Tamara Franklin é uma rapper em um ambiente de predominância masculina, que b. ao fazer rap/compor/performar como mulher negra, redefine Wakanda a partir de uma perspectiva afro-brasileira e feminista, enquanto c. subscreve a uma tradição centenária de resistência através do ritmo (letra folclórica e percussão do congado levando a uma batida de rap/hip-hop) e d. trazendo em sua canção (e no videoclipe) as materialidades rítmicas/acústicas/líricas/visuais de uma ancestralidade afro-latino-americana. Essas materialidades ancestrais que Tamara Franklin traz em sua música/videoclipe – tanto quanto se integram às/se tornam novas mídias – também configuram tentativas de resistir desde dentro delas.

Jay David Bolter e Richard Grusin, em *Remediation: Understanding New Media*, define ma remediação como “a lógica formal pela qual as novas mídias renovam as formas de mídias anteriores”.<sup>39</sup> As tecnologias de mídia, nesse sentido, devem ser entendidas como “redes de híbridos que podem ser expressadas em termos físicos, sociais, estéticos e econômicos”.<sup>40</sup> Agora, discutimos como os aparatos emergem

---

<sup>38</sup> Ver, por exemplo, a ideia de uma “pedagogia da ancestralidade” – desenvolvida por Kiusam de Oliveira – e que aponta para conhecimentos ancestrais encontrados em/e transmitidos por diversas plataformas/objetos/práticas. Em: OLIVEIRA, Kiusam de. “Pedagogia da Ancestralidade”. *Revista E-Sesc*, 2019. Acessado em agosto de 2021 em: <[https://www.sescsp.org.br/online/artigo/13431\\_PEDAGOGIA+DA+ANCESTRALIDADE](https://www.sescsp.org.br/online/artigo/13431_PEDAGOGIA+DA+ANCESTRALIDADE)>

<sup>39</sup> “The formal logic by which new media refashion prior media forms”. BOLTER, Jay David; GRUSIN, Richard. *Remediation: Understanding New Media*. Cambridge: MIT Press, 1999, p. 273.

<sup>40</sup> “Networks of hybrids that can be expressed in physical, social, aesthetic, and economic terms”. *Ibid*, p. 21.

de um pano de fundo tecnopolítico – e embora isto também seja verdade para as novas mídias, as novas mídias só podem vir a existir como tentativas de renovação de outras mídias (portanto, como híbridos). As formas de mídias anteriores não desaparecem apenas porque são “engolidas” pelas novas mídias – elas “sobrevivem” dentro delas, operando como seu “conteúdo residual formal” (o que redireciona a arqueologia das mídias do passado para o presente). Mas enquanto Grusin e Bolter sugerem o termo “hibridismo” para abordar esta “tentativa de renovação de outras mídias”, e ainda que o termo seja apropriado para explicar o processo em curso de normalização tecnopolítica/poética dos aparatos e seus sujeitos (ou seja – nós), ele parece insuficiente para designar a possibilidade de contra-movimentos/resistências. É por isso que gostaríamos de propor – em consonância com Édouard Glissant– o termo crioulização para abordar este processo quando ele implica uma dinâmica de reconhecimento/valorização através da resistência em vez de degradação normalizada (ou, para por nos termos do próprio Glissant, Globalização). Esta é uma razão – sendo a outra razão, e aqui citamos Glissant, a ideia de que a “crioulização é imprevisível, ao passo que poderíamos calcular os efeitos de uma mestiçagem [hibridismo]. [...] Mas a crioulização é a mestiçagem acrescida de uma mais-valia que é a imprevisibilidade”.<sup>41</sup>O hibridismo estaria, nesse sentido, mais próximo do projeto de colonização – enquanto que a crioulização implicaria a possibilidade de contra-normalização, da permanência da diferença.

Ambos *Bombрил* e *Wakanda*, como tentativas de recapturar/interromper, invadir e/ou sabotar formas tecnopolíticas/poéticas predominantes– são em si mesmos

---

<sup>41</sup> Cf. GLISSANT, Édouard. *Introdução a uma poética da diversidade*. Trad. de Enilce do Carmo Albergaria Rocha. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2005, p. 22.

aparatos do feminismo negro lutando uma guerra de guerrilha: pois que constituem uma estratégia do lado perdedor visando a sobrevivência. A poesia feminista negra não se conforma a uma filosofia de totalidade (como a de Hegel), e está, portanto, mais próxima da abertura da dialética negativa de Adorno – e, mesmo assim, pressionando por abertura também no interior da dinâmica dialética (tanto no que diz respeito ao acesso à exterioridade quanto ao movimento – que pode não ser para frente, pode apontar para trás e, em alguns casos, a direção pode até ser inútil). Como um dispositivo transformador da realidade, a poesia feminista negra desempenha um papel contemporâneo fundamental: pois em um mundo que se tornou Capital, a diferença só pode subsistir (e as revoluções só podem ser sonhadas) a partir de práticas que insistem nesta tarefa aparentemente impossível – decolonizar a percepção/sentidos/corpos humanos e tornar possível a existência de uma alteridade radical.

# **A HEREDITARIEDADE SOCIAL COMO OBSTÁCULO PARA UMA ORDEM SOCIAL MERITOCRÁTICA**

Emmanuel Mendes Ferraz Soares  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

## **INTRODUÇÃO**

Pretende-se com o presente estudo debater a injustiça social a partir dos valores do trabalho e do mérito pessoal. Propor um encontro de ideias que permita uma reflexão que comporte a liberdade como direito individual, e o convívio da coletividade de forma digna, humana e materialmente equilibrada como direito social de primeira ordem, por meio do qual o ser humano possa ser estimulado a expressar as suas capacidades em um espaço de oportunidades iguais e de justiça.

A partir da verificação acerca da naturalidade do direito à propriedade privada e do mecanismo de transmissão hereditária do “social”, incluída neste conceito a dimensão do “*político*” e do “*econômico*”, propõe-se investigar se a injustiça social se conecta sobretudo ao direito à propriedade privada ou, tão somente, à possibilidade ilimitada de sua acumulação por meio da transmissão intergeracional.

O debate filosófico que circunda a problemática é intenso e é uma constante nas ciências sociais, no entanto, na maior parte das discussões os autores liberais e socialistas criticam mutuamente as teorias uns dos outros, com pouco ou nenhum espaço para a autocrítica e para o intercâmbio de

premissas teóricas. Prevalece uma incessante tentativa de destruição mútua que despreza o diálogo, diálogo este necessário para a superação das dicotomias tradicionais que já não fazem mais tanto sentido na atualidade. Por isso, a abordagem pretendida se mostra singularmente relevante, pois, dedica-se a reduzir um abismo ideológico a uma linha um tanto que tênue, na qual se possa refletir a partir de valores que embora pareçam antagônicos, possam, na verdade, se completarem e compor novas perspectivas.

Para tanto, estabelecer uma reflexão sobre a propriedade privada a partir da teoria da apropriação pelo trabalho, de John Locke (1632-1704), ou seja, a partir de uma premissa liberal<sup>1</sup>, é o objetivo inicial que permitirá adotar uma visão jusnaturalista para, em um primeiro momento, justificar a propriedade privada, mas, sobretudo, fundá-la no valor do trabalho e do mérito, para então, questionar a transmissão intergeracional de riquezas, ou, de forma mais abrangente, a hereditariedade social, tornando essa contestação um segundo objetivo que se presume ser capaz de demonstrar a artificialidade dos direitos hereditários que instrumentalizam a injustiça social e corrompem a chamada *ordem natural liberal*.

Neste sentido, é imprescindível estabelecer um confronto entre os mitos da *competitividade* e da *meritocracia* da sociedade capitalista liberal e a *desigualdade congênita* reconhecida por Friedrich Hayek (1899-1992), um expoente do liberalismo clássico do século XX, e assim, atingir o objetivo central de conferir transparência a cortina naturalizadora da hereditariedade social, chamando a atenção para o seu papel fundante na injustiça social que assola a sociedade moderna e que esteve presente nas sociedades pré-modernas.

A perseguição de tais objetivos reclama uma ampla pesquisa bibliográfica e parte da compreensão Lockeano do direito de propriedade como um direito natural, e do direito

---

<sup>1</sup> LOCKE, 1994.



comum dos homens aos recursos naturais, também como um direito natural, sendo imprescindível a convergência dessa teoria com bibliografias que construam uma análise histórica que considere o diálogo entre reflexões filosóficas, sociológicas e antropológicas, utilizando autores clássicos e contemporâneos para visitar as ciências naturais e a teoria da evolução, as teorias específicas acerca da psicologia dos primeiros humanos, e, diversas obras que centradas na economia e na sociedade se comunicam com o problema suscitado, para só então situar o direito de herança como peça central da abordagem realizada.

Com este arranjo metodológico verifica-se a possibilidade de trazer protagonismo ao paradigma da *hereditarietà social*, que não se encaixa nem mesmo na ordem social liberal e que reclama uma ruptura na sua dimensão “*econômica*”. Ruptura essa que se justifica em face do *mérito* e do *trabalho* como valores positivos, e do *parasitismo social*, como valor depreciativo, refutando-se assim, sobretudo, a naturalidade do direito de herança e oportunizando a abertura de outros debates, não só quanto à necessária construção e destaque desses novos valores, mas também, no que concerne a implementação de políticas tributárias obstinadas em realizar o enfrentamento da injustiça social levada à efeito pela desigualdade congênita, pelo *mecanismo da herança*.

## **1. O TRABALHO COMO VALOR INDIVIDUAL: A PROPRIEDADE PRIVADA COMO UM DIREITO NATURAL.**

A propriedade privada é destacada como um conceito central do liberalismo, sobretudo a partir das ideias desenvolvidas por John Locke em sua filosofia política, mais

especificamente em sua teoria da apropriação<sup>2</sup>. Para o autor, a propriedade privada se constitui como um Direito natural, que decorre do direito do homem em apropriar-se do fruto do seu próprio trabalho.

Segundo Macpherson<sup>3</sup>, a teoria de Locke centra-se nos conceitos de *propriedade* e de *trabalho*. Segundo ele, Locke formula que no estado de natureza, os homens teriam um direito comum sobre todas as coisas, e cada ser humano individualmente teria direito a propriedade sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua força de trabalho. Desse modo, o ser humano, ao manipular o meio ambiente e os recursos naturais, bens comuns a todos os homens, transformando esses recursos em bens de interesse para a humanidade, a partir do trabalho, do esforço pessoal, do uso das capacidades físicas e intelectuais, este ser humano, aprimora tais recursos ou transforma-os em outros produtos, e constitui bens de valor, e por isso, este homem tem direito sobre essa coisa, sobre o fruto do seu trabalho, *sobre “a obra de suas mãos”*<sup>4</sup>, haja vista que aquilo que era propriedade comum e coletiva, por justiça, passa a ser privada quando adquire valor pelo trabalho de um só homem ou de um determinado grupo de homens<sup>5</sup>. É então possível afirmar que segundo Locke, o trabalho é o elemento fundamental e legitimador da propriedade privada<sup>6</sup>.

Embora Locke tenha sido o teórico mais reconhecido por discorrer sobre a propriedade privada e quem, talvez, se concentrou com maior intensidade na síntese da natureza e dos contornos deste conceito, tendo sido precursor da sua justificação pelo trabalho<sup>7</sup>, a existência deste conceito é muito

---

<sup>2</sup> MACPHERSON, 1979, p. 281.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> LOCKE, 1994, p. 42.

<sup>5</sup> LOCKE, 1994, p. 42-49.

<sup>6</sup> LORENZETTI, 2019, p. 26-43; CARVALHO, 2019, p. 49; FERREIRA, 2019, p. 93.

<sup>7</sup> WEBER, 2016, p. 806; LORENZETTI, 2019, p. 38.

anterior às reflexões por ele formuladas. Em 1.700 a.C. os babilônicos já estabeleciam punições às violações da propriedade privada e prescreviam soluções aos litígios envolvendo o direito de propriedade no famoso Código de Hammürabi<sup>8</sup>, considerado como a primeira codificação arqueologicamente comprovada. Mas, ainda assim, a ideia de propriedade pode ser considerada tão remota que seria difícil precisar o momento do seu surgimento na história, tanto assim, que os escritos religiosos mais antigos da humanidade, a exemplo do Pentateuco<sup>9</sup>, que integra tanto a Bíblia cristã como a Torá judaica<sup>10</sup>, ou ainda, do Alcorão mulçumano<sup>11</sup> e da Rigueveda hindu<sup>12</sup>, apenas para não ir além dos textos religiosos mais representativos, fazem explícitas referências à propriedade e à reprovação daqueles que a violam, enquanto direito.

Como se observa, além da inegável antiguidade da concepção de propriedade privada, é possível afirmar a existência desta percepção sob uma perspectiva transcultural. Muito antes da modernidade, da estruturação capitalista e da globalização, a noção de pertencimento das coisas já se fazia presente nas relações humanas e sociais nas mais diversas culturas e agrupamentos humanos. Engels afirma que até onde alcança a história escrita, a terra era repartida como propriedade privada<sup>13</sup>.

Assim, entendida esta como sinônimo da propriedade

---

<sup>8</sup> HAMMÜRABI, 1976, p. 27-29. *Vid.* §8º; §9º; §10; §11; e §12.

<sup>9</sup> Êxodo 10:15 e 17; Levítico 6:2-5; Levítico 19:13; Deuteronômio 27:17; Deuteronômio 28:31;

<sup>10</sup> A BIBLIA SAGRADA, 2015.

<sup>11</sup> ALCORÃO SAGRADO, 1974. *Vid.* 2ª Surata 188; 114ª Surata 200, 301, 370, 548, 726, 821, 986, 1250, 1261;

<sup>12</sup> RG-VEDA SAMHITĀ, 2013. Samhitas (hinos), Hino 9:9; Samhitas (hinos), Hino 53:1; Samhitas (hinos), Hino 66:2; Samhitas (hinos), Hino 70:10;

<sup>13</sup> ENGELS, 1878, p. 121.

individual, revela-se como um fato cultural pré-histórico, no entanto, se encarada de forma mais ampla, como representação semântica do impulso egoístico de preservação, de reserva e de oposição a outros em relação à coisa, incorporando neste conceito as diferentes formas de organizar, entender e constituir ao longo do tempo e nas diferentes culturas e lugares, o ato de separação para si em privação dos demais, a propriedade privada constitui uma universalidade no tempo e no espaço, abarcando as relações humanas mais remotas e em todos os territórios do globo.

Contudo, não são poucos os questionamentos acerca da legitimidade da propriedade privada e do seu papel no desenvolvimento ou na degradação da humanidade. Muitas vezes associada à Marx e, principalmente, aos comunistas, a sentença de que a propriedade privada é a origem da dominação e da exploração do homem pelo homem<sup>14</sup>, na verdade, é uma concepção defendida por Rousseau<sup>15</sup>, para quem, as desigualdades entre os homens decorrem da noção de propriedade privada e da necessidade de superação de um ser humano pelo outro, numa busca permanente por poder e por riquezas, na qual subjugar os semelhantes se torna um método de sobrevivência. Para ele a propriedade privada não é um direito natural, mas sim, um ato unilateral de posse, construído ao longo do tempo, aceito pelos demais, e que inaugura a sociedade civil fundada no Contrato Social, o qual se sustenta nas expectativas de justiça e de igualdade criadas pelas instituições do Estado e pelas garantias prometidas pelo Direito<sup>16</sup>.

Embora Marx tenha conceituado a propriedade privada como uma forma de apropriação do trabalho pelo capital e tenha associado esta propriedade aos elementos do capitalismo

---

<sup>14</sup> FREUD, 2010, p. 50-51.

<sup>15</sup> ROUSSEAU, 2008, p. 93.

<sup>16</sup> ARRUDA, 2019, p. 31-32.

e do sofrimento humano<sup>17</sup>, é Rousseau quem, anteriormente defendeu a propriedade como “mal maior do mundo”<sup>18</sup>. A abordagem marxista, da propriedade privada, é crítica à propriedade privada capitalista, excedente, aquela que é forjada pelas relações sociais<sup>19</sup> e que em sua visão tende a ser superada pela propriedade social<sup>20</sup>. Assim, esta abordagem desconsidera a noção do *ter* e o direito ao *ter* a partir de uma perspectiva mais primitiva, como tratada por Locke<sup>21</sup>, e que compreende as primeiras apropriações do homem em relação ao mundo em seu entorno ainda no estado de natureza, que alcança a gênese do sentimento humano de posse e de propriedade sobre as coisas. Embora Enoque Feitosa<sup>22</sup> em sua abordagem marxista sobre a “*moralidade, direitos humanos e propriedade privada*” tenha se contraposto à propriedade privada como um direito natural em sua manifesta intenção em caracterizá-la como uma violência contra a *propriedade social*, é o próprio Marx<sup>23</sup>, por ele referenciado, que despretensiosamente, sintetizou a naturalidade do processo da apropriação do natural pelo homem quando conceituou o trabalho:

O trabalho é, antes de tudo, um processo entre o homem e a natureza, processo este em que o homem, por sua própria ação, medeia, regula e controla seu metabolismo com a natureza. Ele se confronta com a matéria natural como com uma potência natural [Naturmacht]. A fim de se apropriar da matéria natural de uma forma útil para sua própria vida, ele põe em movimento as forças naturais pertencentes a sua corporeidade: seus braços e pernas, cabeça e mãos.

---

<sup>17</sup> MARX, 2004, p. 91-114.

<sup>18</sup> ROUSSEAU, 2008, p. 93.

<sup>19</sup> ESCURRA, 2016, p. 27.

<sup>20</sup> PETO, 2020, p. 156.

<sup>21</sup> LOCKE, 1994, p. 42-49.

<sup>22</sup> ENOQUE FEITOSA, 2018.

<sup>23</sup> MARX, 2013, p. 326-327.

Por maior que seja o esforço para tomar distância da naturalização da propriedade privada como expressão da naturalização dos elementos e estruturas do capitalismo e, por mais longa que seja a viagem ao passado da humanidade, o fato é que não é possível retroceder a tal ponto em que se possa notar um momento em que o sentimento de pertencimento sobre as coisas, sobre os bens naturais, por exemplo, não esteja presente, talvez porque esse impulso ou sentimento seja precedente à consciência. Se Engels<sup>24</sup>, que na obra “*A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*” dedicou-se a apontar a nocividade da expansão da propriedade privada e, portanto, não teria nenhum motivo para sustentá-la, afirma que o termo inicial da história, que é a escrita, coincide com o termo inicial do conhecimento do ser humano sobre a existência da propriedade privada, tem-se que esta é antecedente àquela. E, se antes da história a propriedade privada já existia, como se pode supor que ela não é também precedente à formação dos primeiros grupos humanos e à própria consciência humana?

A partir dos escritos de Lewis Morgan (1818-1881), muito se supõe a respeito de uma espécie de comunismo originário, presente em diversas culturas, mais contextualizado principalmente no Período Homérico, na Grécia antiga e associado às tribos indígenas nas américas<sup>25</sup>. Nestas sociedades gentílicas, supostamente, a titularidade individual ficaria restrita aos artefatos e utensílios de uso pessoal, e, à titularidade coletiva pertenceria todos os bens necessários à subsistência do grupo, motivo pelo qual refuta-se a existência neste período da propriedade privada, e a sua naturalidade, bem como, sugere-se como natural a propriedade social. No entanto, não há elementos que permitam, a partir dessa perspectiva, desnaturalizar a propriedade privada. Mesmo que fosse

---

<sup>24</sup> ENGELS, 1878, p. 121.

<sup>25</sup> ENGELS 1878, p. 109; MIRANDA JUSTO, 2018, p. 94.

possível provar essa organização pré-histórica fundada na coletividade, não se apagaria o fato de que a propriedade coletiva de um determinado grupo não necessariamente deixa de ser uma propriedade privada, na medida em que ela sempre limitará a posse e o pertencimento da coisa a este grupo, e com isso, privará outros seres humanos dessa relação. Equivocadamente os argumentos nesta direção tomam a *propriedade individual* como referência da *propriedade privada*, quando esta, na verdade, não se destina à nominar a representação da posse individual, mas, simplesmente, conceituar a posse de um ou uns, em detrimento de outro ou outros, o ato de privar uns em favor dos outros, e, neste sentido a propriedade coletiva, inclusive do território, supostamente existente antes do estabelecimento de civilizações mais complexas, é também uma forma de propriedade privada, senão individual em oposição a todos, de um grupo específico em oposição aos demais, senão transmitida pela consanguinidade, certamente repassada pelas relações sociais que implicavam, nas comunidades primitivas, em um certo grau de parentesco.

Felipe Ribeiro<sup>26</sup>, trabalhando os conceitos da filosofia de Bergson (1859-1941), pontua que o sentido moral impresso no senso de coletividade não é mais do que uma expressão dissimulada do instinto egoístico primitivo. Os grupos que se formam e estabelecem entre si um laço de solidariedade são compostos por indivíduos que visam primordialmente a preservação individual, protegerem-se contra todos os demais e contra as intempéries e a escassez, preservarem seus acessos aos recursos imprescindíveis à subsistência. Assim, o amor à família, à tribo, à nação, embora envoltos em diversos valores morais, se originam do instinto de autopreservação. Desse modo, não se pode atribuir valor moral maior à propriedade coletiva do que à propriedade individual, a não ser que a noção

---

<sup>26</sup> RIBEIRO, 2018, p. 8.

de coletividade desconsidere as fronteiras étnicas, nacionais e geográficas, e alcance um caráter universal, centrado no ser humano. E, ninguém poderia supor a existência de um grau tão elevado de consciência de humanidade em agrupamentos pré-históricos.

Então, é importante considerar a construção Freudiana<sup>27</sup> para verificar que ao se referir às primeiras hordas de humanos como palco da posse exclusiva e endogâmica dos machos em relação às fêmeas e do exercício e proteção dessa exclusividade em relação a outros machos, o precursor da psicanálise já situava a ideia de pertencimento como anterior aos primeiros grandes grupos de humanos. Antes dele, Darwin<sup>28</sup> sustentava a precedência dos impulsos egoísticos do homem primitivo em relação aos sentidos adquiridos no estado primevo da sociedade humana, em seu estudo dos símios superiores. Fato é, que todas as civilizações e comunidades conhecidas, inclusive aquelas tradicionais e com pouco ou nenhum contato com outros povos, desenvolveram uma relação de posse com os elementos naturais à sua volta, sobretudo com o território. Até mesmo o indivíduo isolado sempre esteve associado a uma porção de território<sup>29</sup>, compreendendo-se este nas suas múltiplas dimensões<sup>30</sup> da inter-relação pessoa-ambiente<sup>31</sup>. Mas, por motivos já expostos, o que nos interessa aqui não é se essa vinculação ou associação é coletiva ou individual, é a noção de pertencimento, é o impulso egoístico, o direito próprio em oposição a outros que ocorreu no âmbito do desenvolvimento da psique humana. E tendo como certa a existência desta noção antes que a consciência estivesse plenamente desenvolvida, é bastante lógico concluir que o sentimento egoístico de posse e

---

<sup>27</sup> FREUDIANA, 2012, p. 84.

<sup>28</sup> DARWIN, 1871, p. 70-106.

<sup>29</sup> RATZEL, 1990, p. 74.

<sup>30</sup> Afetiva/Cognitiva: natural-biológica, econômica-material, político-social e cultural-simbólica.

<sup>31</sup> FEITOSA, 2018, p. 197.



de propriedade em relação às coisas é primitivo e é derivado dos dois instintos mais básicos da vida em todas as suas formas: a sobrevivência e a reprodução, haja vista que não se conhece forma de vida que não tenda à autopreservação e à continuidade da espécie. Deste modo, é possível imaginar que a pertença de um determinado animal que tenha sido abatido para a subsistência, ou de um determinado fruto coletado, ou ainda, de um determinado território com abundância de recursos, corresponde a mais primitiva psique humana, a da sobrevivência, que inclui a ideia básica do *meu* e do *seu*, do *nosso* e do *deles*, da apropriação, que só pode ser compreendida como anterior à consciência do ser humano como espécie e ainda mais anterior à formação dos grupos sociais estruturados.

No esteio das reflexões anteriores é muito interessante recordar a lógica delineada por Hegel<sup>32</sup>, para quem a propriedade é um atributo essencial da efetividade do indivíduo como pessoa livre, mas, ainda mais relevante e central é a justificação da propriedade pelo trabalho formatada por Locke<sup>33</sup>. Isto porque, tais construções teóricas conciliam a liberdade do ser humano como um valor fundamental, com a necessidade de sobrevivência do ser humano por intermédio do trabalho, alcançando este na sua concepção primitiva do estado de natureza, no qual o trabalho e a apropriação do seu fruto se faziam necessários para a sobrevivência e continuidade da espécie muito antes da construção de outras práticas do trabalho no contexto grupal, ou capitalista das sociedades modernas. Esta sequência de fatos, para o bem, ou para o mal, revela que a naturalização da propriedade privada não é uma construção social como seus críticos a definem, sobretudo uma formulação da sociedade moderna, mas sim um método que o homem desenvolveu nas suas experiências mais primitivas da

---

<sup>32</sup> HEGEL, 2010, p. 84.

<sup>33</sup> LOCKE, 1994, p. 42-49.

luta contra as carências e riscos impostos pela natureza, pela chamada luta contra o mundo exterior mencionada por Moscovici<sup>34</sup>. E, sendo o “*trabalho*” a premissa legitimadora da propriedade privada como um direito natural, deve este também ser o padrão limitador deste direito<sup>35</sup>, de modo que a apropriação se limite à capacidade individual que cada um possui de abarcar propriedades com o seu próprio trabalho<sup>36</sup>, seja ele físico ou intelectual.

Neste sentido, a naturalização da propriedade privada não pode conduzir a humanidade à desconsideração de outra lei natural também apontada por Locke com uma referência metafísica categórica: “*Deus deu a terra aos filhos dos homens*’, à toda a humanidade”<sup>37</sup>. Assim, a naturalização da propriedade privada e o direito coletivo dos homens, frente à realidade de desigualdade imposta pelo capitalismo, pode parecer um paradoxo, mas, mais adiante, se pretende demonstrar que não o é, pelo contrário, é justamente por meio da sua justificação e limitação pelo *trabalho* que se torna possível desenvolver uma nova moral capaz de romper o paradigma da hereditariedade social, conciliando duas leis naturais de Locke e estabelecendo um debate tão ou mais crucial para a justiça social do que a função social da propriedade, também teorizada por Locke, e que é abordada com maior frequência e destaque.

---

<sup>34</sup> MOSCOVICI, 1974, p. 114.

<sup>35</sup> “[...]cada homem poderá possuir legitimamente tudo - somente - o que puder abranger com o seu trabalho” (Grifou-se, LORENZETTI, 2019, p. 40).

<sup>36</sup> LORENZETTI, 2019, p. 40.

<sup>37</sup> LOCKE, 1994, p. 42.

## 2. A QUEBRA DO PARADIGMA DA HEREDITARIEDADE SOCIAL: DO POLÍTICO AO ECONÔMICO

A hereditariedade, apesar de ser um conceito que se origina nas ciências biológicas com Lamarck (1744-1829), e depois se desenvolve com Darwin (1809-1882), não está dissociada dos temas que interessam às ciências sociais. O termo empregado no sentido biológico a partir de 1820 deriva do latim *hereditas*, que significa *herança*, com semântica associada ao direito aos bens e posses dos ascendentes, pelos descendentes. Essa terminologia, atualmente, compreende as acepções biológica, sócio econômica e jurídica da sucessão entre os indivíduos.

Ao considerar a reintrodução da noção de “diferença” no campo social, por Prosper Lucas em 1847, Cláudio Oliveira<sup>38</sup> destacou a percepção de que a “diferença”, compreendida como um eufemismo para a “desigualdade”, encontrará na genética e na hereditariedade uma forma de ser inserida na ordem natural das coisas, de ser naturalizada, a fim de aliviar a consciência de uma sociedade que clama por paz de espírito frente aos problemas evidentes da desigualdade. Então, se nos séculos pré-modernos, Deus foi a fonte de legitimidade para a ordem social desigual, na modernidade secular, é a natureza que irá justificar as desigualdades. A lei da graça é substituída pela lei da genética<sup>39</sup>, uma ciência fundada no conhecimento racional que marca a modernidade e a concepção da hereditariedade.

Nestas reflexões envolvendo a hereditariedade, não parece merecer atenção as teorias relacionadas à eugenia galtoniana. O norte desta abordagem cinge-se tão somente às desigualdades sociais a partir do elemento da hereditariedade

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, 2017, p. 08.

<sup>39</sup> GAILLARD, 1981, p. 07.

como herança social. Nesta linha, Françoise Gaillard<sup>40</sup> afirmou que a naturalização da desigualdade encontrava na genética e, por consequência, na hereditariedade, a sua fonte de legitimidade, uma validação que visaria consolidar e fortalecer a ordem existente. Por isso, se propõe pensar a hereditariedade na sua dimensão social, referindo-se não a uma transmissão genética de caracteres sociais como aquela tratada pela eugenia, mas, a uma herança social destes caracteres, uma transmissão do social pelo *social*, que é inicialmente registrada por Durkheim<sup>41</sup>, e depois, referida como herança sociológica por Norbert Elias e John Scotson<sup>42</sup>, e que no sentido especificamente aqui proposto, mostra-se mais apropriado denominar-se como *hereditariedade social*.

Neste contexto, torna-se fundamental investigar os elementos psicológicos que envolvem o fato social da hereditariedade. Para Marilena Corrêa<sup>43</sup>, o ímpeto reprodutivo do ser humano compreende, entre outros aspectos e simbolismos, o desejo por continuar a existência individual, e, considerando a plausibilidade desta afirmação, é razoável propor que, sendo a prole a extensão dessa existência além das limitações biológicas que a natureza impõe, o homem percebe nos filhos a representatividade dessa perpetuação biologicamente impossível, mas imaginada, simbólica, representativa, e com isso, reproduz em sua prole uma extensão do seu status social. Tal construção imaginária, no entanto, só pôde ocorrer após o crescimento dos agrupamentos humanos e o desenvolvimento da cultura, haja vista que os primeiros grupos humanos, supõe-se, terem sido formados por indivíduos geneticamente vinculados<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> GAILLARD, 1981, p. 01; 15.

<sup>41</sup> DURKHEIM, 2000, p. 79.

<sup>42</sup> ELIAS; SCOTSON, 2000, p. 145.

<sup>43</sup> CORRÊA, 2001 p. 71; 74.

<sup>44</sup> FREUD, 2012, p. 84.

Diferentemente da apropriação das coisas do mundo natural pelo trabalho, a transmissão hereditária do status social não se mostra como um mecanismo que se relaciona com a sobrevivência do indivíduo primitivo, já que, enquanto a posse e o uso dos recursos do mundo eram necessários à subsistência desde o estágio precognitivo dos homínídeos que teriam originado a humanidade, a transmissão hereditária do status social somente poderá surgir e fazer sentido após o início das relações sociais para além dos grupos -homogêneos-geneticamente vinculados, em que a personalidade e a individualidade mental não possui espaço<sup>45</sup>. O status social só possui razão de existir com o avanço da cultura, mais primitivamente quando o homem passa a ter autoconsciência. É a partir deste momento, no Paleolítico Superior (40.000 a.C.), que ele passa a desenvolver uma nova organização da personalidade que o torna capaz de perceber-se no mundo e diferenciar-se do mundo natural<sup>46</sup>.

Somente com a autoconsciência que o ser humano poderá estabelecer relações sociais cognitivas, perceber-se como um ser social, como um integrante de um determinado agrupamento, no qual se estabelecerão relações concorrenciais entre subgrupos com laços sanguíneos diferentes. Sendo o início dos agrupamentos humanos marcado por relações endogâmicas, conforme sugere Freud<sup>47</sup>, e conseqüentemente não havendo nesses períodos mais remotos famílias distintas nas mesmas hordas, todos os integrantes do grupo seriam ascendentes, descendentes e afins, portanto, consanguíneos, e não haveria diferenciação significativa entre esses indivíduos. Diante dessa homogeneidade, bastante crível, a continuidade social pautada pela hereditariedade não poderia existir porque na ausência de distinção entre pequenos grupos familiares,

---

<sup>45</sup> REÁTIGA HERNÁNDEZ, 2020, p 172-173.

<sup>46</sup> BERMAN, 1944, p. 37.

<sup>47</sup> FREUD, 2012, p. 08.

também não existiria a ideia oposta: a identidade genética e social, que dá lugar a hereditariedade como pressuposto de identificação e de continuidade. Assim, sem identidade, não haveria relação de sucessão entre um indivíduo e outro. De modo que, se no estado primevo da humanidade não existia a heterogeneidade<sup>48</sup>, de igual modo, a continuidade biológica não poderia estar associada a uma continuidade social, que só viria a ser inventada com a formação de grupos maiores e heterogêneos, nos quais a individualidade e, por consequência a continuidade social passariam a fazer sentido<sup>49</sup>.

Considerando que, a exemplo da criação comunitária das crianças nas tribos indígenas americanas<sup>50</sup>, e, das sociedades matrilineares e matriarcais concebidas por Bachofen<sup>51</sup> e Engels<sup>52</sup>, e registradas pela antropóloga nigeriana IfeAmadiume<sup>53</sup>, as estruturas hereditárias variam muito de acordo com a cultura e com os povos, de forma que é absolutamente afastável qualquer traço de universalismo e naturalidade no patriarcado, é possível, assentando-se na percepção freudiana, ir além, e refutar a naturalidade de qualquer *herança social*. Interessa-nos então, discutir as principais dimensões do social no âmbito do conceito da hereditariedade social: o *político* e o *econômico*.

Os primeiros registros históricos das civilizações humanas são testemunhos da monarquia sagrada ou religiosa como forma de governo e da transmissão hereditária do poder político, a exemplo dos faraós egípcios, dos reis hebreus, assírios e babilônicos<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> FREUD, 2012, p. 08.

<sup>49</sup> REÁTIGA HERNÁNDEZ, 2020, p. 172-173.

<sup>50</sup> ENGELS 1878, p. 28-29.

<sup>51</sup> BACHOFEN, 1987.

<sup>52</sup> ENGELS, 1978.

<sup>53</sup> AMADIUME, 1997 *apud* OLIVEIRA, 2018, p. 319-321, 326.

<sup>54</sup> A BÍBLIA SAGRADA, 2015, Gênesis 12:15; Samuel 13:01; Reis 17:24; Reis 20:12.

Tomando os Sumérios como primeira grande civilização humana politicamente organizada de que se tem provas, e que a organização de suas primeiras cidades estado até as dinastias babilônicas e egípcias originadas da Suméria remontam a mais de 3.000 a.C.<sup>55</sup>, é possível provar a antiguidade do poder monárquico, e com ele situar, relativamente, o surgimento do mecanismo da herança no curso da história, especificamente na sua dimensão política. Assim, é inegável a presença na cultura, desde os tempos remotos, do paradigma da transmissão hereditária do poder político, que, como já mencionado, entende-se como sendo, na verdade, um subparadigma de um paradigma maior: o da *hereditariedade social*.

Sabe-se que nos estados monárquicos a transmissão do poder era fundada na linhagem sanguínea. Assim, no plano social do indivíduo pertencente à realeza, replicava-se um mecanismo biológico: o mecanismo da *herança*. No entanto, se é verdade que naturalmente um filho herda os genes do seu genitor, e a ciência biológica já comprovou que é, o mesmo não se poderia dizer quanto ao status político. Pois, nunca houve nenhum elemento apto a fundamentar como natural os regimes monárquicos, sua legitimidade originava-se no divino, no teológico<sup>56</sup>. De modo que, a transmissão hereditária do poder político não era ditada por nenhuma lei natural, mas sim, por uma tradição, uma criação cultural das civilizações, tanto assim que foi extinta com êxito, e permanentemente, da maior parte das sociedades modernas.

Como se observa, embora os regimes monárquicos tenham sido um fenômeno transcultural, já que esteve presente em diversas culturas e povos, a monarquia nunca se consolidou como um fenômeno universal, porque muitos povos mantiveram outras formas de organização política, a exemplo

---

<sup>55</sup> WADDELL, 1930, p. IX.

<sup>56</sup> BOSSUET, 1967, p. 83.

daqueles que no passado cultivaram uma organização tribal, alguns dos quais conservam esta organização até o presente, como no caso dos povos indígenas e de algumas tribos africanas<sup>57</sup>. Além disso, o fato de ser um regime superado na maioria dos Estados modernos ratifica o seu caráter não-universal e não-natural.

No século XVIII, as ideias iluministas abriram espaço para uma série de reformas administrativas e econômicas em uma conciliação dos reclames modernizadores e racionalizadores das dinastias reinantes e da filosofia emergente, no entanto, o iluminismo fundava-se primordialmente na ideia de que o homem é um ser racional, e com isso, havia colocado em curso um projeto de emancipação da tradição, dos dogmas religiosos, das forças da natureza, mas também, com efeitos mais tardios, do poder político ilegítimo, assim considerado os regimes que não se amparavam na autonomia humana individual<sup>58</sup>. A perda de sentido do fundamento da escolha divina do soberano e de sua linhagem faz parte deste processo racionalizador e emancipatório que enfraqueceu os regimes monárquicos. A partir da força dessas ideias, e das mudanças que elas representariam para a organização e regime de governo dos Estados, o poder político não estaria mais associado ao mecanismo da *herança*. Neste contexto, a corrente filosófica iluminista desencadeou movimentos antimonárquicos, constitucionalistas, e republicanos que marcaram o declínio das monarquias e começaram a romper com o paradigma da hereditariedade social, sobretudo, com o *subparadigma da transmissão hereditária do poder político*.

Se, como já apontado, reconhece-se a *hereditariedade do poder político* e a *hereditariedade do poder econômico* como duas faces de um mesmo paradigma: o *paradigma da*

---

<sup>57</sup> MEREDITH, 2011, p. 153.

<sup>58</sup> CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008, p. 271-272.



*hereditariade social*, necessariamente ter-se-á que concluir que o mecanismo da *herança* concebido na civilização como um direito, e como tal, naturalizado na sociedade moderna, é na verdade uma construção, um artifício do ser humano na sua eterna luta contra a finitude da sua existência social. Assim, a herança surge como uma lei artificial, sem fundamento natural ou divino, e que opera em descompasso com a lei natural de apropriação pelo trabalho, haja vista que por esta artificialidade os herdeiros são agraciados com o que não é fruto do seu próprio esforço, e subtraem de todos os demais o que é de direito destes pela lei natural, que confere a todos os homens os recursos da natureza.

Por uma abordagem Lockean, na inexistência do proprietário legitimado pelo trabalho, os recursos acumulados pelo indivíduo que deixa de existir de forma natural, pela morte, naturalmente, voltariam ao seu status original, portanto, deveriam ser comuns a todos os homens. Essa é uma verdade inconveniente fundamental para a compreensão do desequilíbrio social e humano que se faz presente no mundo muito antes do capitalismo e da modernidade. Não nos parece ser a propriedade privada que levará à acumulação permanente do capital e ao aprofundamento das desigualdades, como defendido por Rousseau<sup>59</sup>, especialmente à desigualdade injusta, muito pelo contrário, essa permitirá o exercício da liberdade e da justiça de cada um aproveitar daquilo que teceu. Do ponto de vista patrimonial, ela desigual aos desiguais na medida de seus talentos e capacidades naturais e do seu grau de empenho pessoal, o que irá, no entanto, desvirtuar o sentido da propriedade privada e a naturalidade de sua existência, é a sua transmissão intergeracional, que desnivela o ponto de partida e o sistema de oportunidades<sup>60</sup> que precisa ser nivelado por meio de políticas redistributivas voltadas a equilibrar a distribuição

---

<sup>59</sup> ROUSSEAU, 2008, p. 93.

<sup>60</sup> DURKHEIM, 1999, p. 396.

dos recursos do mundo, sem contudo, tolher a liberdade e a competitividade, que por si sós, jamais porão fim à injustiça social<sup>61</sup>, mas que atendem à importantes interesses da humanidade, como o progresso tecnológico e científico, por exemplo.

Mas não é só na “*artificialidade versus naturalidade*” que a transmissão hereditária destoa dos fundamentos liberais. Toda a teoria social liberal funda-se, entre outros, nos preceitos de *competitividade* e de *meritocracia*<sup>62</sup>. A apologia de liberais como Friedrich Hayek<sup>63</sup> em relação à competitividade centra-se na ideia de que os indivíduos quando estimulados a competir aprimoram suas capacidades e alcançam seus objetivos e se destacam na medida em que empreendem seus esforços, e se dedicam, e com seus talentos, produzem riquezas para si, ao mesmo tempo em que promovem o desenvolvimento da sociedade. A competitividade está na essência da meritocracia, sendo este um valor que pressupõe a ideia da justiça liberal, a qual promoveria a valorização do ser humano e o seu impulso realizador, e contemplaria os conceitos de retribuição e de merecimento. Segundo Hayek<sup>64</sup> é no mérito individual que reside a *justiça* impressa na desigualdade. No entanto, há várias formas de compreender um sistema meritocrático, e, para se desprender da ficção, deve-se partir do equilíbrio de oportunidades, da igualdade no ponto de partida<sup>65</sup>.

Valendo-se da construção teórica de Santiago Castro-Gómes<sup>66</sup> em relação à reflexibilidade dos conceitos idealizados na modernidade, é possível afirmar que as premissas liberais constroem a sua contraparte, os valores que devem ser rechaçados, e entre eles está a ideia de que o Estado deve

---

<sup>61</sup> PIKETTY, 2014, p. 536.

<sup>62</sup> CONTI, 2018, p. 53.

<sup>63</sup> HAYEK, 2007, p. 109-110.

<sup>64</sup> HAYEK, 2007, p. 173.

<sup>65</sup> DAZA, 2020, p. 12-14.

<sup>66</sup> CASTRO-GÓMES, 2005, p. 80-87.

promover a igualdade entre os homens. Da mesma forma que a competitividade e a meritocracia são enaltecidas como valores liberais, por esta mesma perspectiva, a intervenção do estado no combate à desigualdade, no apoio social, não raras vezes, é apontada como um incentivo ao não-trabalho, uma intervenção arbitrária na *ordem natural*<sup>67</sup>, ordem essa supostamente fincada na meritocracia e que, como hoje vigente, reproduz injustiça social em escala.

O próprio Friedrich Hayek<sup>68</sup>, um clássico liberal, reconheceu a *herança* como o vetor de uma desigualdade congênita, mesmo assim, ele não explorou essa questão e não imaginou nenhum sistema que excluísse esse mecanismo, talvez porque, a força da naturalização milenar da hereditariedade econômica não o tenha permitido formular um pensamento além dessa fronteira. Embora tenha passado muito perto da questão central que se suscita nesta abordagem, o seu foco é na defesa do capitalismo e em fustigar o socialismo, referindo-se metonimicamente à ordem capitalista, da seguinte maneira: “*enquanto ‘a democracia’ procura a igualdade na liberdade, o socialismo procura a igualdade no controle e na servidão*”<sup>69</sup>. No entanto, é notável que embora tenha rapidamente reconhecido a “*desigualdade congênita*”, ele deixa escapar que o componente que transforma a sua ideia principal, grifada acima, em utopia, é justamente o mecanismo da hereditariedade: *a herança*, que é a fonte da desigualdade congênita, a qual ele não confere tanta importância.

Essa desigualdade que embora congênita, como visto, não é natural, reforça o caráter mitológico da meritocracia e da competitividade e implica em novas formas de perceber a

---

<sup>67</sup> BEHRING; BOSCHETTI, 2008, p. 62.

<sup>68</sup> HAYEK, 2007, p. 163.

<sup>69</sup> HAYEK, 2007: 98, grifo-se. Tradução dos autores do texto original: “while democracy seeks equality in freedom, socialism seeks equality in control and servitude”. Ao referir-se à democracia em oposição ao socialismo, na verdade, o autor se refere ao capitalismo.

desigualdade e o papel do Estado. Se fosse verdade que a promoção de direitos sociais e de serviços públicos constituíssem uma intervenção do Estado na ordem natural como dizem os liberais, muito mais verdade seria que o Direito de herança, principalmente sem contenções, também é uma garantia intervencionista do Estado nesta mesma ordem, na medida em que subverte a lei natural da propriedade comum dos homens e promove uma apropriação sem *trabalho* e sem *mérito*. Se é verdade que a proteção social do Estado incentiva ao não trabalho dos despossuídos, e desestimula que estes contribuam consigo mesmos e com a sociedade produtiva, mais verdade ainda é que aqueles que desde o nascituro encontram sua subsistência garantida para si e para as próximas gerações, por meio da herança protegida pelo Estado, possuem muito menos estímulo para o trabalho e para o aprimoramento de suas capacidades<sup>70</sup> do que aqueles assistidos por políticas assistenciais, e portanto, estes últimos, os herdeiros de grandes fortunas, muito melhor acomodados, tendem a contribuir muito menos para a promoção do ideal moderno de desenvolvimento tão apregoado pela sociedade capitalista.

De igual maneira, se é verdade que a imposição do trabalho pela necessidade de subsistência contribui para a transformação do homem despossuído e ocioso em um homem produtivo, também é verdade que os herdeiros dos possuidores seriam muito menos ociosos ou dilapidadores e mais estimulados à produtividade se não fosse o mecanismo da herança<sup>71</sup>, aqui concebido como um artifício social convertido em uma lei natural. Lei essa, que em contraposição ao *homo oeconomicus*<sup>72</sup>, que é o padrão da modernidade, dá lugar ao

---

<sup>70</sup> GOTMAN, 1995, p. 127.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Conceito que se refere ao indivíduo guiado pelos próprios interesses (FRANCO, 2011: 2)

*homo parasitaris*<sup>73</sup>, cuja trajetória de vida tende ao consumo exacerbado de bens, a ausência de contribuição para o desenvolvimento da humanidade e da sociedade<sup>74</sup>, e ao amparo de sua existência nos processos de dominação e exploração que implica nas variadas formas de subalternidades.

A partir das reflexões invocadas, evidencia-se que o mecanismo da herança é contraditório aos principais fundamentos do liberalismo e que o paradigma da hereditariedade social carrega consigo um papel central na acumulação de riquezas, na difusão da pobreza e no desequilíbrio da distribuição dos bens comuns dos seres humanos: os recursos naturais<sup>75</sup>. Além disso, proclama-se a necessária desnaturalização dos direitos hereditários no plano do *econômico*, assim como já há muito desnaturalizados os direitos hereditários no campo do *político*. Por fim, compreende-se, a partir da naturalização da propriedade privada justificada no trabalho, teorizada por Locke, e da perspectiva de uma meritocracia igualitária de bases que não nega o indivíduo, ao contrário, afirma-o<sup>76</sup>, que a transmissão intergeracional da propriedade privada contraria a lei natural pela qual cada homem tem direito somente ao fruto do seu trabalho e que todos os demais recursos existentes pertencem à comunidade da espécie humana<sup>77</sup>, princípios nos quais, se fundamenta o *trabalho* enquanto valor individual do ser humano, que emprega a sua corporeidade, o suor do seu rosto, na obtenção dos elementos necessários à sua subsistência e bem estar, e o *mérito efetivo*, concebido em uma perspectiva igualitária, em que todos disponham de chances iguais para competir e alcançar os resultados a que se propõem. Com isso,

---

<sup>73</sup> Derivação do conceito bonfiniano de parasitismo social (BONFIM, 2008: 81)

<sup>74</sup> GOTMAN, 1995, p. 127.

<sup>75</sup> PIKETTY, 2014, p. 479, 504.

<sup>76</sup> DAZA, 2020, p. 12-14.

<sup>77</sup> LOCKE, 1994, p. 42.

deseja-se afirmar o direito do ser humano usufruir da combinação do que a natureza lhe forneceu individualmente somado com a parcela a que igualitariamente faz jus perante os homens, abstraindo-se dessa relação o artifício da *hereditariedade social*.

### **3. REFLEXÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A discussão travada neste estudo, certamente, não esgota as reflexões que dela se origina, ao contrário, inaugura uma abordagem filosófica pautada no valor do trabalho para destacar um outro olhar sobre o problema da injustiça social, diferente daquele inspirado pelos ideais de solidariedade e de fraternidade com o qual essa problemática geralmente é observada no campo das ciências sociais e que conclama valores demasiadamente distantes do individualismo impregnado na sociedade capitalista, e, que normalmente aponta para um contexto mais amplo de reforma cultural.

Tomou-se certa distância da perspectiva socialista negacionista da individualidade e dos valores do trabalho e do mérito, e, mais ainda, dos capitalistas que desconsideram ou relativizam a perversidade da desigualdade de oportunidades, visto que ambos, salvo melhor juízo, defendem sistemas igualmente fracassados, o primeiro pela extinção dos modelos implementados no século XX, e o segundo, marcado por um declínio cíclico, contínuo, destrutivo para a humanidade e para as condições ambientais da vida humana.

O enfoque centrado na ruptura do paradigma da hereditariedade social, a partir de um referencial teórico situado no campo liberal, demonstra que é possível conciliar diferentes visões de mundo em uma dialética que permita pensar o econômico e o social com maior distância das extremidades do debate político travado nas ciências sociais e econômicas. O questionamento do *mecanismo da herança* ecoa

uma preocupação de Émile Durkheim<sup>78</sup>, que, em 1893, teorizou sobre o fim da herança enquanto discorria sobre o fim da hereditariedade das profissões, apontando que “*mesmo com a dissipação deste costume na sociedade (a hereditariedade das profissões), a transmissão hereditária da riqueza bastaria para tornar bastante desiguais as condições em que a luta exterior é travada*”, uma vez que a herança “*constitui em favor de alguns benefícios que não correspondem necessariamente ao seu valor pessoal*”.

A partir desta e de outras formulações trazidas e desenvolvidas neste contexto, concebe-se a hereditariedade econômica como um gatilho da desigualdade social injusta, e, em contrapeso, afirma-se o trabalho e o mérito como valores legitimadores da propriedade privada, que, ao invés de serem combatidos em defesa da justiça social, precisam ser elevados a um patamar maior, a fim de que se possa reclamar o seu desprendimento da ficção e a sua efetividade, a sua materialidade, que só poderá ser alcançada por meio do rompimento com a injustiça contida na desigualdade introduzida pelo *mecanismo da herança*.

Nesse sentido, espera-se ser possível contribuir com o debate sobre o papel do Estado na redistribuição das riquezas, sobretudo quanto à sua atuação na tributação das heranças e na redistribuição desta arrecadação por meio de políticas sociais e educacionais, bem como, na reformulação das matrizes tributárias, sobretudo de países com uma política tributária regressiva, como é o caso do Brasil.

Em linha próxima, porém com uma abordagem empírica e profundamente fundamentada, o premiado economista francês Thomas Piketty, por meio do best-seller “*O Capital no Século XXI*”, introduziu a questão da herança como vetor da desigualdade, retomando o princípio da justiça social, no entanto, sem se deixar levar por uma abordagem alheia as

---

<sup>78</sup> DURKHEIM, 1999, p. 396.

forças do sistema vigente, e com isso, construiu pontes entre o capitalismo atual e o que pode-se chamar de “*o necessário sistema econômico do terceiro milênio*”. Em consonância com a abordagem realizada nesta pesquisa, Piketty afirma que “*o passado tende a devorar o presente*”, com isso ele ratifica que “*as riquezas vindas do passado progridem automaticamente mais rápido — sem que seja necessário trabalhar — do que as riquezas produzidas pelo trabalho*”<sup>79</sup>, demonstrando a lógica da subvalorização do trabalho e do mérito que compõe o núcleo do sistema capitalista acumulativo.

A abordagem objetiva de Piketty<sup>80</sup> coloca o *trabalho* e a *herança* como os únicos meios de atingir o conforto material, e expõe a tendência de dominação do trabalho pela herança, um mecanismo que, para ele, possui um caráter de cumulatividade exponencial que, na dinâmica vigente faz com que a injustiça social seja cumulativa e perpétua. Com isso, o autor, com base em uma ampla análise comparada de diversos sistemas tributários, ressaltará um ponto fundamental para nossas reflexões, que é o seguinte: *na prática, a herança é muito menos taxada do que as rendas*, o que o leva a afirmar que, se em matéria fiscal, a inovação mais importante do século XX foi a criação e o desenvolvimento do imposto progressivo sobre a renda, que desempenhou um papel central na redução da desigualdade ao longo do século passado, o imposto progressivo sobre as heranças é a segunda inovação mais importante do século XX<sup>81</sup>.

Neste contexto, a origem da propriedade privada, e a legitimidade de sua transmissão, surgem como elementos que entrelaçados elevam o nível do debate teórico sobre a injustiça social no âmbito das ciências sociais e econômicas. Em um momento em que as crises se tornam perenes, e que o colapso

---

<sup>79</sup> PIKETTY, 2014, p. 478, 479.

<sup>80</sup> PIKETTY, 2014, p. 479, 504.

<sup>81</sup> PIKETTY, 2014, p. 612, 615.



do sistema econômico é evidente, se mostra razoável descaracterizar o capital naquilo em que ele é insustentável, para atenuar os antagonismos existentes e construir um primeiro passo na direção da justiça social e da dignidade humana como valor universal convertido em políticas globais de acessibilidade ao bem estar. Sem, contudo, ceder aos antagonismos herdados do período da Guerra Fria.

Apesar de uma nova percepção fundada no trabalho e no mérito, esta empreitada não é inédita. Em 1972, o presidenciável democrata George McGovern propôs a taxação das heranças para subsidiar uma renda mínima incondicional, no entanto, a derrota eleitoral interditou esse debate que seria central para a questão da desigualdade na sociedade norteamericana<sup>82</sup>. Assim, nota-se que a reiteração da herança como pauta política no curso da história mostra que Durkheim<sup>83</sup> tinha razão em relação ao caráter insustentável da hereditariedade como valor moral e jurídico para a sociedade, e que, mais do que nunca, na esteira dos dados recentemente compilados por Piketty<sup>84</sup>, o sistema econômico vigente, colapsado, precisa dar lugar ao terceiro milênio, que deverá pautar um novo sistema com balizas teóricas ainda a serem estabelecidas, o que exige outras abordagens epistemológicas, centradas não nas dicotomias tradicionais, mas em uma transformação que considere o mérito enquanto valor pessoal, e a riqueza transmitida como sua antítese.

Neste sentido, conclui-se a partir das reflexões expostas, que uma das descaracterizações pela qual o capitalismo vigente terá que passar é exatamente a desnaturalização do paradigma da hereditariedade social no plano econômico, para que se possa construir novos valores acerca da sucessão familiar, especialmente o de que cada

---

<sup>82</sup> GRAETZ; SHAPIRO, 2005, p. 100.

<sup>83</sup> DURKHEIM, 1999, p. 396, 397.

<sup>84</sup> PIKETTY, 2014, p. 25.

geração deve erguer-se pelo seu próprio esforço e mérito, lançando mão dos axiomas capitalistas para reclamar uma revisão do *mecanismo da herança* a ponto de combater o vetor da desigualdade congênita que macula o ideal de justiça liberal e que, após Piketty<sup>85</sup>, comprovadamente esteve e está na gênese da escandalosa disparidade social verificada nas sociedades pré-modernas, modernas e contemporâneas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BÍBLIA SAGRADA. *Pentateuco*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Lake City, Utah, EUA: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, 2015. 1929 p.

ALCORÃO SAGRADO. *Suratas*. Tradução de Samir El Hayek. São Paulo: Federação das Associações Islâmicas do Brasil, 1974. 541 p.

AMADIUME, Ifi. *Re-inventing Africa: Matriarchy, Religion and Culture*. InterlinkPublishingGroup, 1997.

ARRUDA, Vinicius Cervantes Gorgone. A propriedade privada e sua função social: uma perspectiva jurídica-filosófica sobre o tema. *Revista Diálogos Acadêmicos*, v. 7, n. 1, 2019.

BACHOFEN, JJ. *El matriarcado*. Madri: Akal universitária, 1987.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. *Política social: fundamentos e história*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

BERMAN, M. *Wandering God: a study in nomadic spirituality I* Morris Berman. 1994.

BOMFIM, M. A. *América latina: males de origem* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. 291 p.

BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte*. Genève: Droz, 1967. [Edição crítica com introdução e notas de Jacques Le Brun].

CARVALHO, Victor Fernando Alves. A ressignificação do

---

<sup>85</sup> PIKETTY, 2014, p. 478, 479.

jusnaturalismo de John Locke a partir do capitalismo humanista. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, v. 5, n. 2, p. 38-55, 2019.

CASTRO, A.; DAL RI JÚNIOR, A. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 57, pp. 261-284, dez. 2008.

CASTRO-GÓMEZ, S. "Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da 'invenção do outro'". In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso. 2005.

CONTI, Thiago Fernando Spanholetto *et al.* *Uma análise do movimento Zeitgeist: liberalismo e utilitarismo*. 2018.

CORDOVIL-OLIVEIRA, C. R. Laços de sangue: hereditariedade e coprodução das ordens social e natural no século XIX. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 297-317, Jun. 2017.

CORREA, M. C. D. V. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. In: *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 9, n. 2, 2001, p. 71-82.

DARWIN, C. R. *The descent of man, and selection in relation to sex*. New Jersey. Princeton University Press. 475 p. 1871. Disponível em: <<https://b-ok.lat/book/785551/991691>>. Acesso em 12 set. 2020.

DAZA, Javier Duque. MERITOCRACIA Libertad, igualdad de oportunidades y competencia. *Dictamen Libre*, n. 27, 2020.

OLIVEIRA, Fernanda Chamarelli de. *O matriarcado e o Lugar social da mulher em África: uma abordagem afrocentrada a partir de intelectuais africanos*. 2018. Disponível em: <<http://periodicos2.uesb.br/index.php/odeere/article/view/4424/3618>>. Acesso em 04 de out de 2020.

DURKHEIM, É. *O suicídio: estudo sociológico*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

DURKHEIM, É. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELIAS, N.; SCOTSON, J.L. *Os estabelecidos e os outsiders*. Sociologia das ralações de poder a partir de uma pequena

comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2000

ENGELS, F. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. 215 p.

ESCURRA, M. F. O trabalho como categoria fundante do ser social e a crítica à sua centralidade sob o capital. *Verinotio*: dossiê (des)centralidade do trabalho, Rio de Janeiro: UFF, ano XI, n. 22, out. 2016. Disponível em: <<http://www.verinotio.org/sistema/index.php/verinotio/article/view/349/333>>. Acesso em 01 de out de 2020.

FEITOSA, Enoque. Moralidade, direitos humanos e propriedade privada: A crítica de Marx a propriedade privada como direito humano. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, v. 9, n. 1, p. 303-323, 2018.

FEITOSA, Maria Zelfa de Souza *et al.* Afetividade, território e vulnerabilidade na relação pessoa-ambiente: um olhar ético político. *Fractal: Revista de Psicologia*, v. 30, n. 2, p. 196-203, 2018. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/fractal/v30n2/1984-0292-fractal-30-02-196.pdf> >. Acesso em 03 de out de 2020.

FERREIRA JR, Jefferson L.; THOMAZ, Gabriel AM. Fundamentação do direito à propriedade privada: o caso de John Locke. *Revista Aproximação*, v. 12, ed. 2019.1, p. 84-102, 2019.

FRANCO, G. H. B. *Índices de felicidade e desenvolvimento econômico*. Portugal: Fundação Calouste Gulberklain. 2011. Disponível em: <<http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/Economia%20e%20felicidade%20-%20o%20ensaio.pdf> >. Acesso em: 16 set. 2020.

FREUD, S. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias e outros textos, Obras completas* (Vol. 18). Tradução: Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 2010. 286 p. [Trabalho original publicado em 1930-1936].

FREUD,S. Totem e tabu. *In:S. Freud: Obras Completas Sigmund Freud* (P. C. L. Souza, trad., Vol. 11, pp. 13- 244). 2012. São Paulo, SP: Companhia das Letras. (Trabalho original publicado em 1913). 98 p.

GOTMAN, A. Dilapidation et prodigalité. Nathan, Armand Colin, 367 p., 1995, *Essais & Recherches, série "Sciences sociales"*, François de Singly, Disponível em:<<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00684042/document>>. Acesso em: 11 set. 2020.

GAILLARD, F. Genèse et généalogie: le cas du docteur Pascal. In: *Romantisme*, 1981, n°31. Sangs. pp. 181-196. Disponível em:<[https://www.persee.fr/docAsPDF/roman\\_0048-8593\\_1981\\_num\\_11\\_31\\_4482.pdf](https://www.persee.fr/docAsPDF/roman_0048-8593_1981_num_11_31_4482.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.

GRAETZ, M. J.; SHAPIRO, I. *Death by a thousand Cuts – The Fight over Taxing Inherited Wealth*. New Jersey: Princenton University Press, 2005.

HAYEK, F. A. von (Friedrich August), 1899–1992. *The road to serfdom: text and documents / F. A. Hayek ; edited by Bruce Caldwell*. — Definitive ed.

HAMMÜRABI, Rei da Babilônia. *O Código de Hammürabi*. Introdução, tradução e comentários de E. Bouzon. 3. ed. Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1976. 116 p.

HEGEL, G. W. F., 1770-1831. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio / G. W. F. Hegel ; Tradução: Paulo Meneses ... [et ai.]. - São Leopoldo, RS : Ed. UNISINOS, 2010. Disponível em: <[https://pdf.zlibcdn.com/dtoken/7a2fe7db87316d01f8f46ac22f6a02d7/Filosofia\\_do\\_Direito\\_by\\_G.\\_W.\\_F.\\_Hegel\)\\_3509661\\_\(z-lib.org\).pdf](https://pdf.zlibcdn.com/dtoken/7a2fe7db87316d01f8f46ac22f6a02d7/Filosofia_do_Direito_by_G._W._F._Hegel)_3509661_(z-lib.org).pdf)>. Acesso em: 12 set. 2020.*

LOCKE, J..*O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

LORENZETTI, Darlan Paulo. A fundamentação liberal do direito de propriedade segundo os pressupostos jusnaturalistas no pensamento de John Locke. *Controvérsia*, v. 15, n. 3, p. 26-43, 2019.

LUCAS, P. *Traité philosophique et physiologique de l'héredité naturelle*. 1ere. Paris: Libraire De L'academie Royale De Médecine, 1847.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo: Hobbes a Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

- MOSCOVICI, S. 1974. *Hommes domestiques, hommessauvages*. Paris: Union Générale d'Éditions (Collection 10/18). Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/moscovici\\_serje/hommes\\_domestiques/hommes\\_domestiques.pdf](http://classiques.uqac.ca/contemporains/moscovici_serje/hommes_domestiques/hommes_domestiques.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.
- MARX, K. *Manuscritos econômico-filosóficos*. 2004. São Paulo: Boitempo. (Trabalho original escrito em 1844, publicado em 1932). Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/manuscritos-econoc3b4mico-filosoc3b3ficos.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.
- MARX, K. *O Capital*. São Paulo, Boitempo, 2013. 1493 p.
- MEREDITH, M. *The State of África: a history of the continent since independence*. Simon & Schuster: London. 2011.
- MIRANDA JUSTO, José. Heterogeneidades-uma perspectiva invulgar da filosofia da história a partir do Manifesto Comunista. *Práticas da História*, n. 7, 2018. Disponível em: <[http://www.praticasdahistoria.pt/issues/2019/7/03\\_PDHO7\\_Justo.pdf](http://www.praticasdahistoria.pt/issues/2019/7/03_PDHO7_Justo.pdf)>. Acesso em 02 de out de 2020.
- PETO, Lucas Carvalho. A lógica-categorial da desigualdade nos Manuscritos marxianos de 1844. *Germinal: Marxismo e Educação em Debate*, v. 12, n. 1, p. 146-157, 2020.
- PIKETTY, T. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RATZEL, F. R. Geografia. Tradução de Antônio Carlos Robert de Moraes. 1. ed. São Paulo: Ática, 1990.
- REÁTIGA HERNÁNDEZ, M. Algunas similitudes entre la dinámica social: la horda primitiva y el matoneo escolar. *Zona Próxima*, 33, 165-184, 2020. Disponível em: <<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/zona/article/view/11684/214421444815>>. Acesso em 04 de out de 2020.
- RG-VEDA SAMHITĀ. *Hinos Védicos*. Tradução de Eleonora Meier. Joinville: E. J. LAZARUS & CO, 2013. 556 p. Disponível em: <[https://d34bb2a7-77c8-4b4f-9c27-ea46994d14bf.filesusr.com/ugd/cac792\\_9bbe17dfa0f14b8e89ae0ab5c4be8388.pdf](https://d34bb2a7-77c8-4b4f-9c27-ea46994d14bf.filesusr.com/ugd/cac792_9bbe17dfa0f14b8e89ae0ab5c4be8388.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2020.
- RIBEIRO, Felipe. A moral fechada e a moral aberta. *Revista*

*Relicário*, v. 5, n. 9, 2018. Disponível em: <<https://www.revistarelicario.museudeartesaerlandia.com.br/index.php/relicario/article/view/15/18>>. Acesso em 03 de out de 2020.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. [introdução de João Carlos Brum Torres]; tradução de Paulo Neves. – Porto Alegre, RS : L&PM, 2008.

WADDELL, L. 8.: *Egyptian civilisation: Its Summerian origin and real chronology and Summerian origin of Egyptian hieroglyphics*, London, 1930, Luzac & Company, Ltd. Disponível em: <[https://pdf.zlibcdn.com/dtoken/0b5ad5fdb8ec22385a9e9c1ceb9e3b96/Egyptian\\_Civilization\\_Its\\_Sumerian\\_Origin\\_and\\_Rea\\_3232259\\_\(z-lib.org\).pdf](https://pdf.zlibcdn.com/dtoken/0b5ad5fdb8ec22385a9e9c1ceb9e3b96/Egyptian_Civilization_Its_Sumerian_Origin_and_Rea_3232259_(z-lib.org).pdf)>. Acesso em: 10 set. 2020.

WEBER, T. O direito de propriedade e justiça. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, Vol. 2, n. 2, p. 799-817, 2016.

# **ANÁLISE EMPÍRICO-RETÓRICA DO DISCURSO (AERD) DA SENTENÇA DO CASO TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL (TIRSS): A (DES)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO MARCO TEMPORAL<sup>1</sup>**

Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque

## **INTRODUÇÃO**

O estudo sobre a sentença do caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS) a partir da metodologia proposta por Reis (2013), análise empírica retórica do discurso, possibilita compreender a construção do discurso do “fato do índio” em contraposição ao conceito indigenato. Deste termo estipularam-se critérios inexistentes como condição para demarcação da terra, originando a possibilidade de criar outros e novos caracteres que atualizam o indigenato por fato indígena, por exemplo, considerar a atualidade da presença índia na terra até o marco temporal da Constituição e renitente esbulho ocorrido a expulsar os Povos Indígenas dessa terra até o advento da promulgação.

Os termos permanência e tradicionalidade foram compreendidos, na sentença do caso TIRSS, como caracteres da posse, ou seja, elementos que integram o fato indígena dando-lhe atualidade, quando a Constituição aponta como modos de

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi publicado originalmente de modo inédito na Revista Sequência. Disponível em:  
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/66717/51202>



ocupação da terra, porque o direito à ocupação da terra é originário, anterior ao processo de conquista da América.

Forjou-se o novo conceito, fato do índio, derivando-o do indigenato, sob argumentos *ad terrorem* justificando-o em razão da necessidade de atualização sobre a posse indígena. Por meio do novel conceito se estabeleceu possibilidade de preenchimento de sentidos que tanto podem afirmar a demarcação de terras indígenas como também obstaculizá-las, impedi-las ou diminuir-lhes as delimitações já realizadas.

Passados dez anos da sentença TIRSS o Judiciário tem utilizado o novo instituto para suprimir a possibilidade de demarcação ou diminuir as áreas já demarcadas, denotando discurso de retrocessão constitucional em relação ao reconhecimento de demarcação de terras indígenas. O sentido atribuído ao marco temporal tem sido de alterar as demarcações de terras existentes, podendo revê-las a partir do fato indígena.

Exemplarmente as decisões da Segunda Câmara do STF enunciam exatamente este sentido nos casos Terra Indígena Limão Verde (TILV), dos Terenas (MS); Terras Indígenas Guyra Roka, dos Guarani Kaiowá (MS) e Porquinhos, do povo Canela Apanyekrá (MA). Essa discursividade jurídica do STF acrescida do discurso político anti-indígena do governo Bolsonaro incitará, na realidade, o aumento de violência contra as comunidades indígenas que ocupam terras em processo de demarcação.

Interpretar a Constituição em relação aos Povos Indígenas associa-se à análise sistemática em conjunto com a Convenção n. 169 da OIT, afirmando a pluralidade cultural brasileira, ao contrário da estigmatização homogeneizante que dilui no termo “povo” a diversidade cultural existente para, objetivamente, sonegar-lhes direitos constitucionalmente garantidos.

Primeiramente, o artigo apresenta o problema enfrentado e o percurso metodológico a seguir para tentar desnudá-lo. Posteriormente faz-se a aplicação dos indicadores da metodologia de Reis (2013) em relação à sentença TIRSS, caracterizando as inconsistências retóricas do STF ao afirmar o

conceito fato do índio para fins de demarcação de terra.

## **1 ANÁLISE EMPÍRICO-RETÓRICA DO DISCURSO (AERD) DA SENTENÇA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL (TIRSS): APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA**

A tese do indigenato vem sofrendo interpretação neocolonial em relação aos direitos dos Povos Indígenas. No espaço jurídico o sentido hegemônico das reivindicações indianistas tem sido atribuído-construído, ao mesmo tempo, com certo reconhecimento e afronta aos direitos, notadamente, sobre a demarcação de suas terras. Essa dubiedade tem sido frequente na política indigenista brasileira. Desarrazoada a permanente ignorância sobre o direito à demarcação de suas terras, consagradas desde colônia (PERRONE-MOISÉS, 1992; PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 108-109).

Atualmente, intencionalmente se exclui o instituto do indigenato, solidificado desde o século XVII. A “inovação-atualização” jurídica neocolonial do STF aponta desconhecimento, preconceito e supressão do instituto para a afirmação do direito à terra dos índios. Não bastasse essa equivocada interpretação, acrescem-se violações aos direitos pelo Executivo e Legislativo pretendendo alterar a competência da demarcação de terras para ministérios manifestamente anti-indígenas (ALBUQUERQUE, 2020), tal qual persevera, em trâmite, sendo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) o Projeto de Lei n. 490/2007, tendo vários PL apensos, dentre os quais, o PL n. 6818/2013 que já dispõe sobre o “marco temporal”.

João Mendes Júnior (1912) caracterizou a posse indígena a partir do indigenato. O art. 231 da Constituição brasileira (CRFB,1988) reconhece o instituto. Significa que os Povos Indígenas têm a posse de terras em razão de serem os primeiros ocupantes, possuindo direitos originários.

Menezes Direito elaborou novo conceito fundado em artigo do Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (BADIN, 2006, p. 133-134): “fato indígena”<sup>2</sup> (BRASIL, STF, 2009, p. 381). Em fins da década de noventa, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) (RE 219.983, relator Min. Marco Aurélio, publicado em 17/9/1999) discutiu a titularidade das terras onde se localizavam antigos aldeamentos indígenas já extintos. Nelson Jobim, ministro da Justiça, entendeu ser imprópria a tese do indigenato porque não estava adequada à Constituição, ante a substituição pelo Constituinte do termo “posse imemorial” por “posse tradicional”. Para o ministro da Justiça era necessário indagar-se pela “atualidade da posse” das terras pelos próprios índios. (CUNHA, BARBOSA, 2018)

A ocupação indígena não se legitima por meio de posse ou prescrição imemorial da qual decorrem seus direitos sobre as terras. Não é uma usucapião imemorial. “Tradicionalmente ocupadas” e habitadas em “caráter permanente” significa o modo específico como cada povo se relaciona com a terra de acordo com suas tradições, usos e costumes (seu bem viver).

---

<sup>2</sup> “Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena. A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena. Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar. Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe Luiz Armando Badin, os seguintes fatores: ‘(...) b) fator econômico - as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo); c) fator ecológico - as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar; d) fator cultural e demográfico - as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica’.”

O fundamento da posse reside na ocupação pré-existente à colonização (originária). Ambas as expressões são modos com os quais o bem viver indígena se materializa. A imemorialidade, a tradicionalidade e a permanência não são os fundamentos da posse, por certo os conceitos complementam-se, mas não se deduz da originariedade a atualização da interpretação para “fato indígena”.

O sentido atribuído à palavra “indigenato” como origem do direito à terra foi estendido ao termo fato indígena (BRASIL, STF, 2009, p. 381), caracterizando tradicionalidade e permanência como caracteres do direito a terra quando, na realidade, são modos de uso da terra de cada povo.

O modo como imemorialmente cada povo usa a sua terra é impossível de ser levantado por qualquer laudo antropológico. Muito embora onde habitavam, seus caracteres culturais de permanência, não só são possíveis de se comprovar, mas demonstráveis por meios estudos antropológicos e artefatos arqueológicos. E isso independe dos índios terem subsistido na área até a promulgação da CRFB/1988, basta comprovar a originariedade de ocupação do espaço de terra reivindicado e não a sua imemorialidade, pois o critério de “atualidade da posse” é inexistente na Constituição.

Fundamentalmente, a Segunda Turma tem convalidado a tese segundo a qual Povos Indígenas expulsos de seus territórios após a promulgação da CRFB/1988 perdem seus direitos as terras, salvo se comprovarem resistência pela força ou judicialmente até a promulgação da Constituição. (CUNHA, 2018) Essa “tese” coloca o marco temporal e o renitente esbulho como caracteres do “fato indígena”. Reduz o sentido de “posse jurídica ao conceito jurídico-civil de posse”<sup>3</sup> (BRASIL, STF,

---

<sup>3</sup> “Aceito, porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de *fato indígena*. Na verdade, o *fato da posse jurídica* na data de início de vigência da Constituição, em 5 de

2009, p. 535), economicamente, enquanto possibilidade de aproveitar-se da coisa, destoando do sentido público esperado do intérprete constitucional ao refletir sobre tais terras.

A sentença TIRSS criou “19 salvaguardas institucionais” (BRASIL, STF, 2009, p. 241-243) aprovadas por maioria no plenário do STF (especificamente para deslinde do caso), excetuando sua aplicabilidade noutros casos de mesma natureza (BRASIL, STF, 2013, p. 2). A grande maioria das salvaguardas estão na Constituição. Entretanto, a decisão inédita restrita ao caso TIRSS vem sendo revisitada, gerando atos administrativos e projetos de lei para desviar do sentido expresso no texto constitucional e atribuir uma padronização no entendimento da administração pública sobre a matéria. Concretamente, a decisão surtiu o efeito de “paralisar e reverter processos de regularização de outras terras indígenas” (SILVA, 2018).

A Portaria n. 303 (AGU, 2012) e Parecer Normativo n. 01/2017 orientam os órgãos da administração pública federal, direta e indireta, a observarem o cumprimento da tese do marco temporal em todos os processos de demarcação de terras indígenas (TIs). Há ainda vários Projetos de Emendas Constitucionais (PECs) e Projetos de Lei Complementar (PLP), dentre os quais o PPL n. 227/2012, PL. n. 6818/2013 apenso ao PL. n. 490/2007, objetivando incluir a tese do marco temporal e renitente esbulho como fundamento para demarcação de TIs (ALBUQUERQUE, 2015; ALBUQUERQUE, 2020).

A construção da decisão do STF não se limitou a reconhecer a homologação da terra indígena Raposa Serra do

---

outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.” “Ao examinar as disposições constitucionais sobre as terras indígenas, afirma o Ministro Carlos Britto que o marco temporal da ocupação ali referida é o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, de modo que é nessa data que deve ser verificada a ocupação pelos índios, para fins de definição das terras que tradicionalmente ocupam e do usufruto a eles concedido (...)”. (BRASIL, STF, 2009, p. 367)

Sol, porque criou novos parâmetros para alcançar “um novo consenso jurídico em torno do direito originário dos Povos Indígenas às suas terras ancestrais” (SILVA, 2018).

Reis (2013, p. 66) ao desenvolver a “Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD)” contribui com uma metodologia a auxiliar a compreensão da disputa sobre o sentido da tese do indigenato e a do “fato indígena” junto ao STF. A disputa em jogo coloca em conflito a alteração do sentido de indigenato para o “fato indígena” (marco temporal e renitente esbulho). Na sentença do caso TIRSS atribuiu-se a tradicionalidade e a permanência o sentido de caracteres vinculados ao conceito de direito à demarcação da TIs. Trata-se de alteração intencional, propositada a conferir critérios fundantes d’outro conceito para abandonar o instituto do indigenato.

A retórica como análise dos atos de persuasão e cosmovisão sobre o poder persuasivo do discurso auxilia no processo de análise de atos persuasivos, desnudando seus efeitos. São três as dimensões de orientação aristotélica (REIS, 2013, p. 158), cada qual composto por indicadores associados ao caso concreto objeto de análise: *ethos* (e), *phatos* (p) e *logos* (l).

*Ethos* (e) consiste em analisar o caráter do orador, do modo como o discurso é proferido e leva o receptor a reputá-lo como digno de crédito. Compõe-se dos seguintes indicadores (REIS, 2013, p. 156): e1 - demonstrações de erudição; e2 - amplificação do valor da Constituição; e3 - elogios e adjetivações; e4 - remissões à legitimidade e à competência do Tribunal; e5 - digressões para lecionar; e6 - demonstração de expertise; e7 - advertência contra o legislador.

*Phatos* (p) são as “tentativas de persuasão por meio do despertar das emoções do auditório” onde se pode encontrar a plasticidade das palavras e o uso de figuras de linguagem. Composta pelos seguintes indicadores (REIS, 2013, p. 157): p1 - linguagem hiperbólica e argumento *ad terrorem*; p2 - personificação e prosopopeia; p3 - ênfase e pergunta retórica; p4 - remissão à opinião pública; p5 - uso de palavras vazias de

conteúdo semântico.

*Logos* (1) restringe-se à organização do discurso que enuncia uma demonstração da verdade ou o que parece ser a verdade associada ao caso concreto ensejando, portanto, uma ênfase “no caráter objetivo e sistemático do discurso, dando a entender que a sua validade, organização ou coerência internas independem do orador”. Essa dimensão compõe-se pelos seguintes indicadores (REIS, 2013, p. 157): 11 - argumentos de codificação; 12 - argumentos hermenêuticos; 13 - argumentos do cotidiano; 14 - argumentos baseados em princípios gerais; 15 – deduções.

A sentença do caso TIRSS tem sido utilizada para fundamentar decisões recentes supressoras do direito à terra aos Povos Indígenas, por exemplo, nos casos: Terra Indígena Limão Verde (TILV) dos Terenas (MS); Terras Indígenas Guyra Roka dos Guarani Kaiowá (MS) e Porquinhos do Povo Canela Apanyekrá (MA).

Em curso tem-se uma interpretação neocolonial dos direitos indígenas pelo próprio STF, pois em hipótese, o caso não tratou apenas de homologar a terra indígena Raposa Serra do Sol, mas a motivar a alteração dos critérios de demarcação de todas as TIs e contrariar o instituto do indigenato.

## **2 A APLICABILIDADE DO *ETHOS* NO CASO TIRSS**

A interpretação do Judiciário redimensionou a compreensão sobre os critérios objetivos para fins de demarcação de terras indígenas valendo-se de tese iniciada na década de noventa, por Jobim, aprofundada no caso TIRSS pelo voto do ministro Menezes Direito, para (re)parametrizar a possibilidade de tomada de decisão do Executivo em relação à diminuição ou ao impedimento de novas demarcações de terras indígenas.

(e1) A primeira dimensão de análise refere-se à hipótese do discurso levar os destinatários à credulidade de sua

enunciação. Os ministros do STF são enunciadores de um discurso jurídico qualificado intelectualmente pela própria comunidade jurídica, valendo-se de largas citações de autores e trechos de obras de direito que referenciam a matéria debatida, principalmente fazendo referências aos próprios argumentos apresentados noutros julgados.

Nos votos os ministros utilizaram várias<sup>4</sup> referências enunciatórias de erudição, mesclando-se argumentos de compreensão geral contidos nos dicionários e enciclopédias (inclusive wikipedias), opinião em entrevista jornalística com circulação nacional, artigos da legislação nacional-internacional e referências a artigos científicos e livros com conteúdo aprofundado. Significa uma escrita de erudição, buscando compreensão de modo geral, complexificando em argumentos mais específicos, mas sem dialeticidade com outras perspectivas antropológicas, jurídicas e políticas, indicando um convencimento preconcebido.

(e2) O modo como se amplificou o valor da Constituição reside na interpretação do art. 215 e 231 (CRFB), desprestigiando-se a análise sistemática conjunta à Convenção 169 da OIT, muito embora tal norma integre a ordem jurídica constitucional (art. 5, parágrafo segundo<sup>5</sup>).

Anterior à inclusão do parágrafo terceiro<sup>6</sup> ao art. 5 da CRFB (EC n. 45, 8 dezembro de 2004) o Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004 (revogado pelo Decreto n. 10.088, de 5 de

---

<sup>4</sup> Dados categorizados podem ser disponibilizados por meio de solicitação ao autor pelo endereço eletrônico [lagoalbuquerqueadvocacia@gmail.com](mailto:lagoalbuquerqueadvocacia@gmail.com).

<sup>5</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>6</sup> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.



novembro de 2019, Anexo LXII)<sup>7</sup> foi integrado à ordem jurídica ganhando *status* de norma com conteúdo constitucional (bloco de constitucionalidade). A interpretação da Constituição com relação aos Povos Indígenas reside em prestigiar tal norma, não ao contrário. Diminuir a importância da legislação por tratar diretamente do reconhecimento do instituto do indigenato (arts. 14 e 15) possibilitou ao STF “atualizar” o entendimento constitucional sobre demarcação de terras indígenas a partir do argumento “fato indígena”.

A relatoria do caso moldou entendimento a partir da CRFB, diminuindo a importância da Convenção n. 169 da OIT na afirmação das terras e territórios pertencentes aos Povos Indígenas. Por isso mesmo propôs-se a buscar “na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País”. (BRASIL, STF, 2009, p. 262)

(e3) Na construção do discurso jurídico os elogios e adjetivações têm propósito de auto afirmar os argumentos contidos em decisões do próprio STF, configurando enaltecimento das análises dos colegas de plenário como método de qualificar o argumento ante o coletivo de ministros. Na sentença, recorrentemente, utilizam-se expressões como “eminente”, “nobre”, “grande”, “ilustre”, “sensibilidade social

---

<sup>7</sup> A revogação do Decreto n. 5.051/2004 pelo governo Bolsonaro objetiva denunciar a Convenção n. 169, para o País deixar de ser signatário. Para o governo, a recepção da normativa internacional deu-se pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e, por essa razão, passados de (10) anos (art. 39 da Convenção) caberia denunciar tal normativa. A norma jurídica passa a existir quando o seu processo legislativo se completa com a sanção ou veto presidencial, e, esse ato se torna enfeixado quando o Executivo decreta a recepção da Convenção. Portanto, a denúncia ou se daria apenas em 2024 ou, agora, com nova edição pelo Executivo, apenas em 2029. Trata-se de assunto a ser aprofundado noutro momento em artigo em andamento.

do ministro”, “minucioso voto”, “excelente voto produzido”, “brilhante voto”, “brilhante, profundo e histórico voto”, “presto minhas homenagens ao eminente”, “verdadeira aula de Direito Indígena”, “excelência dos votos proferidos”, “grandeza enorme”, “muito bem descrito pelo douto”, “apropriada linguagem”.

(e4) Expressões muitas vezes circunstanciadas de remissões à legitimidade e à competência do Tribunal para afirmar a atribuição da Corte, receando ocorrer interferência de outros atores e instituições, pois outros olhares sobre a questão além de descaracterizar a importância do STF como espaço de produção de sentido das normas, também pode acarretar incoerências. Parece, assim, manter-se a possibilidade de as incoerências serem discutíveis e estabilizadas num consenso, mas desde dentro do sentido atribuído pelo próprio STF.

Tais incoerências não podem ser suscitadas para além daquilo que dispõe o texto constitucional, muito embora os intérpretes autênticos sejam competentes para inovação contribuindo para a contemporaneidade da norma. (BRASIL, STF, 2009, p. 515-516)

O cuidado dos ministros, portanto, reside em não tornar a prática jurisdicional uma farsa, um exercício de subjetivismo judicial. Muito embora o texto constitucional seja bastante claro a respeito do indigenato, a provocação de uma incoerência para além do disposto na norma foi sublinhada por Jobim e retomada, intencionalmente, no caso TIRSS, a gerar consequências, quase imediatas, em outros processos demarcatórios que passaram a solicitar revisões das demarcações de terras.

O relator expôs a competência originária da Suprema Corte para legitimar as discussões que se travariam no caso, asseverando inclusive ter sido anteriormente reconhecida quando do julgamento da Reclamação 2.833. (BRASIL, STF, 2009, p. 255) Trata-se de “competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário. Não só contra os não-índios”. (BRASIL, STF, 2009, p. 274)

(e5) Por toda a sentença há várias digressões para lecionar, ampliando o objeto de decisão para explicações professorais, parecendo direcionar a compreensão para além do plenário, ampliando o destinatário da aplicação das normas. (e6) Associado a essa ampliação de “auditório” acresce-se a demonstração de expertise, afirmação de um conhecimento com fundamento acerca do assunto.

A digressão para lecionar e demonstrar expertise sobre o indigenato passa a ser utilizado como contraponto para afirmar os novos conceitos: “fato indígena”, “marco temporal” e “renitente esbulho”. Ocorre, portanto, a descaracterização do conceito anterior, justificando-o obsoleto.

Lewandovski, após o voto-vista do Ministro Menezes Direito, aditou na sua análise o “fato indígena” como conceito melhor aplicado ao caso, tornando-o assim *locus* comum no discurso jurídico da sentença, de aceitação sem maiores aprofundamentos em relação à aplicação a outros casos de demarcação de terras, bem como descaracterizando completamente a possibilidade de terras serem retomadas por Povos Indígenas que delas foram expulsos, por violência, posterior à CRFB/1988. “E o faço, agora, com base na teoria do fato indígena, desenvolvida pelo eminente Ministro Menezes Direito, teoria a qual adiro completamente, e que substitui, com vantagem, o instituto do indigenato” (BRASIL, STF, 2009, p. 509).

O “ensino” reverberado por Menezes Direito não promoveu maiores debates entre os ministros, seu estudo foi apenas afirmado em razão da expertise do assunto que, aliás, lhe foi etiquetado devido, exatamente, a justificativa de um novo conceito.

Apesar do que foi dito hoje pela manhã no voto brilhante do Ministro Menezes Direito, vou fazer algumas observações sobre indigenato, porque o Ministro Menezes Direito superou essa questão, para levar em consideração o fato do índio. (BRASIL, STF, 2009, p. 432)

A ministra Carmen Lúcia ao tentar aprofundar o conceito de indigenato não contraria o voto do ministro Menezes Direito em relação ao “fato indígena”, mas o utiliza como ponto histórico pretérito a afirmar o novo conceito. O argumento ganha relevo quando a ministra é indagada sobre sua discordância com a tese de Menezes Direito.

Vossa Excelência não aceita a proposta do Ministro Menezes Direito?

Não aceito, como?

Faz restrições.

Com as restrições, porque a última acho que é repetir a Constituição no voto. "Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis" está expressamente na Constituição. "É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada"; referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Sua Excelência, na verdade, está propondo diretrizes que podem afetar os procedimentos de demarcação.

Sim. Quanto a isso, não me oponho. Eu apenas digo: como estou dando uma decisão, um voto judicial numa ação específica para este caso.

Há outras considerações que Sua Excelência fez que, na verdade, podem repercutir e repercutirão. Aliás, isso tem relação com o fundamento que Sua Excelência assentou, que é o fato da posse indígena.

Sim. Se a posse foi verificada em 05 de outubro, não pode ser ampliada, porque naquela época não havia outra.

É isso. Exatamente. Esses pontos estão explicitados. (BRASIL, STF, 2009, p. 481-482)

Havia articulação da ministra na formação coerente do argumento para ponderar criticamente a criação do novo instituto, mas a interpelação por outros ministros ofereceu-lhe uma conclusão cíclica sobre o fato indígena, enquanto estava elaborando uma crítica sobre o conceito. Parece ter compreendido o contra-argumento e confirmado, ao final, seu

ponto de vista em consenso com os demais ministros.

Caso contrário qual sentido teria de a ministra lembrar a Corte que as Constituições anteriores, por exemplo, de 1934, já reconhecia o indigenato como instituto, ou seja, exigia respeito a “posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados (...)”. Complementa sua análise a partir da CRFB/1988 e parece afirmar um sentido de autodeterminação tal como exposto na Convenção, pois a determinação de seus modos peculiares e suas propostas de etno desenvolvimento mantem-se adstritos aos seus próprios anseios, de acordo com a conveniência e oportunidade que assim “desejarem, sem que isso signifique abrir mão de suas crenças e de suas formas de ver o mundo e de viver no mundo” (BRASIL, STF, 2009, p. 481-482).

A questão tergiversada pelos ministros reside em evitar afirmar que o reconhecimento do direito indígena sobre suas terras preexistem ao sistema normativo e ao próprio estado. O sentido de alteração do instituto associa-se ao receio de tomada de áreas hoje habitadas por não índios e tornadas cidades. Inexiste qualquer reivindicação sobre tais áreas, ao contrário, comumente, a solicitação atinge as terras (não urbanas) em que os índios ocupavam antes de 1988, mas foram violentamente (no período militar, por exemplo) removidos e passaram a habitar outro local quando da promulgação da CRFB/1988. Desse modo, a tese do marco temporal anistia toda a grilagem ocorrida no período de expulsão e violência aos índios das terras que ocupavam tradicionalmente. Ou seja, se está, na verdade, a considerar a possibilidade de avanço do sistema produtivo agrícola e minerário invadindo as TIs.

(e7) Inexiste na sentença qualquer alerta referente ao legislador ater-se à formulação de leis que qualifiquem melhor a interpretação sobre a ocupação e usufruto da TI pelos povos indígenas. Muito embora, o próprio STF tenha inovado na criação de uma nova terminologia, não referida constitucionalmente, fazendo distinção entre terra ocupada antes

e posterior à promulgação da CRFB/1988, o próprio ministro Lewandovski lembrou “onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazer distinções”(BRASIL, STF, 2009, p. 497).

No caso TIRSS distinções foram realizadas onde inexistiam. Consequência dessa compreensão considera que a demarcação das TIs ocupadas tradicionalmente antes da promulgação da CRFB, ocorrendo expulsão dos Povos Indígenas devido o uso de violência, caberá reivindicação de retorno para tais áreas se comprovado tal esbulho. Entretanto, caso esse esbulho seja posterior obriga-os a permanecer em terra realocada, cuja lembrança dista de qualquer tradição originária à terra de pertencimento tradicional. Na prática é sonegação de desapropriação de terras tradicionais aos Povos Indígenas.

### **3 A APLICABILIDADE DO *PHATOS* NO CASO TIRSS**

As tentativas de chamamento de atenção do auditório, para que desperte as emoções em relação ao assunto debatido se caracteriza pela plasticidade das palavras, as figuras de linguagem são indicativas dessa utilização da linguagem.

Tem-se cinco indicadores (Reis, 2013, p. 157) pertencentes à categoria *Phatos*.

(p1) Todo ato judicial fundamentado, em sentença, produz um discurso normativo calcado na afirmação dos textos constitucional e infraconstitucional, se acometido por incongruências e contradições tem-se de retificar os sentidos ou abreviar-lhe a existência no ordenamento jurídico. Um dos meios de gerar maior convencimento, afirmando a posição-argumento do ministro relator (que se debruçou “minuciosamente” sobre o assunto) reside em elaborar, no interior da narrativa, um argumento *ad terrorem*. Significa causar receio no auditório caso não prevaleça a posição do relator.

Antecipando-se ao argumento *ad terrorem* de segregacionista ante a proteção especial dispensada pela

Constituição aos Povos Indígenas, Menezes Direito reforça que preservar as “sociedades indígenas” também é um meio de reconstituí-las, mantendo a integridade de sua cultura, reforçando o respeito entre todos integrantes no País (BRASIL, STF, 2009, p. 369).

Observa decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Awas Tingni*, que aplicou sanções à Nicarágua em razão de violação de direito de propriedade dos índios sobre suas terras, bem como ao seu bem estar e integridade cultural. Deste mesmo modo, a comunidade internacional envidou esforços para se fazer cumprir o direito à terra aos povos indígenas, pouco importando que a propriedade, no caso do Brasil, por exemplo, pertença diretamente à União. (BRASIL, STF, 2009, p. 398)

Outro argumento estabelece comparação com o caso *Brown VS Board of Education* e aponta cuidado para que o cumprimento da decisão do STF seja executada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mantida a supervisão pelo relator da decisão. Entende obter maior eficácia, no local do fato, ante maior capacidade operativa e celeridade para responder às lides de execução da sentença. (BRASIL, STF, 2009, p. 831-832)

Embora reconheça o direito à demarcação provoca certo temor quanto à execução da decisão, ante a possível não aceitação de desocupação da área pelos não-índios. Não habita preocupação, nem mesmo temor semelhante ao Judiciário quando se trata de desintrusão de comunidades indígenas para imissão na posse de fazendeiros, comumente atos repletos de violência contra os Povos Indígenas.

Vários votos são concordantes quanto à necessidade de a demarcação proceder de modo contínuo e não por “ilhas”. “Em outras palavras, o direito à posse da terra pelas comunidades indígenas é oriundo da própria Constituição Federal, competindo a União tão-somente demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, STF, 2009, p. 520), não vislumbrando “risco ao pacto federativo” (BRASIL, STF,

2009, p. 525). Esse argumento aponta o reconhecimento da demarcação constitucional em seu sentido originário, o que mais se aproxima do conceito de indigenato, pois se cabe “tão-somente” intui-se que sua posse é reconhecida ante a originariedade de sua ocupação e não decorrente de interpretação quanto ao tempo verbal do verbo “ocupar” (art. 231 utiliza a declinação verbal “ocupam”) a apontar um marco temporal dessa ocupação.

Apesar da unânime concordância quanto ao direito à demarcação das terras de modo contínuo, alguns votos não deixaram de causar temor/terror, conhecido desde o período de exceção à democracia, qual seja: a internacionalização e ocupação da TI por estrangeiros. A preocupação inicial de apresentar um quadro de “terror” reside na ofensa à soberania nacional. Em conclusão afirma que a soberania nacional deve ser defendida “passo a passo por todos aqueles que se digam compromissados com o Brasil de amanhã. Essas considerações não de ficar nos anais do Supremo, para registrar-se o que realmente veio à balha (sic) no julgamento” (BRASIL, STF, 2009, p. 605-617).

Desconhece o ministro a realidade, já na época do voto, de uma descentralização da política indígena pelo estado brasileiro, constituindo tanto uma educação escolar indígena, inclusive superior, a partir de territórios etno educacionais, bem como um subsistema de saúde indígena, ambas as iniciativas a respeitar o mosaico cultural inserido na unidade brasileira. (ALBUQUERQUE, 2008, 2016, 2017) A posição político-constitucional do ministro registra um conhecimento estereotipado sobre a cultura e as organizações indígenas, bastante comuns, infelizmente, no Judiciário brasileiro.

É esse o contexto que o Supremo não pode simplesmente ignorar, solapando valores maiores, desconhecendo o fato de índios e não-índios serem todos brasileiros, a eles estando assegurada constitucionalmente a "livre



locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou deles a ir com seus bens" - inciso XV do artigo 5 da Carta Federal, rol das garantias constitucionais. Que a visão romântica, calcada em resgate de dívida caduca - e porque não falar dos quilombolas -, seja alijada deste julgamento. (BRASIL, STF, 2009, p. 619)

Com essa interpretação o ministro participa da concepção segundo a qual os índios deveriam ser “aculturados”, porque permitir adentrar nos territórios indígenas “quaisquer pessoas” livremente, é consequência lógica de defesa da integração, pois a “política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração” (BRASIL, STF, 2009, p. 653).

Conforme alerta outro ministro, a “questão indígena” não seria mais a mesma após a decisão da TI Raposa Serra do Sol. Antevia a possibilidade de reaplicar, na Segunda Câmara, as condicionantes do caso para diminuir ou impedir outras demarcações?

O enunciado “questão indígena” denota um sentido

fixo, estável, natural do qual pode derivar paráfrases como “o problema indígena”, “índio é um problema”, “a solução para índios”. Determinadas palavras são estabilizadas de tal modo que abafam, impedem a instalação de outros sentidos, de outras Formações Discursivas: “questão” atrelada a indígenas, é uma dessas palavras que, no processo de estabilização de sentidos naturaliza a despessoalização (...). (BORGES, 2018, p. 15)

O argumento de perda territorial é bastante repetitivo na sentença e faz o decano da Suprema Corte advertir sobre o risco de futuros procedimentos afetarem diretamente o princípio da federação, ante a possibilidade de “desestadualização” decorrente da sensível perda de base territorial. (BRASIL, STF,

2009, p. 733-734)

Os votos dos ministros apresentam-se constrangidos e pressionados ante a imperiosa necessidade de demarcação por força constitucional, mas, ao mesmo tempo, assumem posição extremamente estereotipada e preconceituosa em relação aos Povos Indígenas para dimensionar cautela quanto a soberania nacional, um constrangimento desnecessário ante a farta literatura antropológica e política superadora destes estigmas.

(p2) A interlocução humana com entes inanimados a interpretar uma esfera de essencialização do discurso, fixidez à terra decorrente dessa relação, parece descuidada, desconsiderada nos votos ministeriais. A cosmogonia indígena é utilizada como característica de negação, objetivando assim transpor a fixação natural e essencialização para o contexto de mutação cultural cuja justificativa não se aplica aos Povos Indígenas que deveriam permanecer, assim, estáveis, inertes, tradicionais, essencializados, sem perspectivas de ressignificação cultural. Incontornável a negação, há décadas, no Judiciário, do nomadismo como característica de Povos Indígenas.

Uma parcela dos antropólogos defende, com razão, que a cosmogonia dos índios, a visão de seu surgimento e da evolução do universo, é incompatível com a convivência dos brancos e seus costumes. O problema em Roraima é que os índios já estão – de certa forma – integrados. As meninas índias de quinze, dezesseis anos não querem viver mais da pesca, da coleta, não querem andar pela floresta com roupas tradicionais. A aspiração é ter uma vida social, vestir-se como se veste uma adolescente. O isolamento para essas pessoas é uma ameaça, é a perda da possibilidade desta convivência. A cosmogonia tem valor para as populações que não tiveram contato com os não-índios. (BRASIL, STF, 2009, p. 609)

Há afirmação, em contradição, de que inexisteriam índios urbanos, pois descaracterizados completamente do

pertencimento identitário originário. Persiste a compreensão assentada no derogado Estatuto do índio (1973). Borges (2006) assenta em análise de discurso o preconceito quanto ao índio cidadão em Barra do Garças, Mato Grosso, evidenciando manter-se a identidade Xavante mesmo no espaço urbano.

(p3) O voto-vista que acaba tornando-se referencial ao conceituar “fato indígena” possui muitos trechos em negrito, enfatizando a defesa do **fato do índio**, afirmando que a **ocupação** é “um **fato** a ser verificado” e assim as terras indígenas são as **ocupadas** pelos índios, **ocupadas tradicionalmente** (BRASIL, STF, 2009, p. 378-379).

A pretensão não é investigada pelo orador, mas se caracteriza pela certeza a ser corroborada pelos demais interlocutores, um modo de persuadir para os detalhes que oferecem subsídios argumentativos para que os outros votos o repliquem. A erudição, as adjetivações e elogios ao voto, bem como a digressão para lecionar apontam essa “certeza” de que a melhor análise são as enfatizadas, podendo os outros interlocutores deter-se a aprofundar seus argumentos.

Na construção dos argumentos em negrito marca-se um roteiro auto-referenciado em que as proposições se manterão a partir daquele ponto enfático. Até desvelar o postulado a que todos ministros poderiam deter suas análises, qual seja: “proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do **fato indígena**” (BRASIL, STF, 2009, p. 378-379).

É possível, porém, enquanto contradição estabelecida pelo orador, de modo a afirmar o postulado principal negando o secundário, que **ocupadas tradicionalmente** pode “significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o **modus vivendi** que se deseja preservar” (BRASIL, STF, 2009, p. 379).

(p4) As transmissões ao vivo das sessões do STF abonam a interpretação dos ministros, porque acreditam assim se respaldarem pela opinião pública, um sentimento de

pertencimento em que se forma uma identidade entre os ministros e os espectadores. Ao se tratar mais especificamente sobre a própria identidade do País (Povos Indígenas), mais ainda o espelho televisivo pode apontar o imaginário coletivo sobre o índio, os estigmas sociais e políticos forjados ao longo de séculos de preconceito e discriminação, ainda fielmente reverberados, inclusive por sentenças judiciais.

(p5) A própria expressão “fato indígena” cunhada por Nelson Jobim (1996) pode ser considerada um neologismo, atribuindo-lhe significados análogos ao conceito do indigenato, mas valendo-se de uma inversão lógica em relação àquilo antes considerado modos/formas de ocupação (tradicionalidade, permanência, ocupação originária), doravante caracteres condicionais de direito a terra (marco temporal e renitente esbulho).

Ocorre no Plenário a modificação de argumentos jurídicos traduzidos para as diversas decisões proferidas pelo STF. Trata-se da negação à tese do indigenato e a criação da tese do fato indígena. Por isso mesmo indaga-se se a decisão a ser proferida conferiria maior extensão ou ficaria apenas na improcedência do pedido inicial. Passados mais de uma década da sentença do caso TIRSS ocorreu não apenas a ampliação do sentido para demarcação continuada, mas também um novo conceito a permitir a diminuição das demarcações existentes e o impedimento de outras posteriores ao marco temporal da Constituição Federal.

#### **4 A APLICABILIDADE DO *LOGOS* NO CASO TIRSS**

Abstrair o discurso de modo a torná-lo independente do orador legitima a validade dos enunciados, postulados e proposições, uma organização da narrativa propositada a caracterizar uma demonstração de verdade que aplicada a um caso concreto oferece uma objetivação. Na realidade desloca o sentido de verdade para certeza ou falsidade das proposições, pois

sistemizadas (in)coerentemente, associadas aos argumentos *Ethos* e *Phatos*, por isso mesmo, generalizável abstratamente.

(11) São inúmeros os argumentos de codificação coligidos na sentença do caso TIRSS, destacando-se o art. 231, art. 232, art. 20, §2º; art. 91, §1º, III; art. 225, §1º, III; Lei n. 4.717/1965, Convenção n. 169 da OIT, Decreto n. 534/2005. Sob um ângulo normativo os argumentos circularam derredor à defesa do território nacional e ao meio ambiente, enquanto estratégia argumentativa de, ao mesmo tempo, afirmar a diversidade cultural, mas impedir a secessão da soberania nacional. Argumento *ad terrorem* muito ampliado (massificado) no período de exceção brasileira à democracia, ainda a respaldar significativamente o imaginário dos membros do STF.

(12) Argumentos sistematizados a partir dos clássicos métodos de interpretação estão dispostos em toda sentença. Acarretam no auditório a adequada observância das leis a serem aplicadas no caso TIRSS, com preponderância da interpretação sistemática e gramatical (tempo do verbo “ocupar” no art. 231 da CF), buscando conciliação/consenso na aplicação entre as leis infraconstitucionais aparentemente antinômicas (Lei 9.985/2000 – Unidade de Conservação do Monte Roraima como Parque Nacional) e afastando aquelas não recepcionadas pela Constituição Federal (parte do Estatuto do Índio – 1973) ao dispensarem aos Povos Indígenas tratamento de “incapazes” e/ou “integrados”.

A definição de proteção integral de Monte Roraima como Parque Nacional, segundo a lei do Sistema Nacional de Unidade de Conservação (SNUC) não caberia qualquer ocupação humana. Entretanto, o art. 231 da Constituição Federal assegura aos Povos Indígenas os seus direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupem. Compreendido superficialmente pode acarretar existência de incompatibilidade entre a lei do SNUC e a Constituição, porém trata-se de entendimento a “ser superado por interpretação que prestigie o sistema e a unidade das normas constitucionais e leve em consideração os interesses envolvidos

sem afastar qualquer deles de antemão” (BRASIL, STF, 2009, p. 409).

Quando o argumento é apresentado com ênfase conciliatória e, ao mesmo tempo, apresentam-se alternativas para o aparente conflito aponta-se, indiretamente, para a perspectiva política de modificação da natureza de parque para outra modalidade. Assim, na própria sentença consta a observação que “outras categorias há que admitem a presença de populações tradicionais, como a Reserva Extrativista e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (art. 18 e 20, respectivamente, da lei 9985/2000)” (BRASIL, STF, 2009, p. 410).

Simultaneamente aponta superação nas novas demarcações dos conflitos existentes (sobreposição de áreas) ou possibilidade de alterações de modalidades daquelas áreas em que ocorrem “aparente” conflito entre preservação do meio ambiente (art. 225, CF/1988) e ocupação por Povos Indígenas e Tradicionais (art. 231, CF/1988). A ênfase conciliatória do argumento indica para uma “interpretação que compatibilize os parâmetros rigorosos implantados pelo legislador, utilizando-os com temperamento para atender à necessidade de conciliação dos interesses ambientais e indígenas” (BRASIL, STF, 2009, p. 410).

Nesse mesmo sentido, argumento hermenêutico conciliatório que considera perverso o processo universalizado de incluir, como “trazer para o lado de quem se acha dono da verdade única os que a ela ainda não aderiram, significa não permitir o diferente, o que vive segundo sua forma de livremente pensar”, logo depois outro argumento que enuncia negação/contradição exposto mais casualmente sob um ponto de vista espontâneo, desnudando preconceito.

(13) A definição constitucional reconhecadora da pluralidade cultural não ganhou força argumentativa no discurso enunciado na sentença, momento oportuno para afirmar a diversidade cultural enquanto direito fundamental nuclear à democracia brasileira. O argumento *ad terrorem* de risco à segurança nacional (terra indígena situada em área de fronteira)

levou à interpretação homogeneizante do sentido de “povo”. Afirma-se enfaticamente e espontaneamente que “índios ou não índios somos todos brasileiros. É isso que nos irmana e nos forma como um só povo, situado num único território, que é compromisso de todos e de cada um de nós” (BRASIL, STF, 2009, p. 467).

Essa interpretação atribui sentindo homogêneo à diversidade indígena, também dissemina certo apagamento da diferença cultural, numa perspectiva de afirmação da política estatal homogênea sem considerar a diversidade de povos no território brasileiro, impossibilitando afirmar a pluralidade na unidade. Não se trata de risco à soberania, mas de impedimento de autonomia circunscrita e adequada aos limites formais e materiais dispostos na própria CRFB/1988. Impedimento de pluralizar as instituições democráticas.

O imaginário de uma miscigenação de raças afastada de um ambiente belicoso é efetivamente considerado na sentença como um discurso espontâneo, mas que no seu enfeixe com os demais argumentos não conseguem dissimular os estereótipos e estigmas sociais coloquiais também tão presentes na sociedade multicultural brasileira. “O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso” (BRASIL, STF, 2009, p. 604).

(14) A sistematicidade dos argumentos é garantida por meio de uma subsunção que parte de princípios gerais abstratos a serem aplicados no caso em análise. Na ampliação do conceito de indigenato para fato indígena, por exemplo, a temporalidade da ocupação e não a sua originariedade é o princípio-mor de uma contemporaneidade em que, insistentemente, tempo efetivamente é recurso material. Forja-se a ideia de povo homogêneo, mesmo tratando-se de um caso específico que aborda povos diferenciados culturalmente. Assim, se alcança uma harmonia inexistente, quando se tem violências cotidianas contra os Povos Indígenas.

A inaplicabilidade pelo STF da Convenção n. 169 da OIT, em sua interpretação sistemática com o art. 231 da CF/1988, segue argumento princípio lógico de unidade nacional e indissolubilidade da federação. Por isso se afirma que o “reconhecimento e o fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional” (BRASIL, STF, 2009, p. 399).

Neste mesmo sentido, a sentença aborda a sexta edição da obra “Teoria do Estado” de Paulo Bonavides – cuja primeira edição data de 1967 –, enfaticamente preocupado com o predomínio de agências internacionais em território brasileiro com a justificativa de salvaguardar os Povos Indígenas. Merece comparação do escrito de 1967 e o de 2007.

A partir desse argumento *ad terrorem* se enuncia novamente o risco de perda territorial, como se não ocorresse “concessão” de extração de vários recursos naturais atualmente.

Paulo Bonavides traça comparação analógica entre a situação do Brasil contemporâneo com a do México no século XIX, em que tal país perdeu grande parte do original território para os Estados Unidos. Reproduzo trecho de capítulo em que se aborda a questão indígena. (BRASIL, STF, 2009, p. 604-605)

Compreensível a escrita em sua primeira edição, nos idos de 1967, em plena época de exceção à democracia, de ocupação das faixas de fronteira e ampliação de estradas nos extremos rincões do País, objetivando proteger o território contra as ameaças de um mundo em plena guerra fria e beligerância a qualquer instante.

É razoável esse temor, no século XXI, quando as fronteiras internacionais foram devidamente rompidas em relação ao mercado financeiro especulativo, à tecnologia, e à concessão, pelo estado, de extração de recursos naturais por



interesses corporativos internacionais?

## CONCLUSÃO

Há na sentença uma construção argumentativa afirmativa do instituto do indigenato pela relatoria, e outra após o voto do ministro Menezes Direito. Por aditamento a relatoria incluiu na sua decisão a nova conceituação, fato do índio (fato indígena), superando postulado do indigenato. Ocorre, portanto, um deslocamento da significância de estudo e profundidade dos votos da relatoria para o voto-vista de Menezes Direito que, posteriormente, fora legitimado pela análise dos demais ministros a partir do novo neologismo.

A interpretação do STF segue argumento da relatoria em prestigiar o sentido de demarcação de terras indígenas e o reconhecimento da pluralidade cultural (diluída no sentido de povo) dispostos na Constituição Federal, excluindo a importância da Convenção n. 169 da OIT que, sistematizada com os fundamentos constitucionais do art. 231 prestigia uma leitura autonômica dos Povos Indígenas sem, contudo, obviamente, ferir princípios alicerces do Estado democrático e, sem olvidar do necessário auxílio de políticas públicas para fins de garantir tais processos autonômicos e bem viver.

O desprestígio da Convenção, positivada na ordem jurídica brasileira, primeiramente pelo revogado Decreto n. 5051/2004, e, atualmente, pelo Decreto n. 10.088/2019, confere natureza normativa de constitucionalidade material (bloco de constitucionalidade) em razão do art. 5, §2º, segue os argumentos de vários ministros em relação ao risco de rompimento com a soberania nacional, por se tratar de áreas em região de fronteira e acessíveis a muitas entidades internacionais poderiam ser afetadas pelo interesse internacional. São vários os argumentos *ad terrorem* coligidos pelos julgadores para afirmarem a necessidade de, simultaneamente, garantir a demarcação e manter a soberania.

Esvaziar de importância a Convenção n. 169 da OIT, possibilitou excluir da análise judicial a possibilidade de aprofundar sobre o sentido de autodeterminação conjunto com o art. 231 da CF/1988, descortinando/desvelando outro sentido para o fundamento do direito à demarcação a partir do próprio texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. Comparação entre a participação indígena boliviana e brasileira: a inserção da atuação indígena brasileira no debate democrático e decolonial latino-americano. Rio de Janeiro: IESP-UERJ, 2017. 926 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago; RODRIGUES, Saulo Tarso. Crítica à política indigenista brasileira. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*, v. 6, Cuiabá: EdUFMT, 2015, p. 55-90.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago; ALBUQUERQUE FILHO, Armando do Lago; RODRIGUES, Saul Tarso. Educação jurídica indígena. Curitiba: Juruá, 2016.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Processo de etnodemocratização: as (in)congruências entre as demandas e as proposições legislativas sobre indígenas (1988-2020). In: *Revista de Direito Brasileira*. n. 10, set-dez, Florianópolis, 2002.

BORGES, Águeda Aparecida da Cruz. *Da aldeia para a cidade: processos de identificação/subjetivação e resistência indígena*. Cuiabá: EdUFMT, 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição discursiva sobre o índio em Barra do Garças/MT: um paradoxo na praça. In: *Revista Panorâmica*

*Multidisciplinar*, Cuiabá, n. 6, 2006.

BRASIL, ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/596939>>. Acesso: 26 jul. 2019.

CUNHA, Manuela Carneiro; BARBOSA, Samuel. *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, 2018.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livre e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, FAPESP, 1992.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 95, 2000, p. 107-120.

REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

SILVA, Cristhian Teófilo. A homologação da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 33, n. 98, Brasília, 2018.

# **RESISTÊNCIA QUILOMBOLA SOB AS LENTES DE UMA JURIDICIDADE CONTRA-HEGEMÔNICA E PLURAL**

Jeferson Fernando Celos  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objetivo abordar as comunidades quilombolas como espaços de resistência desde uma concepção jurídica que se propõe contra-hegemônica e plural, pois não se restringe aos marcos da juridicidade estatal e hegemônica, ressaltando a construção de direitos a partir das lutas sociais populares.

Para tanto, buscar-se-á a compreensão dessas resistências e seus desdobramentos, partindo-se do período colonial brasileiro, quando os quilombos se insurgiram contra o violento sistema escravocrata, defendendo a humanidade e liberdade dos negros e negras que o compunham. No momento atual, as lutas quilombolas continuam presentes, por seus territórios, dignidade e cidadania, não obstante seus direitos terem sido constitucionalmente previstos, em 1988. “Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente” (BOBBIO, 2004, p. 11). Entender essa continuidade histórica, à luz das diversas interações que os quilombos estabeleceram com o Direito poderá apontar eventuais limites e insuficiências em relação ao modo pelo qual ele é tradicionalmente concebido e aplicado.

Nesse ponto, abre-se margem para um olhar mais crítico sobre o fenômeno jurídico, nem tanto sobre aquilo que o define, mas sobre como ele nasce (produção social do Direito), suas finalidades (para que ele serve?), seus destinatários (para quem ele serve?) e sobre os que efetivamente o constroem (quem são os seus protagonistas?). Pretende-se lançar mão do aparato epistemológico do Pluralismo Jurídico, para afirmar que o ordenamento estatal não esgota todas as fontes do Direito e que há muitas manifestações jurídicas em uma mesma base territorial, relacionando-se de modo complexo. Sem negar a relevância da positividade jurídica, procura-se identificar um outro saber-fazer jurídico, apto a potencializar ainda mais as lutas quilombolas.

Com efeito, todas essas questões servirão para corroborar, ou não, a hipótese central do trabalho, de que toda essa caminhada histórica de luta e resistência revelaria um nítido componente jurídico, não apenas por buscarem a viabilização do que entendem ser deles por direito, notadamente o território no qual exercem sua identidade étnico-cultural, mas por se constituírem como verdadeiros territórios de Direitos, afirmando-se a pluralidade jurídica enquanto espaço de gestação e de impulso para a concretização de outros sentidos para a juridicidade.

## **1. RESISTÊNCIAS QUILOMBOLAS: DA ESCRAVIDÃO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS**

O fenômeno quilombola atravessa praticamente todo o período histórico brasileiro, originando-se nos anos que se seguiram ao início da escravização negra, no século XVI, como uma das mais importantes modalidades de resistência anticolonial. Sua conceituação e configuração alteraram-se pela modificação das circunstâncias históricas, mas é certo que alguns atributos permaneceram ao longo do tempo. Busca-se na presente propositura acadêmica, mais do que discorrer sobre

sua caminhada histórica, apontar alguns aspectos que permitirão demonstrar a dimensão jurídica da resistência quilombola.

De início, é preciso admitir que o ordenamento jurídico colonial foi construído sob a égide da negação de direitos aos africanos aqui escravizados, autorizando-se uma série de violências, opressões e degradações, situação que persistiu até os últimos momentos do período imperial. A escravização representou a negação da condição humana a imenso contingente de pessoas, no sentido de que não fossem reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, sendo-lhe imposta a condição de objetos.

Mas é forçoso consignar, com a ênfase que não é usualmente verificada na historiografia tradicional, que os escravizados não foram sujeitos passivos e reificados, mas apresentaram diferentes modalidades de confrontação com o sistema escravocrata, na forma de insurreições nas cidades, quilombos e guerrilhas (MOURA, 1986). Consoante João José Reis e Flávio Gomes (1996) onde existiu a escravidão ali se fez presente a resistência, de diversos modos: o “corpo mole” no trabalho, a destruição de ferramentas, os incêndios nas plantações, as agressões a senhores e feitores, rebeliões e fugas, os suicídios e abortos, sendo que a mais típica foi a formação dos quilombos.

A palavra “quilombo” foi trazida da África, no contexto do tráfico transatlântico, relacionando-se, originariamente, a um acampamento guerreiro na floresta (LEITE, 2008). Em solo tupiniquim, passou a ser considerado como o espaço geográfico para o qual negros fugiam para evitar as torturas e violências praticadas pelos senhores. Documentos normativos portugueses definiram-nos como “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles” (MOURA, 1986, p. 16). Nesse último sentido, os quilombos foram tidos como inimigos da Coroa Portuguesa, devendo ser

tratados como uma formação social fora da lei - o que foi reforçado principalmente com a destruição do Quilombo de Palmares, no final do século XVII (NUNES; SANTOS, 2020).

O ponto de vista hegemônico, à época, lidou com os quilombos sob o primado da negação e da criminalização com vistas à sua erradicação. Mas onde há opressão, dominação e negação de direitos também haverá reações, resistências e lutas contra-hegemônicas. Assim, uma situação vivenciada como ilegítima e injusta acaba por despertar o seu contrário, juntamente com a reivindicação para que tal estado de coisas seja alterado, revelando-se um inafastável componente ético, que permite a compreensão das resistências quilombolas como luta por direitos, pela sua forma específica de viver e fazer, por uma existência humana digna e contra todas as formas de violência (física, moral, econômica, política, social e jurídica).

Frise-se que o que define o caráter contra-hegemônico da abordagem é justamente o fato de se lançar luzes sobre as reações dos escravizados e libertos, na forma de uma resistência insurgente que se manifestou por quase cinco séculos no território brasileiro (WOLKMER; LOPES, 2020; LEITE, 2008) e que moldou o território dos quilombos enquanto unidades coletivas de produção, de negociação, de proteção militar e de composição plural, pois não se destinou apenas aos escravizados, abarcando outros segmentos populacionais (MOURA 1986; REIS; GOMES, 1996).

Essa força social coletiva - que pode ser tida como primeira manifestação de um movimento social popular (ROCHA, 2019) - criou significativa pressão e abalou as estruturas daquela sociedade, reforçando o temor das classes dirigentes e trazendo como consequência o incremento dos mecanismos violentos de controle social por parte dos escravocratas, o que levou a mais fugas, levantes e revoltas, contribuindo, assim, para a erosão do sistema escravagista e tendo participação decisiva no conjunto de forças sociais que despertaram e engrossaram o movimento abolicionista em

meados do século XIX (MOURA, 1986; LEITE, 2008).

Antevendo o iminente colapso, os grupos dirigentes procuraram inviabilizar justamente o acesso dos negros às terras possuídas individual ou coletivamente. Com a Independência, em 1822, não foram mais distribuídas sesmarias, o que privilegiou aqueles que se apossavam de terras. Visando por fim ao regime de posses e regulamentar a propriedade privada, foi aprovada, em setembro de 1850, a Lei 601, intitulada “Lei de Terras”, que estabeleceu a compra e venda como meio legal de acesso às terras, a partir de então, prevendo um procedimento para regularização das posses junto às paróquias. O problema é que a Lei de Terras “ignorou as situações de posses efetivas de diversas comunidades quilombolas” (ROZEIRA, 2019, p. 4).

Vale salientar que a Lei de Terras precisa ser lida no mesmo contexto em que fora aprovada, no mesmo setembro de 1850, a “Lei Eusébio de Queiroz”, que proibia o tráfico negreiro, de modo que os negros livres ou libertos não teriam condições efetivas de acessarem a propriedade, pois despossuídos das condições financeiras e obstaculizados no que tange à possibilidade de regularizarem as áreas que eventualmente possuíam. O acesso à terra foi uma das bandeiras levantadas pelos abolicionistas, sendo que foi defendida a reforma agrária como condição para a inserção dos negros e negras na sociedade, funcionando como fator para reversão da marginalização e da exclusão.

O movimento abolicionista e a consequente Abolição da Escravatura, em 13 de maio de 1888, mobilizaram diferentes grupos sociais, praticamente em todos os estratos sociais, mas após a assinatura da Lei Áurea não houve nenhuma medida para a integração dos negros a uma sociedade pautada no trabalho assalariado, a exemplo da reforma agrária, da ampliação do mercado de trabalho e acesso a direitos básicos (voto, educação, saúde etc.) (MARINGONI, 2011; GOMES, 2020).



A Lei Áurea tinha “estrategicamente” apenas dois artigos, um abolindo a escravidão e outro revogando as disposições em contrário, não prevendo nenhum mecanismo, ainda que formal, de inclusão daquela imensa população, pelo que se indaga: qual foi o destino dos libertos? Com quais recursos contaram para iniciar a vida pós-escravidão? Como lidaram com três séculos e meio de opressões e de que forma isso criou barreiras efetivas para seu desenvolvimento nos anos subsequentes? Valendo-se novamente da contribuição de Gilberto Maringoni (2011), os negros e negras foram deixados à própria sorte.

Para se entender a ausência de regulamentação, deve-se ter em mente o pano de fundo que antecedeu a Lei Áurea, de forte pressão internacional contra o tráfico negreiro e a própria escravidão, feita pela Inglaterra, sem grandes pendores humanistas, mas objetivando a consolidação do trabalho livre e assalariado, um dos cânones do liberalismo e condição essencial para a ampliação dos mercados, de forma a absorver a volumosa produção advinda da Revolução Industrial. Em face dessa pressão, as autoridades brasileiras esmeraram-se em criar previsões normativas de pouca ou nenhuma efetividade, para ficarem bem aos olhos ingleses e manter relações favoráveis com seus principais credores. É nesse contexto que, desde a década de 1930, surgem as chamadas “leis para inglês ver”, pois não impediam o tráfico internacional (Lei Feijó) ou o tráfico interno (Lei Eusébio de Queiroz), nem atacavam eficazmente as mazelas da escravidão (Lei dos Sexagenários e Lei do Ventre Livre).

Nesse diapasão, a legislação abolicionista precisa ser compreendida em um contexto de insustentabilidade da escravidão, ante as demandas do desenvolvimento acelerado do capitalismo, o que permite considerar que ela não duraria por muito tempo. Por outro lado, é possível afirmar o interesse do Estado brasileiro em se apresentar com verniz modernizante e democrático perante o concerto das nações, que já não

compactuava com a condição degradante do trabalho escravo. Isso não retira o caráter histórico e relevante da lei assinada pela Princesa Isabel, naquele 13 de maio, contrariando o interesse dos grandes proprietários, o que pode ter reforçado o movimento contrário à Família Real e levado à sua queda, no ano seguinte.

Mas a ausência de regulamentação da Lei Áurea revela um modo característico das coisas serem “resolvidas” no Brasil, de maneira formal, pela criação de dispositivos legais sem as condições materiais e existenciais hábeis a produzir resultados eficazes, muitas vezes para atender expectativas ou pressões internacionais. A criação de direitos sem a previsão de compromissos estatais e sem a formulação e execução de políticas públicas não está muito distantes das “leis para inglês ver” e não remove os obstáculos para a inclusão e combate às diversas marginalizações existentes.

No caso da população negra recém-liberta, o grande nó começa com o “14 de maio de 1888”, pois ficaram à míngua, em termos de direitos efetivos, e foram inseridos na sociedade pelas “portas dos fundos”, o que aprofundou a marginalização, a discriminação racial e o racismo. Esse cenário desolador não se modificou com a Proclamação da República, no ano seguinte, nem com a Constituição de 1891, pois não houve incorporação, de fato, da população negra na cidadania republicana, que foi preterida no mercado de trabalho, no bojo da imigração europeia, e sofreu as consequências da política de embranquecimento (ou branqueamento) incentivadas pelos governos da República Velha e mesmo no período inicial de Vargas.

Não há exercício efetivo da cidadania sem a garantia de direitos sociais mínimos, de modo que ela não se restringe aos ditames da democracia representativa. Essa constatação é buscada em T. H. Marshall (1967) para quem a cidadania está alicerçada em três aspectos: a) o civil, ligado à liberdade individual (propriedade, contrato, relações de trabalho etc.); b)

o político, relativo à participação no exercício do poder político; ec) o social, que se relaciona com um mínimo de bem-estar econômico, segurança e participação em padrões tidos por civilizados na sociedade, notadamente aqueles que se relacionam à educação e serviços sociais. A condição do negro nesse período encontrou-se obstaculizada nas três dimensões desenvolvidas por Marshall, por mais que todos fossem cidadãos brasileiros em sentido formal. A inexistência de políticas públicas específicas que procurassem combater a desigualdade que grassou no século XX, após uma abolição da escravidão sem nenhum tipo de reparação, impactou negativamente a participação política dessas pessoas, que estavam às voltas com as preocupações atinentes à própria subsistência, o que foi um componente a mais no seu alijamento político.

Mais especificamente em relação aos quilombos, a legislação posterior à Abolição não os mencionou e também não houve nenhuma previsão de regularização dos territórios tradicionalmente ocupados por famílias negras, na Constituição de 1891 (LEITE, 2008), o que acarretou a invisibilidade jurídica e o não enfrentamento de suas demandas específicas. Tal situação fez com que eles continuassem em oposição à legislação, pois não havia nenhuma previsão no ordenamento pátrio de uso coletivo de um território para a manutenção da identidade étnico-cultural, isto é, para aqueles que não conseguiram comprar as propriedades em que residiam ou que não tiveram acesso a elas por outros meios, a exemplo da doação de pequenas glebas por particulares.

O primeiro reflexo desse processo foi que o conceito de quilombo não mais aparece na legislação nacional, nem nos textos constitucionais, pelo menos até à Assembleia Constituinte, que teve início em 1987 (LEITE, 2008; NUNES; SANTOS, 2020;). O segundo reflexo é que a forma de ocupação das terras brasileiras continuou ocorrendo pela lógica da expulsão dos indígenas e negros, bem como pela exploração

da sua mão-de-obra, revelando uma territorialidade engendrada pela tensão e pelo conflito (LEITE, 2008, p. 967).

Não obstante a continuidade do cenário desfavorável, as comunidades quilombolas continuaram lutando, existindo e resistindo, durante todo o século XX, muitas vezes sob outras denominações, a exemplo dos mocambos, terras de preto, comunidades negras rurais, terras de santo, mas sem perder o cerne de sua constituição enquanto grupo étnico, com semelhança nos modos de vida e em suas manifestações socioculturais (MARQUES; GOMES, 2013).

Após intensa articulação de pautas reivindicatórias pelo movimento negro, nas décadas de 1970 e 1980, os quilombos ingressaram nas discussões travadas no âmbito da Assembleia Constituinte, quando a então deputada Benedita da Silva utilizou a expressão “quilombamente” para se referir à defesa de direito dessas populações<sup>1</sup>, apresentando a proposta de redação do que viria a ser tornar o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988, que garantiu o acesso à terra, com propriedade definitiva a ser regularizada pelo Estado, aos remanescentes de quilombos<sup>2</sup>.

Com a Constituição Federal de 1988 (CF) há o reconhecimento da luta histórica quilombola no interior do Direito oficial, pois além da previsão do artigo 68 do ADCT,

---

<sup>1</sup> “Durante a Assembleia Nacional Constituinte, a deputada Benedita da Silva menciona o termo quilombamente, a fazer referência à fala do militante do movimento negro João Jorge, significando luta e resistência (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 526). Várias emendas foram apresentadas utilizando os termos ‘comunidades negras’, ‘remanescentes dos antigos quilombos’, ‘antigos quilombos’, a exemplo da emenda proposta ao art. 216 do CF/88, aprovada em plenária: ‘Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos’ (SENADO, 2014)’.” (NUNES; SANTOS, 2020, p. 133).

<sup>2</sup> “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” (BRASIL, 1988)

outros dispositivos foram inseridos no texto constitucional e subsidiarão novas e outras reivindicações das comunidades, notadamente os arts. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), 3º (objetivos da República, sinalizando para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, marginalização e desigualdades, sem preconceitos de nenhuma espécie), 5º (direitos e garantias fundamentais), 215 (preservação dos direitos e manifestações culturais) e 216, § 5º (preservação do patrimônio cultural quilombola e de outros grupos que formam a sociedade brasileira).

Mais especificamente em relação ao art. 68 ADCT, houve a criação tanto do direito à propriedade definitiva das terras ocupadas, mediante um procedimento que deveria ser estabelecido posteriormente pelo Estado<sup>3</sup>, quanto da categoria política e sociológica que seria detentora desse direito, consubstanciada na expressão “remanescentes das comunidades de quilombos”, que não era utilizada pelos grupos e comunidades que lutavam por seus territórios antes da CF, sendo que o termo quilombo, como já mencionado anteriormente, fora criminalizado nos períodos colonial e imperial e não esteve presente no discurso normativo durante a maior parte do período republicano (MARQUES; GOMES, 2013). O busílis da questão é que o legislador constituinte não trouxe a definição do que fossem “remanescentes das comunidades dos quilombos” – impossível, neste ponto, não fazer uma relação com a Lei Áurea, assinada 100 anos antes, no que tange à afirmação de um direito sem que fossem

---

<sup>3</sup> Atualmente, o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos têm previsão no Decreto nº4.887/03, que regulamenta o art. 68 ADCT e foi considerado plenamente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sem aplicação do marco temporal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3239, finalizado em 2018.

apontados e criados mecanismos e estruturas condizentes para sua fruição.

Essa expressão, em um primeiro momento, remetia muito ao imaginário dos quilombos como lugares dos negros fugidos das grandes propriedades até a Abolição (ROZEIRA, 2019), o que reduziria em muito o número de comunidades que poderiam ser contempladas com a titulação das terras, pois o fenômeno quilombola continuou sendo construído nos anos posteriores, não podendo sofrer limitações atreladas ao sentido residual que se extraía inicialmente da palavra “remanescentes”. Isso apontou para a necessidade de outra frente de luta, para além daquela que dizia respeito ao direito à titulação de seus territórios, assegurada formalmente pelo processo de constitucionalização. Surgiu, assim, a necessidade de ressignificar o próprio conceito de quilombo, não mais em uma dimensão passadista.

Desde uma construção que alinhavou diferentes discursos (antropológico, político, jurídico, o oriundo das próprias comunidades quilombolas e demais movimentos envolvidos) foi sendo afirmada, com muitas tensões e disputas, inclusive no plano hermenêutico dos processos judiciais, a compreensão dos quilombos como uma territorialidade específica, coletiva, atravessada pelo vetor étnico, que permitiria o desenvolvimento da identidade e autonomia de seus componentes, em busca da concretização de seus direitos (MARQUES; GOMES, 2013). A grande mudança na chave conceitual, portanto, foi quando se passou a entender os quilombos como algo que deveria ser protegido e assegurado pelo ordenamento jurídico-constitucional, transformando-se em "categoria reivindicatória de direitos" (NUNES; SANTOS, 2020, p. 117)

Como conclusão, percebe-se que o quilombo deixa de ser, enquanto instituição, um espaço sem direito, e, enquanto prática social, um direito sem espaço, e

passam a ser, as comunidades remanescentes de quilombos, um espaço jurídico que projete seus direitos para as demais instâncias jurídicas” (NUNES; SANTOS, 2020, p. 117).

Não obstante a relevância da conclusão acima, não se pode desconsiderar que a constitucionalização não interrompeu a continuidade da mobilização por outros e novos direitos, naquilo que Rodrigo Portela Gomes (2020) cunhou como verdadeiro *continuum* de luta por liberdade e direitos, sendo que cada patamar alcançado reposiciona os objetivos, em busca do pagamento de uma dívida que tem demorado a ser adimplida. Exemplo disso é que mesmo com a norma constitucional, o número de comunidades quilombolas tituladas é ínfimo, em face da grande demanda existente<sup>4</sup>.

A dificuldade homérica em concretizar o direito positivado (“tirá-lo do papel”), notadamente quando envolve certas parcelas da população, historicamente marginalizadas, ilustra muito bem os limites da crença de que a positivação é o destino final da luta por direitos. E isso não é só uma questão jurídica, pois traz implicações diversas de um passado deveras complexo, calcado no racismo, na negação da discriminação racial e nos mecanismos de invisibilização da agência negra. Portanto, a luta por direitos não se exaure na legítima busca pela inclusão de direitos nos textos legais. Para que se possa extrair as mais amplas consequências jurídicas da resistência quilombola é preciso alargar o foco daquilo que se entende por juridicidade, como será demonstrado nos próximos tópicos.

---

<sup>4</sup> Segundo dados do Grupo de Trabalho de Comunidades Tradicionais da Defensoria Pública da União, apenas 162 das 3.477 comunidades quilombolas já reconhecidas pela Fundação Palmares deteriam a titularidade de suas terras, o que equivaleria a aproximadamente 5%. O IBGE estima em 5 mil o número de comunidades existentes no Brasil (BRANDÃO, 2021).

## 2. UM MODO CONTRA-HEGEMÔNICO E PLURAL DE CONCEBER O FENÔMENO JURÍDICO

Para dar conta dos objetivos delineados, defende-se que o foco da juridicidade seja alargado para além da concepção jurídica que se tornou hegemônica na Modernidade Ocidental e que se fixou no imaginário social e na formação cultural da ampla maioria dos juristas, baseada em um viés normativista, positivista e monista, que identifica o Direito exclusivamente com a produção normativa oriunda do Estado. Como corolário desse processo, desenvolveu-se um perfil de jurista tecnicista, supostamente neutro e apolítico, distanciado dos conflitos sociais e limitado a solucionar litígios no âmbito judicial.

Essa abordagem tradicional do Direito contenta-se, no mais das vezes, com os aspectos abstratos e com as discussões *interna corporis*, desconsiderando o contexto plural no qual o Direito nasce e vai ser aplicado, bem como as contradições que caracterizam uma realidade altamente complexa e dinâmica, como é a brasileira. Ademais, constata-se uma recusa em se admitir outras fontes jurígenas senão aquelas reconhecidas pelo Estado.

Por conseguinte, a concepção jurídica moderna, de cariz eurocêntrico, traz uma pretensão de universalidade e de racionalidade (não há saber jurídico fora do Direito posto e da dogmática jurídica), legitimando um modelo societal, político e econômico por meio de uma linguagem e de uma atuação que se sustentam nos mitos da neutralidade, da objetividade, da completude do ordenamento, dentre outros (ARAÚJO, 2016).

Tais considerações trazem à lume uma das questões que, segundo Carolina Gual Silva (2020), vem atormentando juristas, filósofos, historiadores e, mais recentemente, os cientistas políticos, antropólogos e sociólogos, qual seja: o que é o Direito? A singeleza da pergunta esconde uma problemática que se funda na multiplicidade de respostas possíveis, construídas por várias escolas e correntes desde a



Antiguidade. Mais do que uma discussão teórica, o Direito é uma construção humana que procura atender às aspirações, interesses e expectativas de homens e mulheres de carne e osso. A questão mais tormentosa, em qualquer época, é a de definir quem realmente estabelece os sentidos daquilo que vem a ser a juridicidade. E as teorias críticas<sup>5</sup> vêm apontando que muitas vezes o fenômeno jurídico foi utilizado como instrumento de dominação e controle social

Desta feita, o Direito pode, sim, ser utilizado para a exclusão, para a dominação, para a negação de condições concretas de existências e há diversos exemplos na história para corroborar isso, bastando dizer que a escravidão brasileira, o nazismo, a segregação racial nos EUA, o apartheid na África do Sul, a opressão de gênero, dentre outros, foram situações viabilizadas por normas jurídicas. Por outro lado, o Direito também poderá ser atuado como instrumento de transformação social e emancipação humana, afirmando-se contra as injustiças concretas e as desigualdades sociais. O que vai determinar para qual lado a balança penderá serão os compromissos concretos, as visões de mundo e os usos que a ele se queiram dar, afastando-se com isso as alegações de que o Direito não é um fenômeno ideológico.

Assim, muito mais importante do que definir aquilo que o Direito é, talvez seja identificar “para que ele serve e o que ele pode vir a ser” desde um olhar que se propõe contra-hegemônico. De tal modo, desde uma perspectiva mais existencial, as coisas são como elas se manifestam e como são feitas na realidade social. No caso do Direito, não importaria se

---

<sup>5</sup> O pensamento crítico brasileiro desdobrou-se em movimentos prático-teóricos e político-jurídicos significativos, a exemplo da Nova Escola Jurídica Brasileira (de Roberto Lyra Filho), do Direito Achado na Rua (UnB e capitaneado por José Geraldo de Sousa Jr.), do Direito Insurgente (no Rio de Janeiro), do Uso Alternativo do Direito (Rio Grande do Sul), do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo da Unesp-Franca (interior de São Paulo) e outras desinências (MACHADO, 2005).

ele tem uma essência verdadeira ou uma natureza preestabelecida, pois ele não é um *a priori* e seguirá a condição humana, sendo aquilo que as pessoas fizerem com que ele seja. Ele será compreendido a partir da forma como ele é atuado, enquanto instrumento de controle e de dominação, ou como instrumento de emancipação e transformação.

Nos termos propostos por Roberto Lyra Filho (1999, p. 11), o Direito “é, enquanto vai sendo”, em outras palavras, seu conteúdo vai sendo incessantemente mudado, consoante as modificações da realidade histórica e social. É daí que se extrai o seu caráter dialético, no sentido de que ele não está pronto, mas está em permanente construção, constituindo-se em processo dentro do processo histórico, nas lutas sociais, nas ruas, nas salas de aula, no Estado, nas ações e decisões judiciais, nas votações no Congresso.

Além de dinâmico, o Direito também é um fenômeno complexo, multifacetado e pluridimensional, pois não é só norma (sua necessária e importante dimensão formal), muito menos a pura norma. Ele possui outras dimensões (social, política, econômica, cultural, ética, ideológica, psicológica, simbólica etc.), o que exigirá um constante e construtivo diálogo com outras áreas do saber, revelando seu caráter interdisciplinar.

Tudo isso insere-se, conseqüentemente, em um amplo movimento de rupturas e transições paradigmáticas e epistemológicas, em um sentido alternativo à cultura jurídica monista e estatalista, caminhando-se para o que Antônio Carlos Wolkmer (2019, p. 2714) defende como “outra cultura normativa periférica, descolonial<sup>6</sup> e pluralista, em que se

---

<sup>6</sup> Verifica-se divergência na utilização dos termos decolonial e descolonial. Em seu sentido inicial, descolonial traz a proposta de desfazer o colonialismo (domínio imperial, autoridade sobre determinado território), superá-lo, de modo a que não produza mais efeitos, enquanto que a ideia de decolonialidade representaria uma preocupação oposta, que procuraria transcender a colonialidade (a face obscura da Modernidade), que

reconhecem representações diversas e descentralizadas de produção, ordenação e aplicação [...]”. Isso significa que o direito positivo estatal é descentrado, isto é, retirado da sua privilegiada posição de parâmetro em relação ao qual as diversas experiências jurídicas deveriam ser avaliadas, chanceladas ou autorizadas, abrindo-se caminho para a temática do pluralismo jurídico (LIMA, 2018, p. 250).

Haveria, assim, em um mesmo espaço sociogeográfico mais de uma ordem jurídica ou modos de juridicidade, em contexto de pluralidade (SANTOS, 2014), sendo certo que o direito estatal acaba ocupando tendencialmente maior destaque (SANTOS, 2002), justamente pela posição de monopólio a que vem sendo alçado há praticamente três séculos. Não obstante esse maior destaque, há uma interação dinâmica entre os diversos subgrupos sociais, com suas ordens normativas locais, e o ordenamento jurídico estatal, quer seja de contrariedade e oposição, quer seja de aproximação e composição (SACCO, 2013).

---

continuará operando até nossos dias, como expressão do poder hegemônico (BALLESTRIN, 2013). Na América Latina, alguns autores traduzem o termo inglês “decoloniality” como decolonialidade ou descolonialidade. “Para os autores que sustentam a necessidade de utilização da expressão ‘decolonial’, como Catherine Walsh, o prefixo ‘des’ indicaria que os objetivos dessa corrente estariam sintetizados somente por meio da superação do colonialismo. Entretanto, no sentido político e estratégico, reconhece-se que a utilização do termo ‘descolonial’ é mais utilizada nos artigos científicos traduzidos para o português de autores que utilizam a expressão ‘descolonização’ não como simples superação do colonialismo, mas como síntese de uma ferramenta política, epistemológica e social de construção de instituições e relações sociais realmente pautadas pela superação das opressões e das estruturas que conformam uma geopolítica mundial extremamente desigual (CASTILHO, 2013, p. 12-13). Pelo que se depreende da leitura do texto de Antônio Carlos Wolkmer (2019), constata-se que ele utiliza o termo descolonial justamente como um meio estratégico e epistemológico de rompimento com a juridicidade etnocêntrica ocidental (colonialidade jurídica) por meio de um cultura jurídica alternativa e pluralista, e não como mera superação do colonialismo.

Porém, mais do que constatar a multiplicidade de saberes e práticas jurídicas locais e suas complexas e diversas relações com o direito estatal, invoca-se o pluralismo como norteador ou referencial crítico ou como uma das chamadas teorias críticas (WOLKMER, 2019), hábil a explicar de que modo a luta social pode ser fator de criação e instituição de direitos.

E, para além da afirmação de uma pluralidade jurídica, tratar da juridicidade de modo contra-hegemônico também significa ampliar o foco do protagonismo para além dos juristas de formação e profissão, contemplando o saber-fazer de outros atores e atrizes em suas variadas formas de relacionamento com o fenômeno jurídico visando à satisfação de suas necessidades fundamentais e à acumulação de força de pressão por mudanças sociais efetivas.

Importa, nas próximas linhas, apresentar de que modo o movimento quilombola tem desempenhado esse protagonismo jurídico, em que suas lutas por território, cidadania e dignidade trazem relevantes contribuições à ressignificação da juridicidade.

### **3. DIREITO AO TERRITÓRIO E TERRITÓRIO DE DIREITOS**

A trajetória de resistência e de luta quilombola, nos termos apresentados, comporta uma inafastável dimensão jurídica, notadamente quando se adota uma perspectiva contra-hegemônica e plural, o que requer o ajuste da lente do fenômeno jurídico para além dos enfoques que o reduzem à lei e ao Estado (juspositivismo) ou o colocam em um plano metafísico e a-histórico, pairando acima das paixões e contingências humanas (jusnaturalismo)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Tal abordagem guarda relação com o que foi preconizado por Roberto Lyra Filho (1999, p. 26-27), quando defendeu uma abordagem realmente

Para tanto, revela-se imprescindível partir da realidade concreta e conflituosa em que se desenvolvem os quilombos, discernindo as múltiplas relações que travam com a juridicidade. Considerando-se o caráter complexo e multifacetado do direito e que ele se manifesta de diversos modos no espectro social, será possível constatar que essas relações dão-se tanto no plano do instituído, contestando ou reivindicando a juridicidade estatal, quanto no plano instituinte, com a discussão sobre novos direitos e sobre os próprios fundamentos do fenômeno jurídico.

As comunidades quilombolas vêm lidando com o Direito, desde seus primórdios, ainda no período colonial, quando eram negadas e criminalizadas pelo Direito oficial de cariz escravocrata. Ao se rebelarem contra o sistema de exploração e de perpetuação da violência, reivindicando sua humanidade e liberdade tornaram-se a primeira experiência de movimentação social brasileira (ROCHA, 2019). Desde então, a luta pela defesa de sua cultura, de seus hábitos e territórios ocasionou outros choques com a concepção jurídica hegemônica, recusando aquelas normas que obstaculizam o exercício de suas identidades étnicas, questionando conteúdos jurídicos que legitimam situações de opressão e exclusão, mormente o sentido individualista e exclusivista da propriedade.

---

dialética do direito: “Somente uma nova teoria *realmente dialética* do Direito evita a queda numa das pontas da antítese (teses radicalmente opostas) entre direito positivo e direito natural. Isto, é claro, como em toda superação dialética, importa em conservar os aspectos válidos de ambas as posições, rejeitando os demais e reenquadrando os primeiros numa visão superior. Assim, veremos que a *positividade* do Direito *não conduz fatalmente ao positivismo* e que o *direito justo* integra a dialética jurídica, sem voar para nuvens metafísicas, isto é, *sem desligar-se das lutas sociais*, no seu desenvolvimento histórico, entre espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro (LYRA FILHO, 1999, p. 26-27, *itálicos no original*).

Mas também vêm demandando a concretização de comandos normativos presentes no ordenamento jurídico nacional (artigo 68 do ADCT da Constituição Federal e o Decreto nº 4887/03) e na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais, que foi ratificada pelo Brasil e passou a vigorar aqui em 2003, sendo atualmente regulamentada pelo Decreto nº 10.088/19. Em razão do que foi positivado e vem sendo sonegado a eles, cobram dos poderes constituídos a concretização de políticas públicas que lhes garantam seu modo de viver, fazer e criar (SHIRAISHI NETO, 2014). Além disso, precisam empreender esforços para manter ou alterar a interpretação sobre as normas existentes, de modo a alinhá-las às suas reais demandas, bem como garantir a própria permanência dessas normas em face das ameaças de retrocessos.

Essas disposições jurídico-constitucionais são relidas pelas comunidades quilombolas desde um marco que extrapola a discussão sobre o direito à/de propriedade que foi consagrado na Modernidade (MARQUES; GOMES, 2013), pois a demanda quilombola não está adstrita à mera titulação de terras, invocando um aspecto étnico-cultural, de construção de uma identidade coletiva e de manutenção de um modo específico de ser e viver que só adquire significado a partir do manejo tradicional do território, com ênfase para a preservação de laços familiares e da hereditariedade. Esse modo de produzir, voltado em grande medida à dinâmica da agricultura familiar e à criação de pequenos animais são contrastantes com o modelo predominante de desenvolvimento do campo no Brasil (SOARES, 2018)

Caminhando para o plano do instituinte, reconhece-se que toda essa movimentação, calcada nas demandas efetivas e necessidades concretas, tem o condão de destravar um processo social de criação de direitos, como muito bem salientado por Gustavo Siqueira (2011), para quem um dos importantes papéis

dos movimentos sociais é tornar perceptíveis as lutas por direitos não positivados, trazendo experiências jurídicas desenvolvidas em outros campos da vida social. E essas experiências instituintes, insurgentes e contra-hegemônicas desempenhadas há séculos pelas comunidades negras permitem que elas sejam concebidas como expressão efetiva do Pluralismo Jurídico (WOLKMER; LOPES, 2020).

Conceber as comunidades quilombolas como territórios de direitos significa tratá-las como espaço de produção de uma juridicidade própria, coletiva, dialógica, com viés emancipatório, lastreada no escopo de melhorar as condições efetivas de vida, preservando-se os elementos étnico-culturais que as constituem e lhes dão especificidade (tradições, oralidade, religiosidade, vinculação orgânica com a terra, forma de divisão do território de acordo com a hereditariedade). Há um modo próprio de se organizarem, de encaminharem as demandas, de lidarem com os conflitos internos, tudo consoante normas próprias e consentâneas com as suas realidades.

As comunidades e seus membros buscam, portanto, modelos jurídicos que sejam mais apropriados às suas necessidades (SHIRAISHI NETO, 2014); um direito mais substancial, pautado na memória e nas experiências cotidianas e que rejeita em grande medida o que está posto (WOLKMER; LOPES, 2020). Como muito bem colocado por Antônio Carlos Wolkmer (2015b), em sua obra seminal sobre pluralismo jurídico, a razão motivadora para o surgimento de direitos é a não satisfação das necessidades humanas fundamentais. A falta de algo imprescindível para a continuidade do grupo (território, acesso aos recursos naturais, condições para o desenvolvimento da agropecuária familiar, o respeito às suas manifestações culturais) destrava um processo coletivo e de luta social para obtê-lo.

Esse processo tem força criadora de direitos, ou seja, tem força jurígena, pois questiona o que está colocado e que

não se adéqua à realidade e às experiências de vida, almejando-se a criação de outros referenciais, outras respostas, outros modos de organização e de encaminhamento das questões internas, outros sentidos e normas. E os integrantes dessas comunidades, passam a verbalizar e reverberar essas reivindicações, nas relações que travam entre si, com seu entorno (notadamente com os proprietários vizinhos que em grande parte lhe resistem) e com as autoridades e órgãos públicos. E a depender do processo de sedimentação e de alcance de suas vozes, os pleitos poderão, inclusive, penetrar no espaço da institucionalidade e se tornarem normas positivadas, retroalimentando o movimento, pois uma vez presentes no ordenamento, destravarão a busca pela efetivação e pela abertura hermenêutica, redundando em novas e sucessivas demandas, que se expressarão na forma de outros e novos direitos.

Pode-se afirmar, com Ilka Boaventura Leite (2008), que os quilombos conjugam diversas noções de direito, desde o acesso ao território e seus consentâneos (água, luz, saneamento, saúde, educação), passando pelas manifestações culturais e, principalmente, quando confronta modelos e projetos de desenvolvimento, de parentesco, de herança e de representação política; quando coloca em xeque determinadas formas de ser e viver, bem como determinados usos dos bens e recursos naturais; quando não se restringe exclusivamente à luta pela terra, mas revelam-se como expressão de um projeto de mudança.

Disso se constata que esses territórios coletivos, para além das relações com a juridicidade oficial, também podem ser caracterizados como ordens jurídicas diferenciadas (ROZEIRA, 2019, p. 2), pois abrigam novos sujeitos coletivos de direitos que desenvolvem valores e práticas diferenciadas (autonomia, solidariedade, busca da emancipação, autonomia), conferindo legitimidade para a construção de uma nova cultura jurídica (WOLKMER, 2015b). Esses valores e práticas



alternativos - o *alter* referindo-se à outra concepção e aos outros sujeitos que contribuem para seu surgimento - vão ensejar, igualmente, novas epistemologias, formatando um pensar-agir crítico e emancipatório. Em verdade, estão produzindo novos conhecimentos, novas práticas e novas reflexões sobre a prática.

Na condição de protagonistas e de detentores de saberes relevantes, as comunidades quilombolas, enquanto movimento social e desde a abordagem contra-hegemônica aqui delineada, acabam por disputar os sentidos da juridicidade dentro do próprio campo jurídico (BOURDIEU, 2007), quebrando o monopólio de dizer o direito, que não pode ficar adstrito aos juristas de formação e profissão. Portanto, elas criam direitos a partir de suas demandas concretas, constroem discursos jurídicos para organizarem seus territórios e encaminharem eventuais conflitos internos, além de estruturarem suas pautas reivindicatórias em decorrência do que entendem ser o jurídico e o justo.

Enquanto sujeitos coletivos de direitos e fatores legítimos de pressão social, os quilombolas poderão contribuir efetivamente para o desenvolvimento e concretização de uma juridicidade contra-hegemônica que, por sua vez, dará subsídios à própria resistência social travada por eles.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A juridicidade contra-hegemônica e plural delineada neste trabalho permite que a resistência quilombola seja abordada desde uma dimensão jurídica que não se restringe às suas interações com o ordenamento jurídico estatal e com o sistema de justiça, abrangendo o processo social de criação de direitos a partir de uma luta emancipatória.

Essa forma de se conceber e aplicar o Direito permitiu abordar a atuação quilombola não apenas enquanto protagonismo político, mas também jurídico, desde o período

colonial, evidenciando um projeto político-jurídico pautado na luta constante contra os processos de inviabilização e exclusão, na reivindicação de espaços de fala e de atuação, bem como na afirmação de sua dignidade, cidadania e efetivação de direitos. Ao reivindicarem direitos, constroem igualmente direitos e seguem buscando modificar suas condições concretas de existência.

Ao agirem dessa forma, também criam reflexões, explicações, princípios, modos de organização e de produção, enfim, outros saberes e normas que tornam cada comunidade quilombola um território de direitos e de defesa de novas formas de ser, criar e fazer. E esse saber-agir de outro tipo não se restringe a mudanças apenas em suas comunidades, mas abrem horizontes para discussões mais amplas sobre alterações societais mais profundas, ancoradas em relações mais solidárias, éticas, colaborativas, dialógicas e socioambientalmente responsáveis.

Em termos mais específicos, consigna-se que a forma como desenvolvem e defendem sua identidade étnica e esse outro modo de viver seriam contribuições determinantes para a construção de uma juridicidade também de outro tipo, mais plural, dialógica, inserida na complexidade do real e construída por atores e atrizes oriundos das mais diferentes áreas, não se restringindo aos juristas de formação. Esse outro saber-agir jurídico revela-se, assim, contra-hegemônico, por transitar na contramão do senso comum que aprisiona o Direito e o reduz apenas à sua manifestação enquanto legalidade estatal e instrumento de poder, controle e opressão (AGUIAR, 1984). Sem desconsiderar a importância de disputar os sentidos jurídicos dentro do ordenamento oficial - e a luta quilombola é um exemplo de utilização táctica de todas as possibilidades existentes e de ocupação de todos os espaços possíveis - é forçoso reconhecer que essa é apenas uma das dimensões do fenômeno jurídico, ainda que seja a que encontra maior evidência, mas não a única e nem mesmo a mais efetiva, em

determinadas circunstâncias.

Finalmente, para se alcançar maior concretude, não basta projetar as lentes dessa juridicidade contra-hegemônica e plural sobre a resistência histórica dos quilombolas. Essa juridicidade contra-hegemônica, para alcançar mais densidade e produzir consequências, também precisa da força político-jurídica das comunidades quilombolas<sup>8</sup>, sob pena de ficar apenas no plano da abstração e das boas propostas. Tem-se, assim, uma dupla e necessária implicação, de modo que ao olhar a resistência quilombola de um modo mais amplo e alternativo, essa juridicidade sairá fortalecida e encontrará maior efetividade, se for encampada como mais uma das legítimas instâncias de luta quilombolas.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. *Direito, poder e opressão*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

ARAÚJO, Sara. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. *Sociologias*, v. 18, p. 88-115, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/soc/a/z6DRhTH6bsP5kWpQN9vJWvn/abstract/?lang=pt>>. Acesso em 05 jun. 2021.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista brasileira de ciência política*, p. 89-117, 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/DxkN3kQ3XdYYPbwwXH55jhw/>>. Acesso em 21 out. 2021.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal). 10.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

---

<sup>8</sup> Os desdobramentos dessa assertiva requerem uma pesquisa mais extensa e com mais fôlego, ancorada em depoimentos de lideranças quilombolas e integrantes dessas comunidades, o que está sendo construído no âmbito do doutoramento junto ao “Programa de Pós-Graduação em Estado e Sociedade”, da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB).

- BRANDÃO, Francisco. Juristas querem mais recursos para titulação de quilombolas. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília/DF, 12 de abr. de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/745403-juristas-querem-mais-recursos-para-titulacao-de-quilombolas/>>. Acesso em 23 set. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 set. 2021.
- CASTILHO, Natalia Martinuzzi. *Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América Latina: um diálogo da partir da obra de Joaquín Herrera Flores*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.
- GOMES, Rodrigo Portela. *Constitucionalismo e quilombos: famílias negras no enfrentamento ao racismo de estado*. 2.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2020.
- LEITE, Ilka Boaventura. O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. *Revista Estudos Feministas*, v. 16, p. 965-977, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ref/a/PkRZPC6gwHRkLMMKkPxCvyd/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 04 mai. 2021.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Góes. Pluralismo jurídico, juridicidade e teoria jurídica intercultural no atual panorama da antropologia jurídica. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, 2018. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/644>>. Acesso em 30 mai 2021.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo Brasiliense, 1999.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. Franca: UNESP-FHDSS, 2005.
- MARINGONI, Gilberto. O destino dos negros após a Abolição. *Desafios do desenvolvimento*. Ano, v. 8, p. 70, 2011. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&id=2673%3Acatid%3D28](https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28)>. Acesso em 26 mai. 2021.

MARQUES, Carlos Eduardo; GOMES, Lilian. A constituição de 1988 e a ressignificação dos quilombos contemporâneos limites e potencialidades. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 28, nº 81, São Paulo, fev.2013. Disponível em:<[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092013000100009](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092013000100009)>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MOURA, Clóvis. *Os quilombos e a rebelião negra*. 5.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

NUNES, Diego; SANTOS, Vanilda Honória dos. Por uma história do conceito jurídico de quilombo no Brasil entre os séculos XVIII e XX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 66, n. 1, p. 117-148, 2021. Disponível em:<<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/72690>>. Acesso em 11 jun. 2021.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. Introdução - Uma história de liberdades. In: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. Editora Companhia das Letras, 1996, p.9-25.

ROCHA, Qelli Viviane Dias. Movimento quilombola: resistência à superfície da “História”. *Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais*, vol. 16, nº 01, 2019, p. 1-12. Disponível em:<<http://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/1028/1003>>. Acesso em: 17 mai. de 2021.

ROZEIRA, Leandro Venicius Fonseca. O Pluralismo Jurídico, o Transconstitucionalismo e Comunidades Quilombolas. *Campo Jurídico*, v. 7, n. 1, p. 1-16, 2019. Disponível em:<<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/264>>. Acesso em: 21 mai. de 2021.

SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1)*. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.

SILVA, Carolina Gual. Sobre direito e normas na Idade Média do pluralismo à multinormatividade. *SIGNUM-Revista da ABREM*, v. 21, n. 1, p. 06-22, 2020.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Os quilombos como novos 'sujeitos de direito': processo de reconhecimento e impasses. *Cadernos UNDB*, São Luís, v. 4, jan/dez 2014. Disponível em: <[http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/11\\_-\\_os\\_quilombos\\_como\\_novos.pdf](http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/11_-_os_quilombos_como_novos.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2021.

SOARES, Iris Pontes. Ainda guardo o direito de algum antepassado da cor: luta quilombola brasileira. *Revista Katálysis*, v. 21, p. 574-583, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rk/a/ZWK69KvXnz79kz97LNhnSTp/?format=html>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228375/>> Acesso em: 03 out. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos.. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, p. 2711-2735, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/HQPFryhyv6btvKWKXVfPcDj/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos; LOPES, Júlio Cesar. Pluralismo jurídico e contra-hegemonia dos povos remanescentes de quilombos. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 17, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45318>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

# **AS CONSEQUÊNCIAS DO TÉRMINO DO PRAZO PARA ADEÇÃO AO PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DA LEI DE PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA**

Fábio Fernandes Corrêa  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani  
Allívia Rouse Carregosa Rabbani

## **INTRODUÇÃO**

Após sucessivas alterações na Lei de Proteção da Vegetação Nativa (Lei nº 12.651/12), em especial quanto aos prazos nela previstos, o art. 29, § 4º, teve seus termos atuais definidos pela Lei nº 13.887, de 17 de outubro de 2019, que estabelece *in verbis*: “Os proprietários e possuidores dos imóveis rurais que os inscreverem no CAR até o dia 31 de dezembro de 2020 terão direito à adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), de que trata o art. 59 desta Lei”.

Ainda que se permita a inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) de propriedades e posses rurais por prazo indeterminado (art. 29, § 3º), o mesmo cadastro é condição de admissibilidade ao Programa de Regularização Ambiental. Vencido o prazo para a adesão ao PRA, para aqueles que não inscreveram seus imóveis no CAR até 31 de dezembro de 2020, importante delinear quais as consequências práticas nos imóveis rurais que apresentam passivos ambientais e não mais poderão aderir ao citado programa.

Mesmo que o Programa de Regularização Ambiental

possa tratar de quaisquer passivos ambientais, os que podem sofrer impacto com o término do prazo de adesão ao PRA são aqueles existentes nas áreas rurais consolidadas, isto é, na área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris.

Há três principais áreas ambientalmente protegidas pela Lei de Proteção da Vegetação Nativa: área de preservação permanente (APP), área de reserva legal (RL) e área de uso restrito (UR). A APP e a RL sofrem uma diferenciação quanto à constituição de sua vegetação, caso existam áreas rurais consolidadas em seu interior. O regramento jurídico diferenciado é previsto no Capítulo XIII da Lei nº 12.651/12, justamente o que trata do Programa de Regularização Ambiental.

O art. 61-A da Lei nº 12.651/12, que dispõe sobre as áreas consolidadas em áreas de preservação permanente, foi julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em ações que contestavam sua inconstitucionalidade perante a Lei Maior<sup>1</sup>. No entanto, resta saber o alcance dessa e das demais disposições legais eventualmente afetadas pelo término da possibilidade em se aderir ao PRA.

Para tanto, no presente estudo realiza-se uma análise sobre as razões que levaram à modificação legislativa e à edição da Lei de Proteção da Vegetação Nativa, bem como sobre os principais aspectos das suas áreas ambientalmente protegidas e do Programa de Regularização Ambiental. É também analisada a estrutura da Lei nº 12.651/12, a partir do arcabouço legal sobre a elaboração de atos normativos, a fim de se discutir a razão de inserção das áreas rurais consolidadas e do PRA no Capítulo XIII, que trata das Disposições Transitórias.

---

<sup>1</sup> O STF analisou as (in)constitucionalidades da Lei nº 12.651/12 nas ADI's 4901, 4902, 4903 e 4937 e na ADC 42.



# 1. A LEI DE PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA

Aponta-se que uma das razões para a mudança legislativa que levou à edição da Lei nº 12.651/12 (Lei de Proteção da Vegetação Nativa) foi que a necessidade de aumento da produção agropecuária entrou em conflito com a conservação ambiental determinada pela Lei nº 4.771/65. Assim, houve uma pressão política pela revisão da lei<sup>2</sup>, embora a ciência demonstrasse que o maior problema não era o então Código Florestal vigente, mas o uso inadequado da terra<sup>3</sup>.

Também contribuiu para uma mobilização da bancada ruralista no Congresso Nacional a edição de medidas provisórias, aumentando o rigor das áreas protegidas pela Lei nº 4.771/65, e do Decreto nº 6.514/08, que regulamentou o processo administrativo federal para a apuração das infrações ao meio ambiente<sup>4</sup>. O próprio descompasso entre o que a lei exigia e o que de fato era cumprido já servia de motivo para negociações políticas para mudanças legislativas ambientais<sup>5</sup>.

A Lei nº 12.651/12, chamada de Novo Código Florestal<sup>6</sup>, é a que atualmente dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Nela estão contidos importantes conceitos, como de área de preservação permanente, reserva legal e área rural consolidada. Também a Lei nº 12.651/12 previu dois importantes institutos, sendo eles o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e o Programa de Regularização Ambiental (PRA).

O Cadastro Ambiental Rural é um registro público, eletrônico e obrigatório para todas as propriedades e posses rurais, com a finalidade de integrar as suas informações ambientais<sup>7</sup>. O CAR não foi criado pela Lei nº 12.651/12, pois já havia sido

---

<sup>2</sup> SOARES-FILHO, 2013, p. 2.

<sup>3</sup> SPAROVEK *et al.*, 2011, p. 123.

<sup>4</sup> PEREIRA, 2013, p. 44.

<sup>5</sup> ALSTON; MUELLER, 2007, p. 52.

<sup>6</sup> BRANCALION *et al.*, 2016, p. 2.

<sup>7</sup> MUKAI, 2013, p. 33

previsto no art. 14, do Decreto nº 7.029/09, que instituiu o Programa Mais Ambiente<sup>8</sup>, como parte integrante do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA). O CAR seria disciplinado em ato conjunto dos Ministérios do Meio Ambiente, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário, o que não ocorreu.

O CAR foi regulamentado pelo Decreto nº 7.830/12, sem prejuízo do estabelecimento de regras complementares editadas pelos Estados e Municípios. Inicialmente, a inscrição do imóvel rural no CAR devia ser realizada no prazo de 1 (um) ano contado de sua implantação, prorrogável uma única vez, por ato do Chefe do Poder Executivo, cujas informações deviam ser atualizadas periodicamente ou sempre que houver alteração de natureza dominial ou possessória.

Após sucessivas prorrogações de seu prazo, a Lei nº 13.887/19 alterou a redação do § 3º, do art. 29, da Lei nº 12.651/12, para estabelecer que a inscrição no CAR é obrigatória e por prazo indeterminado para todas as propriedades e posses rurais. Apesar do descrédito por ser mais um instrumento de cadastros de terras do país<sup>9</sup>, o CAR é considerado um dos mais importantes avanços do Novo Código Florestal<sup>10</sup>. Como é um dos principais componentes para a regularização ambiental do imóvel rural<sup>11</sup>, não se vislumbra qualquer prejuízo na inexistência de um prazo determinado para a inscrição do imóvel rural.

O Capítulo XIII, da Lei nº 12.651/12, trata das “Disposições Transitórias” e logo no seu primeiro artigo traz a obrigação da União, Estados e Distrito Federal de implantação dos Programas de Regularização Ambiental de posses e propriedades rurais, com a finalidade de adequá-las aos termos

---

<sup>8</sup> TRENNEPOHL, 2013, p. 309.

<sup>9</sup> ANTUNES, 2013, p. 183.

<sup>10</sup> BRANCALION *et al.*, 2016, p. 4; KRÖGER, 2017, p. 34.

<sup>11</sup> OBSERVATÓRIO; IPAM, 2017, p. 3

daquele capítulo. Tal capítulo trata das áreas consolidadas em áreas de preservação permanente, tanto em zona rural como em zona urbana, como das áreas consolidadas em reserva legal.

Ainda que voltado prioritariamente às áreas consolidadas, nada impede, porém, que o PRA possa contemplar ações voltadas à recomposição florestal de supressões ou regularização de intervenções não autorizadas que tenham sido realizadas em área que não se enquadre no conceito de consolidada. O art. 17 da Lei nº 12.651/12, por exemplo, inserido dentro do Capítulo IV, trata do regime de proteção da reserva legal, com a obrigação da conservação de sua cobertura de vegetação nativa. O citado dispositivo determina a suspensão imediata das atividades em área de reserva legal desmatada irregularmente após 22 de julho de 2008, sendo que o início da recomposição deve ocorrer em até 2 (dois) anos<sup>12</sup> e ser concluído no prazo estabelecido no PRA. Há, assim, um exemplo de expressa utilização do Programa de Regularização Ambiental fora de área consolidada.

A implantação dos Programas de Regularização Ambiental deveria ter ocorrido em um ano, a partir da publicação da Lei nº 12.651/12, em 28 de maio de 2012, com a opção de prorrogação de tal prazo, uma única vez e por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo<sup>13</sup>. Atendendo ao art. 59, § 1º, foram editados os Decretos nº 7.830/12 e nº 8.235/14 que, entre outros assuntos, estabeleceram normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, cabendo então aos Estados e Distrito Federal implementá-los em atos normativos próprios<sup>14</sup>, detalhando-os em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais.

---

<sup>12</sup> Contado de 18 de outubro de 2012, pois o dispositivo foi inserido pela Lei nº 12.727/12.

<sup>13</sup> MUKAI, 2013, p. 54.

<sup>14</sup> CHIAVARI; LOPES, 2016, p. 22.

Os proprietários e possuidores dos imóveis rurais que os inscreverem no CAR até 31 de dezembro de 2020 terão direito à adesão ao Programa de Regularização Ambiental, conforme o § 4º, do art. 29, da Lei nº 12.651/12, com a redação conferida pela Lei nº 13.887/19. A adesão ao PRA é realizada com a assinatura de um termo de compromisso com o órgão competente integrante do SISNAMA. O termo de compromisso, por sua vez, constituirá um título executivo extrajudicial<sup>15</sup>.

São alguns os benefícios com a adesão ao PRA, como as chamadas anistias administrativas<sup>16</sup>, justamente por impossibilitar que o responsável pela infração responda por ela na esfera administrativa. O proprietário ou posseiro rural que tenha praticado infrações, antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, reserva legal e uso restrito, após a adesão ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso não poderá ser atuado pelas referidas infrações. Se já atuado, a partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das citadas infrações. Cumpridas as obrigações voltadas à regularização ambiental, nos prazos e condições estabelecidas, as multas serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente<sup>17</sup>.

Há, ainda, uma implicação criminal com a adesão ao PRA, pois com a assinatura do termo de compromisso para a regularização ambiental do imóvel rural há suspensão da punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei nº 9.605/98, enquanto o termo estiver sendo cumprido. O STF, no julgamento das ações envolvendo a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.651/12, deu interpretação conforme à

---

<sup>15</sup> ATTANASIO JUNIOR, 2015, p. 151-152.

<sup>16</sup> FREITAS; FRANCO, 2013, p. 427.

<sup>17</sup> Art. 59, § 5º, da Lei nº 12.651/12.

Constituição para afastar, no curso da execução dos termos de compromissos subscritos nos Programas de Regularização Ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22 de julho de 2008, seja das sanções deles decorrentes.

Entre os conceitos trazidos pela Lei nº 12.651/12 está o de “área rural consolidada”. A Lei de Proteção da Vegetação Nativa a definiu como a área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio<sup>18</sup>.

O marco temporal foi definido em 22 de julho de 2008 em razão da edição do Decreto nº 6.514/08, que regulamentou a Lei nº 9.605/98 no tocante às infrações e sanções administrativas ao meio ambiente<sup>19</sup>. No entanto, referida data não guarda relação alguma com um marco ecológico ou alteração da legislação ambiental e o conceito de área rural consolidada pode ser inclusive um estímulo ao desrespeito às normas legais<sup>20</sup>.

A falta de recuperação às áreas degradadas de maneira irregular não tem fundamentação juridicamente concebível<sup>21</sup> e a aplicação do conceito de área rural consolidada exerceu enorme influência nas áreas de reserva legal e de preservação permanente, já que 90% (noventa por cento) dos imóveis rurais foram beneficiados por anistias<sup>22</sup>.

Por sua vez, a área de preservação permanente é conceituada pela Lei de Proteção da Vegetação Nativa como

---

<sup>18</sup> Pousio é a prática de interrupção temporária de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais, por no máximo 5 (cinco) anos, para possibilitar a recuperação da capacidade de uso ou da estrutura física do solo (art. 3º, inc. XXIV, da Lei nº 12.651/12).

<sup>19</sup> LEHFELD; CARVALHO; BALBIM, 2013, p. 35.

<sup>20</sup> GARCIA *et al.*, 2016, p. 9.

<sup>21</sup> COSTA; GABRICH, 2018, p. 105.

<sup>22</sup> SOARES-FILHO *et al.*, 2014, p. 363.

aquela protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas<sup>23</sup>.

A definição de uma área como de preservação permanente tem como fator preponderante a função ambiental por ela desempenhada, como a conservação de recursos hídricos e prevenção da erosão do solo<sup>24</sup>. No entanto, não basta a caracterização da área pelos serviços ambientais que proporciona. Para ser de preservação permanente, tem que constar do rol do art. 4º da Lei nº 12.651/12<sup>25</sup>.

O regime jurídico relativo às áreas rurais consolidadas em áreas de preservação permanente difere daquele previsto no art.7º, da Lei de Proteção da Vegetação Nativa. São aplicadas as delimitações das áreas de preservação permanente previstas no art. 4º, da Lei nº 12.651/12, porém, com a consolidação em parte das intervenções e supressões anteriores a 22 de julho de 2008, por isso estão sendo chamadas de “APPs com uso consolidado”<sup>26</sup>. Há regularização parcial dos usos nas áreas de preservação permanente em razão da obrigatoriedade de sua recomposição, mas em uma metragem diferente da prevista no art. 4º, levando em conta o tamanho da propriedade ou posse de acordo com o seu módulo fiscal.

De acordo com o art. 7º, § 1º, da Lei nº 12.651/12, ocorrida supressão de vegetação situada em área de preservação permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação. No entanto, o mesmo dispositivo

---

<sup>23</sup> Art. 3º, inc. II, da Lei nº 12.651/12.

<sup>24</sup> SOARES-FILHO *et al.*, 2014, p. 363.

<sup>25</sup> ANTUNES, 2013, p. 65.

<sup>26</sup> BRANCALION *et al.*, 2016, p. 6.

ressalva os usos autorizados previstos na própria lei<sup>27</sup>. Assim, por exemplo, no imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, nos casos expressos em lei, está autorizada a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural.

Recebem tratamento diferenciado as áreas de preservação permanente ao longo de cursos d'água naturais, das nascentes e olhos d'água, do entorno de lagos e lagoas naturais e das veredas. É muito importante ressaltar que as metragens das áreas de preservação permanente serão sempre as determinadas no art. 4º da Lei nº 12.651/12. A continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural será permitida fora da faixa obrigatória de recomposição, mas o responsável pela área tem o dever de conservação do solo e da água, por meio de adoção de boas práticas agronômicas e tais situações deverão ser informadas no CAR. Além disso, conforme o art. 61-A, § 11, as atividades deverão observar critérios técnicos indicados no PRA, sendo vedada a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo nesses locais.

Há, porém, situações em que nem sequer a recomposição das áreas de preservação permanente acima mencionada será realizada. O art.61-A, §12, da Lei de Proteção da Vegetação Nativa, permite a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e turismo rural, inclusive dos seus acessos, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas.

No tocante a todos os casos de recomposição e suas exceções previstas no art. 61-A, o poder público, verificada a existência de risco de agravamento de processos erosivos ou de inundações, determinará a adoção de medidas mitigadoras que garantam a estabilidade das margens e a qualidade da água,

---

<sup>27</sup> ATTANASIO JUNIOR, 2015, p. 126.

após deliberação do Conselho Estadual de Meio Ambiente ou de órgão colegiado estadual equivalente (art. 61-A § 14). Nada impede, inclusive, que tais medidas mitigadoras possam exigir sua recomposição sem levar em consideração a área rural consolidada, nos moldes das regras gerais<sup>28</sup>.

Para uma melhor visualização de uma área de preservação permanente, sem ou com área rural consolidada, são trazidos os exemplos dos cursos d'água (Tabelas 1 e 2). Ressalta-se que a APP do curso d'água será sempre a disposta na Tabela 1. No entanto, caso possua área rural consolidada, a faixa obrigatória de recomposição da vegetação dependerá do tamanho do imóvel rural, conforme metragens da Tabela 2.

**Tabela 1** – Metragem das faixas marginais de APPs dos cursos d'água.

<b>Largura do curso d'água</b>	<b>Largura faixas marginais</b>
< 10 m	30 m
10 a 50 m	50 m
50 a 200 m	100 m
200 a 600 m	200 m
> 600 m	500 m

**Fonte:** Elaborada pelos autores a partir da Lei nº 12.651/12.

---

<sup>28</sup> MACHADO, 2013, p. 882.



**Tabela 2** – Metragem das faixas obrigatórias de recomposição nas áreas rurais consolidadas de APPs de cursos d’água naturais.

<b>Área do imóvel rural</b>	<b>Largura das faixas obrigatórias de recomposição</b>
Até 1 MF	5 m
> 1 até 2 MF	8 m
> 2 até 4 MF	15 m
> 4 MF	20 a 100 m, conforme o PRA
> 4 até 10 MF (para os cursos d’água com até 10 m de largura)	20 m
Demais casos	Metade da largura do curso d’água, mas sempre entre 30 e 100 m

**Fonte:** Elaborada pelos autores a partir da Lei nº 12.651/12 e do Decreto nº 7.830/12.

No tocante à reserva legal, as suas áreas prestam importantes funções ambientais, com a conservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos<sup>29</sup>, complementam as áreas protegidas das unidades de conservação para assegurar populações biológicas viáveis, servem como corredores ecológicos, regulam as chuvas reduzindo secas e inundações e são estoques de carbono<sup>30</sup>.

A Lei de Proteção da Vegetação Nativa define reserva legal como a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> METZGER *et al.*, 2019, p. 91.

<sup>30</sup> PADOVEZI *et al.*, 2018, p. 24.

<sup>31</sup> Art. 3º, inc. III, da Lei nº 12.651/12.

A área, com cobertura vegetal nativa, que deve ser mantida em todo imóvel rural, varia conforme a localização da propriedade ou posse, de acordo com os percentuais estabelecidos no art. 12 da Lei nº 12.651/12. Se situado na Amazônia Legal deve ser constituída por: a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas; b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado; c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais. Nas demais regiões do País será de 20% (vinte por cento) da área total do imóvel rural.

Como regra geral, tem-se que a área de reserva legal deverá ser conservada com cobertura de vegetação nativa, por qualquer ocupante do imóvel rural, seja qual for a relação que mantém com a propriedade ou posse<sup>32</sup>. Há, porém, uma ressalva específica para as pequenas propriedades e posses rurais e assemelhados, que mereceram um tratamento diferenciado<sup>33</sup>, pois para o cumprimento da manutenção da área de reserva legal nos referidos imóveis poderão ser computados os plantios de árvores frutíferas, ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas da região em sistemas agroflorestais.

Em se tratando de área rural consolidada em área de reserva legal, para os imóveis que, em 22 de julho de 2008, tinham a reserva legal em extensão inferior aos percentuais previstos no art. 12 da Lei de Proteção da Vegetação Nativa será permitida a sua regularização, independentemente da adesão ao PRA<sup>34</sup>. O art. 66 descreve que para atingir a regularização, o proprietário ou possuidor pode recompor a reserva legal, permitir a regeneração natural da vegetação ou compensar a reserva legal.

---

<sup>32</sup> PEREIRA; D'OLIVEIRA, 2013, p. 259.

<sup>33</sup> LEHFELD; CARVALHO; BALBIM, 2013, p. 273.

<sup>34</sup> FINK, 2013, p. 473.

No entanto, o dever de recomposição é excepcionado, conforme previsão do art. 67 da Lei nº 12.651/12. Assim, nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a reserva legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente na citada data, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

Referido dispositivo atingiu nada menos que 90% (noventa por cento) dos imóveis rurais do país<sup>35</sup>. Pontua-se que o Novo Código Florestal levou em consideração a triste realidade do campo, formado por “pequenos e sofridos agricultores” que jamais foram capazes de se adequar à Lei nº 4.771/65<sup>36</sup>. Importante ressaltar que o art. 67 não remete ao conceito de pequena propriedade ou posse rural do art. 3º, inc. V, da Lei nº 12.651/12. Portanto, para se atingir a benesse, apenas será considerada a área do imóvel, sem necessidade de que sejam caracterizadas como aqueles ou à figura equiparada do art. 3º, parágrafo único, da mesma lei<sup>37</sup>.

Foram tratados os conceitos e tratamentos jurídicos das áreas rurais consolidadas nas áreas de preservação permanente e de reserva legal. Como os dispositivos estão situados no mesmo capítulo da Lei nº 12.651/12, que dispõe sobre o

---

<sup>35</sup> SANTIAGO; REZENDE; BORGES, 2017, p. 5.

<sup>36</sup> BRAGA, 2013, p. 484.

<sup>37</sup> Lei nº 12.651/12, art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...]

V - pequena propriedade ou posse rural familiar: aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006; [...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, estende-se o tratamento dispensado aos imóveis a que se refere o inciso V deste artigo às propriedades e posses rurais com até 4 (quatro) módulos fiscais que desenvolvam atividades agrossilvipastoris, bem como às terras indígenas demarcadas e às demais áreas tituladas de povos e comunidades tradicionais que façam uso coletivo do seu território.

Programa de Regularização Ambiental, com o término do prazo para a sua adesão, é importante delinear as consequências para o imóvel rural, cujo proprietário ou posseiro não fizer a sua adesão.

Para tanto, é realizada uma análise da elaboração de atos normativos e, em especial do processo legislativo da Lei de Proteção da Vegetação Nativa, a fim de se tentar compreender as razões da previsão das áreas rurais consolidadas, da denominação do Capítulo XIII como disposições transitórias e a inclusão nele do Programa de Regularização Ambiental. Isso porque, no defendido Estado de Direito Ambiental, é imprescindível a utilização de princípios interpretativos que sirvam de guia para o amadurecimento e efetivação do Estado Ecológico<sup>38</sup>.

## **2. A ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS E O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI DE PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA**

O ato de se legislar, isto é, de se elaborar as leis, não é exercido sem qualquer formalidade ou parâmetro. A Legística, um dos ramos da Ciência da Legislação e que trata da qualidade da norma jurídica, possui as dimensões material e formal, “que convivem em constante interação, desde a ‘justificação’ do impulso para legislar até o reordenamento do sistema jurídico em razão da nova legislação”<sup>39</sup>.

Com o intuito de guiar o legislador brasileiro nessa tarefa foi editada a Lei Complementar (LC) nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Esta Lei cumpre o quanto estabelecido no art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal, e dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Os atos normativos sobre as quais incide são as emendas à

---

<sup>38</sup> BELCHIOR, 2015, p. 106.

<sup>39</sup> SOARES, 2007, p. 8.

Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções.

De acordo com a LC nº 95/98, a estrutura da lei possui três partes básicas, sendo elas a parte preliminar, a parte normativa e a parte final. A última compreende as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

Os textos legais são articulados, tendo como unidade básica o artigo. Poderá ocorrer agrupamento de artigos em disposições preliminares, gerais, finais ou transitórias, conforme necessário. Mesmo que a LC nº 95/98 tenha trazido avanços em matéria de técnica de elaboração de atos normativos<sup>40</sup>, não houve uma conceituação em relação às disposições transitórias.

Desde a sua edição, a referida Lei Complementar vem sendo regulamentada, de forma que as redações tenham clareza e objetividade, com uma rápida e correta interpretação do conteúdo das normas<sup>41</sup>. Primeiramente ocorreu por meio do Decreto nº 2.954/99, posteriormente revogado pelo Decreto nº 4.176/02. Atualmente está em vigor o Decreto nº 9.191/17. Os dois últimos tratam do projeto de ato normativo, com a inclusão das disposições transitórias, se for o caso, na parte final, embora também não explicitem os seus objetivos ou significado.

O vernáculo transitório é um adjetivo com o significado “de pouca duração; passageiro, efêmero, temporário”<sup>42</sup>. Os próprios Decretos nº 2.954/99 e nº 4.176/02, que regulamentaram a LC nº 95/98 e mesmo que já revogados,

---

<sup>40</sup> FERREIRA, 2010, p. 6.

<sup>41</sup> MARTINS FILHO, 1999, p. 1.

<sup>42</sup> FERREIRA, 2010, p. 751.

fornecem interesses exemplos da aplicação das disposições transitórias.

O Decreto nº 2.954/99 estipulou, em seu art. 3º, que cada Ministério, até o final do mês de fevereiro, deveria apresentar à Casa Civil da Presidência da República plano legislativo orgânico dos atos normativos que considerava necessário editar ou encaminhar durante o ano. Em seu Capítulo VI – Disposições Gerais e Finais previu, como disposição transitória, que para o ano de 1999 o prazo previsto no art. 3º seria até o final do mês de abril.

O Decreto nº 4.176/02, por sua vez, estipulou, em seu art. 42, a criação do Grupo Executivo de Consolidação dos Atos Normativos e, no art. 43, a constituição de Comissões e Subcomissões Permanente de Consolidação e Revisão de Atos Normativos. No seu Capítulo V – Das Disposições Finais trouxe as Disposições Transitórias nos arts. 61 e 62 prevendo a quais órgãos cabiam as atribuições do Grupo Executivo e das Comissões dos arts. 42 e 43<sup>43</sup>.

No primeiro caso, houve previsão da extensão de um prazo especial para o ano em que o Decreto foi editado. No segundo exemplo, as atribuições de determinados órgãos que ainda deveriam ser criados seriam exercidas por outros órgãos já existentes. Ambas são claras situações com delimitações temporais, com o seu término previsto para data pré-estabelecida ou até a ocorrência de determinado evento.

A Lei nº 12.651/12 é fruto do Projeto de Lei (PL) nº 1.876 de 1999 que, de acordo com a sua ementa, previa

---

<sup>43</sup> Decreto nº 4.176/02, Art. 61. Enquanto não constituído o Grupo Executivo de Consolidação dos Atos Normativos de que trata o art. 42, as suas atribuições serão exercidas pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da casa civil. Art. 62. Enquanto não constituídas as Comissões e as Subcomissões Permanente de Consolidação e Revisão de Atos Normativos de que trata o art. 43, as suas atribuições serão exercidas pelas Comissões de Consolidação e Revisão de Atos Normativos criadas pelos Ministérios e pelos órgãos da estrutura da Presidência da República.

regras sobre as áreas de preservação permanente, reserva legal, exploração florestal e outras providências. De uma forma geral, dispunha que os limites das APPs seriam estipulados pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e que as populações tradicionais poderiam utilizá-las para atividades de subsistência.

O PL nº 1.876 não trouxe em seu texto o conceito de área rural consolidada. A sua justificativa, que pode ser entendida como a exposição de motivos, se baseia na dificuldade da aplicação da Lei nº 4.771/65, que levou à falta da preservação ambiental desejada<sup>44</sup>.

O mencionado Projeto de Lei foi rejeitado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural e pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, com seu arquivamento em 31 de janeiro de 2007. No entanto, em 12 de julho daquele mesmo ano foi desarquivado e, ao longo de sua discussão no Congresso Nacional, recebeu como apensos outras dez proposições<sup>45</sup>.

De acordo com a narrativa de Aldo Rabelo<sup>46</sup>, foi possível identificar que o Projeto de Lei nº 4.619, de 2009<sup>47</sup>, é o primeiro a tratar de uso consolidado em APP, nos seguintes termos do seu art. 4º, § 3º:

As áreas de preservação permanente que se encontram com usos consolidados à data de edição desta lei, e que tenham sido iniciados comprovadamente em data anterior à imposição das restrições legais que incidem sobre as mesmas, deverão ser objeto de avaliação específica pela autoridade ambiental, visando a definição de medidas para a minimização do

---

<sup>44</sup> BRASIL, 1999.

<sup>45</sup> RABELO, 2010, p. 36-39.

<sup>46</sup> RABELO, 2010, p. 39-41.

<sup>47</sup> BRASIL, 2009.

comprometimento das suas funções ambientais e, quando necessário, de prazos e condições para sua recuperação.

Outros Projetos de Lei apensos ao PL nº 1.876 também resvalaram no assunto, como o Projeto de Lei nº 5.226/2009, que pretendeu possibilitar a ocupação de APP urbana<sup>48</sup>, e o Projeto de Lei nº 5.898/2009<sup>49</sup>, que assegurava na pequena propriedade ou posse rural familiar o desenvolvimento de certas atividades em APP. Este último PL, inclusive, dispunha sobre o “desenvolvimento de atividades consolidadas até 31 de dezembro de 2008”, na APP de encosta ou partes desta, desde que empregadas práticas de manejo que garantissem a sua função ambiental.

O primeiro Projeto de Lei a conceituar área consolidada, embora restrita à área urbana, foi o nº 6.238/2009, em seu art. 2º, § 3º, inc. II<sup>50</sup>:

Área urbana consolidada: a porção da zona urbana, definida pelo plano diretor ou pela lei municipal que estabelecer o zoneamento urbano, com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectares e malha viária implantada, e que tenham, no mínimo, dois dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: a) sistema de manejo de águas pluviais; b) disposição adequada de esgoto sanitário; c) abastecimento de água potável; d) distribuição de energia elétrica; e) coleta de resíduos sólidos;

Após a criação de uma Comissão Especial para analisar os Projetos de Lei que visavam modificar a Lei nº 4.771/65,

---

<sup>48</sup> BRASIL, 2009a.

<sup>49</sup> BRASIL, 2009b.

<sup>50</sup> BRASIL, 2009c.



foram desenvolvidas diversas atividades para discutir o tema, como reuniões deliberativas e audiências públicas e a relatoria considerou, em parte, o trabalho “Agricultura e Meio Ambiente: Uma Contribuição ao Projeto do Novo Código Florestal”<sup>51</sup>. No citado trabalho defende-se a criação de programas de governo “moldados às necessidades, às características físicas, ao histórico da ocupação e aos objetivos almejados pelas unidades federadas”, no qual há referência expressa a áreas de agricultura consolidada<sup>52</sup>.

Assim, ao apresentar o seu parecer ao PL nº 1.876/99 e após discorrer sobre a problemática referente ao não cumprimento da Lei nº 4.771/65, afirma que

As Áreas de Preservação Permanente terão suas restrições de uso mantidas de acordo com o regime atual, salvo aqueles de atividade consolidada [...]. A medida maior de proteção de mata ciliar será mantida, com a redução da medida mínima dos atuais 30 metros para cinco metros. A alteração visa reduzir o prejuízo aos pequenos proprietários em cujos lotes há presença de cursos d’água de pequena largura e que dispensam matas ciliares com as larguras atuais.<sup>53</sup>

Posteriormente, o relator ainda afirmou que “foi proposto a regularização das áreas consolidadas em APP, mesmo que haja alguma forma de compensação e/ou recomposição das áreas sensíveis”<sup>54</sup>. Também deve ser mencionada a cartilha “Produzir e preservar – Por que precisamos de um novo Código Florestal?”, como impulsionadora do estabelecimento da consolidação de áreas

---

<sup>51</sup> RABELO, 2010, p. 34.

<sup>52</sup> RABELO, 2010, p. 34.

<sup>53</sup> RABELO, 2010, p. 35.

<sup>54</sup> RABELO, 2010, p. 242.

abertas até julho de 2008<sup>55</sup>. O material apresenta a consolidação como um avanço, não porque seria uma anistia aos desmatadores, mas pela possibilidade da substituição de multas administrativas por obrigações de regularização da propriedade rural<sup>56</sup>.

Contudo, é apenas com o substitutivo do Projeto de Lei nº 1.876, apresentado à Câmara dos Deputados, que há a definição, em seu art. 2º, inc. III, de área rural consolidada como a “ocupação antrópica até 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias e atividades agrossilvipastoris, admitida neste último caso a adoção do regime de pousio”<sup>57</sup>.

Nota-se que no mesmo substitutivo o Capítulo VI era denominado “Da Regularização Ambiental” e tratava dos Programas de Regularização Ambiental e das áreas rurais consolidadas. O Capítulo XIII, o último do aludido substitutivo, trazia disposições relacionados às disposições complementares, transitórias<sup>58</sup> e finais. Contudo, a redação final da Lei nº 12.651/12 acabou por prever o Programa de Regularização Ambiental e o regramento jurídico das áreas consolidadas em APP e RL no capítulo das Disposições Transitórias, gerando dúvidas sobre uma eventual temporalidade de suas aplicações.

Embora as técnicas interpretativas não operem isoladamente, buscou-se nas técnicas histórica e teleológica compreender os temas inseridos no Capítulo XIII da Lei nº 12.651/12. Enquanto na técnica histórica:

---

<sup>55</sup> FELIPPE; TRENTINI, 2018, p. 1.

<sup>56</sup> CNA, 2011, p. 13.

<sup>57</sup> RABELO, 2010, p. 246.

<sup>58</sup> O art. 47 podia ser entendido como uma disposição transitória, pois dispunha que “Pelo período de cinco anos contados da data de vigência desta Lei, não será permitida supressão de florestas nativas para estabelecimento de atividades agropastoris [...]”.

o intérprete perquire os antecedentes imediatos (v.g., declaração de motivos, debates parlamentares, projetos e anteprojetos) e remotos (e.g., institutos antigos) do modelo normativo [...] A técnica teleológica procura [...] delimitar o fim, vale dizer, a *ratio essendi* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu real significado.<sup>59</sup>

O que pode ser extraído da análise da tramitação do Projeto de Lei nº 1.876 foi uma vontade de se reconhecer as áreas rurais consolidadas. Entretanto, não ficou claro quais seriam os alcances das disposições, mesmo que inseridas no capítulo que trata das disposições transitórias. Por isso, a conclusão deve ser extraída de uma interpretação lógico-sistemática no sentido de que o comando normativo não pode ser interpretado de modo isolado, mas compreendido com outros do mesmo diploma legal ou de legislações diversas<sup>60</sup>.

Vale ressaltar que as ações diretas de inconstitucionalidade versando sobre a Lei nº 12.651/12 não contestam o próprio conceito de área rural consolidada e nelas o STF declarou constitucional a existência de áreas rurais consolidadas, nos termos dos arts. 61-A e 67 da Lei de Proteção da Vegetação Nativa. Tal decisão, porém, é duramente combatida por estar desalinhada com a proteção ambiental constitucional<sup>61</sup> e foi influenciada pelo contexto fático e político da situação dos imóveis rurais<sup>62</sup>.

## REFLEXÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que os capítulos da Lei de Proteção da Vegetação Nativa procuraram agrupar artigos com os mesmos

---

<sup>59</sup> SOARES, 2019, p. 64-65.

<sup>60</sup> SOARES, 2019, p. 63-64.

<sup>61</sup> COSTA; GABRICH, 2018, p. 113.

<sup>62</sup> FELIPPE; TRENTINI, 2018, p. 1.

assuntos<sup>63</sup>, embora existam temas que transitam em mais de um capítulo pela especificidade de tratamento. Isso ocorreu, por exemplo, com o Cadastro Ambiental Rural e a reserva legal nas pequenas propriedades e posses rurais, mencionados no Capítulo XII – Da Agricultura Familiar.

A melhor técnica legislativa deve prezar pela clareza, precisão e unidade do seu texto<sup>64</sup>, o que aparentemente não foi observada quando da elaboração dos últimos dois capítulos da Lei nº 12.651/12, uma vez que a parte final deveria contemplar as disposições transitórias, o que não ocorreu. Aliás, há severas críticas ao texto do Novo Código Florestal como um todo, por ser ruim como técnica jurídica, inseguro e falho em seus conceitos<sup>65</sup>.

As disposições transitórias são entendidas “num primeiro sentido, regras de passagem de um sistema normativo para outro, normas efêmeras, pontuais, [...], ou, num segundo sentido, são normas com prazo predeterminado de vigência”<sup>66</sup>. Considerando que houve modificação do regramento das áreas de preservação permanente e de reserva legal, quanto à existência de áreas rurais consolidadas, pode ser justificada a denominação do Capítulo XIII da Lei nº 12.651/12, como de “Disposições Transitórias”.

---

<sup>63</sup> Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Das Áreas de Preservação Permanente; Capítulo III – Das Áreas de Uso Restrito; Capítulo III-A – Do Uso Ecologicamente Sustentável dos Apicuns e Salgados; Capítulo IV – Da Área de Reserva Legal; Capítulo V – Da Supressão de Vegetação para Uso Alternativo do Solo; Capítulo VI – Do Cadastro Ambiental Rural; Capítulo VII – Da Exploração Florestal; Capítulo VIII – Do Controle da Origem dos Produtos Florestais; Capítulo IX – Da Proibição do Uso do Fogo e do Controle dos Incêndios; Capítulo X – Do Programa de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente; Capítulo XI – Do Controle do Desmatamento; Capítulo XII – Da Agricultura Familiar; Capítulo XIII – Disposições Transitórias; Capítulo XIV – Disposições Complementares e Finais.

<sup>64</sup> FREIRE, 2003, p. 83.

<sup>65</sup> ANTUNES, 2013, p. 2.

<sup>66</sup> DELGADO, 2019, p. 5.

Nesse sentido é o entendimento de que “o art. 59 é o dispositivo base para a sistemática de transição e regularização ambiental adotada pelo novo Código Florestal, considerando o reconhecimento de áreas rurais consolidadas [...]”<sup>67</sup>. O próprio Supremo Tribunal Federal afirmou que “Os PRAs promovem transição razoável entre sistemas legislativos, revelando técnicas de estabilização e de regularização das situações jurídicas já utilizadas em outras searas do Direito brasileiro”<sup>68</sup>.

De acordo com o texto final da Lei de Proteção da Vegetação Nativa, as disposições gerais do seu Capítulo XIII trazem a obrigatoriedade da União, dos Estados e do Distrito Federal implementarem os Programas de Regularização Ambiental. É certo que, da análise do processo legislativo da Lei nº 12.651/12, fica clara a intenção de se adotar um modelo de regularização ambiental, considerando a consolidação de áreas por atividades antrópicas. Contudo, não há certeza de uma posição do legislador quanto ao alcance ou limite temporal para o reconhecimento das áreas consolidadas.

O PRA, em si, é um instrumento perene, que sempre existirá. Isso porque regulará a recomposição das áreas degradadas ou alteradas dos imóveis cujos proprietários ou detentores fizeram a adesão ao PRA, e os seus respectivos efeitos permanecerão no tempo. Mesmo que utopicamente sejam sanados todos os passivos ambientais referentes às áreas rurais consolidadas dos imóveis rurais brasileiros, persistirão hipóteses que o Programa deverá regular<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> FREITAS; FRANCO, 2013, p. 422.

<sup>68</sup> SUPREMO, 2019, p. 20.

<sup>69</sup> A supressão de vegetação em, Reserva Legal após 22 de julho de 2008 é um exemplo, conforme dispõem os §§ 3º e 4º do art. 17, da Lei nº 12.651/12. Art. 17, § 3º. É obrigatória a suspensão imediata das atividades em área de Reserva Legal desmatada irregularmente após 22 de julho de 2008. § 4º. Sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais cabíveis, deverá ser iniciado, nas áreas de que trata o § 3º deste artigo, o processo de recomposição da Reserva Legal em até 2 (dois) anos

O que sofreu limitação temporal, e que pode ser considerado uma verdadeira disposição transitória, foi o prazo de adesão ao Programa de Regularização Ambiental para os fins do Capítulo XIII. Como a inscrição no Cadastro Ambiental Rural é condição obrigatória para a adesão ao PRA, a regra do art. 29, § 4º, da Lei nº 12.651/12, estabeleceu o limite de 31 de dezembro de 2020 para que a inscrição no CAR fosse realizada para fins de adesão ao Programa de Regularização Ambiental.

A parte final do art. 59, § 2º, da Lei de Proteção da Vegetação Nativa, apresenta uma interpretação dúbia, pois a adesão ao PRA deve ser requerida em até dois anos, observado o disposto no § 4º do art. 29 da mesma lei. Este artigo trata justamente do limite de inscrição no CAR para adesão ao PRA.

Há opiniões de que o período de dois anos para aderir ao PRA seja contado do decurso do prazo limite para a inscrição do imóvel rural no CAR, isto é, com o término em 31 de dezembro de 2022. Esse é o entendimento do Estado de São Paulo, no seu Decreto nº 64.842/2020<sup>70</sup>. Outra interpretação é no sentido de que o prazo de dois anos para aderir ao PRA seja contado da vigência da Lei nº 13.887/19, em 18 de outubro de 2019. Assim, a adesão ao Programa de Regularização Ambiental deve ser requerida até 18 de outubro de 2021. Parece mais acertada esta última leitura, “pois a correlação dos arts. 29, § 4º, e 59, § 2º, ocorre porque a inscrição no CAR é condição e não limite inicial ou final para a adesão ao PRA”<sup>71</sup>.

---

contados a partir da data da publicação desta Lei, devendo tal processo ser concluído nos prazos estabelecidos pelo Programa de Regularização Ambiental – PRA, de que trata o art. 59.

<sup>70</sup> Decreto nº 64.842/20, Artigo 2º. A adesão ao PRA poderá ser realizada até 31 de dezembro de 2022, através de sistema eletrônico administrado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento, mediante requerimento que deverá conter Projeto de Recomposição de Áreas Degradadas e Alteradas – PRADA, a ser apresentada nos termos da Lei nº 15.684, de 14 de janeiro de 2015.

<sup>71</sup> CORRÊA, 2021, p. 119.

De qualquer forma, a partir de 1º de janeiro de 2021, para os imóveis que não foram inscritos no Cadastro Ambiental Rural, proibiu-se a adesão ao PRA. Ao fazer essa limitação, o legislador não mais permitiu que o proprietário ou possuidor rural possa ser beneficiado com as anistias administrativas e suspensão da punibilidade previstas no art. 59, §§ 4º e 5º e art. 60 da Lei nº 12.651/12. Assim, aquelas supressões irregulares de vegetação em APP, RL e de uso restrito praticadas antes de 22 de julho de 2008 deverão ser devidamente autuadas pelos órgãos de proteção ambiental, sendo vedada a suspensão das suas sanções. De igual forma não haverá qualquer impedimento em relação à possibilidade de se punir pelos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei nº 9.605/98<sup>72</sup>.

Resta, porém, uma indagação a respeito do reconhecimento das áreas rurais consolidadas em áreas de preservação permanente e de reserva legal. Em relação à APP, o § 15, do art. 61-A, incluído pela Lei nº 12.727/12 e, portanto, com vigência a partir de 18 de outubro de 2012, pode ser interpretado de duas formas.

A primeira delas é que “a partir da data da publicação desta Lei” – leia-se 18 de outubro de 2012 – “e até o término do prazo de adesão ao PRA”, está autorizada a continuidade das atividades desenvolvidas no *caput* do art. 61-A. Em que pese a obrigatoriedade das faixas obrigatórias de recomposição previstas nos §§ 1º a 7º, uma leitura do § 15 pode ser a de continuidade de utilização de toda a área rural consolidada dentro da APP até o final do prazo para adesão ao PRA. Assim, a depender do entendimento sobre o art. 59, § 2º, haveria

---

<sup>72</sup> O longo decurso de tempo, desde a prática da supressão irregular antes de 22 de julho de 2008, pode acarretar a prescrição das infrações administrativas ambientais (no âmbito federal no prazo previsto no art. 21 da Lei nº 6.514/08) e dos delitos previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei nº 9.605/98. Nesse sentido, os §§ 4º e 5º do art. 59, da Lei nº 12.651/12, já não teriam aplicação prática.

possibilidade de continuidade de utilização das áreas rurais consolidadas em APP até 18 de outubro de 2021 ou 31 de dezembro de 2022. Apenas com o vencimento do prazo é que seriam iniciadas as ações de recomposição das faixas obrigatórias de recomposição.

Esse posicionamento, inclusive, induz a uma não vinculação de obrigatoriedade da adesão ao PRA para a continuidade da utilização das áreas rurais consolidadas em APP. No art. 59 da Lei, as anistias administrativas e consequências penais decorrem da adesão ao PRA. O art. 61-A, § 15, apenas trata de um período de moratória para o início da recomposição das faixas obrigatórias de recomposição. Desse modo, o proprietário ou posseiro rural pode, por exemplo, optar por não aderir ao PRA, uma vez que possui área rural consolidada em APP, mas não possui passivo, pois detém vegetação suficiente para compor o que seria a faixa obrigatória de recomposição. E nem por isso estaria obrigado a aderir ao PRA apenas para manter essa condição de área rural consolidada, pois não está condicionada à referida adesão.

Por outro lado, face o caráter de transição do sistema jurídico da Lei nº 4.771/65 para o atual, em que se busca a regularização ambiental de imóveis rurais, com a possibilidade de áreas rurais consolidadas, o art. 61, § 15, da Lei nº 12.651/12, pode ser entendido com uma característica verdadeiramente transitória, trazendo um limite à utilização das áreas rurais consolidadas em APP. Assim, encerrada a possibilidade de adesão ao PRA, seja pela falta de inscrição do imóvel rural no CAR ou pelo decurso do prazo de 2 (dois) anos, não pode o proprietário ou posseiro rural valer-se das áreas rurais consolidadas em APP.

Esse é o entendimento de Freitas e Franco, ao discorrerem sobre o art. 59 da Lei nº 12.651/12:

O saneamento dos passivos ambientais é seu objetivo primordial e, para atingi-lo, vincula à adesão ao



Programa, o acesso a benefícios como o da continuidade de usos rurais em APP consolidadas, a suspensão da exigibilidade de multas e da punibilidade de crimes [...]. Assim, somente os proprietários e possuidores de imóveis rurais que aderirem ao PRA farão jus aos benefícios legais, conforme se depreende da leitura sistemática da Lei, e em especial da leitura conjunta da parte final do caput do art. 59 e de seus §§ 4.º e 5.º c/c o art. 61-A, caput e §§9.º, 11 e 15 (conforme redação dada pela Lei 12.727/2012).<sup>73</sup>

Mesmo com o intuito de criticar o que seria uma nova anistia das situações irregulares em APP, Senise<sup>74</sup> afirma que a autorização para continuidade de atividades nessas áreas ocorrerá até o término do prazo de adesão ao PRA. Por fim, a opinião de Lehfeld, Carvalho e Balbim é nesse mesmo sentido de que

A autorização para continuidade das atividades referidas no *caput* do art. 61-A perdurará da data da publicação do Código Florestal até o término do prazo para adesão do imóvel rural ao Programa de Recuperação Ambiental – PRA (§ 2.º do art. 59), findo o prazo sem que haja a adesão, não poderá o imóvel rural prosseguir na execução das atividades (§ 15 do art. 61-A).<sup>75</sup>

De qualquer forma, conforme a parte final do § 15, do art. 61-A, as atividades nas áreas rurais consolidadas em APP deverão ser informadas no CAR para fins de monitoramento, sendo exigida a adoção de medidas de conservação do solo e da água.

Como há vários Estados que até 31 de dezembro de 2020 não possuíam os seus Programas de Regularização

---

<sup>73</sup> FREITAS; FRANCO, 2013, p. 423.

<sup>74</sup> SENISE, 2013, p. 441.

<sup>75</sup> LEHFLED; CARVALHO; BALBIM, 2013, p. 302-303.

Ambiental, vale lembrar que o proprietário ou posseiro pode fazer a adesão diretamente ao PRA implantado pela União. Tal inovação foi incluída pela Lei nº 13.887/19 no art. 59, § 7º, justamente para suprir a falta de PRA dos Estados e não ocasionar prejuízo ao titular ou detentor de imóvel rural.

Resta, ainda, definir a situação das áreas rurais consolidadas em áreas de reserva legal. O Capítulo XIII possui diversas seções, sendo que a primeira trata das disposições gerais, que são as normas sobre o Programa de Regularização Ambiental. As demais seções referem-se às áreas consolidadas em áreas de preservação permanente (seção II) e áreas consolidadas em áreas de reserva legal (seção III). Se por um lado a anistia administrativa, os efeitos penais de determinadas infrações penais e o reconhecimento das áreas consolidadas em APP – se assim entendido – são consequências da adesão ao PRA, aparentemente isso não ocorreu com as áreas consolidadas em reserva legal.

Não há uma regra, na seção III para a reserva legal, como a do art. 59, §§ 4º e 5º, e do art. 60, em relação às anistias administrativas ou efeitos penais, com a vinculação da “adesão do interessado ao PRA” ou da “assinatura de termo de compromisso”. Mesmo considerando o art. 61-A, § 15, do Novo Código Florestal, como o limite para o reconhecimento de área rural consolidada em APP, igual ou semelhante dispositivo inexistente para a RL.

O art. 66, da Lei nº 12.651/12, inclusive, estabelece que a área de reserva legal em extensão inferior aos percentuais descritos no art. 12 poderá ser regularizada, independentemente da adesão ao Programa de Regularização Ambiental. Para tanto, pode contar com a recomposição da área, incluindo a regeneração natural, ou a sua compensação nos termos dos §§ 5º a 9º do art. 66. Freitas e Franco<sup>76</sup>, ao tratarem da continuidade da utilização da área rural consolidada em APP à

---

<sup>76</sup> FREITAS; FRANCO, 2013, p. 423.

adesão ao PRA discorreram que:

Infelizmente, não foi este o mesmo tratamento dado aos imóveis rurais com passivos referentes à Reserva Legal, que independem de adesão ao Programa de Regularização Ambiental para gozar dos benefícios de sua recuperação, e continuidade de uso, nos termos do art. 66.

No mesmo sentido escreveram Lehfeld, Carvalho e Balbim<sup>77</sup>:

Diferentemente do que ocorre com as áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente onde há regras específicas de transição para a definição da extensão das APPs, no caso das áreas consolidadas em áreas de Reserva Legal, incumbe ao proprietário ou possuidor do imóvel rural regularizar a área que terá a mesma extensão estabelecida pela regra geral prevista no art. 12 do Código Florestal, as regras de transição possibilitarão apenas a adoção de práticas diferenciadas para a adequação da extensão da Reserva Legal à Lei.

Ao que parece, a desvinculação de adesão do PRA também atinge o art. 67, que permite que nos imóveis rurais até 4 (quatro) módulos fiscais a reserva legal seja constituída com o remanescente de vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, mesmo se os percentuais forem inferiores aos estabelecidos no art. 12.

No entanto, pode ser defendido que, por estarem contidas no capítulo das disposições transitórias, as regras relativas às áreas rurais consolidadas em reserva legal também sofrem a limitação temporal. Assim, tanto em decorrência do decurso do prazo para inscrição do imóvel rural no CAR para fins de adesão ao PRA, ou pelo próprio prazo limite para se

---

<sup>77</sup> LEHFELD; CARVALHO; BALBIM, 2013, p. 317.

aderir ao referido Programa, haveria um perecimento das benesses relativas à forma de recomposição da área com exóticas, de compensação e mesmo de sua área a menor prevista no art. 67. Ao tratar das medidas possíveis para regularizar a situação “independentemente da adesão ao PRA”, a intenção do legislador foi de apenas permiti-las sem qualquer formalidade. Ao assim proceder, inclusive, o proprietário ou posseiro teria de forma inequívoca manifestado sua concordância em aderir ao PRA.

Diante desse panorama, a conclusão que pode ser extraída é de que as consequências certas em relação às datas limites de inscrição no CAR para aderir ao PRA ou ao fim do próprio prazo do PRA são as relacionadas às anistias administrativas e criminais (Tabela 3). No tocante às áreas rurais consolidadas em áreas de preservação permanente e de reserva legal há divergências de interpretações (Tabelas 4 e 5).

**Tabela 3** – Consequências do término dos prazos para adesão ao PRA em relação às anistias administrativas e consequências criminais.

<b>Consequências</b>	<b>Justificação</b>	<b>Artigo</b>	<b>Data</b>
Impossibilidade das anistias administrativas	Final do prazo para inscrição no CAR para adesão ao PRA	Art. 29, § 4º	31/12/2020
	Final do prazo para adesão ao PRA	Art. 59, § 2º	18/10/2021 ou 31/12/2022
Impossibilidade de suspensão da punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei nº 9.605/98	Final do prazo para inscrição no CAR para adesão ao PRA	Art. 29, § 4º	31/12/2020
	Final do prazo para adesão ao PRA	Art. 59, § 2º	18/10/2021 ou 31/12/2022

**Fonte:** Elaborado pelos autores, a partir das conclusões do estudo.

**Tabela 4** – Consequências do término dos prazos para adesão ao PRA em relação às áreas rurais consolidadas em área de preservação permanente.

<b>Consequências</b>	<b>Justificação</b>	<b>Artigo</b>	<b>Data</b>
Impossibilidade de continuidade das atividades em áreas rurais consolidadas em APP	Final do prazo para inscrição no CAR para adesão ao PRA	Art. 29, § 4º	31/12/2020
	Final do prazo para adesão ao PRA	Art. 59, § 2º e art. 61-A, § 15	18/10/2021 ou 31/12/2022
Possibilidade de continuidade das atividades em áreas rurais consolidadas em APP	Independente de adesão ao PRA	–	–

**Fonte:** Elaborado pelos autores, a partir das conclusões do estudo.

**Tabela 5** – Consequências do término dos prazos para adesão ao PRA em relação às áreas rurais consolidadas em área de reserva legal.

<b>Consequências</b>	<b>Justificação</b>	<b>Artigo</b>	<b>Data</b>
Impossibilidade de continuidade das atividades em áreas rurais consolidadas em RL	Final do prazo para inscrição no CAR para adesão ao PRA	Art. 29, § 4º	31/12/2020
	Final do prazo para adesão ao PRA	Art. 59, § 2º	18/10/2021 ou 31/12/2022
Possibilidade de continuidade das atividades em áreas rurais consolidadas em RL	Independente de adesão ao PRA	–	–

**Fonte:** Elaborado pelos autores, a partir das conclusões do estudo.

## REFERÊNCIAS

ALSTON, L. J.; MUELLER, B. Legal reserve requirements in Brazilian forests: path dependent evolution of de facto legislation. **Revista Economia**, v. 8, n. 4, p. 25-53, 2007.

ANTUNES, P. de B. **Comentários ao Novo Código Florestal**. São Paulo: Atlas, 2013.

ATTANASIO JUNIOR, M. R. **Direito Ambiental Interdisciplinar: para estudantes e profissionais das áreas de ciência e tecnologia**. Campinas: Millenium Editora, 2015.

BELCHIOR, G. P. N. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental**. 2015. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

BRAGA, R. B. Comentários do art. 67 da Lei nº 12.651/12. *In*: Milaré, E.; Machado, P. A. L. (coord.). **Novo Código Florestal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRANCALION, P. H. S. *et al.* Análise crítica da Lei de Proteção da Vegetação Nativa (2012), que substituiu o antigo Código Florestal: atualizações e ações em curso. **Natureza & Conservação**, 14 (Supplement), p. 1-15, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.876, de 1999**. Dispõe sobre Áreas de Preservação Permanente, Reserva Legal, exploração florestal e dá outras providências. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=1876&intAnoProp=1999&intParteProp=1#/.](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=1876&intAnoProp=1999&intParteProp=1#/) Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.619, de 2009**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de recomposição de áreas de preservação permanente desprovida total ou parcialmente de vegetação nativa nas propriedades ou posses rurais e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=632372&filename=PL+4619/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=632372&filename=PL+4619/2009). Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.226, de 2009a**. Dispõe sobre a proteção das florestas e outras formas de

vegetação, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co teor=656436&filename=PL+5226/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co teor=656436&filename=PL+5226/2009). Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.898, de 2009b**. Acrescenta e altera dispositivos da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, altera dispositivo da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co teor=684436&filename=PL+5898/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co teor=684436&filename=PL+5898/2009). Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.238, de 2009c**. Institui a Lei Ambiental Rural Brasileira e revoga a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co teor=703172&filename=PL+6238/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co teor=703172&filename=PL+6238/2009). Acesso em: 20 mai. 2021.

CORRÊA, F. F. *In*: RAJÃO, R. *et al.* (Org.) **Uma Breve História da Legislação Florestal Brasileira**: Contém a Lei nº 12.651, de 2012, com comentários críticos acerca da aplicação de seus artigos. Florianópolis: Expressão, p. 118-119, 2021.

CHIAVARI, J.; LOPES, C. L. Os caminhos para a regularização ambiental: decifrando o novo código florestal. *In*: SILVA, A. P. M.; MARQUES, H. R.; SAMBUICHI, R. H. R. (Org.) **Mudanças no Código Florestal brasileiro**: desafios para a implementação da nova lei, p. 21-44, 2016.

CNA - CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL. **Produzir e preservar**: por que precisamos de um novo código florestal? Brasília: CNA, 2011.

COSTA, B. S.; GABRICH, L. M. S. A área rural consolidada e a anistia aos danos ambientais no Código Florestal Brasileiro: Retrocesso legitimado pelo STF. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Editora Unijuí – Ano XXVII – nº 50 – jul./dez. 2018.

DELGADO, J. L. **Disposições constitucionais gerais e disposições constitucionais transitórias**. 2019. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

FELIPPE, D; TRENTINI, F. O conceito de área rural consolidada no

- Código Florestal de 2021: principais controvérsias. **Revista de Direito Agrário e Agroambiental**, v. 4, n. 1, p. 77-93, jan./jun. 2018.
- FERREIRA, A. B. de H. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira, 8ª edição. Curitiba: Positivo, 2010.
- FERREIRA, J. F. A Lei Complementar n. 95/1998 e a técnica de alteração das leis. **E-legis**, Brasília, n. 5, p. 6-19, 2º semestre 2010.
- FINK, D. R. Comentários do art. 66 da Lei nº 12.651/12. *In*: Milaré, E.; Machado, P. A. L. (coord.). **Novo Código Florestal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FREIRE, N. de M. **A consolidação como objeto da técnica legislativa**. *In*: MINAS, Belo Horizonte, 2003, p. 81-102.
- FREITAS, V. P. de; FRANCO, J. G. de O. Comentários do art. 59 da Lei nº 12.651/12. *In*: Milaré, E.; Machado, P. A. L. (coord.). **Novo Código Florestal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GARCIA, L. C. *et al.* **Análise científica e jurídica das mudanças no Código Florestal, a recente Lei de Proteção da Vegetação Nativa**. Rio de Janeiro: ABECO; Ed. UFMS, 2016.
- KRÖGER, M. Inter-sectoral determinants of forest policy: the power of deforestation actors in post-2012 Brazil. **Forest Policy and Economics**, v. 77, p. 24-32, 2017.
- LEHFELD, L. de S.; CARVALHO, N. C. B. de; BALBIM, L. I. N. **Código Florestal comentado e anotado**. São Paulo: Método, 2013.
- MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**, 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MARTINS FILHO, I. G. da S. Consolidação e Redação das Leis – Lei Complementar nº 95/98 e Decreto nº 2.954/99 – Aplicação à Lei nº 9.756/98 sobre processamento de Recursos nos Tribunais. **Revista Jurídica Virtual**, vol. 1, n. 1, maio 1999.
- METZGER, J. P. *et al.* Why Brazil needs its Legal Reserves. **Perspectives in Ecology and Conservation**, v. 17, n. 3, p. 91-103, 2019.
- MUKAI, T. **O Novo Código Florestal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



OBSERVATÓRIO DO CÓDIGO FLORESTAL; IPAM. **Relatório do seminário técnico sobre o Cadastro Ambiental Rural** - 2017. Disponível em: [http://ipam.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Relatorio\\_Seminario\\_CAR.pdf](http://ipam.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Relatorio_Seminario_CAR.pdf). Acesso em: 13 jun. 2021.

PADOVEZI, A. *et al.* **A Reserva Legal que queremos para a Mata Atlântica**. Brasília: Pacto pela Restauração da Mata Atlântica, 2018.

PEREIRA, A. M. C. **A lógica da ação na reforma do Código Florestal**. 2013. 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PEREIRA, M. S.; D’OLIVEIRA, R. L. D. Comentários do art. 17 da Lei nº 12.651/12. *In*: Milaré, E.; Machado, P. A. L. (coord.). **Novo Código Florestal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RABELO, A. **Parecer do relator deputado federal Aldo Rebelo (PCdoB-SP) ao Projeto de Lei nº 1876/99 e apensados**. Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co teor=777725&filename=SBT+1+PL187699+%3D%3E+PL+1876/1999](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co teor=777725&filename=SBT+1+PL187699+%3D%3E+PL+1876/1999). Acesso em: 19 mai. 2021.

SANTIAGO, T. M. O.; REZENDE, J. L. P. de.; BORGES, L. A. C. The legal reserve: historical basis for the understanding and analysis of this instrument. **Ciência Rural**, v. 47, n. 2, 2017.

SENISE, W. J. Comentários do art. 61-A da Lei nº 12.651/12. *In*: Milaré, E.; Machado, P. A. L. (coord.). **Novo Código Florestal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, F. de. M. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

SOARES, R. M. F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES-FILHO, B. S. **Impacto da revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante**. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos, 2013.

SOARES-FILHO, B. S. *et al.* **Cracking Brazil’s Forest Code**.

**Science**, v. 344, p. 363-364, 2014.

SPAROVEK, G., *et al.* **A revisão do Código Florestal brasileiro.** Novos Estudos - CEBRAP, n. 89, p. 111-135, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Teses e Fundamentos:** Boletim de Acórdãos Publicados. Brasília, Boletim n. 19, DJE de agosto 2019.

TRENNEPOHL, C. Comentários do art. 2º da Lei nº 12.651/12. *In:* MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (coord.). **Novo Código Florestal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

# **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DA PANDEMIA DA COVID-19: O exercício da cidadania na efetivação do direito à saúde.**

Maria Cláudia Crespo Brauner  
Carlos Alberto Lunelli

## **INTRODUÇÃO**

A tutela do direito à saúde ganha espaço nos ordenamentos contemporâneos. A saúde humana é compreendida como direito de todos e a sua afirmação também reclama a adoção de posturas capazes de conferir-lhe efetividade, ainda mais diante da pandemia da COVID-19, que assola o mundo todo, nos últimos meses.

Dentre as discussões envolvendo a realização do direito à saúde, uma das mais importantes se dá a partir da intervenção do poder judiciário, que opera no sentido de impor ao administrador público a realização da saúde. Nesse sentido, objetiva-se perceber os limites dessa intervenção, bem como as possibilidades que a justificam, ainda mais em se tratando de situação em que o risco, decorrente do possível esfacelamento desse direito, é nefasto a toda a sociedade.

A partir da noção de risco, é possível compreender a contribuição que a teoria dos sistemas poderá emprestar à tutela da saúde, considerando o Direito um subsistema, que se comunica com os demais. A busca de soluções, a partir da atuação do ordenamento jurídico, não poderá dispensar a compreensão de que é essa comunicação que permite

relativizar conceitos dogmáticos.

A análise do exame da atividade jurisdicional, na promoção da saúde, encontra sua relevância, no caso brasileiro, em vista da prática contumaz, na realização do direito à saúde. A dimensão ideológica da atividade jurisdicional, assim, ganha relevo também porque se trata de interpretar o comando constitucional que afirmou o direito à saúde a todo o cidadão.

Percebe-se a relevância que a tutela ambiental ganhou no cenário jurídico brasileiro, em especial depois da Constituição Federal de 1988, momento a partir do qual passou a ser considerada garantia fundamental da pessoa. Todavia, apenas a existência da tutela constitucional não é suficiente, justificando-se o exame das formas de realização desse direito.

Assim, diante do novo cenário que se apresenta em relação à saúde, a análise da posição do Supremo Tribunal Federal apresenta-se como uma das importantes ferramentas para compreensão do papel da jurisdição de proteção da saúde, ainda mais numa sociedade como a brasileira, que apresenta grandes diferenças sociais.

## **1 – CIDADANIA E SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO NA CONTEMPORANEIDADE**

O princípio da separação dos poderes representou uma garantia da cidadania, afirmando a liberdade individual. Representou o modo de superação do absolutismo, a partir das teorias de Locke, Montesquieu e Rousseau. Divisão dos poderes no Estado contradiz a própria essência do governo absoluto, caracterizado pela existência de um único titular que exerce todos os poderes. Assim, a cisão do poder foi a forma encontrada para que o absolutismo, típica forma de concentração do poder, desse lugar a um novo modo de compreensão do estado.

De acordo com Signorino, (1908, p. 140) “nella storia politica rappresenta l’affermazione pratica dei diritti politici dei

cittadini, chá la divisione dei poteri fu intesa nel senso di attribuire una parte del potere supremo dello Stato alla nazione, per mezzo dei suoi rappresentanti”. A divisão dos poderes representou a ponte que permitiu a passagem do estado absoluto para o estado constitucional.

Conquanto exista a discussão acerca do reconhecimento, ainda em Aristóteles, de uma separa o dos poderes do Estado, Aristóteles não criou nenhuma teoria, mas limitou-se a descrever as linhas principais do que havia então nas cidades gregas.

Locke distinguiu somente dois poderes, executivo e legislativo. Foi com Montesquieu que se estabeleceu a clássica tripartid o, trazendo o poder judiciário, ao qual foi atribuída também a fun o de controle da administra o. Como refere Boggetti, (1994, p. 40) “la sottoposizione dell’amministrazione al controllo della giustizia   un’esigenza imprescindibile – come   agevole intuire – di un modello costruito in funzione dei diritti delle persone. Come tale non poteva non trovare soddisfazione, almeno in qualche misura, presso tutti gli ordinamenti liberali”.

A própria conceitua o de poder permite algumas discuss es interessantes. George Burdeau reconhece que o governante mesmo n o pode definir o próprio poder, porque ao governante cabe apenas externar um poder que está além dele mesmo. Assim, diz Burdeau (1950, p. 102) que “En effet, le Pouvoir ne peut pas  tre d fini par les gouvernants, puisque, dans le r gime  tatique, ils ne font que mettre en oeuvre une puissance qui les d passe”.

Além disso, ao discorrer sobre o poder,   preciso perceber de que poder se trata. O exercício do poder, a administra o pública contemporânea, haverá de realizar-se em consonância com o estado democrático de direito e com os valores afirmados na sociedade contemporânea. Não se trata apenas do exercício do poder.   preciso mais, especialmente que esse poder seja exercido a fim de que se realize e se

garanta a observância do ordenamento jurídico.

É por isso que a substância das ordens emanadas, a partir do exercício do poder, tem importância reconhecida por Georges Burdeau (1950, p. 102), que adverte: “Dire par qui et comments era exercé e Pouvoir c’est bien, mais encore faut-il savoir de quel Pouvoiril s’agit. Déterminer dans quelles conditions les décisions et les commandements devront être tenus pour réguliers c’est nécessaire sans doute à l’ordre public, mais il importe au moins autant de déterminer quelle pourra être la substance des ordres”.

Enfim, afora esses elementos, a clássica discussão acerca da própria divisão dos poderes perdeu sua expressão, na medida em que a consolidação do estado democrático de direito permitiu a compreensão de que a divisão de que se cuida e, enfim, uma divisão de funções.

Com efeito, há mais de cinquenta anos, Loewenstein (1965, p. 36) já afirmava que a “separação dos poderes” representa um conceito obsoleto, porque reduzido a simples separação de funções entre os diferentes órgãos: “What is colloquially, in erroneously, spoken of as the separation of *powers* is operationally only the distribution of specific state *functions* among different state organs”. O poder está repartido, por sua vez, através das técnicas de representação, nas democracias representativas.

A questão, então, passa pela própria repartição de funções, dentro do estado. No caso brasileiro, a ausência de atuação efetiva do poder executivo central, no tocante à pandemia da COVID-19, conduziu ao deslocamento da questão ao poder judiciário, que apreciou, inclusive, a tentativa do poder executivo federal, de alijar os governos estaduais e municipais, da adoção de medidas positivas de combate à pandemia.

A ausência de políticas públicas eficazes – que, inclusive, permitam a análise do caso individual – torna ainda mais expressiva a judicialização das questões atinentes à saúde.

A possível assunção, pelo poder judiciário, da função que deveria ser realizada pelo poder executivo, pode representar uma anomalia, na medida em que um dos poderes constituídos não está realizando sua função, exigindo-se do outro essa consecução. Todavia, ao poder judiciário cabe também a fiscalização dos atos do executivo e a complexidade das relações e das demandas envolvendo a saúde, reclama atuação célere, já que se trata de proteger a vida.

Ao final se trata, como diz Burdeau (1950, p. 157), do próprio exercício do poder estatal, pelos governantes, que terminam por concretizar o próprio poder. Se o ordenamento constitucional garante o direito à saúde, então o comando que opera no sentido de realizar esse direito, ainda que oriundo de outro poder, que não o executivo, não ofende nem mesmo ao princípio da divisão dos poderes, ainda que considerado em seu sentido mais original. O poder judiciário é um dos órgãos do estado, esse mesmo estado que tem a obrigação de promover a saúde:

“Parce qu`ils sont les organes de l`Etat, les gouvernants prètent une figure concrète au Pouvoir, ils lui apportent ce qui lui fait défaut à titre de pouvoir étatique, c`est-à-dire une volonté; ils mettent en action, pour lui, la force contraignante que accompagne les prérogatives de puissances publique.”

A afirmação de que é possível - e devido - o controle dos atos da administração pública, pelo judiciário, também implica na admissibilidade da atuação do poder judiciário no momento em que o poder executivo não realiza as diretrizes estabelecidas no ordenamento constitucional.

Trata-se também de garantir a realização de um dos papéis do poder judiciário, que é também o de produtor do próprio direito, a partir da atividade de aplicação da previsão legislativa ao caso concreto. Essa aplicação, todavia, haverá de

realizar-se a partir da análise de todosos elementos que se fazem presentes na atividade jurisdicional, bem percebidos por Zanon (2008, p. 227), quando afirma “Il giudice non si limita ad applicare meccanicamente la decisione politica assunta in via generale dal legislatore, bensì attribuisce alla legge uno dei significati possibili (e lessicalmente tollerabili), e da questo punto di vista la sua è una vera decisione, spesso orientata da una pre-comprensione del singolo caso, alla luce di valori soggettivi”. Enfim, a aceitação de que o poder judiciário possa exercer a função de garantir a realização do direito à saúde, ainda que sem a primária intervenção do administrador público, não implica violação à separação dos poderes, podendo ser compreendida, em vez disso, como uma nova forma de repartição de funções dentro do mesmo poder.

## **2 – PROMOÇÃO DA SAÚDE, AMBIENTE E RISCO: UMA RELAÇÃO INEVITÁVEL**

A transferência para o Judiciário, também do encargo de realizador da saúde, que se dá a partir do grande número de ações judiciais que têm por objeto a promoção da saúde, traz à lume a discussão envolvendo a própria responsabilidade do magistrado, que se vê diante de novas atribuições, reclamado a adoção de posturas novas. Em relação a essa questão, assim como em relação às demais, que tratam da causa ambiental, é natural o surgimento de tensões, inclusive porque, como bem observa Nalini (2008, p. 70), “são grupos a demandar outros grupos, ambos igualmente bem munidos de razoáveis argumentos”. De fato, ao imiscuir-se nessa seara, o Judiciário precisa despir-se de paradigmas consolidados, assumindo com coragem a tarefa de garantir a proteção da saúde e do ambiente, ainda que seja necessária a própria relativização de conceitos dogmáticos, como aponta Nalini (2008, p. 70):



Houve significativo avanço jurisprudencial na relativização de alguns conceitos dogmáticos, quais a tríplice blindagem fundante – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Têm sido frequentes as decisões em que se reafirma a inexistência de direito adquirido a poluir, ato jurídico perfeito exercitável contra a natureza, coisa julgada à luz de uma outra ordem constitucional e hoje superável, pois adversa à proteção ambiental.

Justifica-se, assim, a abertura do Direito, também em relação ao direito à saúde. O risco de não realização desse direito reclama a atuação no sentido de minimizar as possibilidades de frustração da afirmação constitucional da saúde para todos. Um exemplo notável acerca dessa abertura do Direito se dá pela autopoiese. Ela possibilita a visão de certos fenômenos sistêmicos, como o da autolimitação e da unidade do sistema, bem como, de sua proximidade com os outros sistemas, trazendo poucos elementos novos que permitam dar-lhe funcionalidade, diminuindo o risco, ainda que se demonstre em um nível de abstração mais isolado.

No final do século passado, dois renomados biólogos chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, revolucionam as Ciências Biológicas com a chamada teoria autopoietica, cujo significado da palavra *autopoiesis* vem do grego *auto* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção, poesia). Seu propósito foi de buscar a resposta para um problema histórico existente na ciência e na filosofia: o da vida. Avaliando um sistema vivo, verificaram que ele apresenta uma auto-organização e uma auto-produção dos elementos que o constituem, o que permite certa autonomia, sem necessidade de agir com outros sistemas. Com base na diferenciação, pelo paradoxo “existir/não existir”, esse sistema não permite o acesso de uma terceira opção.

O uso dessa teoria e sua adaptação ao Direito deu-se pelo trabalho de Niklas Luhmann, adequando-a aos fenômenos

sociais e seus efeitos. Seu propósito foi o de recorrer à Teoria Geral dos Sistemas para pensar as ocorrências existentes na modernidade, comunicando-se assim com as outras ciências.

Os valores do código binário, existentes na teoria das codificações, não se aplicam diretamente aos fatos tratados pelo Direito. Há necessidade de um programa que defina o que pode ser considerado Direito ou não-Direito. Fixando o código, pode-se trabalhar a variação dos programas, o que os torna complementares. O código binário envolve as duas possibilidades. A esse teor, a idéia de autorreferência de Luhmann, trazida por Baraldi (1997, p. 57):

Il concetto di autoreferenza indica il fatto che esistono sistemi i quali si riferiscono a se stessi mediante ogni loro operazione [v. operazione/osservazione]. Si tratta di sistemi (organici, psichici e sociali) che possono osservare la realtà solo attraverso l'autocontatto [v. sistema/ambiente]. Si ha autoreferenza quando l'operazione di osservazione è inclusa in ciò che viene indicato, quando cioè essa indica qualcosa al quale appartiene. Un sistema sociale, ad esempio, può produrre solo comunicazione ed è in grado di considerare la realtà solo comunicando; l'autoreferenza è implicita in ogni comunicazione nella forma di emissione [v. comunicazione]. Allo stesso modo una coscienza può solo pensare e la realtà diventa rilevante solo come oggetto di riferimento dei pensieri.

Os sistemas são dependentes uns dos outros, mas ao mesmo tempo se autorreproduzem, gerando coerência interna. Na esteira da contribuição da compreensão sistêmica no combate à exclusão, tem-se que os movimentos que empunham a não-discriminação, firmando a idéia de movimentos de protesto protagonizada por Luhmann, devem manter a organização interna no sentido de assegurar uma pauta de reivindicações coerente, com coesão entre os participantes.

Entretanto, o sistema interage com outros sistemas existentes no ambiente de forma a acoplar-se, tendo por base suas próprias interações internas, abrindo-se para conhecer as novas estruturas, sem prejudicar sua operatividade, que permanece fechada. Assim, a teoria sistêmica é uma teoria universalista, tautológica. Parte do pressuposto que a análise da sociedade só tem lugar na sociedade, já que não existe nada de social fora da sociedade, rompendo assim com vários paradigmas sociológicos existentes.

Trazidas tais considerações, a teoria autopoietica fornece um instrumental de valor mediante a observação da prática jurídica para que o sistema jurídico mantenha sua operacionalidade e funcionalidade específica, reduzindo o risco, ante uma sociedade extremamente complexa e mutável como a atual. É de Luhmann e De Giorgi (1996, p. 09) a definição:

Oggetto delle nostre ricerche è il sistema sociale della società moderna. Intendiamo realizzare un progetto che incontra numerose difficoltà. La prima è costituita dal progetto stesso, il quale attualizza un rapporto circolare con il suo oggetto: un oggetto che non ha referenze univoche. Anzi, non è neppure stabilito di quale oggetto si tratti. Al termine “società”, infatti, non si associa una rappresentazione univoca, e neppure il termine “sociale” presenta referenze “oggettive”.

A lógica desenvolvida pela Teoria dos Sistemas permite ver como toda observação, apenas reproduz o que é observado, todavia, aquele que observa é incapaz de observar a ele próprio. Assim, quanto mais observa e apreende o conhecimento, maior desconhecimento gera, aumentando assim a complexidade, no sentido de que sempre passam a existir mais possibilidades. Para tanto, no dizer de Luhmann e De Giorgi (1995, p. 23) “a sociedade contemporânea não é o resultado de uma construção

racional, mas o resultado de si mesma”.

Não busca a teoria autopoiética resolver todas as crises postas ao Direito e sim, construir novos resultados sobre temas que ainda estão por vir, permitindo a adoção de novas condutas, tendentes a diminuir o risco. Ao demonstrar como o sistema jurídico se comporta internamente e quais suas relações com o interior, verifica que é a legislação o ponto de contato com o meio exterior, na medida em que os tribunais estão no centro do sistema, aplicando as decisões de forma interpretativa aos fatos que se apresentam.

Espera-se que o Direito resolva, por qualquer comando possível, os problemas de natureza ambiental e social. Espera-se uma solução às mazelas humanas, aí compreendidas também aquelas que dizem com a saúde. No entanto, os mecanismos existentes no caso brasileiro, sejam de natureza constitucional ou infraconstitucional, não têm se demonstrado hábeis para garantir a promoção da saúde indistintamente.

Sensível à necessidade de tutela da saúde, o ordenamento brasileiro registra expressiva e importante legislação, dispondo e regulando em grande parte o trato dessa questão. No entanto, não raramente essa proteção encontra obstáculos para sua efetiva concretização, porque a administração pública revela-se incapaz de atender à demanda existente, o que determina a transferência da questão para o Judiciário. Como afirmam Luhmann e De Giorgi (1995, p. 15), o Direito “começa a ficar defasado em relação a uma série de questões importantes da sociedade, em relação a problemas políticos decisivos e, principalmente, defasado quanto àquilo que chamamos de novos Direitos”.

Daí decorre a assertiva de que há necessidade de se estabelecer um novo modelo de aplicação jurídica das normas. A questão, evidentemente, é qual será esse modelo. Ainda mais no caso da saúde, em que uma atitude pode ser bastante para conduzir até mesmo ao fim da vida. Essa ausência de uma metodologia, que permita tratar da complexidade, é percebida

por Luhmann e De Giorgi (1995, p. 13):

Sembra naturale rinviare alla immensa complessità della società e à la mancanza de uma metodologia que si possa utilizzare per trattare i sistemi altamente complessi e differenziati: una metodologia capace de tratar a cosiddetta complexidade organizada.

Num sistema tão repleto de informações como o que se está modernamente inserido, a teoria autopoietica auxilia na manutenção da operacionalidade e funcionalidade da atividade estatal de “dizer o direito”, notadamente quando utilizada como ferramenta para construção de respostas cujo modelo de racionalidade até então existente, não mais comporta.

Assim, o Direito, que atua de forma operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo, deverá interagir com os subsistemas existentes, possibilitando-se, através de uma forma suficientemente organizada, a adoção de posturas que permitam a redução do risco e a solução para as demandas que se apresentam. No caso em exame, as dificuldades são evidentes, ainda mais no caso brasileiro, em que a atuação da administração pública está muito distante da garantia constitucional, de ampla proteção e promoção da saúde humana.

### **3. JURISDIÇÃO, IDEOLOGIA E EXERCÍCIO DA CIDADANIA NA TUTELA DA SAÚDE**

Na sociedade contemporânea a tutela jurisdicional precisa desempenhar seu objetivo primário, garantindo ao titular do direito aquilo que está afirmado no direito material. O atingimento desse objetivo depende de muitos fatores e a função jurisdicional, nesse talante e, como afirma ProtoPisani (2008, p. 32), “bisogna articolarsi in modo estremamente vario e complesso”.

A construção de que ao Judiciário cabe unicamente o papel de reproduzir a lei também expressa o compromisso ideológico, tornando o juiz refém do texto legal, como se fosse possível reduzir essa atividade a tal desiderato. Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva (2004, p. 21) afirma que “os dois principais compromissos ideológicos inerentes à nossa compreensão do Direito e da missão do Poder Judiciário revelam-se claramente: a ideia que o juiz somente deve “respeito à Lei”, sendo-lhe vedado decidir as causas segundo sua posição política”. Essa proposição de Ovídio Baptista da Silva representa não mais do que a recuperação de institutos do próprio Direito Romano. Mário Bretonne (1982, p. 307) assinala que “La piú antica giurisprudenza vuole, da un lato, non discostarsi della lettera della legge, dall’altro esercitare la propria libertà inventiva e creativa.” Trata-se, enfim, de trazer de volta o que foi perdido no mundo contemporâneo, a partir do pensamento racionalista.

Enfim, também quando se pensa na tutela da saúde, não se revela suficiente a proteção legal, é preciso ainda que o administrador atue no sentido de realizar essa proteção. Em casos como o que se apresenta, em que termina ocorrendo a transferência da realização da saúde ao Judiciário, é ainda necessário que o juiz esteja *disposto* a acolher a pretensão do autor. A simples edição da legislação, garantindo a proteção da saúde, por si não é suficiente a assegurar a efetividade da tutela. Está aí, a demonstrar tal aspecto, a própria tutela no caso brasileiro. Essa questão que envolve a legislação ambiental tem, evidentemente, uma expressão determinada pelo avanço da legislação ambiental, no momento atual. É claro que a legislação ambiental é essencial para a proteção do ambiente, mas na caminhada já trilhada, pode-se perceber que a afirmação da garantia ao ambiente equilibrado já se deu nos ordenamentos legais. O que é preciso, agora, é garantir efetividade a essa afirmação.

A atividade do julgador é inegavelmente ideológica. E,

retornando ao pensamento de Warat (1996, p. 69), que afirma “[...] a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem. A ideologia não só se encontra presente no discurso natural, como também constitui um sistema de evocações contextuais surgidas no uso pragmático do discurso científico” é fácil perceber que a atividade jurisdicional é indissociável desse elemento.

É que a ideologia, dimensão que se agrega ao processo, precisa ser compreendida em conjunto com a própria técnica processual, porque é a ideologia que determina os próprios rumos que se dará ao processo, questão que é bem percebida por Taruffo (2009, p. 68), quando afirma que “In sostanza, il processo non è pura tecnica e la sua conoscenza non si esaurisce nella cultura tecnica. La tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l'ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire”. Não é possível ao operador do processo limitar-se à técnica, porque essa limitação produz uma visão míope, incapaz de perceber as diferentes dimensões que produzem influência na produção processual.

No âmbito da saúde e da proteção ambiental, na esteira do pensamento de Aquilina e Iaquina<sup>1</sup>, é preciso que se possa transformar a ameaça que se põe à humanidade, de sua própria extinção, no impulso necessário para encontrar alternativas que permitam a continuidade da vida, não apenas de sobrevivência, mas de vida digna e em condições que possam ser alcançadas

---

<sup>1</sup> “La paura, allora, diviene quella spinta necessaria all'uomo per superare i pericoli ed il rischio della sua stessa onnipotenza. Una paura che faccia risvegliare l'uomo dal sogno faustiano della modernità e che lo metta di fronte alla necessità di apprendere dalle minacce che incombono sulla civiltà; una paura che dovrà costituire la lanterna che illumina il cammino, se l'uomo vuole avere la possibilità di vivere ancora a lungo sul pianeta e dare la possibilità alle generazioni future di poterci vivere un giorno”. In AQUILINA, Kevin. IAQUINA, Pietro (org). *Il Sistema Ambiente, tra Etica, Diritto ed Economia*. Padova: CEDAM. 2013. p. 48.

também às futuras gerações.

O direito à saúde, que impõe medidas enérgicas de contenção da COVID-19, ainda está longe de ser uma realidade na sociedade brasileira, inobstante tenha merecido ampla tutela no ordenamento jurídico e elevado ao status de direito fundamental, com sua inserção na Constituição Federal de 1988.

Dificuldades estruturais do país, inclusive falta de recursos orçamentários, aliadas à tendência de tratar o tema da saúde como questão privada, tornam a promoção estatal da saúde muito distante da afirmação constitucional de que se trata de direito de todos e dever do estado. Os dados estatísticos preliminares, relativos ao avanço da COVID-19, já situam a maior incidência da pandemia nas regiões mais empobrecidas do país.

Em nível mundial, a saúde ocupa espaço nos ordenamentos jurídicos, sendo afirmada como corolário do direito ao ambiente equilibrado, como diz Cocconi (1998, p. 72), que percebe a necessidade de que se garantam as necessárias condições de salubridade ambiental: “La protezione della salute rappresenta senza dubbio una condizione della partecipazione dell’individuo alle comunità di vita in cui si sviluppa la sua personalità e perchè tale partecipazione sia effettiva la sua tutela deve estendersi alla preservazione, in tali luoghi, delle necessarie condizioni di salubrità ambientale.”

O direito à saúde compreende a dimensão integral do ser humano. Trata-se de direito indisponível e irrenunciável. Assim, a sua realização deve sobrepor-se às demais questões estruturais, não podendo submeter-se às limitações orçamentárias, nem ser ofuscada a partir de argumentos econômicos. Buzzanca (2006, p. 02) reconhece que “il diritto alla salute tutela valori essenziali della persona, esso presenta i tratti somatici, al pari degli altri diritti della personalità, dell’indisponibilità e della non patrimonialità, inoltre, non può essere oggetto né di rinuncia, né di cessione”.



O fenômeno da judicialização da saúde é decorrência da contemporaneidade, verificando-se em diversos ordenamentos. Já no ano de 1998, Cocconi (1998, p. 76) percebia que, em relação ao direito à saúde, verificava-se uma ampliação da intervenção judicial, realizando uma “penetrante opera dicontrollo sul l’attività della Pubblica Amministrazione suscettibile di influire sul la salubrità ambientale e quindi sul l’integrità psico-física dell’individuo.”

Cocconi (1998, p. 79) ainda afirma que, através da construção da categoria dos direitos fundamentais, não passíveis de violação por obra da administração pública, cuja individualização não dependia do poder discricionário, foi possível conduzir a atividade jurisdicional, mesmo diante da repartição da jurisdição. Assim, por essa via, tornou-se natural a atuação jurisdicional em relação ao direito à saúde, já que se “devolve al giudice civile la cognizione delle controversie in cui la Pubblica Amministrazione abbia agito in carenza di potere in concreto”.

Essa transferência para o Judiciário, também da função de guardiões da saúde humana, representa mais uma correlata responsabilidade à tutela ambiental, também deslocada para o Judiciário, em meio a incessantes discussões conjunturais. Essa nova feição, dada ao Judiciário, exige postura diversa, com a assunção de novos paradigmas. No caso brasileiro, é potencializada pelas dificuldades e deficiências estruturais e conjunturais mas, nem por isso, poderá ser dispensada, dada a importância do bem que está sendo tutelado.

#### **4 – A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS EM RELAÇÃO À SAÚDE PÚBLICA, A PARTIR DA MEDIDA PROVISÓRIA 926/2020.**

Certamente, um dos aspectos mais desafiadores da COVID-19 é conciliar o atendimento do pressuposto constitucional de realização do direito à saúde com as

vicissitudes econômicas que são oriundas da pandemia. A necessária reclusão de todos, o isolamento social e o fechamento de indústrias, comércio e serviços, operados no Brasil a partir de meados de março, provocou evidentes e graves reflexos econômicos.

A partir do avanço da pandemia, os governos estaduais e municipais, temerosos pelas consequências à saúde da população, iniciaram a impor restrições à atividade econômica, à circulação de pessoas e ao contato social. Diante disso, em 20.03.2020 o governo federal editou a Medida Provisória 926/2020 que alterou em parte o artigo 3º da Lei 13.979, de fevereiro de 2020, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública, decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

A partir da alteração proposta, as medidas a serem adotadas pelas autoridades, restritas ao âmbito de suas competências, tornaram-se mais restritas. Por exemplo, as restrições em rodovias, portos e aeroportos, mesmo internamente, passaram a ser condicionadas à recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Com efeito, restou incluída previsão de que, as restrições à locomoção interestadual e intermunicipal também passaram a depender da recomendação da ANVISA, órgão controlado pelo governo federal.

Assim, a edição da Medida Provisória fixou apenas ao governo federal a competência sobre a circulação interestadual e intermunicipal e, também, centralizou no governo federal decisões sobre fechamento de aeroportos, portos e rodovias.

A partir da edição dessa Medida Provisória, o Partido Democrático Trabalhista – PDT, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341<sup>2</sup>, sendo relator o Ministro Marco

---

<sup>2</sup> É o seguinte o teor dos preceitos que foram impugnados na ADI 6341: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no

Aurélio, que deferiu em parte a liminar postulada na inicial.

A ação direta tinha a finalidade de ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º, caput e incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A pretensão formulada na ação direta buscou garantir a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, para a cooperação no sentido de promover-se a saúde. A partir dessa competência concorrente dos entes federados, a ação sustentou a existência de abuso de poder, de parte do executivo federal, ao editar a indigitada medida provisória e restringir a ação dos demais entes, em relação a diversos aspectos relevantes destinados à contenção do avanço da COVID-19.

A ação também suscitou que, diante da emergência pública determinada pelo coronavírus, revela-se inconstitucional o regramento, por meio de medida provisória, de matéria que põe

---

âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I – isolamento; II – quarentena [...] VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; b) locomoção interestadual e intermunicipal; [...] § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. § 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador. § 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.”

em jogo a saúde pública, especialmente diante da responsabilidade constitucional, atribuída a todos os entes, para o cuidado da saúde, direção e condução do sistema único e execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica.

O Ministro relator entendeu de deferir em parte a liminar, garantindo a competência concorrente dos entes federados na adoção de medidas destinadas à contenção da pandemia<sup>3</sup>. Assim, afastou o comando da medida provisória, permitindo aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, no âmbito de suas respectivas competências, a adotar as

---

<sup>3</sup> A cabeça do artigo 3º sinaliza, a mais não poder, a quadra vivenciada, ao referir-se ao enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do coronavírus. Mais do que isso, revela o endosso a atos de autoridades, no âmbito das respectivas competências, visando o isolamento, a quarentena, a restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País, bem como locomoção interestadual e intermunicipal. Seguem-se os dispositivos impugnados. O § 8º versa a preservação do exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais. O § 9º atribui ao Presidente da República, mediante decreto, a definição dos serviços e atividades enquadráveis. Já o § 10 prevê que somente poderão ser adotadas as medidas em ato específico, em articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador. Por último, o § 11 veda restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior.

necessárias medidas a fim de promover a saúde.

Em julgamento de 15.04.2020, o Supremo Tribunal Federal referendou a liminar antes deferida e, assim, reconheceu a legitimação concorrente dos estados, distrito federal e dos municípios, para a edição de medidas destinadas à promoção da saúde da população<sup>4</sup>.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

É possível perceber que as experiências brasileiras de tutela do direito à saúde estão em sintonia com a afirmação desse direito no ordenamento constitucional. É certamente através da judicialização que se concretizam muitas das políticas públicas de promoção à saúde. A construção desses parâmetros, que se realiza nos tribunais, mostra o

---

<sup>4</sup> A decisão está assim ementada: “O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra *b* do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira de Telecomunicações – FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

amadurecimento do tratamento da questão e também reafirma a supremacia do direito à saúde.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à saúde, diante da COVID-19, tem garantida sua realização a partir da tutela jurisdicional, como no caso em análise, em que o Supremo Tribunal Federal garantiu a competência concorrente dos entes federados, permitindo-lhes a adoção de medidas destinadas à contenção da pandemia, num fenômeno que busca compelir o estado a garantir o comando constitucional que consagra o direito fundamental à saúde.

A função jurisdicional termina por exercer, assim, a função de promotora da saúde, realizando a atividade que caberia à administração pública. Essa atuação representa efetiva partição de funções, dentro do mesmo Estado, a fim de realizar o direito à saúde, sem que isso represente afronta à harmonia dos poderes.

O risco inerente à saúde justifica plenamente a adoção de práticas que tornem concreta a afirmação constitucional. Ao estado cabe o dever de promover a saúde e, portanto, a atuação da atividade jurisdicional, orientada nessa promoção, representa não mais do que o atendimento à previsão constitucional.

O papel do judiciário também compreende aquele de interpretar a lei, aplicando o comando abstrato no caso concreto. O relevante papel da ideologia, nesse processo, está justamente na compreensão dada pelo julgador, acerca da realização do direito à saúde. Assim, a atividade do julgador escapa da literalidade do texto legal, aplicando-o ao caso e construindo, assim, a efetividade da previsão constitucional.

A experiência dos tribunais brasileiros está a garantir o cuidado com a saúde, permitindo a realização do comando constitucional. Ainda que não tenha o desejado alcance universal, na medida em que é necessária a propositura da ação

judicial, é possível reconhecer que se trata de experiência positiva, capaz de ao menos minorar o sofrimento de muitos brasileiros, que esperam pela efetivação do direito à saúde, nesse crítico momento, em que a pandemia avança a passos largos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Tutela Civil do meio ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ED., 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11.ed. Amplamente Reformulada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AQUILINA, Kevin. IAQUINTA, Pietro (org). *Il Sistema Ambiente, tra Etica, Diritto ed Economia*. Padova: CEDAM. 2013.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARALDI, Cláudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. 2. ed. Milano: Franco Angeli. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, RS: Notadez, v.3, n. 11, jul. 2001.

BELLAGAMBA, Gianni. CARITTI, Giuseppe. DEL RE, Andrea. *La tutela de la salute: trattamenti sanitaria e responsabilità*. Milano: Giuffrè. 2004.

BIN, Roberto. PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*. 9 ed. Torino: G.Giappichelli Editore. 2011.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. Edição. Curitiba : Juruá, 2000.

BOGNETTI, Giovanni. *La divisione dei poteri: Saggio di diritto comparato*. Milano: Giuffrè. 1994.

BRETONE, Mario. *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani*. 2. ed.

- Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1982.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique. Tome III: Le Statut Du Pouvoir dans L'Etat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1950.
- BUZZANCA, Adriano. *Tutela urgente alla salute e liste di attesa*. Milano: Giuffrè. 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- COCCONI, Monica. *Il diritto alla tutela della salute*. Padova: CEDAM. 1998.
- DE GIORGI, Raffaele. *Democracia, Estado e Direito na Sociedade Contemporânea*. Tradução de Juliana N. Magalhães. In: Cadernos do legislativo, nº4. Belo Horizonte. 1995.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the governmental process*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press. 1965.
- LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1996.
- LUNELLI, Carlos Alberto (org). *Direito, Ambiente e Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá. 2010.
- LUNELLI, Carlos Alberto. *Além da condenação: a inclusão do comando mandamental na sentença civil condenatória*. Rio Grande - RS: Editora da FURG, 2016.
- LUNELLI, Carlos Alberto. *Jurisdição Italiana, Ideologia e tutela ambiental*. Caxias do Sul: EDUCS, 2017.
- NALINI, José Renato. *Juízes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Campinas: Millenium Editora. 2008
- PROTO PISANI, Andrea. *I Diritti e le Tutele*. Collana: Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane. 2008.
- SIGNORINO, Vincenzo. *Valore giuridico della dottrina della*



*separazione dei poteri*. Palermo: Libreria della R. Casa. 1908.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo*. Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile. 2009, 01. Milano: Giuffrè. p. 63-79

WARAT, Luis Alberto. O Monastério dos Sábios: o Sentido Comum Teórico dos Juristas. In: *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ZANON, Nicolò. “*La responsabilità dei giudici*”. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Annuario 2004. Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Padova: CEDAM. 2008.

# **DA POLÍTICA À NECROPOLÍTICA: AS (DIS)FUNÇÕES DO ESTADO EM PERSPECTIVA**

Ricardo Almeida Cunha  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani  
Danilo Christiano Antunes Meira

## **INTRODUÇÃO**

O conceito, as funções e os limites do Estado constituem temas centrais de uma longa tradição de pesquisa que ganhou autonomia e identidade própria com o nascimento do Estado Moderno. A autonomia e identidade temática dessa tradição, que atravessa a Sociologia, o Direito e a Ciência Política, se explicam não pelo acaso, mas pela convergência de esforços voltados à superação dos antigos arranjos sociais e à compreensão das novas e diferentes formas de vida, impulsionando assim uma multiplicação de investigações cada vez mais especializadas.

Trabalhos como os de Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau são compreendidos como os exemplos iniciais mais conhecidos desse empreendimento teórico. Contemporaneamente, reflexões como as propostas por Foucault e Mbembe, embora contendo recortes mais adaptados às contingências de um mundo ainda mais diverso, também podem ser classificadas como herdeiras dessa tradição que coloca o Estado como objeto privilegiado de discussão. A propósito das contingências, a assimilação das contribuições desses autores obviamente não foge à regra de se evitar o

anacronismo e de se ter sempre presente tudo aquilo que pode condicionar os objetivos e os métodos por eles escolhidos. Mesmo assim, essa regra não compromete a plausibilidade da ideia de se buscar ali alguns elementos potencialmente úteis à compreensão e superação dos nossos problemas atuais.

Não por outra razão, grande parte dos debates mais recentes sobre o conceito de Estado ainda se sustenta em alicerces fixados por esses autores. São alicerces que, se adequadamente interpretados, em alguma medida auxiliam a compreensão de fenômenos como o pluralismo jurídico, a globalização, as migrações transnacionais e outras questões que sequer poderiam ser previstas por aquelas janelas históricas. Porém, há um outro campo de discussão que se encontra significativamente mais aberto à disputas e no qual essa tradição de pesquisa pode ser mais decisiva. É o campo que contempla as funções e os limites do Estado – e que, indiretamente, também afeta o seu próprio conceito.

Nesse campo, demasiadamente amplo, encontram-se as discussões relacionadas aos papéis do Estado na regulamentação dos mercados e no fornecimento de serviços de saúde, educação e segurança pública, por exemplo. Por um lado, essas discussões remetem a outras discussões vetustas com aquelas que gravitam em torno dos benefícios e das expectativas que os indivíduos podem ter ao aceitarem as limitações impostas pela circunstância de viver em uma comunidade organizada na forma de Estado. Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau ainda parecem decisivos aqui. Por outro lado, essas discussões também remetem a outros debates contemporâneos como aqueles que problematizam os prejuízos causados aos indivíduos pelo próprio Estado no exercício de suas funções. Nesse ponto, reflexões de Foucault e Mbembe podem ser imprescindíveis.

Todos esses debates convergem invariavelmente para um denominador comum: a análise das (dis)funções do poder do Estado, um tema que perpassa praticamente toda a história

do pensamento político uma linha de preocupação contínua que liga o passado ao presente.

Um caso concreto parece ilustrar bem essa proposição. O massacre ocorrido em 11 de maio de 1951 na aldeia Pataxó de Barra Velha, em Porto Seguro – BA, conhecido como “Fogo de 51”, é uma das memórias recentes mais dolorosas dos povos originários. Sob o pretexto de reestabelecer a ordem e combater saques a armazéns da região, o Estado mobilizou dezenas de policiais militares lotados nas cidades vizinhas em uma ação que culminou no assassinato e estupro de inúmeros indígenas<sup>1</sup>. Impotentes perante o aparato estatal que também cuidou de incendiar toda a aldeia, os Pataxós nada conseguiram fazer senão abandonar suas terras que coincidentemente já eram cobiçadas por fazendeiros da região. Há, é claro, um número muito expressivo de outros episódios que convidam à reflexão sobre as (dis)funções do Estado, como aqueles relativos à seletividade do sistema penal e à esterilização compulsória de mulheres pobres, mas o Fogo de 51 é suficientemente emblemático para justificar o reposicionamento de algumas perguntas básicas sobre o ponto a partir do qual a atuação estatal perde sua legitimidade.

Essa parece ser a maior contribuição da presente pesquisa. Revisitando a tradição do pensamento político, serão buscados subsídios para a reconstituição dos limites que separam as atuações justificadas do Estado daquelas que não podem ser permitidas. Para tanto, o tópico *Poder e funções dos Estados no pensamento político* cuidará de localizar e justificar a relevância dos principais temas envolvidos na presente proposta. No tópico *As funções estatais em perspectiva*, por outro lado, é feita uma tentativa de individualizar a contribuição dos principais autores que já discutiram as (dis)funções do Estado, de modo a construir um panorama em perspectiva. O tópico *“Fogo de 51: da política à*

---

<sup>1</sup> SILVA, 2013.

*necropolítica*”, por fim, ilustra a pertinência das ferramentas teóricas identificadas nos tópicos anteriores, aplicando-as como subsídio de assimilação de um problema concreto. Contribuições adicionais e uma síntese do resultado da pesquisa são apresentadas no tópico de conclusão.

## **1 PODER E FUNÇÕES DOS ESTADOS NO PENSAMENTO POLÍTICO**

Algumas funções dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos consistem na utilização escrupulosa da sua posição de supremacia e até mesmo do seu poder de império para limitar certas esferas de liberdade dos indivíduos particulares. Isso ocorre inclusive como pressuposto de viabilização da promoção da justiça social e do bem-estar da sociedade, garantindo a ampliação e efetivação de uma série de direitos básicos ao se impor outra série de deveres dentro daquilo que autorizam as suas respectivas constituições.

Embora essa descrição possa não parecer controversa atualmente, é pertinente ter à vista o fato de que a regulamentação da atuação estatal em instrumentos como a Constituição é uma conquista recente. Por trás disso, diversas tensões e conflitos ocorreram ao longo da história da domesticação de fenômeno universal e atemporal: o poder<sup>2</sup>. Como observa Rodrigues, a ideia de poder pode ser apreendida em diversas perspectivas:

se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, 2020.

homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um Governo de dar ordens aos cidadãos<sup>3</sup>.

É preciso, portanto, voltar às mesmas preocupações dos modernos, que também tiveram como foco de interesse o Estado e, conseqüentemente, o poder exercido pelo mesmo. Foram os modernos que traduziram a manifestação material desse fenômeno para a discussão política ao ponto de torná-lo um dos temas mais investigado pelos filósofos, forjando ou consolidando correntes próprias que chegaram até o pensamento contemporânea<sup>4</sup>.

Isso explica, por exemplo, como o debate sobre conceito de poder tornou-se a base fundamental na construção no campo teórico dos séculos XV a XVII, especialmente, tendo Maquiavel, em sua obra “O príncipe”, de 1513, problematizado o uso do poder como ferramenta de ascensão ou mesmo manutenção do soberano. Dessa forma, Maquiavel, diferente de abordagens anteriores como a dos gregos, lança um sentido utilitarista à discussão: ele propôs abandonar a análise da política como ideal para entendê-la enquanto política real, saindo de cena a “arte de governar” para entrar em cena a “forma de exercer o poder”<sup>5</sup>.

No período compreendido entre os séculos XVI e XVII, as principais questões que permearam esse debate foram as razões ou as justificativas que conduziram os seres humanos a se organizarem em torno de um Estado e, por conseguinte, as razões que fundamentam a legitimidade dos seus governantes<sup>6</sup>. Maquiavel já havia apresentado um “guia prático” de como

---

<sup>3</sup> BOBBIO, *et al.*, 2000.

<sup>4</sup> GALLO, 2020.

<sup>5</sup> EVARISTO, 2018.

<sup>6</sup> SOUZA, 2020.

alcançar e manter o poder, mas os teóricos da tradição contratualista, que o sucederam, sofisticaram um pouco mais o debate ao apresentarem conceitos como o de “estado de natureza” e, posteriormente, o de “sociedade civil”.

Obras como “Leviatã”, escrita em 1651 por Hobbes, “Segundo Tratado Sobre o Governo”, publicada em 1689 por Locke e o conhecido texto “Contrato Social”, concebido por Rousseau em 1762, utilizaram a noção de contrato social como uma ferramenta conceitual bastante convincente para explicar as razões pelas quais os indivíduos preferiram abandonar o estado de natureza para viver em sociedade e os limites dos direitos e deveres que se estabeleciam na relação entre súditos e governantes.

Para além dos modernos, na década de 1970, Michel Foucault apresenta uma complexa análise das mecânicas e teias das relações de poder, ultrapassando as teorias políticas até então conhecidas e inaugurando uma abordagem denominada como “tecnologias do poder”. Essa abordagem viabilizou conclusões bem amplas e significativas, tais como a de que o Estado, por meio do exercício do poder que lhe era atribuído, passou a privilegiar a própria vida como elemento mais importante de manipulação dos sujeitos, atuando diretamente nos corpos com técnicas que levam ao aumento de produtividade e, posteriormente, ao controle da saúde e da segurança. Essa noção se traduz na ideia de “biopolítica”. Para Foucault, foi pela transição da política a uma verdadeira biopolítica que o Estado passou a controlar não apenas a saúde, a segurança e o território, mas também o papel de decidir quem pode viver e quem pode morrer. Da política à biopolítica, portanto, há um correspondente salto do poder ao “biopoder”<sup>7</sup>.

Mais recentemente, Achille Mbembe (2017) apresentou uma nova face do biopoder, o que denominou de “necropolítica”. Segundo o autor, o biopoder e a necropolítica

---

<sup>7</sup> COSTA; QUEIROZ, 2021.

não constituem apenas um meio de se obter a soberania ou controle pelo Estado, mas também como exercício do direito de matar, de definir quem pode viver e quem vai morrer<sup>8</sup>. O centro dos debates da “bio-necropolítica” está focado no processo de colonização e neocolonização e, por consequência o extermínio dos povos originários indígenas e a escravidão dos povos africanos. A prática da necropolítica pode ser identificada em episódios que demonstram o exercício contrário do Estado, que concebido para garantir direitos inalienáveis a sociedade, como a vida, adota políticas públicas de saúde e segurança que muitas vezes condenam o cidadão a morte<sup>9</sup>.

Pelo exposto, há razões suficientemente claras para se admitir a pertinência dessa tradição do pensamento político que confere centralidade ao Estado na análise de problemas prementes, tais como o já citado “Fogo de 51”. Porém, é preciso ir um pouco além e resgatar aquilo que fundamentalmente foi distintivo para cada um dos autores citados.

## **2 AS FUNÇÕES ESTATAIS EM PERSPECTIVA**

### **2.1 Nicolau Maquiavel e sua obra “O Príncipe”**

Compreender o processo de construção do conceito de Estado pressupõe uma visita a Nicolau Maquiavel. Filósofo, historiador e diplomata, o florentino viveu de 1469 a 1527 e ficou conhecido como fundador da Ciência Política por sua obra “O príncipe”, de 1513, na qual propôs, de uma maneira não muito indireta, como o Estado e o governo realmente são e não como deveriam ser numa perspectiva voltada à manutenção do poder do soberano.

---

<sup>8</sup> MBEMBE, 2017.

<sup>9</sup> LIMA, 2018.



Embora não caiba aqui uma apresentação exauriente e nem uma contextualização detalhada dessa obra, parece oportuno sinalizar os princípios e preocupações que a nortearam. A esse respeito, Winter (2006) observa que a política, para Maquiavel, era algo próprio de todo ser humano. Distanciando-se da imagem da unidade pelo ideal cristão, Maquiavel propôs uma abordagem realista que vincula a política à constante luta pelo poder. Essa constante luta pelo poder seria, para Maquiavel, a causa de desunião e divisão, o que despertava tensões sociais pelos conflitos de interesses de dois grupos: o grupo dos que não desejam ser oprimidos, o povo, e o grupo dos que querem deter o poder e dominar o povo, os grandes. O principado provém do povo ou dos grandes, de acordo com a oportunidade que tiver um ou outro grupo. A obra “O Príncipe” apresenta o Estado, portanto, como uma correlação de forças que operam em sentidos contrários: a opressão dos poderosos e o desejo de liberdade do povo. Por trás desse conceito de Estado encontra-se a presunção de impossibilidade de organização humana sem uma contundente e centralizadora força política dotada de poder, capaz de viabilizar o controle social e a manutenção da estrutura do Estado e dos seus monopólios, pelo qual o interesse coletivo se sobrepõe aos interesses particulares<sup>10</sup>.

Nota-se que o poder associado ao Estado é, para Maquiavel, algo a ser conquistado e mantido. Como o conselho é para o soberano e não para os indivíduos, seria permitido fazer uso de estratégias moralmente questionáveis que ultrapassam quaisquer vinculações ao que se poderia compreender como bem comum. Para Maquiavel, se o príncipe desejasse manter-se no poder, seria necessário até mesmo aprender a ser mau. E assim o seria de acordo com a necessidade e as circunstâncias.

Há limites, no entanto, não deveria o príncipe promover

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, 2010.

a ira do seu povo, pois esse se voltaria contra ele. Também não poderia tomar lado nos conflitos entre o povo e os grandes - a não ser, é claro, que isso fosse um imperativo e, nesse caso, seria melhor atender o povo. O príncipe deveria sempre que possível agir de acordo com a lei e a moral, mas sempre preparado para usar a força, a violência, a crueldade e a astúcia, para defender o Estado e o seu poder.

Cercado pelas tensões oriundas das relações sociais, Maquiavel apresenta na sua obra “O Príncipe”, uma visão de estabilidade política por meio do poder concentrado no governante e conseqüente paz interna do Estado. É na figura do governante que o Estado se apresenta e usa seu poder para dirimir os conflitos inerentes à natureza humana e as lutas constantes.

Tais princípios serviram de base para pensadores que, em meio a outros momentos históricos de conflitos sociais, lançaram luz às suas teorias de estabilidade política, a exemplo de Thomas Hobbes.

## **2.2 Pensadores contratualistas**

O Contratualismo é uma abordagem inscrita na Teoria Política que pressupõe ou afirma a existência de um pacto ou contrato na formação de agrupamentos sociais como os Estados Soberanos. É pelo contrato social que os indivíduos se desvinculam da vida no estado de natureza e se incluem em sociedades civis. São representantes da tradição contratualista Thomas Hobbes, autor do livro “Leviatã” de 1651, John Locke, autor de “Segundo Tratado Sobre o Governo” de 1689, e Jean-Jacques Rousseau, autor de “Contrato Social” de 1762.

Thomas Hobbes, matemático, teórico político e filósofo inglês, entendia o indivíduo como ponto de partida para estabilidade política, diferentemente de Maquiavel que via no governante a fonte de estabilidade do Estado. Hobbes viveu entre 1588 e 1679 e presenciou um período extremamente

conturbado com a guerra civil, deflagrada em 1641 entre monarquistas e parlamentaristas.

Mais uma vez este capítulo não fará a apresentação da obra “Leviatã” de Thomas Hobbes, apenas serão abordados os princípios norteadores da sua teoria política que serviram de base para os demais pensadores contratualistas. Hobbes acreditava que os indivíduos viviam num estado de natureza que seria a guerra de todos contra todos, o ser humano seria ruim por natureza e para que houvesse paz entre os indivíduos era necessário o pacto ou contrato social.

Hobbes (2003) afirma que quando não existia um poder soberano capaz de manter todos em respeito, os indivíduos não tiram prazer algum da companhia um dos outros, pelo contrário, era um enorme desprazer. No estado de natureza não existia sociedade, a vida era solitária, pobre, embrutecida e curta pois os homens lutavam entre si o tempo todo e existia o medo constante da morte, não existiam leis nem justiça ou injustiça.

Como forma de impedir que todos se destruíssem por suas paixões particulares era necessário que os indivíduos por meio do contrato social, dotassem um soberano absoluto (Estado) de plenos poderes para que a paz e o respeito (limites do direito natural) fossem estabelecidos por leis e apartados estatais, em uma sociedade.

Pode-se entender poder absoluto como inquestionável, mas não como poder ilimitado, pois Hobbes na sua obra traz o direito à vida como um bem inalienável, logo mesmo sendo o soberano absoluto esse não poderia atentar contra a vida do indivíduo, pois seria contraditório ao pacto estabelecido, o que permitiria o homem a desobedecer e até se voltar contra o soberano.

Em Hobbes temos um Estado dotado de poder estabelecido pelo contrato social, onde os indivíduos por viverem em guerra constante entre si, renunciam ao seu direito natural e permitem ao Estado (soberano absoluto) regular as

relações, propriedades, direitos e deveres para que possam viver em sociedade.

Os pensamentos de John Locke, filósofo inglês que viveu de 1632 a 1704, autor da obra “Segundo Tratado Sobre o Governo”, vão de encontro ao de Hobbes quando afirma que o estado de natureza é inseguro, o ser humano não vive em guerra e tende a viver em paz, mas o mau poderia ser praticado a partir paixões ou sentimentos menos nobres.

Como empirista, Locke acreditava que a mente do indivíduo é como uma folha em branco e suas experiências vão formando o indivíduo, o tornando conhecido como um pai do liberalismo político e do empirismo inglês.

Locke afirma que todo indivíduo possui três direitos inalienáveis que são: A vida, a liberdade e a propriedade. Como forma de garantir esses direitos a todos, deveria ocorrer a escolha de um soberano por meio de um contrato social, contudo os poderes do soberano não mais seriam absolutos, pois o soberano não poderia quebrar os direitos inalienáveis dos homens<sup>11</sup>.

Na sua teoria com o estabelecimento de direitos inalienáveis, Locke apresenta a limitação do poder soberano, o que confronta o pensamento hobbesiano, que via este poder como absoluto, detentor inclusive do direito à vida, liberdade e propriedade se necessário para manter a paz.

Para Locke (2019), o Estado soberano não surge para limitar direitos e liberdades individuais, todavia para preservá-los. Uma vez que o poder vem do povo, todo governo que não preservasse esses direitos e liberdades poderia ser derrubado pelo mesmo povo que o colocou no poder através do consentimento da maioria.

Para Hobbes, os homens se submetem a um terceiro, eles renunciam aos seus direitos e os delegam para o soberano, enquanto para Locke os homens se reúnem e consentem que

---

<sup>11</sup> LOCKE, 2018.

um terceiro os represente com a finalidade de preservar seus direitos.

Nascido em 1712, na Suíça, Jean Jacques Rousseau, filósofo iluminista, autor da obra “Contrato Social” expõe o pacto social como um processo que visa garantir a segurança do indivíduo ao privilegiar a sociedade<sup>12</sup>. Uma sociedade política, criada nos princípios de direitos e deveres universais, que beneficia a todos igualmente, baseada na vontade coletiva.

Rousseau apresenta o homem no estado de natureza como um indivíduo bom, um bom selvagem, que exercia naturalmente seus instintos e vivia em harmonia com seu ambiente, mas o surgimento da propriedade privada teria gerado desigualdade e violência, levando agora o homem, desprovido da sua condição natural, a se subordinar àqueles que detém propriedades.

Essa situação leva a necessidade do contrato social, que faz com que a propriedade deixe de ser um direito natural e passe a ser um direito civil e dessa forma deva ser garantida pelo soberano.

O pacto social se torna necessário e a escolha de um soberano que regulassem as relações, entretanto segundo Rousseau (2019) diferentemente dos outros contratualistas, o Estado deve se basear num carácter social, constituído pela vontade geral da soberania popular, que não poderia ser delegada, assim o soberano seria o povo e não o rei, este seria apenas um representante do povo.

As teorias dos contratualistas apresentam a passagem do estado de natureza, liberdade natural, até a formação do Estado, liberdade civil e como se estabelecem as relações de poder entre a sociedade e o Estado, observado o seu papel institucional de garantidor dos direitos civis.

---

<sup>12</sup> VILALBA, 2013.

## 2.3 Michel Foucault e a Biopolítica

Filósofo francês, nascido em 1926, Foucault vai apresentar um novo conceito de poder, o Biopoder. Souza (2020) afirma que para Foucault o medo era um importante ingrediente para o Estado e seus mecanismos de legitimação, o poder era externo e quando usado servia para naturalizar os acordos em sociedade.

Para Foucault o poder soberano nos séculos XVI e XVII se caracterizava pelo poder de fazer morrer e deixar viver e o tempo todo o povo precisava ser lembrado disso, do poder absoluto, daí muitas vezes em praça pública o Estado promovia a tortura e/ou morte dos indivíduos desviantes das regras de autoridade estabelecidas.

Com a revolução industrial no século XVIII e a necessidade de corpos saudáveis e dóceis, o Estado soberano precisa agora promover a vida, o fazer morrer e deixar viver dá lugar ao fazer viver e deixar morrer. Agora é sobre a vida e todo o seu desenrolar que o poder soberano vai atuar<sup>13</sup>.

A sociedade disciplinar surge como nova prática do exercício do poder, por meio das instituições disciplinares, família, escola, exército, presídios etc., é estabelecida a racionalização do espaço e tempo, implantando o sentimento de vigilância constante, promovendo assim mão de obra dócil para o mercado industrial emergente.

Então pode-se definir biopoder como uma forma de governar a vida<sup>14</sup> e sua necessidade fundamentada na busca de corpos saudáveis e aptos para a crescente demanda da revolução industrial, justificando a inserção da medicina na gestão do Estado.

A sociedade disciplinar forma indivíduos, mas também populações, cada um com suas particularidades que respondem

---

<sup>13</sup> BERTOLINI, 2018.

<sup>14</sup> FOUCAULT, 2012.

ao interesse do Estado. Nesse ponto é importante entender que o biopoder e a sociedade disciplinar deixam de focar apenas no indivíduo e passam a observar a “população humana”, formando um conjunto de saberes que individualmente não fazem sentido, mas sobre a população tornam-se fundamentais. Junto com estatística o Estado pode conhecer e controlar taxas de natalidade, mortalidade, índices de doenças e acidentes promovendo assim políticas públicas visando manter o indivíduo o máximo de tempo possível produtivo, surge a biopolítica<sup>15</sup>

Pode-se entender biopolítica como conjunto de políticas públicas que visam manter as pessoas saudáveis e produtivas, que juntamente com a sociedade disciplinar que formatam sujeitos dóceis, produzem ao capitalismo a mão de obra adequada para sua manutenção.

Contudo, se o Estado agora faz viver e deixa morrer, podendo ser a vida entendida como sucesso e a morte como fracasso do soberano frente ao sistema capitalista, como justificar a morte? Como deixar morrer?

Para Bertolini (2018) é o racismo que legitima quem são os matáveis, dos que são inferiores e que sua morte pode ser vista como algo que tornará a vida em geral mais saudável e pura, sendo o holocausto o grande exemplo de como o biopoder exerceu sua força. Outro grande exemplo do biopoder em ação está registrado na história das colonizações, de onde o pensador camaronês Achille Mbembe lança luz sobre a necropolítica do Estado sobre os povos tradicionais.

## **2.4 Necropolítica por Achille Mbembe**

É necessário ressaltar aqui que Michel Foucault foi um jovem rico de família burguesa e cunhou o conceito de biopoder e biopolítica a partir da visão do eurocentrismo, já o

---

<sup>15</sup> *Ibidem.*

camaronês Achille Mbembe, nascido em 1957, desenvolve seu conceito de necropolítica a partir da visão da colônia.

Foucault afirma que o “direito soberano de matar (*droit de glaive*) e os mecanismos de biopoder estão inscritos na forma em que funcionam todos os Estados modernos; de fato, eles podem ser vistos como elementos constitutivos do poder pelo Estado na modernidade”<sup>16</sup>.

Mbembe vai usar o conceito de biopoder de Foucault contudo partirá da compreensão de que muito antes do holocausto o Estado já promovia uma política de segregação de raças e marcação dos corpos matáveis, de menor valor, apresentando assim o conceito de necropolítica desde o processo de colonização.

Fanon apresenta a herança epistemológica do colonialismo que gera uma guerra social contra negros, indígenas e minorias sociais, onde:

O colonizador e sua lógica, desumaniza o colonizado. A rigor, animaliza-o. E, de fato, a linguagem do colono, quando fala do colonizado, é uma linguagem zoológica. [...] Essa demografia galopante, essas massas históricas, esses rostos de onde fugiu qualquer traço de humanidade, esses corpos obesos que não se assemelham mais a nada, esta coorte sem cabeça nem cauda, essas crianças que dão a impressão de não pertencerem a ninguém, essa preguiça estendida ao sol, esse: ritmo vegetal, tudo isso faz parte do vocabulário colonial.<sup>17</sup>

É o racismo que regula a morte, uma das primeiras experiências de biopoder foi na colonização e nos processos de escravidão<sup>18</sup>. Partindo da colonização das Américas e dos

---

<sup>16</sup> MBEMBE, 2018.

<sup>17</sup> FANON, 2005, p. 59.

<sup>18</sup> MBEMBE, 2018.



povos originários que ali se encontravam, por serem selvagens, não instruídos, adoradores de outros Deuses e muitas outras características tratava-se de corpos matáveis, assim como os escravos trazidos de África.

Mbembe (2018) vai então afirmar que a política de morte, necropolítica, antecede a política da vida, biopolítica, dando um olhar do colonizado para o debate, o que podemos identificar atualmente nas ações do Estado em diferentes regiões que compõem uma metrópole.

### **3 O “FOGO DE 51”: DA POLÍTICA À NECROPOLÍTICA**

Pelo exposto, é possível afirmar que a necropolítica ocorre quando o Estado permite que uma população ou conjunto de indivíduos agrupados por raça tenha seus direitos negados. A necropolítica permite que seja dada a permissão de matar tendo essa população determinada como alvo. São exatamente esses os contornos que caracterizam a atuação estatal no episódio conhecido como “Fogo de 51” no extremo sul da Bahia. Já não havia política ali.

Para muitos Pataxós, o dia 11 de maio de 1951 seria apenas mais um dia de luta numa sociedade desigual onde seus direitos enquanto povo originário já não vinha sendo respeitado, só mais um dia.

Ao chegar no Brasil, os portugueses encontraram o que para eles não passava de um povo em estado de natureza, sem organização social, leis ou deveres que norteassem o convívio entre eles, inicia-se o período de colonização. Os invasores, sem entender como se organizavam esses povos e suas diferenças étnicas e culturais, os batizam de “índios” e a partir da sua compreensão de Estado impõe ao povo nativo sua cultura, religião e leis trazidas do velho mundo.

O extremo sul da Bahia é ocupado tradicionalmente pelo povo Pataxó e por possuir íntima relação com o território

é no extremo sul da Bahia que acontecem suas principais lutas. Cancela (2020) apresenta uma carta do padre Cypriano Mendes datada de 31 de julho de 1788 à coroa portuguesa onde faz referência às aldeias Pataxó nas proximidades do Monte Pascoal.

Por meio do decreto 12.729 de 19 de abril de 1943 foi criado o *Parque Monumento Nacional de Monte Pascoal* (PNMP) com a participação direta dos indígenas na localização das matas, entretanto a regulamentação do parque restringiu a permanência histórica naquele território pelos povos originários, o que gerou indignação levando uma comitiva a capital federal em busca da demarcação das terras da aldeia Barra Velha em 1949 e resultando numa promessa de envio de técnicos para demarcação da aldeia mãe.

É em 1951, com a chegada de dois homens, ditos técnicos e com o pretexto de demarcar a aldeia Barra Velha, alguns indígenas foram estimulados contra os não indígenas resultando num saque em Corumbau. Na fuga os indígenas cortaram as linhas de transmissão do telégrafo deixando a região sem comunicação. Três dias após ocorre o “Fogo de 51”<sup>19</sup>.

Dos muitos episódios de conflito do povo Pataxó do extremo sul da Bahia, o episódio conhecido como “Fogo de 51” narrado por testemunhas vivas e depoimentos passados entre gerações de indígenas, apresenta o Estado no uso do biopoder e da necropolítica. O episódio “Fogo de 51”, como um evento ocorrido em 1951, em razão de uma acusação de roubo ocorrido a um comerciante de Corumbau. Na ocasião policiais militares de Porto Seguro e Prado de forma violenta atacaram os Pataxó da aldeia mãe, Barra Velha, ateando fogo nas casas, matando animais, perseguindo e prendendo os que encontravam<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> CANCELA, 2020.

<sup>20</sup> BONFIM, 2017.

Em relato um jovem Pataxó, a partir do fato narrado por quem vivenciou o massacre em 1951 apresenta detalhes da violência promovida pelo poder policial instituído pelo Estado de direito vigente à época:

Mulheres estupradas, crianças amarradas, todos chicoteados e levados até a cidade vizinha de Caraíva, onde sofreram as vaias dos habitantes não índios. Índios foram arreados com rédeas de tiririca, planta urticante, e cavalgados pelos soldados. Outro teve que carregar um porco de quatro arrobas ao longo dos 7 km que separam a aldeia da povoação de Caraíva. Este massacre durou 30 (trinta) dias, até pegarem os dois ladrões e também um índio que fugiu com eles. Matando-os a tiros, enterraram os três na mesma sepultura, próximo ao Monte Pascoal. Hoje próximo à Aldeia Guaxuma.<sup>21</sup>

Juari Braz é neto de Alfredo Braz, um jovem pataxó de 14 anos na época que vivenciou o episódio “Fogo de 51”, e pelo testemunho do seu avô relata:

O “Fogo de 51” foi uma violenta ação policial que destruiu a Aldeia Pataxó de Barra Velha no ano de 1951, dispersando os Pataxó que viviam no território do Monte Pascoal. A violência aconteceu numa madrugada e se propagou por dias, após os Pataxó receberem 2 homens na aldeia que diziam terem vindo ajudar na demarcação territorial e ajudar na resolução do conflito com o IBDF. Dizendo serem agentes enviados pelo governo, pediram aos homens da aldeia que buscassem ajuda junto ao comércio próximo. Acompanhando os 2 homens, os pataxós foram até o comércio e ao chegarem no local foram surpreendidos com a voz de assalto ao comerciante por parte dos 2 homens. Nesse momento, foram obrigados pelos malfeitores a levar toda

---

<sup>21</sup> SANTOS, 2006 *apud* SILVA, 2013.

mercadoria da venda para aldeia. De acordo com os mais velhos, nesse momento todos perceberam que haviam caído em uma cilada. Mas já era tarde. A notícia de que os Pataxó haviam roubado a mercearia espalhou-se rapidamente pela região, fazendo com que a aldeia e o povo Pataxó fosse alvo de ataques policiais na madrugada do dia seguinte.<sup>22</sup>

Em outro trecho do relato de Juari pode-se encontrar como a força policial permaneceu na região exercendo o poder do Estado:

[...] a cada momento aquele grupo recebia uma notícia nova do fazendeiro, dizendo que a situação não estava boa para os indígenas, que a polícia estava atrás dos indígenas pelas fazendas da vizinhança, que não era bom eles voltarem para a aldeia nesse momento, que era bom eles ficarem por ali mesmo [...].

A ação promovida pelo Estado promoveu a dispersão de muitos dos Pataxó pela região, que mesmo após a perseguição ter cessado em razão da acusação se revelar infundada, não retornaram mais para aldeia mãe.

## CONCLUSÃO

Dos direitos inalienáveis do indivíduo, a vida é o mais importante, pois sem ela não existe liberdade, nem propriedade, nem nenhum outro direito pode ser exercido. A história e os grandes pensadores documentaram em suas obras de teoria de Estado, a relação íntima entre o poder soberano e a vida. É no “estado de natureza” que o ser humano temeroso das incertezas e violência que o cercava, busca a formação de um Estado soberano que garanta primeiramente seu direito à vida,

---

<sup>22</sup> BOMFIM, 2018.

mesmo que para isso fosse necessário renunciar a outros, surgem as teorias contratualistas.

É perceptível na formação do Estado soberano que uma das manifestações mais significativas do poder se materializa pelo poder coercitivo em materializar a morte ou mesmo pela possibilidade de matar. Quando, a partir da revolução industrial no século XVIII e a necessidade de corpos saudáveis e dóceis se faz latente a política de Estado se volta ao fazer viver. São cunhados conceitos como biopoder e biopolítica, onde Foucault (2012) vai afirmar que uma nova sociedade disciplinar onde o poder agora está distribuído pelas suas instituições disciplinares moldam os seres humanos às necessidades do capitalismo moderno.

Com a saúde pública incorporada ao governo e ao desenvolvimento da estatística surge a biopolítica, a busca por promover maior qualidade de vida voltada à população e não mais focada no indivíduo, pois agora o papel do Estado está na conservação da mão de obra necessária para o mercado produtivo. Todavia a manutenção do poder do Estado por meio da morte precisa ser mantida, para isso é inserido o conceito de racismo, onde define-se raças inferiores que para um bem maior de todos podem ser mortos, são corpos subjugados e elimináveis.

Os negros, os povos originários e os judeus são exemplos de sujeitos subjugados que durante a colonização e o holocausto perderam seus direitos civis pelo simples fato de serem considerados inferiores, seja por sua cor, crença, ou qualquer outro motivo. O estado de exceção vira regra e a necropolítica de Mbembe (2018) é instaurada, agora o Estado pode exercer seu poder de morte, demonstrando força e amedrontando seu povo. Mbembe vai afirmar que o processo de necropolítica tem suas origens no processo de colonização e que deixa suas marcas até os dias atuais.

Diante aos fatos descritos em documentos e nos relatos do povo Pataxó que escancaram as barbáries ocorridas no

episódio conhecido como “Fogo de 51” e dos conceitos de pensadores ao longo da história, este capítulo convida ao leitor para uma reflexão sobre as dis(funções) do Estado na política adotada junto ao povo Pataxó em 11 de maio de 1951 e sobre o papel do Estado frente ao seu povo, serão os indígenas ainda classificados como uma raça inferior e por isso seus corpos são matáveis? A vida ainda é um direito inalienável de todos os seres humanos?

A reflexão sobre tais perguntas é parte fundamental para a compreensão do elo que une projeto foucaultiano à visão contemporânea feita por Mbembe e seu arcabouço crítico da morte endereçada, trazendo luz para as práticas atuais de subjugamento, manipulação e eliminação dos corpos, mentes e subjetividades individuais de alguns.

De certo que o uso do poder por meio da violência e morte sempre fez parte das relações entre os indivíduos, em qualquer tempo, assim como o poder associado a autoridade na definição de comportamento e afazeres, todavia a crítica estabelecida nesta pesquisa está diretamente ligada às funções do Estado no ato da sua criação e aplicação das políticas adotadas.

Não é a morte ou a violência que estão em análise e sim o papel do Estado que perde sua legitimidade ao promover ou permitir tais ações, uma dis(função) que contraria a própria razão de existir do Estado, sejam na periferia, nas aldeias, contra as mulheres, lgbtqia+, pobres, negros, idosos, crianças e adolescentes, minorias religiosas etc., ou seja, contra seu povo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMARAL, Murilo Naves; PESTANA, Debora Regina; SANTOS, Alfredo José dos. “Contrato social, Jean Jacques Rousseau (1712-1778). *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, v. 14, p. 399-407, 2019.

BERTAZI, Marcio Henrique. A humanidade até ontem: poder e estado de natureza em Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e Pierre Clastres. **Controvérsia**, v. 16, n. 1, p. 77-96, 2020.

BERTOLINI, Jeferson. O conceito de biopoder em Foucault: apontamentos bibliográficos. **Saberes: Revista interdisciplinar de Filosofia e Educação**, v. 18, n. 3, 2018.

BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. V.2.

BOMFIM, Anari Braz. Patxohã: a retomada da língua do povo Pataxó. **Revista Linguística**, v. 13, n. 1, p. 303-327, 2017.

BOMFIM, Juari Braz. **Trajatória de Luta e Vida de Alfredo Braz**. Indígena, Curso de Licenciatura Intercultural, 2018.

CANCELA, Francisco Eduardo Torres. História dos Pataxó no Extremo Sul da Bahia. **Abatirá: Revista de Ciências Humanas e Linguagens**, v. 1, n. 2, p. 18-49, 2020.

CASTRO, Susana de. A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes. **Sofia**, v. 6, n. 2, p. 13-22, 2017.

COSTA, Jose Luiz Silva da; QUEIROZ, Leticia Lucindo. Descolonizar o poder: reverberações de Foucault em Mbembe. (neoliberalismo+ biopolítica+ governamentalidade= necropolítica mundial). **Cadernos Cajuína**, v. 6, n. 1, p. 115-130, 2021.

EVARISTO, Jefferson. O conceito de política no período antigo e medieval: Maquiavel e Aristóteles como bases epistemológicas da política contemporânea. **Medievalis**, v. 7, n. 2, 2018.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Tradução: Enilce Albergaria Rocha. Juiz de Fora:Ed. UFJF, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**; tradução de Maria Thereza da Costa e J. A. Guilhon Albuquerque. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012

GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Justiça Criminal e Povos Indígenas: Um Olhar para a Questão Criminal no Contexto do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Pandemia do Covid-19. **Vukápanavo: Revista**

Terena, p. 155, 2020.

GALLO, Rodrigo Fernando. Por que ler os clássicos? A importância da filosofia política para a compreensão da política contemporânea. **Páginas de Filosofia**, v. 9, n. 2, p. 131-145, 2020.

GONÇALVES, Eugênio Mattioli. Princípios da razão de Estado em O Príncipe, de Nicolau Maquiavel. **Filogenese**. Marília, v. 3, n. 1, p. 7-14, 2010.

HOBBS, Thomas. 2003. **Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza Da Silva. São Paulo: Martins Fontes.

LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault y Achille Mbembe. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, v. 70, n. spe, p. 20-33, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Editora Vozes, 2019.

MADEIRA FILHO, Wilson; CHAVES, Luiza Alves. Queimadas na Floresta Amazônica: Humanos e Não-Humanos Invisibilizados e a Necropolítica Estatal. **Conselho Editorial Autografia**, p. 43.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. 80 p.

OLIVEIRA, Amurabi. Poder e Verdade em Foucault e em Habermas. **Acta Scientiarum. Human and Social Sciences**, v. 36, n. 1, p. 19-25, 2014.

OLIVEIRA, Gabriela Antoniello de. O Príncipe de Maquiavel. **Revista Primordium**, v. 5, n. 9, p. 205-245, 2020.

OLIVEIRA, Luciana de. Cosmopraxis comunicacional dos povos indígenas Kaiowá e Guarani: resistência e luta por visibilidade. **Revista Latinoamericana de Ciencias de la Comunicación**, v. 19, n. 33, 2020.

PEREIRA, João Aparecido Gonçalves. **Política e Conflitos: O que**



Maquiavel nos Ensina? Curitiba: Appris, 2021.

RODRIGUES, Rui Martinho. Fundações do pensamento político. **Revista Educação em Debate**, v. 30, n. 56-58, 2020.

SILVA, Vera Lucia da. Fogo de 51: uma narrativa da dor do povo Pataxó da Bahia. **Revista Escrita**, v. 2013, n. 16, 2013.

SOUZA, Clóvis Schmitt. O conceito de poder na concepção teórica de Carl Schmitt, Hannah Arendt e Michel Foucault. **Disciplinarum Scientia Sociais Aplicadas**, v. 16, n. 1, p. 57-71, 2020.

VILALBA, Helio Garone. O contrato social de Jean-Jacques Rousseau: uma análise para além dos conceitos. **Filogênese [Internet]**, v. 6, n. 2, p. 63-76, 2013.

WINTER, Lairton Moacir. A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel. **Tempo da Ciência**, v. 13, n. 25, p. 117-128, 2006.

# **UTILIZACIÓN DE LA FISCALIDAD PARA FOMENTAR LA AUTONOMÍA PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: BENEFICIOS FISCALES DE LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS**

José Manuel Iglesias Casais

## **I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTECCIÓN PATRIMONIAL**

La aproximación legal al fenómeno de la discapacidad encuentra su primera dificultad en el hecho de que se trata de un concepto jurídico en constante evolución, pues, como reconoce el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Sin embargo, más allá de estas dificultades terminológicas, nadie duda del peso o importancia que este colectivo tiene en la sociedad, que representa nada menos que el 8,5% de la población española (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011); razón por la cual, constituyen hoy en día un grupo de actuación prioritaria para los poderes públicos, cuyas políticas deben buscar la plena integración social de estas personas.

Así, para realizar una primera aproximación a la población que puede beneficiarse de los patrimonios protegidos y sus ventajas en el ámbito tributario, recurriremos a la definición legal de persona con discapacidad que se recoge en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, (2013), que señala que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Aclara la norma que se consideran personas con discapacidad “aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”; circunstancia que se presume en el caso de las personas beneficiarias de determinadas pensiones (incapacidad permanente total, incapacidad absoluta, gran invalidez, e incapacidad permanente para el servicio o inutilidad).

En el siglo pasado, la preocupación principal del legislador para con este colectivo se centró en la protección de estas personas a través de la guarda y custodia de la persona y bienes del “incapacitado” a través de instituciones como la tutela o la patria potestad prorrogada. Dicha protección, además, se encontraba limitada, no a la persona con discapacidad, sino al incapacitado, es decir, a la persona declarada judicialmente como tal (Castro-Girona, 2018). Este enfoque tradicional de la discapacidad, sin embargo, partía del planteamiento erróneo de considerar a estas personas como un colectivo homogéneo al que debía dársele un tratamiento uniforme, lo que ya no se adapta a la sociedad actual y a las nuevas situaciones de discapacidad que pueden no suponer necesariamente la falta de capacidad de la persona para regirse por sí misma, como las derivadas de la vejez, las lesiones que impiden el desarrollo de la profesión u oficio, las lesiones medulares, etc (Castro-Girona, 2018).

Por esta razón, hay que destacar el importante esfuerzo

realizado por España en los últimos años para actualizar el tratamiento normativo que se dispensa a este colectivo en su ordenamiento jurídico. Así, aunque ya el artículo 49 de la Constitución española (1978) establecía que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente en el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"; la ratificación y la consiguiente entrada en vigor en mayo de 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), supuso un giro de ciento ochenta grados en las facultades reconocidas a las personas con discapacidad, adecuándolas al contexto histórico y social propio del siglo XXI y buscando su igualdad efectiva a través del reconocimiento de un conjunto de derechos que se pueden hacer valer ante las Administraciones y los Tribunales.

Este Tratado Internacional suscrito por España contribuyó de manera decisiva a visualizar a este colectivo y a replantearse su tratamiento legal, obligando a modificar hasta diecinueve leyes de nuestro ordenamiento jurídico para ajustarlas a la nueva definición legal de persona con discapacidad contenida en la Convención. Así, como establece el Preámbulo de la Ley 26/2011 (2011), "la discapacidad queda configurada como la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona normal".

Este proceso de actualización y adaptación normativa, sin embargo, se encuentra aún inacabado como demuestra el hecho de que en estos momentos se esté tramitando el Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 11 de mayo

(2021) y que eliminará de nuestra Carta Magna el término disminuido para sustituirlo por el de personas con discapacidad; grupo de población que engloba según declara el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2021)

A un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de una protección singular en el ejercicio de los derechos humanos y libertades básicas, debido a las necesidades específicas derivadas de su situación de discapacidad y de pervivencia de barreras que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas.

En definitiva, como hemos señalado líneas atrás, la evolución normativa experimentada en estos últimos años ha conseguido felizmente superar el enfoque basado sólo en la protección de la personas y bienes del incapacitado existente hasta hace poco más de una década para buscar la plena integración y el desarrollo personal de las personas con discapacidad. Buena muestra de ello es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (2003), que nace para reforzar la protección de las personas con discapacidad desde un punto de vista patrimonial. En este sentido, su Exposición de Motivos reconoce que “uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”.

## **I. 1. El patrimonio protegido de la persona con discapacidad**

La entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha supuesto un cambio profundo en el tratamiento

de las personas con discapacidad desde la óptica del derecho patrimonial privado, impulsando por primera vez en este ámbito la plena integración jurídica de este colectivo. No cabe duda de que el objetivo de la plena integración social de las personas con discapacidad exige posibilitar su participación “en las mismas condiciones que cualquier persona y sin discriminación alguna no sólo en la vida social, laboral y educativa, sino también su intervención en las decisiones de tipo patrimonial que le afectan en su vida corriente” (Castro-Girona, 2017, p.104).

La referida norma, se encuentra de plena actualidad pues acaba de ser modificada por el artículo quinto de la Ley 8/2021, de 2 de junio (2021). Esta modificación, que entrará en vigor el próximo 3 de septiembre de 2021, como señala su Preámbulo, supone un paso más en el proceso de adaptación de nuestra normativa a la Convención de Nueva York, desde la perspectiva del respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad y de los principios de “necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”.

El patrimonio protegido consiste en un conjunto de bienes o derechos de los que es titular la persona con discapacidad y que están destinados a la satisfacción de sus necesidades vitales, garantizando así al discapacitado cierta suficiencia económica para afrontar gastos futuros aún cuando pierda la red protectora que representa la familia. Como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), esta figura se crea con la finalidad de proteger el bienestar de este colectivo creando un escudo patrimonial de origen privado que asegure a sus beneficiarios “la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”. Es decir, se trataría de un recurso económico adicional y de carácter privado, aportado por la propia persona

con discapacidad o por su familia, y que vendría a sumarse y a reforzar la protección pública que se les dispensa, ya sea vía servicios públicos, ya sea a través de otras ayudas económicas como las subvenciones o beneficios fiscales.

Este instrumento debe enmarcarse, así, en un proceso de modernización de nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlo a los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008); proceso que, a día de hoy, se encuentra aún inacabado, como dan buena muestra el proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución española (para cambiar la denominación de disminuidos por la de personas con discapacidad) o la recentísima Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (2021).

### **I.1.1. Naturaleza y características**

La Exposición de Motivos la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), en su punto segundo, realiza una aproximación a las características definitorias de este tipo de patrimonios, a los que describe como “una masa patrimonial carente de personalidad jurídica” propia “inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad (...)”. Además, añade que se trata de un “patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares”.

Nada obsta a que, al lado del patrimonio personal de las personas puedan existir “otro tipo de masas patrimoniales, cuya existencia autónoma se fundamenta o justifica por su finalidad concreta y sus particularidades” (Escribano, 2013). Así, siguiendo a Lacruz, puede distinguirse entre un patrimonio personal y un patrimonio autónomo, dentro del que se incluirían, a su vez, los patrimonios separados y los

patrimonios colectivos, definiendo al patrimonio autónomo como “uno en el que, por ordenarlo o permitirlo así la ley, bienes pertenecientes a una o varias personas se hallan individualizados formando un conjunto sometido a titularidades y gravado con deudas específicas, coexistiendo con el patrimonio general de su titular o titulares” (Lacruz, 1999).

Y es precisamente dentro de estos patrimonios autónomos distintos del patrimonio personal donde se encuadrarían distintos subtipos de patrimonios como el patrimonio separado, el patrimonio de destino o el propio patrimonio protegido de las personas con discapacidad que constituye el objeto de nuestro trabajo.

El patrimonio protegido de las personas con discapacidad constituye, por lo tanto, “un conjunto de bienes o derechos cuya titularidad corresponde a una persona discapacitada y que tienen en común su destino específico, el cual no es otro que el atender las necesidades vitales de su titular” (Cubiles, 2005). Hay que matizar, además, que este concepto de patrimonio debe ser entendido en un sentido amplio, esto es, comprensivo no sólo de los bienes o derechos aportados, sino también de sus frutos y rendimientos, de ahí la importancia de una buena gestión o administración del mismo.

Así, este conjunto de activos constituye: a) un *patrimonio de destino*, por cuanto que los bienes que lo integran tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares»; b) “*aislado*” o separado del patrimonio personal de la persona con discapacidad; c) *carente de personalidad jurídica propia*; y d) sometido a un *régimen de administración y supervisión específica* (Sabater, 2015).

#### *1.1.1.1. Patrimonio de destino*

Para algunos autores, los patrimonios de destino son aquellos que carecen transitoriamente de titular, encontrándose,



por lo tanto, “a la espera de su adquisición por el titular definitivo y que están sometidos a un régimen de gestión concreto con la finalidad de que no se disgreguen sus elementos” (Escribano, 2013).

Según tal definición, los patrimonios protegidos no son realmente un patrimonio de destino, pues, a diferencia de otros verdaderos patrimonios de destino como el del *nasciturus* o la herencia yacente, el patrimonio protegido tiene un titular: la persona con discapacidad titular y beneficiaria del mismo (Gallego, 2006).

Para otros autores, en cambio, los patrimonios de destino son un conjunto de bienes que tienen “una finalidad marcada que se superpone o que tiene una mayor importancia que el destinatario de los mismos” (Escribano, 2013); lo cual se ajusta más a los patrimonios protegidos, dado que los bienes que componen esta masa patrimonial quedan afectos a la atención de los gastos que ocasionan el hacer frente a la cobertura de las necesidades básicas de la persona con discapacidad titular de dicho patrimonio, que constituye su destino específico.

Curiosamente, sin embargo, la Ley no ha definido lo que debe entenderse por *necesidades vitales* lo que podría provocar no pocos problemas interpretativos para separar lo que se consideran gastos básicos o vitales de los que no, si bien “el uso del término carece de relevancia práctica, ya que dependiendo de las circunstancias de cada individuo, éste puede considerar como básico lo que para otro sea entendido como un lujo” (Cubiles, 2005). Es decir, debe determinarse caso por caso en atención a las circunstancias concretas lo que se considera un gasto justificado para cubrir las necesidades básicas de la persona discapacitada, pues las necesidades de un discapacitado por regla general son mayores que las de una persona que no padezca ningún tipo de discapacidad e incluso dentro de este colectivo hay distintos grados de discapacidad que conllevan también distintos niveles de gasto asociados a

sus circunstancias (cuidados médicos especiales, auxilio de terceras personas, herramientas, etc.).

#### *1.1.1.2. Patrimonio aislado aunque sometido a responsabilidad patrimonial*

Según la doctrina, un patrimonio *aislado* o *separado* constituye “una masa patrimonial atribuida a quien ya es titular de un patrimonio personal, del que el Derecho objetivo lo separa por alguna razón de carácter excepcional” (Martín Romero, 2006).

Las razones por las que el ordenamiento jurídico separa ciertas masas patrimoniales del patrimonio personal de sus titulares son fundamentalmente dos: bien para someterlas a un régimen especial de responsabilidad; bien para someterlas a un régimen especial de gestión y administración, como sucede en el supuesto de los patrimonios protegidos (Díez Picazo, L. y Gullón, A. 2005)

Su configuración como un patrimonio separado hace que el beneficiario vaya a ser titular de varios patrimonios: el personal y el patrimonio protegido. Esto implica que los bienes y derechos aportados al patrimonio protegido se separan de los que integran el patrimonio personal y se someten a un régimen de administración y supervisión específica.

Sin embargo, aunque la intención del legislador es reforzar la protección patrimonial de estas personas, potenciando la creación de un patrimonio distinto y separado del personal que garantice la cobertura de sus necesidades básicas, resulta llamativo que este conjunto de bienes y derechos destinados a asegurar la suficiencia de recursos económicos del titular no “queden sustraídos a la responsabilidad patrimonial que pudiera derivar de acciones de los acreedores individuales o colectivas contra el deudor y beneficiario del patrimonio protegido” (Sabater, 2015).

Consideramos que es necesario modificar la Ley 41/2003 para impedir que sobre este patrimonio separado

puedan dirigirse los acreedores de la persona con discapacidad. Así, dada la finalidad a la que está afecto este patrimonio separado, debiera también responder “única y exclusivamente de las deudas derivadas de su gestión, y así evitar que la persona con discapacidad no quede desamparada económicamente” (Escribano, 2013).

#### *1.1.1.3. Carente de personalidad jurídica propia*

Esta característica significa que el patrimonio protegido carece de entidad propia, lo que distingue al patrimonio protegido del patrimonio fundacional y hace que, junto con la ausencia de una limitación de responsabilidad (reconocimiento expreso de una excepción al artículo 1911 CC) se pueda producir una confusión entre las deudas de ambos patrimonio: el personal y el protegido (Escribano, 2013).

#### *1.1.1.4. Sometido a un régimen de control específico*

Uno de los motivos que pueden llevar al legislador a separar del patrimonio personal de un sujeto ciertos bienes y derechos es el de someterlos a un régimen especial de gestión y administración (Díez Picazo y Gullón, 2005).

Así, la Ley 41/2003 establece un control o supervisión externa de los patrimonios protegidos, con el que se intenta limitar las posibilidades de que con “la excusa de aportar bienes para una finalidad justa, se realicen traspasos patrimoniales que persigan objetivos no permitidas. O incluso que los administradores de las masas de bienes hagan uso indebido de los fondos en provecho propio o de terceros” (Sabater, 2015).

Para evitar este tipo de usos o abusos de esta figura se establecen diversos mecanismos de control como su constitución por escritura pública o por resolución judicial, su seguimiento y control por el Ministerio Fiscal, la creación de una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad como órgano de asesoramiento y auxilio del

Ministerio Fiscal, o el establecimiento del deber de los notarios de comunicar al Ministerio Fiscal la constitución de patrimonios protegidos.

### **I.1. 2. Titulares y beneficiarios**

Según dispone el artículo 2 de Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003) “el patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular”. Ahora bien, no toda persona con discapacidad podrá ser beneficiaria de este tipo de patrimonio, pues, para poder ser beneficiario es necesario, tal y como establece el apartado segundo de este artículo, estar afectado bien por una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, bien por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, circunstancia que deberá acreditarse “mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

Por lo tanto, la Ley 41/2003 no exige, para poder ser titular de un patrimonio protegido, la mayoría de edad o una determinada capacidad de obrar, hasta el punto de que incluso podría constituirse un patrimonio protegido en favor del concebido no nacido (*nasciturus*), si pudiera acreditarse su discapacidad. Ahora bien, cuando el titular carezca de capacidad de obrar necesitará “la representación o asistencia de otra persona para constituir el patrimonio, para establecer las reglas que regirán su administración, para administrarlo, o para aceptar o rechazar las aportaciones realizadas por otros” (Martín Azcano, 2011).

Es importante tener presente, por tanto, que el beneficiario no tiene por qué ser una persona incapacitada, es decir, una persona que, por padecer “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, haya sido

privada de la plena capacidad de obrar mediante sentencia firme, tal y como exigen los artículos 199 y 200 del Código Civil. Basta, para poder ser titular, con acreditar un determinado grado de discapacidad, que se reconoce al sujeto tras evaluar en un procedimiento administrativo sus deficiencias físicas, sensoriales, o psíquicas.

Hay que destacar en relación con este aspecto la falta de coordinación de las normas que regulan la incapacitación y el reconocimiento de los grados de discapacidad, hasta el punto de que “los baremos legales para la apreciación de los niveles exigidos se consideran más exigentes que los criterios que se utilizan para declarar la incapacitación” (Sabater, 2015). Por eso, es posible que existan sujetos incapacitados que, sin embargo, no tengan acreditado el grado mínimo de discapacidad exigido por la Ley 41/2003; y, de la misma manera, podemos encontrarnos con sujetos con una discapacidad que les permita ser titulares de un patrimonio protegido que, sin embargo, no se encuentren incapacitados judicialmente. Esta última posibilidad, sin embargo, no nos parece algo criticable pues, en muchos casos la discapacidad, no supone un impedimento para que las personas puedan regirse por sí mismas y autogestionar su patrimonio.

La acreditación del grado de discapacidad exigido por la Ley se realizará presentando al notario o, en su caso, al juez, el oportuno certificado o la resolución judicial cuando vaya a constituirse el patrimonio. Serán estos quienes comprobarán que el grado es actual y, si de tal examen se dedujese que el grado es inferior al acreditado y exigido por la Ley 41/2003, solicitará la revisión de la certificación (Martín Azcano, 2011).

De igual manera, según dispone el artículo 6 de la Ley, la pérdida del grado mínimo de discapacidad exigido para ostentar la condición de titular supondrá la extinción del patrimonio protegido.

Conviene advertir en este punto que la ley no prohíbe que un sujeto pueda ser titular más de un patrimonio protegido,

pues no se contiene ninguna prohibición expresa de que se constituyan varias de estas masas patrimoniales en favor de la misma persona. Sin embargo, la Ley 41/2003 no permite constituir un patrimonio protegido en favor de más de una persona, al establecer como requisito que tenga como beneficiario, exclusivamente, a su titular. Esta importante limitación impuesta por la norma choca con la realidad social, porque no puede decirse que sea algo raro que en el seno de una misma unidad familiar convivan varias personas con discapacidad (Díaz Alabart y Álvarez Moreno, 2004).

Por esta razón, deben en tales casos constituirse tantos patrimonios protegidos como personas con discapacidad, “aportando incluso a cada patrimonio los mismos bienes, por cuotas o partes indivisas, nombrando a unas mismas personas para administrarlos y sujetándolos a los mismos fines y las mismas reglas de control y administración” (Marín Calero, 2005). Otra solución, apuntada para el caso de que las personas discapacitadas sean un matrimonio apuntada Díaz Alabart y Álvarez Moreno, pasa por la constitución del patrimonio a nombre de uno de los cónyuges disponiendo que a la extinción de ese patrimonio por el fallecimiento del titular “habrá de formarse uno nuevo con los bienes que resten a favor del otro cónyuge” (Díaz Alabart y Álvarez Moreno, 2004).

Por último, aunque el artículo segundo de la Ley parece establecer con claridad que titular y beneficiario deben ser la misma persona, hay autores que entienden que, junto al titular y principal beneficiario del patrimonio protegido, pueden existir, como señala Martín Azcano otros posibles beneficiarios como

aquellas personas que estén a cargo del titular del patrimonio (por ejemplo, su cónyuge, hijos menores, ascendientes con derecho de alimentos contra él, etc.); en ese caso, cuando el patrimonio personal del obligado resulte insuficiente, y dado que no existe separación de

responsabilidad, entendemos que el beneficiario responderá del cumplimiento de sus obligaciones para con dichas personas con el patrimonio protegido. Y ello independientemente de que los bienes con que se hubiera constituido procedan del patrimonio personal del titular, o del de un tercero, salvo que, en este último caso, se trate de bienes aportados bajo la condición de su específica destinación a satisfacer las necesidades del afectado por la discapacidad (2011, p. 4).

### **I.1.3. Legitimación para constituir un patrimonio protegido**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), en su redacción aún vigente, podrán constituir un patrimonio protegido: la propia persona con discapacidad, cuando tenga capacidad de obrar suficiente; las personas que suplan su falta de capacidad (los padres, tutores o curadores), cuando este carezca de capacidad de obrar suficiente; y, por último, el guardador de hecho de la persona con discapacidad psíquica.

Además, añade este mismo artículo 3 que “cualquier persona con interés legítimo” (como podría ser un abuelo, un tío, el cónyuge, etc) podrá solicitar de aquellos la creación de dicho patrimonio, “ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”. En tales casos, cuando este tercero interesado se encontrase con la posible oposición de estos sujetos el segundo párrafo del apartado segundo de este precepto dispone que:

En caso de negativa injustificada de la persona encargada de prestar aquel apoyo, el solicitante podrá acudir al Ministerio Fiscal, quien instará de la autoridad judicial lo que proceda atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Si la autoridad judicial autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará

el contenido a que se refiere el apartado siguiente. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en la persona encargada de prestar el apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido (artículo 3.2 de la Ley 41/2003).

#### *1.1.3.1. La persona con discapacidad*

Es importante tener en cuenta que la propia persona con discapacidad puede constituir su patrimonio protegido de manera directa en aquellos casos en los que tenga capacidad de obrar suficiente para ello. Se convierte así la persona con discapacidad en titular, beneficiario, constituyente e incluso, administrador del patrimonio (Berrocal, 2005).

Con carácter general, se considera que la persona cuenta con capacidad de obrar suficiente para la constitución cuando es mayor de edad o un menor emancipado y no ha habido incapacitación judicial o prórroga o rehabilitación de la patria potestad, tal y como se deduce de los artículos 322 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, la Ley 41/2003 no establece qué tipo de capacidad es exigible para constituirlo, de manera que esta circunstancia deberá ser examinada y valorada por el fedatario público que interviene en su constitución (Lucas y Martín, 2014).

En muchas ocasiones, aunque los familiares son conscientes de que la persona con discapacidad que tienen a su cargo presenta alguna enfermedad o deficiencia que le impide gobernarse por sí misma, no inician el procedimiento para su incapacitación; por lo que estas personas formal o aparentemente, tienen capacidad de obrar. Por eso, surge en estos casos la duda de si podría la persona con discapacidad constituir por sí sola un patrimonio protegido en aquellos casos en los que, presentando causa de incapacitación, no ha sido incapacitada judicialmente por las personas que debieran tomar esta decisión. Pues bien, en tales casos, tenemos que aclarar



que no podrá la persona afectada promover la constitución del patrimonio protegido en su favor, pues, en el momento de la constitución formal del mismo, el Notario advertirá al examinarlo que carece de capacidad para entender y querer el negocio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se inicie el procedimiento de incapacitación.

Así lo establece el artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (2000), al señalar que la declaración de incapacidad “puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz”. Pero, cuando el presunto discapacitado careciese de tales familiares o éstos no hubieran solicitado, “el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación”, en este caso a instancias del propio Notario autorizante pues, como establece el precepto citado, “las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

En definitiva, según lo expuesto y siguiendo a Berrocal (2005, p. 2)

sólo los discapacitados físicos o sensoriales podrían constituir por sí solos el patrimonio protegido, siendo dudoso que ocurra lo mismo respecto a los discapacitados psíquicos no incapacitados, sobre todo si el grado de minusvalía es de cierto nivel (más de 33%), pues tienen limitadas sus capacidades intelectivas.

Por ello, resulta muy útil la preconstitución del patrimonio protegido cuando las personas sufran una enfermedad degenerativa como el Alzheimer. Es decir, en tales casos, en previsión de que irán perdiendo la capacidad requerida para constituir por sí mismos un patrimonio

protegido, la mejor decisión sería dejar apartados los bienes y derechos que formarán parte de ese patrimonio cuando les sobrevenga la discapacidad. Así lo entienden Lucas y Martín, se puede “realizar una constitución condicionada (con condición suspensiva) al momento en que dicha persona obtenga la discapacidad requerida por la LPP, instante en que la misma no tendrá ya capacidad de obrar” (Lucas y Martín, 2014, p. 25)

### *I.1.3.2. Personas que presten apoyo a la persona con discapacidad*

En los casos en los que el titular no tenga la capacidad de obrar necesaria, podrán constituir el patrimonio protegido *sus padres, tutores o curadores*. En esta materia ha tenido lugar en los últimos días una importante modificación normativa introducida por el artículo quinto de la Ley 8/2021, de 2 de junio (2021), que entrará en vigor el próximo 3 de septiembre de 2021, y que ha englobado ahora a los padres, tutores o curadores bajo la categoría genérica de “quienes presten apoyo a las personas con discapacidad”. Se trata de un cambio de denominación necesario tras las modificaciones que la citada norma va a introducir en el Título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasa a llevar por título “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Estas personas que prestan su apoyo a la persona con discapacidad, como veremos, podrán beneficiarse de las ventajas fiscales establecidas para fomentar esta clase de patrimonios, pues al realizar aportaciones a los mismos van a beneficiarse de una considerable rebaja de su base imponible en el IRPF (Pascual, 2017).

#### *I.1.3.2.1. Los padres*

En la mayor parte de los casos, quienes promoverán la constitución de estos patrimonios serán los padres, en cuanto

representantes legales de los hijos, ya sean estos menores, ya se trate de descendientes mayores de edad sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada; salvo que en la resolución judicial en la que se declara la incapacitación del descendiente se haya señalado otra cosa. Estos ascendientes son, además, los primeros interesados en garantizar la suficiencia económica del descendiente en previsión de que éste les sobreviva (Berrocal, 2005).

Como la Ley 41/2003 en su redacción actual habla de padres sin mayores requisitos, esto permite que los progenitores puedan constituir esta clase de patrimonios “aunque hayan sido, alguno de ellos o ambos, privados de la patria potestad; o hayan sido nombrados como tutor/es o curador/es de sus hijos mayores de edad, -cuando éstos han sido incapacitados judicialmente-, personas distintas de los padres” (Berrocal, 2005, p. 2)

Así, según el citado autor, (Berrocal, 2005, p.2)

Podrán los padres constituir el patrimonio protegido y realizar las correspondientes aportaciones de bienes al mismo, en el supuesto de: hijos menores de edad discapacitados, al ser sus representantes legales; hijos discapacitados emancipados, si bien junto a éstos, completando su capacidad, los padres llevarán a cabo la constitución de aquél; hijos mayores de edad incapacitados, y sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada como representantes legales suyos que son; y, finalmente, hijos mayores de edad discapacitados e incapacitados y sometidos a tutela o curatela, tanto si han sido nombrados o no tutores o curadores.

Ahora bien, cuando la hija o hijo con discapacidad tuviera suficiente capacidad de obrar, por ejemplo, por ser hijos mayores de edad con una discapacidad física, los padres sólo podrán solicitar al hijo que constituya el patrimonio, aportando

al tiempo que solicitan su creación bienes y derechos suficientes. La negativa de la hija o hijo a constituir el patrimonio protegido, imposibilitaría a los padres proceder a su constitución sin su consentimiento y tampoco podrían acudir al Fiscal para que inste al juez a que proceda a su constitución en interés de la persona discapacitada; pues el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 41/2003 no está pensado para suplir la falta de voluntad o el consentimiento del propio discapacitado en tales supuestos.

En el caso de que los progenitores no se pusieran de acuerdo para constituir el patrimonio protegido, la única solución posible sería acudir a la autoridad judicial para que sea esta la que decida teniendo en cuenta el interés del menor. Por otra parte, si la constitución la solicita un tercero que ofrece bienes para la formación del patrimonio protegido, y los padres no se ponen de acuerdo, será suficiente el consentimiento de uno de ellos (Lucas y Martín, 2014, p.26).

#### I.1. 3.2.2. Los tutores

En aquellos supuestos en los que exista un tutor de la persona con discapacidad carente de capacidad de obrar suficiente, por haber sido éste incapacitado judicialmente o porque los padres hayan sido privados de la patria potestad, podrá constituir también el patrimonio protegido la persona que ejerce la tutela, ya sea con bienes del patrimonio personal del tutelado, con bienes de su propio patrimonio, o incluso con bienes ofrecidos por los padres del beneficiario.

#### I.1.3.2.3. Los curadores

Aunque la ley establece que también puede constituir el patrimonio protegido el curador, situándolo así en un mismo plano que el tutor, no puede olvidarse que, a diferencia de quienes ostentan la patria potestad o la tutela, el curador no ostenta la representación del discapacitado, pues la curatela, tal y como expresamente establece el artículo 289 del Código

Civil: “tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

Por esta razón, en la medida en que el curador no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, sino que simplemente la complementa, “la Ley debería haber establecido que para constituir el patrimonio protegido sería necesario contar con el consentimiento del discapacitado asistido por el curador; es decir, se requeriría el concurso y el consentimiento de ambos para constituir el patrimonio protegido” (Berrocal, 2005, p.2).

#### I.1.3.2.4. Guardador de hecho

Se trataría de una “situación excepcional en la que una persona con discapacidad psíquica no tenga constituida formalmente la tutela, pero existe -sin embargo- una guarda de hecho” (Lucas y Martín, 2014, p. 27). En estos casos, el guardador de hecho de la persona con discapacidad psíquica, tal y como establece el apartado c) del artículo 3.1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), formaría el patrimonio protegido con “los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil”.

A partir del próximo 3 de septiembre, la referencia al guardador de hecho será sustituida por la de “la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma”; de acuerdo con lo establecido en el artículo quinto de la Ley 8/2021, de 2 de junio (2021). La fiducia sucesoria, permite a los padres “que uno de ellos encomiende al otro las facultades necesarias para disponer de los bienes de la herencia, una vez fallecido el testador, entre los hijos y descendientes comunes” (Urrutia, 2008, p. 1)

#### I.1.3.2.5. Personas con un interés legítimo

Según lo establecido en el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003): “cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”.

Parece claro que este interés legítimo en posibilitar que la persona con discapacidad pueda disponer de medios económicos para hacer frente a sus necesidades vitales concurre en los ascendientes, hermanos, cónyuge, etc., sin necesidad de probarlo (Díaz Alabat y Álvarez Moreno, 2004). Sin embargo, como señala Berrocal, debe presumirse que tal interés concurre también en terceros

que aportan bienes a título gratuito para favorecer a un discapacitado con el que no le unen lazos familiares o de amistad. Dicho de otro modo, bastaría presumir que este simple *animus donandi* de un tercero es ya un *interés legítimo*; y, que su actuación en beneficio del discapacitado, representa, sin necesidad de otras consideraciones, que se actúa en beneficio del discapacitado, en su *interés* (Berrocal, 2005, p. 2).

Por lo tanto, hay que aclarar que en estos casos la ley no permite que el tercero interesado pueda constituir por sí mismo el patrimonio protegido, sino que simplemente se le reconoce la posibilidad de solicitar a la persona con discapacidad o, en su caso, a las personas que presten su apoyo a ésta (padres, tutores o curadores), que proceda a su constitución con los bienes que el tercero entrega de manera gratuita para este fin. Ahora bien, la norma deja en el aire la cuantía a la que debe ascender la aportación ofrecida por el tercero, por lo que, “corresponde tanto a los legitimados para constituir el

patrimonio (el discapacitado, padres, tutores o curador), como al Notario autorizante de la escritura de constitución, llevar a cabo tal valoración” (Berrocal, 2005, p. 2).

Ante esta solicitud, acompañada del necesario ofrecimiento de bienes con el que formar el patrimonio protegido, las personas legitimadas para constituirlo pueden, o no, consentir la creación del mismo. En caso de negativa se deben distinguir dos posibilidades: en el caso de que quien la rechace sea la propia persona con discapacidad con capacidad de obrar, no podrá constituirse el patrimonio protegido; pero, en el caso de que quien se niegue sea alguna de las personas que debe prestar su apoyo a la persona con discapacidad (padres, tutores o curadores), según dispone el segundo párrafo del apartado segundo del artículo 3 de la Ley 41/2003 (2003)

El solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

De esta manera, en este segundo supuesto, quien valora si la negativa de las personas que deben prestar su apoyo a la persona con discapacidad a la petición de un tercero de constituir el patrimonio es o no justificada es el Ministerio Fiscal, que puede, si lo considera adecuado, solicitar al Juez la constitución del mismo. En caso de que la autoridad judicial sea favorable a la constitución, los representantes legales del discapacitado serán sancionados con la imposibilidad, salvo que concurra una justa causa que aconseje el contrario, de ser nombrados administradores de dicho patrimonio (Díaz Albalat y Álvarez Moreno, 2004).

## **I. 2. Formalidades a las que se sujetan los patrimonios protegidos**

### **I. 2.1. Constitución**

Dos son las maneras a través de las cuales se permite crear un patrimonio protegido: en documento público cuando se constituye por las personas enunciadas en el artículo 3.1 de la Ley 41/2003; o, en caso de negativa injustificada de los padres o tutores tras el ofrecimiento de un tercero, por resolución judicial.

En el primer caso, aunque la normativa no especifica la clase de documento público en que se debe formalizar su constitución, teniendo en cuenta la complejidad de su contenido, se viene exigiendo una escritura pública y no un mero acta notarial (Lucas y Martín, 2014, p. 38). En dicha escritura pública deberá constar, como mínimo, el siguiente contenido: la relación de bienes y derechos que forman parte del patrimonio que se constituye (inventario); las normas que se establecen para la administración y supervisión del patrimonio, así como los procedimientos de designación de las personas que hayan de realizar tales tareas; y, por último, cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo, como podría ser la previsión de realizar aportaciones periódicas por determinados sujetos, el establecer los gastos que deben atenderse, fijar la retribución, en su caso, de los administradores, qué pasará con los bienes cuando se produzca la extinción, etc. (Entrena, 2007, p. 1008).

Al notario autorizante de la escritura pública de constitución se le impone la obligación de comunicar inmediatamente la constitución y contenido del patrimonio protegido al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma



electrónica avanzada (art. 3.3.c, segundo párrafo, de la Ley 41/2003).

En el segundo caso, es decir, cuando el patrimonio protegido haya de constituirse en resolución judicial por la oposición no justificada de los padres o tutores tras el ofrecimiento realizado por un tercero, la ley establece que el tercero interesado tendrá que acudir al Fiscal, quien solicitará a su vez al juez la constitución del patrimonio protegido en interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial será la que contenga el inventario de los bienes y derechos que componen el patrimonio, las reglas de administración y fiscalización, los órganos de administración y supervisión y disposiciones se consideren oportunas para la administración o conservación del mismo (segundo párrafo del artículo 3.2 de la Ley 41/2003).

### **I.2.2. Aportaciones**

El patrimonio protegido, como hemos señalado previamente, se nutrirá de las aportaciones realizadas en el momento de su constitución y de las que tengan lugar en un momento posterior, ya sean de dinero, bienes o derechos adecuados y suficientes para dar cobertura a los gastos que origina la cobertura de las necesidades básicas del sujeto beneficiario. Como la Ley 41/2003 no regula de manera expresa en su artículo 3 qué bienes pueden componer el patrimonio protegido de la persona con discapacidad, tanto en el momento de la constitución como en uno posterior, pueden aportarse todo tipo de bienes y derechos (dinero, bienes corporales, derechos de usufructo, etc.). Y es aquí donde podemos encontrar la diferencia principal con respecto a los sistemas de previsión social como los planes de pensiones que se utilizaban hasta la aprobación de esta ley para proteger económicamente a las personas con discapacidad, pues los

planes de pensiones sólo permiten realizar aportaciones dinerarias (Lucas y Martín, 2014, p. 32).

En todo caso, los bienes y derechos aportados deben ser aptos para generar cualquier clase de rendimientos económicos como el dinero o depósitos en cuentas corrientes, los seguros, rentas vitalicias, los bienes inmuebles, el usufructo sobre inmuebles, acciones, etc (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 7). Algún autor entiende por esta razón que aquellos bienes que no generen rentas o frutos como las obras de arte o las joyas no podrían aportarse al patrimonio protegido (Serrano, 2008, p. 397), si bien la mayor parte considera que incluso en tales casos debe entenderse que es posible aportarlos, pues poseen un valor económico y siempre podrían venderse para cambiarlos por dinero con el que costear las necesidades vitales de la persona con discapacidad (Lucas y Martín, 2014, p. 33).

Una vez constituido, las posteriores aportaciones que se hagan al patrimonio protegido también deberán someterse a tales formalidades, si bien a la vista de los gastos notariales que ello supone, bastará con documentarlas en un acta notarial, no siendo necesaria en estos casos escritura pública (Marín, 2008, p. 132). Ahora bien, no es esta la postura mantenida por la Dirección General de Tributos, quien, basándose en una interpretación literal del artículo 4.1 de la Ley 41/2003, exige que los bienes que se aporten en un momento ulterior a la constitución se realicen también en escritura pública; exigencia formal que deberá ser tenida en consideración por los aportantes si desean disfrutar de las ventajas fiscales anudadas a la realización de aportaciones.

Para intentar esquivar los gastos que esto supondría, la Fundación Aequitas aconseja que en la escritura en la que se formaliza su creación se incorpore una previsión de sucesivas aportaciones periódicas con las que hacer frente a pagos o gastos recurrentes como las mensualidades de la hipoteca, primas de seguros, etc.(Lucas y Martín, 2014, p. 40).

En cualquier caso, los notarios que intervengan en la formalización de las aportaciones posteriores deberán remitir al fiscal las escrituras en las que se formalicen las aportaciones posteriores a la constitución del patrimonio protegido (penúltimo párrafo del artículo 3.3. de la Ley 41/2003).

### **I. 2.3. Constancia registral**

Los aspectos formales deben completarse con la previsión contenida en el artículo 8 de la Ley 41/2003 que establece el deber de inscribir en el Registro Civil la representación legal atribuida al administrador, así como la pertenencia de los inmuebles al titular del patrimonio protegido.

## **I. 3. Administración y supervisión**

### **I.3.1. Administración**

El administrador será la persona o entidad que se ocupe, de manera retribuida o no, de la gestión patrimonial de los activos que componen el patrimonio protegido, sin exigirse requisito alguno para ocupar este cargo más allá de tener capacidad de obrar y no incurrir en las causas de inhabilitación previstas en los artículos 3.2 y 5.5 de la Ley 41/2003 (Lucas y Martín, 2014, p. 42). Es decir, no podrá recaer el cargo de administrador en las personas que presten su apoyo a la persona con discapacidad que se negasen injustificadamente a constituir el patrimonio protegido cuando un tercero ofrece bienes para ello; ni tampoco en “las personas o entidades que no puedan ser curadores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil”(artículo 5.5 de la Ley 41/2003).

Quien ocupe este cargo está obligado a administrar los

bienes y derechos que componen el patrimonio protegido de manera que pueda hacerse frente a las necesidades vitales del beneficiario; sin embargo, junto a esta fundamental función debe cumplir otras como actuar con la diligencia de un buen padre de familia, rendir cuentas al Ministerio Fiscal de su gestión, comunicar al administrador del patrimonio personal de la persona con discapacidad los actos que pudieran tener consecuencias sobre este y cumplir y respetar las reglas establecidas en la escritura de constitución (Lucas y Martín, 2014, p. 47).

Como acabamos de ver, existen dos formas de designar al administrador del patrimonio protegido: la realizada en el documento público de constitución o la realizada por la autoridad judicial (Martín Azcano, 2011).

En el primer caso, será la persona que constituye el patrimonio protegido quien designe al administrador o, por lo menos, fije las reglas a tener en cuenta para la designación del mismo, siendo interesante que en dicho documento público se establezcan también las previsiones oportunas para la sucesión o sustitución, en su caso, del administrador (Lucas y Durán, 2014, p. 43).

Como el constituyente tiene total libertad para designar al administrador, siempre que no nombre a una persona que presente causa de inhabilitación, puede designar un administrador único, o a varios para que actúen de manera sucesiva o simultánea, debiendo aclararse en estos casos si deben actuar cada uno de manera autónoma o de manera mancomunada o conjunta. En caso de que no se previese nada al respecto, como señala Martín Azcano (2011, p. 12)

podría aplicarse analógicamente el sistema que el párrafo 2.º del art. 237 del Código civil dispone para el supuesto de pluralidad de tutores, en cuya virtud, a falta de previsión al respecto, la administración se ejercerá en forma conjunta o mancomunada, y, en caso de

desacuerdo, valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número.

Si quien constituye el patrimonio protegido es la propia persona con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, puede éste ser quien se encargue de la administración (coincidiendo entonces titular y administrador) o designar a otra persona para que se encargue de la gestión del patrimonio, opción que será la que más convenga al titular del patrimonio cuando carezca de la formación adecuada. En estos casos, si surgiesen discrepancias entre el titular y el administrador, podrá aquel destituirlo en cualquier momento (Lucas y Martín, 2014, p. 44).

Cuando el beneficiario carezca de capacidad de obrar, lo normal será que sean administradores sus padres o tutores, aunque nada excluye que puedan nombrar a una tercera persona para la administración del patrimonio protegido. En estos casos, en caso de desavenencias posteriores de las personas que daban prestar apoyo a la persona con discapacidad con el administrador, podrán éstos sustituirlo (si fueron ellos quienes lo designaron en el documento de constitución del patrimonio protegido) o bien resolver las discrepancias la autoridad judicial (Lucas y Martín, 2014, p. 45).

Por último, tal y como establece el artículo 5.6 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), cuando no pudiera designarse “administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, la autoridad judicial competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta los deseos, voluntad y preferencias del beneficiario”.

Las normas sobre la administración de esta clase de patrimonios deben recogerse en el documento público o resolución judicial por el que se constituye el patrimonio protegido.

Cuando quien constituye el patrimonio protegido es la

propia persona con discapacidad, tiene plena libertad para fijar las reglas de administración sin estar sometidas a control judicial; situación muy distinta a la que se produce cuando el constituyente sea una persona distinta al titular, pues en estos casos existen importantes limitaciones a la hora de establecer las normas de administración que se concretan en la obligatoriedad de solicitar autorización judicial para gravar o disponer de los bienes, salvo que el titular tenga capacidad de obrar suficiente (Durán y Martín, 2014, p. 48). Según el citado autor, esta autorización judicial se exigirá para vender o “gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos” y acciones; “celebrar contratos, renunciar a derechos, hacer gastos extraordinarios en los bienes”, interponer demandas, “dar o tomar dinero a préstamo” y “disponer a título gratuito de bienes” o derechos del tutelado, entre otros (Durán y Martín, 2014, p. 48).

Es importante tener en cuenta en este sentido que, como señala el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003)

en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.

Además, como se establece en el artículo 5.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003)

los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite de la autoridad judicial competente la excepción de la autorización judicial en

determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su discapacidad, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

### **I.3.2. Supervisión**

Para vigilar que los bienes aportados se destinan a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular, se prevén dos modalidades de supervisión de la administración: la realizada por un supervisor nombrado por la persona que constituye el patrimonio en el documento de constitución (que pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal los actos de gestión que entienda que perjudican los intereses de la persona con discapacidad); y la supervisión institucional que se encomienda con carácter general en la Ley 41/2003 al Ministerio Fiscal (Lucas y Martín, 2014, p. 55).

En este segundo supuesto, cuando la administración del patrimonio protegido no la realiza la propia persona con discapacidad, establece el artículo 7.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), que el administrador rendirá cuentas “al Ministerio Fiscal cuando lo determine este y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente”. Para realizar esta supervisión periódica el Ministerio Fiscal podrá pedir al administrador documentación adicional y solicitar las oportunas aclaraciones.

Asimismo, el Ministerio Fiscal podría pedir al juez, tal y como se prevé en el apartado primero del artículo 7 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003), “la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o

cualquier otra medida de análoga naturaleza”, siempre en interés de la persona con discapacidad.

Para el ejercicio de estas funciones el Ministerio Fiscal cuenta con el auxilio y asesoramiento de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

#### **I.4. Extinción**

De la extinción del patrimonio protegido se encarga el artículo 6 de la Ley 41/2003, que menciona dos posibles causas de extinción: la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad; y la pérdida de los grados de discapacidad exigidos para ser beneficiario de este tipo de patrimonios.

En este segundo caso, con carácter general el beneficiario continuará como titular de los bienes y derechos que conformaban el patrimonio, que pasarán a formar parte de su patrimonio personal, salvo que los aportantes hubieran establecido que llegada la extinción a tales bienes debiera dárseles un destino diferente. Así, establece el artículo 6.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (2003):

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones.

Junto a estas causas de extinción previstas en el artículo 6 también cabría la extinción por decisión de la autoridad judicial a instancias del Ministerio Fiscal cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad que se recoge en el artículo 7.1 de la Ley 41/2003, y que se aplicaría en casos de



mala gestión patrimonial por parte del administrador. En opinión de la doctrina, sin embargo, sería más adecuado en estos casos, en lugar de pedir la extinción al juez, pedir la sustitución del administrador (Lucas y Martín, 2014, p. 57).

Por último, cuando el patrimonio se agote por haberse consumido sus bienes y derechos para satisfacer las necesidades vitales del beneficiario, no resulta necesario pedir al juez su extinción, pues podría quedar el patrimonio protegido a la espera de nuevas aportaciones. Así lo entiende Gallego, que señala que “por este solo hecho no se extingue el patrimonio protegido, sino que se queda en una especie de estado latente, a la espera de que ingresen en el mismo nuevos bienes y derechos” (Gallego, 2006, p. 171). En su opinión, esto “explicaría por qué el art. 6 de la LPP no incluye dentro de las causas de extinción del mismo la pérdida o extinción de todos los bienes y derechos” (Gallego, 2006, p. 171).

## **II. INCENTIVOS FISCALES A LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS**

La posibilidad de utilizar la fiscalidad como instrumento de política social que contribuya a alcanzar los objetivos fundamentales de proteger a las personas con discapacidad y conseguir su plena integración social, encuentra su reconocimiento legal expreso en el segundo párrafo del apartado primero del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (2003)<sup>1</sup>, que declara expresamente que los tributos “además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”.

Además, el posible tratamiento fiscal ventajoso en

---

<sup>1</sup> En adelante LGT.

atención a situaciones de dependencia o discapacidad se ha venido fundamentado tradicionalmente en los artículos 14, 9.2 y 31 de la Constitución Española, precisamente en atención a la menor capacidad económica que se presume a este tipo de personas (Cabra y Márquez de la Calleja, pp. 35 y 36). Así, como señala Pérez Bueno (2017, p. 25):

El que las políticas fiscales, como en el supuesto de la española, se tiñan de la nota inclusiva respecto de la discapacidad obedece a poderosas razones tanto fácticas como derivadas de mandatos políticos, legislativos y jurídicos. En cuanto a las de hecho, conectan con la realidad de partida de las condiciones de vida y ciudadanía de las personas con discapacidad y sus familias, dominada por una situación sistemática y estructural de exclusión social (algunos tratadistas llegan a hablar incluso de “la discapacidad como un factor privilegiado de pobreza y exclusión”), con menor capacidad de generar rentas, por causas asociadas o dimanantes de la propia situación de discapacidad, que irroga perjuicios objetivos y coloca en posiciones claramente desventajosas en el plano económico, que se ve acompañada, en virtud de un efecto paradójico, por un mayor gasto originado precisamente por la discapacidad, que encarece la adquisición de los bienes, productos y servicios, generales y específicos, que resultan necesarios para llevar una vida corriente (...).

En este sentido, y dado que el artículo 49 de la Constitución española (enmarcado sistemáticamente en el Capítulo Tercero del Título Primero, que lleva por rúbrica “*De los principios rectores de la política social y económica*”) impone a los poderes públicos la obligación de implementar políticas que garanticen una adecuada atención de estas personas de acuerdo con sus especiales circunstancias y que posibiliten que el ejercicio y disfrute de los derechos

reconocidos a todos los ciudadanos por parte de este colectivo sean reales y efectivos, desde finales del siglo pasado se han sucedido modificaciones de los tributos más importantes de nuestro sistema tributario con miras a la materialización de tales principios rectores; como dan buena muestra las modificaciones introducidas en su día en la ya derogada Ley 40/1998, Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (1998), por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre (2002), que buscaron “adaptar el Impuesto a la cambiante realidad de la sociedad española y (...) atender en mayor medida las necesidades de las familias y de las personas con discapacidad y hacer frente a los nuevos retos que plantean el envejecimiento de la población y la baja natalidad”<sup>2</sup>. De esta manera, se introdujeron por primera vez en la base imponible del Impuesto sobre la Renta unas reducciones por discapacidad y por aportaciones a sistemas de previsión social en favor de “personas con minusvalía”, que pueden considerarse el germen de las vigentes reducciones en la base imponible del tributo contenidas en los artículos 53 y 60 de la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (2006)<sup>3</sup>.

Tales son también el fundamento y objetivos que reconoce el legislador en el apartado IX de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 y que inspiran el Capítulo III de esta norma, dedicado en exclusiva a perfilar los beneficios fiscales con los que los poderes públicos alientan la constitución de los patrimonios protegidos y la realización de

---

<sup>2</sup> Exposición de Motivos de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes (2002).

<sup>3</sup> En adelante LIRPF.

aportaciones a los mismos. Así, el referido Capítulo III introdujo una serie de novedades en la regulación del IRPF y el ITPAJD, para “regular el régimen tributario aplicable a la persona con discapacidad titular del patrimonio protegido por las aportaciones que se integren en éste y a los aportantes a dicho patrimonio por las aportaciones que realicen” y que trataremos de sistematizar y analizar a continuación.

## **II.1. Constitución y aportaciones a los mismos**

La primera categoría de incentivos fiscales que analizaremos está formada por aquellas exenciones introducidas en la normativa reguladora de determinados impuestos destinadas a aliviar la carga fiscal que de otro modo generarían este tipo de actos o negocios jurídicos; tanto la relacionada con las exigencias documentales relativas a la constitución del patrimonio o las aportaciones posteriores, como la que originarían las propias liberalidades de familiares en favor de la persona con discapacidad, y que podrían disuadir a los interesados de recurrir a este novedoso instrumento de protección patrimonial.

### **II.1.1 ITP y AJD**

Como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, en caso de que la constitución del patrimonio tenga lugar sin intervención de la autoridad judicial, se exige que la misma se formalice en escritura pública; formalización que, como es lógico, estaría sujeta al ITP y AJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados<sup>4</sup>, de no ser por la exención introducida

---

<sup>4</sup> Aunque esta exención se prevé con carácter general para las tres modalidades del ITPyAJD, no sería necesario aplicarla, sin embargo, a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, toda vez que, tal y como establece el apartado segundo del artículo 4 de la Ley 41/2003, de 18

por la Ley 41/2003 y contenida actualmente en el apartado 21 de la letra B) del artículo 45.I del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

La misma exención se aplicará a las aportaciones realizadas en un momento posterior a la constitución del patrimonio protegido pues, al encontrarse tales actuaciones “sujetas a las mismas formalidades” que la propia constitución del patrimonio (artículo 4.1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), deben documentarse también en escritura pública. Así lo viene exigiendo, además, la Dirección General de Tributos basándose en una interpretación literal de la norma (consultas nº V0989 de 21 de mayo de 2007 y nº V2246-12 de 22 de noviembre de 2012).

### **II.1.2. IRPF**

En segundo lugar, el legislador ha introducido una serie de exenciones para los incrementos patrimoniales o rentas que pudieran ponerse de manifiesto con ocasión de las aportaciones de bienes y derechos al patrimonio protegido, tanto en la persona del aportante como en la del beneficiario.

Así, en relación con las posibles ganancias patrimoniales derivadas del acto de liberalidad realizado por el familiar aportante, el artículo 33.3.e) d la LIRPF introduce un supuesto de no sujeción (que en puridad debiera haber sido configurado y calificado como una exención) en cuya virtud “se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial” y,

---

de noviembre, “estas aportaciones de bienes o derechos deberán realizarse siempre a título gratuito, incluso a través de pacto sucesorio en aquellas legislaciones civiles vigentes que la permitan, y no estarán sujetas a término”; razón por la cual, no se incurre en tales casos en su hecho imponible.

por lo tanto, no deberán incluirse en la base imponible de este impuesto, las plusvalías que se pusieran de manifiesto “con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad”.

Por su parte, el incremento patrimonial experimentado por la persona con discapacidad beneficiaria de los bienes y derechos que se incorporan al patrimonio protegido, en lugar de tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como correspondería en atención a la naturaleza jurídica de este tipo de incrementos patrimoniales derivados de liberalidades, son calificados por la Disposición adicional 18ª de la LIRPF<sup>5</sup>, como rendimientos del trabajo sujetos al IRPF hasta el importe de 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en su conjunto<sup>6</sup>. Al mismo tiempo, para no caer en una doble imposición, el apartado c) de la mencionada disposición adicional declara no sujeta al Impuesto sobre Donaciones “la parte de las aportaciones que tenga para

---

<sup>5</sup>De acuerdo con lo dispuesto en esta Disposición adicional 18ª, cuando los aportantes sean entidades, las aportaciones hasta el referido límite de 10.000 euros anuales tendrán para la persona con discapacidad titular de patrimonio tendrán la consideración de rendimientos del trabajo siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS). En tales casos, cuando las aportaciones se realicen “a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido”.

En cualquier caso, tribute el aportante por el IRPF o el IS, las aportaciones que reciban la calificación de rentas del trabajo no estarán sujetas a retención o ingreso a cuenta.

<sup>6</sup> Tratándose de aportaciones no dinerarias, “la persona con discapacidad titular del patrimonio protegido se subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados”. Ahora bien, en caso de que posteriormente se transmita el bien o derecho, la plusvalía o ganancia patrimonial eventualmente obtenida no se podrá beneficiar de la reducción en atención al tiempo de permanencia del bien en el patrimonio prevista en la Disposición transitoria novena de la LIRPF.

el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo”. Esta solución por la que ha optado el legislador, en nuestra opinión, constituye un auténtico sinsentido en la medida en que el mismo incremento patrimonial experimentado por un sujeto a título lucrativo es calificado en parte como renta del trabajo (pese a no mediar directa o indirectamente ningún tipo de relación laboral entre aportante y beneficiario, que ampare tal calificación legal) y, en parte -la que exceda de los límites cuantitativos señalados- como una donación. Por esta razón, y dado que no se contempla una exención equivalente en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones<sup>7</sup>, el exceso sobre las indicadas cuantías sí estará sometido y tributará por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como corresponde a todo incremento patrimonial obtenido a título lucrativo subsumible en la letra b) del apartado primero del artículo 3 de su normativa reguladora.

Dicho esto, para evitar que la fiscalidad se convierta en un obstáculo a la realización de aportaciones a este tipo de patrimonios, en la medida en que dicho incremento patrimonial a título lucrativo recalificado por el legislador como renta del trabajo se vería irremediabilmente gravado por el impuesto sobre la renta, se dispone que tales rendimientos del trabajo estarán exentos hasta un importe máximo anual de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples<sup>8</sup> (art.7. w de la Ley 35/2006, de 26 de noviembre); es decir, hasta unos 23.725,8 euros, al fijarse el IPREM anual en para este 2021 en 7.908,60 euros<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> En adelante LISD.

<sup>8</sup> En adelante IPREM.

<sup>9</sup> En 2021, el límite de la citada exención se sitúa en 23.725,8 €, al fijarse el IPREM anual en 7.908,60 € por la Disposición adicional centésima vigésima primera de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

## **II.2 Beneficios fiscales para los familiares aportantes**

Al lado de este primer grupo de exenciones que hemos comentado, para incentivar que los familiares (que son, como tuvimos ocasión de analizar, los principales interesados en garantizar medios económicos suficientes a sus parientes con una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%) constituyan o realicen aportaciones a esta clase de patrimonios, la Ley 41/2003 introdujo un artículo 47 *sexies* en la ya derogada Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas con el que se posibilitaba minorar la base imponible de su IRPF en función del importe de los bienes y derechos entregados con este destino.

Actualmente este beneficio fiscal se contiene en el artículo 54 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (LIRPF), que establece la posibilidad de reducir hasta en 10.000 euros por autoliquidación la base imponible de los aportantes; posibilidad que se condiciona a la verificación de una serie de requisitos cuyo incumplimiento sobrevenido, como veremos, dará lugar a la pérdida de la ventaja fiscal y la necesidad de regularizar las autoliquidaciones correspondientes a los períodos afectados.

### **II.2.1 Parentesco**

El primero de estos condicionantes es el que tiene que ver la relación de parentesco que debe unir a aportante y beneficiario.

Así, según este requisito subjetivo, sólo podrán reducir su base imponible por este concepto aquellos aportantes que guarden con el titular del patrimonio protegido “una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive”, sean su cónyuge o lo tengan a su cargo en régimen de tutela o acogimiento. Conviene aclarar en este punto que el



parentesco al que se condiciona el disfrute de esta ventaja fiscal es únicamente el consanguíneo, pues la Dirección General de Tributos ha aclarado en este sentido que “cuando la Ley habla de parentesco, sin mayor especificación, debe entenderse que se refiere exclusivamente a parientes por consanguinidad y queda excluido el de afinidad según el criterio mantenido por este Centro Directivo en la aplicación del mínimo familiar por ascendiente y descendiente en las consultas nº 0894/01 y 0278/02 (...). Dado que el precepto transcrito no incluye las relaciones de parentesco por afinidad, las aportaciones al patrimonio protegido de las personas con discapacidad efectuadas por estos parientes no darían derecho a reducción en la base imponible por este concepto” (consulta nº 2033-04 del 29 de noviembre de 2004).

Además, a diferencia de otras reducciones en la base imponible del IRPF por aportaciones a sistemas de previsión social, en ningún caso darán derecho a reducción las aportaciones efectuadas por la propia persona con discapacidad titular del patrimonio protegido.

## **II.2.2 Límites cuantitativos**

El segundo lugar, la LIRPF también limita la cuantía de la reducción a practicar en la base imponible del IRPF del aportante, que será equivalente al importe de las aportaciones dinerarias o no dinerarias<sup>10</sup> realizadas (siempre que no se trate de elementos afectos a actividades económicas desarrolladas por el aportante<sup>11</sup>), con un máximo de 10.000 euros por

---

<sup>10</sup> Tratándose de aportaciones no dinerarias se tomará como importe de la aportación el que resulte de aplicar las reglas de valoración previstas en el artículo 18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

<sup>11</sup> La aportación de este tipo de elementos patrimoniales no genera derecho a la reducción en virtud de lo establecido para este tipo de activos en el apartado 4 del artículo 54 de la LIRPF.

declaración; y sin que “el conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que efectúen aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido” pueda exceder de 24.250 euros anuales (artículo 54 LIRPF). Ello determina que, en caso de pluralidad de aportantes, de superarse este límite conjunto, las reducciones correspondientes a dichas aportaciones habrán de ser practicadas de forma proporcional por los distintos sujetos aportantes (artículo 54 LIRPF).

Las aportaciones que excedan de los límites fijados, así como aquellas otras que no hayan podido ser aplicadas por insuficiencia de la base imponible en el período impositivo en el que se realizaron, no caen en saco roto, sino que dan derecho a reducir la base imponible de los cuatro períodos impositivos siguientes hasta agotar en cada uno de ellos los importes máximos transcritos. En consecuencia, cuando en un mismo período impositivo concurren reducciones por aportaciones efectuadas en el ejercicio con reducciones pendientes de aplicar de ejercicios anteriores, se practicarán en primer lugar las reducciones procedentes de los ejercicios anteriores, hasta agotar los importes máximos de reducción (artículo 54 LIRPF).

### **II.2.3 Permanencia en el patrimonio protegido**

Por último, la ley condiciona el disfrute de esta reducción y la exención contenida en el artículo 7.w) de la LIRPF a que los bienes y derechos aportados se mantengan en el patrimonio protegido durante el período impositivo en el que tuvo lugar la aportación y los cuatro siguientes.

Así, la salida del patrimonio protegido de los bienes y derechos previamente aportados como consecuencia de la realización de actos de disposición sobre estos activos que han sido previamente tenidos en cuenta para minorar la carga tributaria tanto de los familiares como de la propia persona con discapacidad, dará lugar a la pérdida de los beneficios fiscales asociados y a la obligación de proceder a las regularizaciones

de las liquidaciones correspondientes a los períodos impositivos afectados.

Sin embargo, conviene realizar una serie de precisiones sobre este particular a los efectos de entender el verdadero alcance e implicaciones que se derivan del incumplimiento de esta obligación de conservación impuesta para evitar que se burle la finalidad de esta clase de patrimonios, que no es otra que la de satisfacer “las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados” (art. 5.2 Ley 41/2003).

Así, la primera de las aclaraciones es la que se contiene en la interpretación auténtica recogida en el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, que nos aclara que “no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria”. De esta manera, no surgirá obligación alguna de regularizar cuando el dinero o los bienes se gasten o inviertan “en la adquisición de alimentos, ropa, atenciones médicas, medicinas o cualquier otra necesidad vital” (Pascual, 2017, p. 20).

En segundo lugar, la obligación de realizar las regularizaciones que procedan surge no sólo cuando se realizan actos de disposición propiamente dichos, sino también cuando se produce la extinción del patrimonio protegido por causa distinta al fallecimiento del beneficiario, dado que, según interpreta la Dirección General de Tributos, tales casos de extinción “en la medida en que implica una salida de los bienes y derechos de la masa patrimonial afecta de forma inmediata y directa a las necesidades vitales de la persona con discapacidad, ha de considerarse una disposición de bienes y derechos a efectos de lo previsto en el artículo 59.5 del TRLIRPF” (consulta N° V0844-06, de 4 de mayo de 2006).

En opinión de algunos autores, esta consecuencia parece desproporcionada para los supuestos en los que la extinción se produce por pérdida del grado de discapacidad

legalmente exigido, por cuanto que los bienes y derechos pasarían a formar parte del patrimonio personal de la persona con discapacidad y, por lo tanto, seguirían siendo de su titularidad (Lucas y Martín, 2014, p. 91).

En cuanto al alcance de las regularizaciones que proceden, el familiar deberá devolver las reducciones en la base imponible del IRPF indebidamente practicadas mediante la presentación de la oportuna autoliquidación complementaria con inclusión de los intereses de demora que procedan.

Por su parte, el titular del patrimonio protegido que recibió la aportación deberá integrar en la base imponible la parte de la aportación recibida que fue considerada exenta como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la letra w) del artículo 7 de la LIRPF, mediante la presentación de la oportuna autoliquidación complementaria con inclusión de los intereses de demora que procedan. La solución prevista por la norma es distinta para los casos en los que la aportación se hubiera realizado por una entidad al patrimonio protegido de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los trabajadores en régimen de tutela o acogimiento, en cuyo caso será el propio trabajador de la empresa el que deba reintegrar el beneficio indebidamente disfrutado a través de la oportuna regularización.

### **III. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Como hemos señalado, la fiscalidad se erige como un instrumento fundamental de política social que viene siendo utilizado por los poderes públicos desde fechas recientes para favorecer la plena integración de las personas con discapacidad, amparándose en el reconocimiento legal expreso que de la extrafiscalidad se hace en el apartado primero del artículo 2 de LGT. En este sentido, los beneficios fiscales tendentes a compensar la situación de exclusión social y la falta de capacidad económica que con carácter general se presumen

a este colectivo, encuentran su fundamento en los artículos 14, 9.2 y 31 de la Constitución Española.

Atendiendo al objetivo capital de garantizar la plena integración económica y social de estas personas, los patrimonios protegidos qué duda cabe que contribuyen al cumplimiento del compromiso adquirido por España en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de fomentar la autonomía de estas personas en el plano económico o patrimonial, favoreciendo con ello la referida integración. En este sentido, cuando la persona con discapacidad tiene capacidad de obrar suficiente podrá ser quien constituya el patrimonio protegido u oponerse a su constitución cuando otros lo soliciten, así como ser el administrador del mismo o designar a quien haya de administrarlo. Por el contrario, cuando la persona con discapacidad carece de la capacidad exigida, corresponde a las personas que le presten su apoyo tomar tales decisiones.

Según datos oficiales, en 2021 el número de beneficiarios de la aplicación de la reducción por aportaciones a patrimonios protegidos se estima que ascenderá a 3.006 declarantes (Ministerio de Hacienda, 2021), mientras que, según datos publicados por el Centro de Información Estadística del Notariado, en diciembre de 2012 era de 1.433 (Lucas y Martín Dégano, 2014, p.18); lo que constata el hecho de que, aunque su uso va en ascenso, dista de generalizarse en nuestro país, pese a los incentivos fiscales con los que se premia tanto a la persona con discapacidad como a sus familiares.

Ello nos lleva a concluir que las formalidades a las que se somete la constitución y realización de aportaciones, el sometimiento a una supervisión externa y las regularizaciones fiscales que pudieran derivarse del incumplimiento de los requisitos a los que se condiciona el disfrute de sus ventajas fiscales, pesan más que el estímulo económico derivado de la aplicación de tales beneficios diseñados para potenciar su uso.

Además, estamos convencidos de que la posibilidad de apartar bienes para el sostenimiento de un familiar con discapacidad o realizar periódicamente aportaciones a un patrimonio protegido y la consiguiente reducción en la base imponible del IRPF no está al alcance de toda la población, por lo que las personas con menos recursos no podrán beneficiarse económicamente de este instrumento. Ello genera una evidente desigualdad frente a quienes, por tener mayor capacidad económica, podrán realizar periódicamente aportaciones a estos patrimonios y beneficiarse de una sustancial rebaja de impuestos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Anchón, M.J. (2016). La protección del patrimonio de personas con discapacidad: problemas que suscita, análisis de los arts. 56 a 58 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, N°. 123.

Arranz, C. (2020). Aspectos fiscales de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad: algunas cuestiones. En Martín Santiesteban, S. (Coord.), *Los patrimonios de afectación como instrumento de gestión y transmisión de riqueza* (pp. 191-209). Valencia: Tirant lo Blanch.

Berrocal, A. (2005). El Patrimonio protegido del Discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada. *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*. n° 22.2005. Accesible en  
[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1142309487294&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142309333811&language=es&pag=1&pagenome=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome\\_RJU&siteName=RevistaJuridica](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142309487294&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142309333811&language=es&pag=1&pagenome=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica)

Castro-Girona, A. (2017). Comentarios sobre la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: un cambio de perspectiva jurídico-social en el Derecho Civil. En *La dimensión social de la fiscalidad: discapacidad, tercer sector y mecenazgo*

*Estudios en homenaje a Miguel Cruz Amorós* (pp.101-118). Madrid. Grupo Editorial Cinca.

Castro-Girona, J. L. (2018). *El artículo 12 de la Convención de Derechos de personas con discapacidad*. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces.

Cubiles, P. (2005). La protección patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *Quincena Fiscal*, Nº 5 (BIB 2005\740)

Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M<sup>a</sup>.T. (2004). El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre. En Díaz Alabart, S. (Dir.), *La protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 42/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)*. Madrid. Ibermutuamur.

Díez Picazo, L. y Gullón, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil, vol. I*. Madrid. Tecnos.

Entrena, B. (2007). El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. En *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. II. Aspectos económicos y patrimoniales*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial.

Escribano, P. (2013). El patrimonio protegido de las personas con discapacidad como patrimonio separado. *La Ley. Actualidad Civil*, Nº 3 (LA LEY 1013/2013).

Gallego, I. (2006). Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado. En Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.). *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid. La Ley.

Haro de, M. (2016). Patrimonios protegidos y Trusts. Un largo recorrido hacia la asimilación del Trust en nuestro ordenamiento. *Quincena fiscal*, Nº 4, 2016.

Lacruz, J. L. (1999). *Elementos de Derecho Civil, vol. I*. Madrid. Dykinson.

Lucas, M. y Martín, I. (2014). LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU FISCALIDAD. *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*. Nº 4, 2014.

Lucas, M. y Martín, I. (2014). *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario. Reflexiones al cumplirse diez años de su ley de aprobación*. Madrid. Editorial Universitaria Ramon Areces.

Marín, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces.

Marín, C. (2008). Los patrimonios protegidos. *Marco jurídico y social de las personas con discapacidad*. Madrid. Colección Jurídica General.

Martín Azcano, E.M. (2011). Administración y supervisión del patrimonio protegido. En *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*. Madrid: La Ley.

Martín Azcano, E.M. (2011). La constitución del patrimonio protegido. En *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*. Madrid: La Ley.

Martín Azcano, E.M. (2017). La tutela del patrimonio protegido de las personas con discapacidad en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. En Berrocal, I. y Callejo, C. (Coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio* (pp.487-536). Madrid: La ley.

Martín Romero, J. C. (2006). Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido de las personas con discapacidad. *Revista Jurídica del Notariado*, N.º 60, pp. 105-159.

Ministerio de Hacienda. (2021). *Memoria de beneficios fiscales. Presupuestos Generales del Estado para el año 2021*. Recuperado de [https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/Presup/PGE2021Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L\\_21\\_A\\_A2.PDF](https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/Presup/PGE2021Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L_21_A_A2.PDF)

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. (2021). *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Recuperado de <https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/informacion/leyGeneralDiscapacidad.htm>

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. (2011).



*ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD, 2012-2020.* Recuperado de [https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia\\_espanola\\_discapacidad\\_2012\\_2020.pdf](https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_espanola_discapacidad_2012_2020.pdf)

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (2003). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad.* Recuperado de [https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/2009\\_folleto\\_proteccion\\_patrimonial.pdf](https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/2009_folleto_proteccion_patrimonial.pdf)

Navarro, J.A. (2020). Cuestiones tributarias conflictivas en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. *Crónica tributaria*, N° 175, pp. 117-134.

Pablo de, C. (2018) *Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad: régimen fiscal.* Cizur Menor: Aranzadi.

Pascual, M. M. (2017). Análisis del régimen fiscal favorable de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, *Contable*, N° 61, 17-21.

Polonio, G. (2016). El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: administración y beneficios fiscales. *Revista Jurídica del Notariado*, N° 97-98, 111-139.

Sabater, E. (2015). Los patrimonios protegidos. Notas sobre su concepto y constitución. *LA LEY Derecho de familia*, N° 6. (LA LEY 2730/2015).

Serrano García, I. (2008). *La protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de las personas con discapacidad.* Madrid: Iustel.

Urrutia, A. M. (2008). La fiducia sucesoria, ¿una institución con futuro?. *Legal Today*. Accesible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/la-fiducia-sucesoria-una-institucion-con-futuro-2008-04-01/>

## LA JUSTICIA FISCAL: RETOS ACTUALES

Juan José Nieto Montero

*“La distribución de la carga impositiva ha sido siempre una cuestión que ha preocupado al contribuyente, al legislador y a cuantos han profundizado en el estudio de la misma. Si este problema ha estado latente en épocas pasadas aunque no haya alcanzado el relieve que merece, es hoy, en nuestro tiempo, en el que la vida de las naciones se llena de una amplia concepción social, cuando el tema de un reparto justo de los impuestos pasa a un primer lugar de la preocupación de la doctrina, la legislación y la política, alcanzando la consideración e importancia que merece”<sup>1</sup>.*

### INTRODUCCIÓN

La frase que encabeza este trabajo fue escrita por mi maestro, el profesor YEBRA MARTUL-ORTEGA hace casi cincuenta años como inicio del prólogo de una de sus primeras obras, pero resulta abrumadoramente actual. Es por ello que este trabajo pretende, fundamentalmente, reflexionar sobre tal concepto central en la configuración del Derecho Tributario y

---

<sup>1</sup> YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto: *La justicia fiscal y el impuesto sobre la renta*. Universidad de Santiago de Compostela, 1973, p. 9.

que, a pesar de los importantes esfuerzos doctrinales sigue presentando múltiples aristas que en el mejor de los casos nos hacen dudar de su virtualidad práctica.

Tradicionalmente se ha configurado la justicia fiscal como un objetivo de formulación abstracta cuya prosecución se podría alcanzar a través del respeto a una serie de principios jurídicamente formulados – con carácter general en los textos constitucionales – y que deben presidir tanto la propia formulación de las normas tributarias como su aplicación práctica. En este contexto, se ha hecho pivotar la idea de justicia fiscal sobre un principio rector básico, el de capacidad económica, que debería conjugarse con otra serie de principios o reglas (igualdad, progresividad y generalidad, esencialmente) para estructurar un sistema tributario justo<sup>2</sup>.

Esta formulación clásica, sin embargo, ha vivido en una constante crisis. En efecto, es una nota común en todos los tiempos y lugares la duda sobre la justicia de los sistemas tributarios, hasta el punto que se podría decir que dicha incertidumbre se ha convertido en una constante. La “lucha” entre el pretendido derecho de los contribuyentes a reducir su contribución al gasto público a través de una “legítima” planificación fiscal y el deber de los Estados de obtener ingresos para el sostenimiento de un cada vez mayor gasto fruto de su configuración como Estados sociales ha generado una tensión cuya principal víctima ha sido en muchas ocasiones la justicia fiscal<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Valga como muestra la dicción de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que en su artículo 31.1 establece: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

<sup>3</sup> Cfr. SOLER ROCH, María Teresa: “La imposición justa sobre las sociedades en un escenario global: un tema pendiente”, *Revista Derecho & Sociedad*, nº 50, 2018, p. 186.

Así, cabría citar como ejemplos de la situación que se acaba de describir, entre otros, el constante recurso del legislador al establecimiento de presunciones o ficciones, en muchos casos como mecanismos o cláusulas particulares antiabuso; el incremento de la presión fiscal sobre determinados tipos de rentas (especialmente las del trabajo) ante la dificultad de gravamen y localización de otras (fundamentalmente las del capital); la configuración de los impuestos sobre la renta como duales (*dual income tax*) o la reducción de tipos en la imposición sobre las rentas de las sociedades.

Ahora bien, debemos reconocer que tal vez nunca estuvo tan en peligro la justicia fiscal como en la actualidad, ya que el contexto socioeconómico ha sufrido tal cantidad de cambios que se podría llegar a plantear si en la situación actual es un objetivo realmente alcanzable o si los sistemas tributarios han sustituido la justicia por la mera practicidad en la consecución de los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. De hecho, la globalización de la economía y de la sociedad en su conjunto, con implicaciones como la libre circulación de capitales; la aparición de estructuras de integración supranacional de muy diversos estilos y niveles; los acuerdos de libre comercio entre bloques o grandes potencias; la existencia de territorios de baja tributación; etc. son algunos de los aspectos que han hecho que las legislaciones tributarias de los distintos Estados hayan tenido que irse adaptando para mantener un potencial recaudatorio aceptable, lo que en muchas ocasiones solo ha sido posible sacrificando la justicia del sistema tributario.

Es por esto que consideramos necesario reflexionar sobre la vigencia actual de todos estos principios rectores del sistema tributario justo en un momento como el presente.

# 1. LA JUSTICIA FISCAL EN EL CONTEXTO DEL SIGLO XXI

A la hora de teorizar sobre los distintos principios constitutivos de la idea clásica de justicia tributaria, resulta crucial no perder de vista una idea que pone acertadamente de manifiesto CALDERÓN CARRERO, al afirmar que “la mayoría de las reglas fiscales existentes en los diferentes sistemas u ordenamientos tributarios nacionales [...] fueron formuladas en y para un mundo que, en buena medida, ha dejado de existir”<sup>4</sup>. En última instancia, de esta evidencia se derivará una consecuencia indiscutible en el sentido de que será necesario un cambio en la configuración de los sistemas tributarios, ya que “los sistemas fiscales nacionales se ven obligados a revisar sus principios de forma dinámica al igual que se modifican las circunstancias o hipótesis económicas”<sup>5</sup>.

Cabe afirmar, sin duda, que la idea de justicia fiscal construida fundamentalmente por los estudiosos del fenómeno financiero a lo largo del siglo XX difícilmente resiste en pie en un contexto económico y social absolutamente diferentes y a los que se ha llegado de un modo tan rápido que no ha sido acompañado de una evolución adaptativa gradual de los postulados mencionados.

En la base de esta afirmación se encuentra un fenómeno social y económico indiscutible, como es el de la mundialización, que se manifiesta en muy diversas vertientes: desde la generalización del comercio electrónico a la libre circulación de capitales, pasando por la reducción de

---

<sup>4</sup> CALDERÓN CARRERO, José Manuel: “La globalización económica y su incidencia sobre el Derecho Financiero y Tributario: ¿implicaciones sobre la protección de los bienes jurídicos globales?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012, p. 339.

<sup>5</sup> GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel y RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio: “Las consecuencias fiscales de la globalización”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2007, p. 6.

obstáculos al comercio de bienes y servicios. A esta realidad incuestionable debe sumarse la preponderancia de una visión económica liberal que ha amparado una corriente doctrinal favorable a la reducción o incluso supresión de los tributos en cuanto posibles desincentivos a la actividad empresarial o comercial.

Partiendo de esta perspectiva, analizaremos los diversos principios implicados y los factores que explican su actual crisis.

### **1.1. La configuración clásica de la justicia fiscal**

Tradicionalmente se ha sostenido que para que un tributo sea justo debe, ante todo, recaer sobre bienes, hechos, actos o negocios que sean indicativos de riqueza por parte del llamado a satisfacerlo, bien sea a través de su incorporación al patrimonio (incremento patrimonial, renta), bien sea por su simple propiedad o disfrute o bien a través del consumo.

Más allá de su siempre dificultosa conceptualización, que en palabras del Tribunal Constitucional español se configura como “la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra”<sup>6</sup>, planteamiento que encaja más con una visión iusfilosófica de la noción<sup>7</sup>, se puede definir este principio utilizando la expresión

---

<sup>6</sup> FJ 4º STC 27/1981, de 20 de julio. La misma frase se reitera literalmente en las SSTC 150/1990, de 4 de octubre (FJ 9º) y 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4º), remitiéndose las dos a aquélla. Sobre este tema puede verse nuestro trabajo NIETO MONTERO, Juan José: “El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 238, 1995.

<sup>7</sup> Así, puede afirmarse que “dentro de la filosofía occidental de tradición escolástica, la capacidad económica de contribuir *no es un principio autónomo*, sino una realidad a la que ha de adaptarse el impuesto, adaptación que integra, a su vez, uno de los requisitos que hacen justo el impuesto”. PÉREZ DE AYALA, José Luis: “Comentario al artículo 3 LGT”. En *Comentarios a las leyes Tributarias y Financieras*, T. I, Editorial de

de la *Corte Costituzionale* italiana, que ya en su muy vieja sentencia 45/1964, de 16 de junio, afirmó que “por capacidad contributiva se entiende la idoneidad del contribuyente para satisfacer la prestación coactiva impuesta”<sup>8</sup>.

Esta noción referida a la idoneidad del contribuyente para serlo nos pone de manifiesto que la justicia fiscal exige, desde este punto de vista, que el tributo se fundamente en una manifestación de riqueza por el contribuyente, de modo que el sistema tributario ha de inspirarse, necesariamente en el respeto a esta premisa fundamental. De hecho, es clásica la referencia de CORTÉS DOMÍNGUEZ a la capacidad económica como “la verdadera estrella polar del tributarista”<sup>9</sup>.

Este papel fundamental de la capacidad económica debe contemplarse, en la visión clásica de la que hablamos, desde su relación con los principios de igualdad y generalidad, que implicarán básicamente la prohibición de existencia de indicadores de riqueza ajenos a la tributación (generalidad) como la necesidad de establecer la igualdad de trato a las capacidades económicas semejantes (igualdad). El instrumento del que se debería valer el legislador para conseguir este último fin es precisamente la progresividad del sistema tributario.

Dicho de otro modo, la justicia fiscal sólo se conseguirá por el juego conjunto de todos estos principios y no solo del de capacidad económica, como por otra parte –de cara al ordenamiento español– ha señalado claramente el Tribunal Constitucional, afirmando que “a diferencia de otras Constituciones, la española, pues, alude, expresamente, al

---

Derecho Financiero-EDERSA, Madrid, 1982, p. 29.

<sup>8</sup> *Considerando in Diritto* (CD) 3°. En DE MITTA, Enrico: *Fisco e Costituzione. Questioni risolte e questioni aperte, I. (1957-1983)*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 191. Se reitera la misma idea en la Sentencia de la Corte Costituzionale 50/1965, de 26 de junio (CD 1°) (en la misma obra, p. 209).

<sup>9</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías: “El principio de capacidad contributiva en el marco de la técnica jurídica”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 60/1965, p. 989.

principio de la capacidad contributiva y, además, lo hace sin agotar en ella –como hiciera cierta doctrina– el principio de justicia en materia contributiva”<sup>10</sup>.

Este pronunciamiento viene a coincidir con planteamientos como el de FERREIRO LAPATZA, para quien la capacidad económica “es un prisma, un cristal, un punto de vista sobre los principios de igualdad y generalidad. Un modo de aplicarlos que se halla hoy universalmente consagrado”<sup>11</sup>; o el de CORTÉS DOMÍNGUEZ, que considera que “*es el criterio material de justicia*, pero no es toda la justicia; ésta exige la generalidad y la igualdad; la capacidad económica es el criterio para realizarlas”<sup>12</sup>.

Junto a estos principios esenciales de la configuración clásica de la justicia fiscal han ido cobrando protagonismo algunos otros que complementan la configuración de un sistema tributario como justo. Entre ellos, deben destacarse de modo evidente el principio de seguridad jurídica o el principio de neutralidad, sin olvidar todos los principios relativos a la protección de los contribuyentes en los diferentes procedimientos tributarios y que sin duda forman parte también de la propia idea de sistema tributario justo<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> FJ 4º STC 27/1981, de 20 de julio. Por si no había sido ya suficientemente claro, añade en el mismo FJ, que “no puede soslayarse [...] que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad”.

<sup>11</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid, 1990, 12ª edición, p. 449.

<sup>12</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías: *Ordenamiento Tributario Español I*, Civitas. Madrid, 1985, 4ª edición, p. 72.

<sup>13</sup> Cfr. GONZÁLEZ RADÍO, Vicente: *Derecho Financiero y Tributario*, Nino, Santiago de Compostela, 2021, p. 89-90.



## 1.2. El contexto actual y su incidencia en la configuración de los tributos

Como señalamos anteriormente, la globalización de la economía y la sociedad en el siglo XXI ha supuesto un importante cambio en el contexto relacional subyacente a la tributación. En este sentido, se ha señalado que “la globalización ha tenido impacto no sólo en aspectos sustantivos de los sistemas tributarios, sino también en cuestiones formales y especialmente sobre la organización de la Administración tributaria y las potestades o funciones que se le reconocen”<sup>14</sup>.

En este marco se ha ido generando una cada vez mayor internacionalización de los sistemas tributarios, de modo que toda la configuración de los mismos, y por tanto de su propia idea de justicia, debe verse desde esa perspectiva internacional<sup>15</sup>.

Esta influencia de la globalización se ha plasmado tanto en la aparición de límites en el ejercicio del poder tributario como en la necesaria aparición de modificaciones normativas y de propuestas de regulación global de determinados aspectos o figuras.

Con relación a las restricciones en el ejercicio del poder tributario, resulta clásica la construcción realizada por

---

<sup>14</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo: “Globalización y Derecho Tributario: el impacto del Derecho Comunitario sobre las cláusulas antielusión/antiabuso del Derecho interno”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7, 2007, p. 5.

<sup>15</sup> Así, CHECA GONZÁLEZ ha señalado que “el influjo que viene ejerciendo la globalización económica en la política fiscal de los Estados ha provocado una notable internacionalización del Derecho Tributario en su conjunto”. CHECA GONZÁLEZ, Clemente: “La degradación de la justicia en el sistema tributario actual”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, (coord. Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, p. 2862.

MCLURE<sup>16</sup>, que permite concretar hasta cuatro ámbitos de límites.

En primer lugar, estarían aquellas limitaciones que se podrían calificar como “voluntarias” o autolimitaciones, en las que los Estados, por propia iniciativa, adoptan medidas para contrarrestar los efectos de la globalización. Ejemplos ya clásicos de este tipo de condicionantes serían las progresivas reducciones de tipos de gravamen que se han ido estableciendo, especialmente en la imposición sobre las rentas del capital y las rentas societarias, generando la denominada “*race to the bottom*”<sup>17</sup>, o la existencia de tributos duales sobre la renta, e incluso la exoneración de gravamen de ciertas rentas. En general, este tipo de medidas, además, ha producido un efecto colateral importante: el peso de la recaudación ha pasado a recaer fundamentalmente sobre las rentas del trabajo<sup>18</sup>, cuya deslocalización resulta mucho más dificultosa.

En segundo término, los límites de origen convencional, fundamentalmente a través de los acuerdos celebrados en el seno de organizaciones como el GATT o la OMC, así como los distintos Convenios para evitar la Doble Imposición (siguiendo fundamentalmente los modelos de la OCDE o de la ONU). A ellos deben añadirse también otros tratados internacionales clave en esta materia, como son los constitutivos de organizaciones supranacionales que en muchos casos, y

---

<sup>16</sup> MCLURE, Charles: “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”, *Bulletin for international fiscal documentation*, núm. 55, 2001, pp. 328-341.

<sup>17</sup> Por ejemplo, en España el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas pasó de tener un tipo marginal máximo del 65% en 1980 a un tipo máximo del 48% en 1999, y de estar estructurado en 24 tramos o escalones a 6 en el mismo período de tiempo. Tras diversas vicisitudes, en las que llegó a un tipo máximo del 45% y a estructurarse en 5 escalones, en la actualidad ha recuperado el tipo máximo del 49% y los 6 escalones, si bien este último se aplica solo a bases liquidables superiores a 300.000 euros.

<sup>18</sup> Cfr. GONZÁLEZ FAJARDO, Francisco: “La globalización: ¿una coartada más para reducir la intervención pública?”, *Laberinto*, núm. 1, 1999, p. 3.

señaladamente en la Unión Europea, introducen de modo directo barreras al ejercicio del poder tributario de los Estados<sup>19</sup>.

En tercer lugar, se mencionan los que la doctrina denomina “límites externos”, si bien este nombre resulta equívoco, ya que se trata en la mayoría de los casos de decisiones adoptadas por los propios Estados, aunque caracterizadas por la ausencia de voluntariedad y por el hecho de que no derivan directamente del mercado, sino del comportamiento de otros Estados y organizaciones internacionales, que presionan a los países para adoptar determinadas medidas so pena de la aplicación de “contramedidas” defensivas. Uno de los ejemplos más claros de estos límites son todas las actuaciones de los países desarrollados orientadas a conminar a los paraísos fiscales para forzar el intercambio de información o la elevación de sus tipos de gravamen. En este sentido, las llamadas cláusulas antiparaíso establecidas en muchos ordenamientos tributarios y que se concretan en presunciones y ficciones son una muestra clara de lo que apuntamos.

Por último, se habla de límites incidentes en la “independencia administrativa u operacional”, expresión referida a las dificultades de control de las fuentes de riqueza y de gestión de los tributos y que traen causa de la dificultad de obtención de información por parte de los Estados de origen de las rentas, que dificultan al Estado de residencia el gravamen conforme al principio de sometimiento de la renta mundial de los contribuyentes, cuya íntima conexión con la justicia fiscal

---

<sup>19</sup> Así, en el marco de la Unión Europea cabe destacar medidas como la prohibición de ayudas de Estado, la prohibición de exacciones de efecto equivalente a los tributos aduaneros, etc., e incluso las propias restricciones que suponen la existencia de tributos armonizados en el seno de la misma UE, en los que los Estados apenas pueden introducir cláusulas o reglas propias.

tal y como la conocemos parece indiscutible<sup>20</sup>. En este sentido, tanto organismos internacionales como organizaciones supranacionales han luchado por el establecimiento de medidas que faciliten el intercambio efectivo de información tributaria entre Estados<sup>21</sup>.

Pasando a las que denominábamos modificaciones del sistema tributario, en tanto segunda consecuencia del fenómeno globalizador, estas podrían entenderse como la adopción por los Estados de medidas que pretenden adaptar la fiscalidad a la realidad del momento. En concreto, bajo esta definición existen cambios tanto en las fuentes normativas como en la propia regulación sustantiva de los tributos e incluso en los procedimientos de aplicación de los mismos. Evidentemente, las primeras no inciden de modo directo en la configuración del sistema desde el punto de vista de la justicia fiscal, por lo que no serán objeto de atención en este trabajo, sin perjuicio de que sí haremos referencia a sus consecuencias en el apartado siguiente<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En este sentido, SOLER ROCH señala que “el fundamento del principio de gravamen global guarda relación, ante todo, con el principio jurídico de capacidad económica y un determinado entendimiento de dicho principio en relación con los impuestos personales sobre la renta y el patrimonio, tanto en el caso de las personas físicas como en el de las sociedades, según el cual una valoración adecuada de la capacidad económica de la persona, exige tener en cuenta su renta o patrimonio globales, con independencia del lugar donde se obtenga o encuentre, ya que si este tipo de impuestos se gravaran de acuerdo con un criterio de territorialidad, sólo se tendría en cuenta una parte de la riqueza y, por tanto, una valoración insuficiente de su capacidad económica”. SOLER ROCH, María Teresa: “La imposición justa sobre las sociedades en un escenario global: un tema pendiente”, *op.cit.*, p. 187.

<sup>21</sup> Así, se ha dicho que “el principio de residencia y el efectivo gravamen de la renta mundial como parámetro de la capacidad económica en las rentas del capital especulativo requiere la articulación de un eficaz instrumento de intercambio de información que además limite las posibilidades de elusión y evasión fiscal internacional”. GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel y RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio. “Las consecuencias fiscales de la globalización”, *op.cit.*, p. 13.

<sup>22</sup> No debe perderse de vista que el continuo aumento de la importancia de

---

fuentes surgidas al margen de la intervención de los parlamentos de los Estados y que en muchas ocasiones ni siquiera se integran formalmente en el ordenamiento jurídico implica un cambio radical en un ámbito del Derecho tan vinculado a los principios de tipicidad y reserva de ley como es el tributario. Así:

- Por una parte, las fuentes que se derivan de la propia integración supranacional, de la que es paradigma la Unión Europea, en las que al lado de las que podríamos llamar fuentes directas o de “*hardlaw*” aparecen otras fuentes, denominadas como de “*softlaw*” (aparentemente no vinculantes, pero que inciden de modo directo en las legislaciones nacionales), entre las que destaca, en el caso de la UE, la jurisprudencia del TJUE, que sin duda alguna condiciona la labor del legislador estatal. Todas estas “fuentes” reconfiguran la normativa tributaria e incluso limitan la intervención de los parlamentos nacionales, cuyas leyes quedan supeditadas de modo más o menos directo a este tipo de normativa.
- Por otra parte, existen fuentes que no derivan de la integración supranacional, sino que se producen al margen de cualquier tipo de participación, directa o indirecta, de los Estados. Son las que la doctrina ha denominado “*backdoor rules*”, y que engloban a las reglas, directrices, códigos, etc. emanados de organismos y organizaciones internacionales, como la OCDE, la OMC, el Banco Mundial, el FMI, ... y que buscan uniformar o codificar los parámetros de comportamiento de los Estados en diversas materias, de las que sin duda alguna la tributaria alcanza un papel central. A título de ejemplo de lo que decimos, piénsese en el papel que tanto el modelo de convenio de la OCDE como sus comentarios tienen en la elaboración e interpretación de las normas convencionales. Además, en muchos casos los Estados se ven forzados a seguir estas normas por la presión de terceros países y la posibilidad de que se adopten contramedidas que perjudiquen sus economías e intereses.

En todo caso, estas normas de “*softlaw*” o de las denominadas “*backdoor rules*” en realidad no suponen nuevas fuentes formales en el ordenamiento tributario, sino una especie de vaciamiento de la potestad del legislador nacional para configurar su sistema impositivo, convirtiéndose en muchos casos en mero “trasponedor” de este tipo de reglas.

Por lo que se refiere al segundo aspecto citado, la introducción de modificaciones en el ámbito material de los tributos, cabe destacar que en muchos casos estas provienen de las fuentes internacionales a las que nos hemos referido y deben hacer frente a una realidad cambiante en la que “el legislador tributario a la hora de configurar el sistema tributario se enfrenta con un nuevo panorama: aquello que se considera que debería estar sujeto a tributación no siempre puede ser sometido a imposición debido a las fuerzas del mercado o consideraciones de «practicabilidad» del gravamen”<sup>23</sup>.

En consecuencia, y ante la necesidad de mantener el nivel de ingresos necesarios para el funcionamiento del propio Estado<sup>24</sup>, se han introducido modificaciones que van tanto desde la ya reseñada alteración de la configuración de la “*tax mix*”, desplazando el centro de gravedad del sistema tributario hacia las fuentes no deslocalizables (trabajo e inmuebles) e incluso hacia la imposición indirecta<sup>25</sup> –con la consiguiente mayor injusticia del sistema–, hasta la inclusión de medidas tendentes a la reducción del fraude, especialmente a través de cláusulas antiabuso, articuladas en torno a ficciones y presunciones tanto de la propia existencia de riqueza gravada como de la determinación de su importe. Todo ello ha contribuido, además, a un incremento de la complejidad del sistema tributario que en ocasiones resulta claramente

---

<sup>23</sup> CALDERÓN CARRERO, José Manuel: “La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 20, 2006, p. 11.

<sup>24</sup> Necesidad remarcada en su conexión con la supervivencia del Estado del Bienestar por ÁLAMO CERRILLO, Raquel: “La necesidad de un cambio tributario en materia de economía digital”, en *Ekonomiaz*, núm. 98, 2º semestre, 2020, p. 111.

<sup>25</sup> Producida por dos vías esenciales: el incremento de los tipos de gravamen y la eufemísticamente denominada “ampliación de bases” y que no es más que la eliminación de bienes y servicios de los tipos reducidos de tributación y su sometimiento a los tipos generales.

inasumible. Por último, debe reseñarse que al tener origen en fuentes de tipo internacional o supranacional, este fenómeno se ha producido en múltiples Estados en un sentido similar, lo que ha generado una cierta tendencia a la armonización o uniformización de los ordenamientos tributarios.

Finalmente, en cuanto a las modificaciones de los sistemas tributarios en el ámbito de los aspectos formales o de aplicación de los tributos, debemos partir de su menor trascendencia en lo que se refiere a la justicia fiscal del sistema, aunque no cabe duda de que su plasmación práctica (fundamentalmente en el ámbito del intercambio de información con trascendencia tributaria y de la asistencia mutua en la recaudación o de ciertos mecanismos orientados a reducir la conflictividad entre administración y contribuyentes –“*tax rulings*”, por ejemplo–) puede comprometer otros derechos constitucionalmente protegidos<sup>26</sup>. Si bien estos mecanismos no ponen en entredicho una visión clásica de la justicia fiscal, sí pueden contribuir a una percepción por parte de los ciudadanos de una cierta injusticia en el ámbito tributario.

Tal y como apuntamos, la tercera consecuencia de la globalización es la existencia de una serie de propuestas orientadas a la “implementación de mecanismos fiscales internacionales para financiar objetivos económicos y sociales

---

<sup>26</sup> Con relación a los problemas específicos que plantea el intercambio de información y la asistencia mutua pueden verse los trabajos de COLLADO YURRITA, Miguel Ángel (director): *Intercambio internacional de información tributaria: Avances y proyección futura*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011; MORENO GONZÁLEZ, Saturnina: “El intercambio automático de información tributaria y la protección de datos personales en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de los últimos progresos normativos y jurisprudenciales”, *Quincena fiscal*, núm. 12, 2016, pp. 39-70; y MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso: “El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 173, 2017, pp. 97-164.

globales”<sup>27</sup>, en los que se tendería a que una autoridad internacional aplicase y gestionase dichos impuestos. Estas propuestas chocan, fundamentalmente, con la inexistencia de esa autoridad internacional que pueda encargarse de las mismas, lo que hace depender su viabilidad en última instancia de la voluntad de los Estados. Tradicionalmente, estas medidas se orientaban a la búsqueda de un crecimiento económico armonizado globalmente y a la búsqueda de fines extrafiscales (fundamentalmente medioambientales). Sin embargo, algunas propuestas han puesto el acento en la existencia de nuevas capacidades económicas (transacciones financieras, utilización del dominio público radioeléctrico, por ejemplo), si bien con un éxito limitado. En esta línea, el acuerdo alcanzado recientemente en el marco del G-20 y la OCDE de establecimiento de un impuesto mínimo global, suscrito por la mayoría de los Estados, es un paso claro en esta dirección, si bien en el caso concreto de esta medida parece no afectar a la configuración de la justicia fiscal de modo negativo, sino que tiene como objetivo limitar alguno de los aspectos que más han lastrado la justicia fiscal (la progresiva reducción de tipos impositivos).

### **1.3. La mutación de la justicia fiscal en el contexto actual**

Desde el punto de vista de la configuración de la justicia fiscal como un requerimiento básico en los sistemas constitucionales modernos, todos los aspectos reseñados en el apartado anterior han venido a suponer una prueba de fuego, ya que han implicado cambios de tal profundidad y trascendencia que casi podríamos decir que han modificado la propia idea de justicia fiscal.

---

<sup>27</sup> RUBIO GUERRERO, Juan José: “Mecanismos fiscales para la globalización económica y social: un enfoque de hacienda pública internacional”, *Economía Industrial*, núm. 370, 2008, p. 34



La primera cuestión que debemos resaltar es que la propia subversión del sistema de fuentes tradicionales en materia tributaria, ha supuesto una importante pérdida de legitimidad democrática de la normativa aplicable y, lo que aún es más importante desde el punto de vista de nuestro análisis, una desviación de los fines de justicia redistributiva que debería perseguir un sistema tributario justo<sup>28</sup> para orientarse hacia fines puramente económicos. Así, como indica CHECA GONZÁLEZ, citando a TAJADURA TEJADA, “junto al derecho estatal, creado conforme a los principios democráticos del Estado constitucional, existe un inmenso corpus normativo producido extra muros del Estado que está integrado por numerosas reglas de dudosa condición democrática, y que obedecen y responden a exigencias de la razón económica”<sup>29</sup>.

Como ya apuntamos, esta forma de producción normativa cada vez más generalizada lleva a su vez a dos escenarios posibles: la adopción de medidas por presión de otros Estados u organismos internacionales o bien una cierta uniformización de la normativa entre los distintos Estados. En palabras de ROSEMBUJ ERUJIMOCIVH, “la supremacía del Estado en el marco del orden público económico constitucional resiente la incipiente creación de un discurso global que, inevitablemente, se impone sobre la autonomía plena de sus decisiones. Pero esta imposición, vinculación o internalización se produce o como retorsión en caso de

---

<sup>28</sup> Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro: “Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición”, en *Garantías constitucionales del contribuyente*, (autores José Manuel CARDOSO DA COSTA, Adriano DI PIETRO, Jaime GARCÍA AÑOVEROS, Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO y Paul KIRCHHOF), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 127. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RADÍO vincula los principios constitucionales de justicia tributaria con el “deber de solidaridad política, económica y social”.

<sup>29</sup> CHECA GONZÁLEZ, Clemente: “Globalización económica y principios tributarios”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, 2010, p. 103.

cumplimiento contrario a la regla, *standards* o principios comunes, v.g, competencia fiscal lesiva, blanqueo de capitales, corrupción, criminalidad organizada, financiación del terrorismo o, al contrario, reforzando la igual soberanía entre Estados, cual es el caso de la erosión de bases imponibles y desplazamiento de ganancias”<sup>30</sup>.

Desde el punto de vista de los principios clásicos de justicia tributaria, consideramos que los cambios sociales y económicos han pervertido hasta tal punto la configuración de los mismos que resulta dudosa su virtualidad práctica en un momento como el presente.

Así, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, instrumentos básicos en la configuración de los nuevos bloques económicos y cuya concepción amplia y generalizada – especialmente de la primera – aparece hoy fuera de toda discusión, ha propiciado un comportamiento de competencia entre los diversos Estados por la captación de las inversiones que se ha materializado en lo que se ha dado en llamar “*race to the bottom*”, que no es otra cosa que una competencia fiscal entre jurisdicciones orientada a la captación de inversiones. No debemos confundir este comportamiento de competencia fiscal lesiva (*harmful tax competition*) con la que SOLER ROCH denomina “competencia fiscal no intencionada” y que es el simple “resultado de determinadas decisiones o reglas de alcance diverso que, combinadas, ofrecen un escenario de lagunas o desajustes con efecto fiscalmente favorable para el contribuyente”. En este sentido, esta autora indica que “la competencia fiscal lesiva es un concepto basado en una combinación de intención y resultado”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, Tulio Raúl: “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, (coord. Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, p. 961.

<sup>31</sup> SOLER ROCH, María Teresa: “La imposición justa sobre las sociedades en

En todo caso, esta situación ha producido diversos efectos. Así, en primer lugar, ha generado una importante reducción de la carga fiscal sobre las rentas empresariales y, de modo especial, de las obtenidas por sociedades<sup>32</sup>. En segundo término, la generalización de la imposición dual sobre la renta (“*dual income tax*”), que implica el gravamen de las denominadas rentas del ahorro (fundamentalmente rentas del capital) a un tipo impositivo que no alcanza la mitad del tipo al que se someten las restantes rentas obtenidas por los ciudadanos<sup>33</sup>. En esta misma línea, en tercer lugar, debe reseñarse la proliferación de regímenes tributarios especiales, fundamentalmente en la imposición sobre sociedades, que en muchos casos se plasman en reducciones de los tipos aplicables, con la finalidad de captar o mantener inversiones (piénsese como ejemplo en el privilegiado régimen que la mayoría de los países otorgan a las Sociedades y Fondos de Capital Variable). Como ya hemos señalado en otras ocasiones, todas estas normas son difícilmente asumibles desde una interpretación clásica de la capacidad económica en su conexión con el principio de igualdad, desde el momento en que capacidades económicas iguales son tratadas de modo diferente y, en consecuencia, la capacidad económica deja de

---

un escenario global: un tema pendiente”, *op.cit.*, p. 192.

<sup>32</sup> Piénsese, por ejemplo, que en países como España un empresario individual podría tributar perfectamente a un tipo de gravamen de hasta el 49%, mientras que si ejerciese la actividad en forma societaria tributaría a un tipo nominal del 25% con carácter general, que sería menor en los diversos regímenes especiales.

<sup>33</sup> En el caso español, el tipo marginal máximo de las denominadas rentas generales se sitúa en el 49% (aunque puede incrementarse en función de los tipos de gravamen aprobados por las Comunidades Autónomas), mientras que el gravamen sobre las llamadas rentas del ahorro (fundamentalmente, rentas de capital) alcanza un máximo del 26% (artículos 63, 66, 74 y 76 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio).

ser la medida de la igualdad<sup>34</sup>. Y evidentemente, en la medida en que no se valoran debidamente las diferencias de capacidad económica en su tratamiento tributario, también se resiente el principio de progresividad, cuya finalidad básica consiste en establecer esas diferencias de gravamen entre las capacidades económicas desiguales, para hacer tributar más a las más altas.

Por otra parte, como también hemos apuntado, estas diferencias se explican desde el punto de vista de la facilidad de deslocalización de unas fuentes de riqueza con respecto de otras. Por esto, el sistema tributario ha pasado a pivotar sobre la riqueza menos deslocalizable (rentas del trabajo, titularidad de inmuebles y rentas inmobiliarias y consumos). En una primera aproximación ya vemos en esta situación una cierta quiebra de la generalidad en la medida en que se dejan manifestaciones de riqueza al margen de la tributación (o con una tributación claramente favorable), pero sobre todo vemos un cambio de paradigma que ha señalado ya algún sector doctrinal, ya que se produce un paso de la capacidad contributiva a la capacidad económica gravable: el legislador ya no elige todas las manifestaciones de capacidad económica para someterlas a gravamen, como impone la generalidad, sino que grava solo aquellas que puede gravar, bien por su fácil determinación, bien –sobre todo– por su difícil deslocalización territorial. Y como consecuencia de todo ello, se produce no solo una mutación en la propia concepción de los principios de justicia fiscal, sino sobre todo un cambio en la propia función del sistema tributario como instrumento de redistribución de la riqueza<sup>35</sup>. Como han señalado GUTIÉRREZ LOUSA y RODRÍGUEZ

---

<sup>34</sup> Vid. NIETO MONTERO, Juan José: “La actividad financiera ante la crisis económica...un paso más en la lenta agonía del artículo 31 de la Constitución Española”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, (coord. Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, p. 3124.

<sup>35</sup> CHECA GONZÁLEZ, Clemente: “La degradación de la justicia en el sistema

ONDARZA, se produce una “pérdida de importancia de la equidad vertical, en beneficio de la equidad horizontal, esto es, configuración de figuras impositivas con bases más extensas, que someten en iguales condiciones al mayor número posible de contribuyentes y rentas. Ello obliga a revisar el papel redistributivo del sistema fiscal y trasladar estas políticas del lado del gasto público”<sup>36</sup>.

En la misma línea, se ha señalado por algunos autores que al hacer recaer la mayor parte de la potencialidad recaudatoria del sistema sobre las rentas del trabajo y el patrimonio inmobiliario, el nivel de presión fiscal sobre los ciudadanos se ha elevado hasta el punto de que podría estarse desconociendo la prohibición de confiscatoriedad<sup>37</sup>, corolario último de la configuración del sistema en torno a la capacidad económica y que según el Tribunal Constitucional español vendría a ser tanto como la incorporación de otra exigencia lógica que obliga a no agotar la riqueza imponible<sup>38</sup>.

Por otra parte, la existencia de los denominados paraísos fiscales (concepto que tanto a nivel internacional como interno de muchos países ha sido sustituido por el de jurisdicciones no cooperativas<sup>39</sup>) también supone un factor de crisis en la propia justicia fiscal, puesto que a nadie escapa que

---

tributario actual”, *op.cit.*, p. 27-28.

<sup>36</sup> GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel y RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio. “Las consecuencias fiscales de la globalización”, *op.cit.*, p. 7.

<sup>37</sup> *Vid.* CALVO VÉRGEZ, Juan. “La subida del IRPF, proyección sobre los diferentes niveles de renta”, *Diario La Ley*, núm. 7806, Sección Tribuna, 27 Feb. 2012.

<sup>38</sup> FJ 9º STC 150/1990, de 6 de noviembre.

<sup>39</sup> En España, por ejemplo, el cambio de denominación se ha introducido por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

la ausencia de tributación que suponen estos territorios (que unen la baja tributación en su territorio a la opacidad informativa de cara a los Estados de residencia) introduce una quiebra en el sometimiento a gravamen de buena parte de la riqueza oculta, lo que incide de nuevo sobre el principio de generalidad, generando distorsiones y discriminaciones que tampoco son asumibles desde una visión basada en el principio de igualdad. En definitiva, una crisis de la justicia fiscal que además tendrá un efecto colateral sobre quienes no puedan utilizar dichos mecanismos o territorios para ocultar su riqueza, ya que como señaló en una muy conocida sentencia el Tribunal Constitucional español, en caso de permitirse este tipo de conductas defraudatorias “se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, pues lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar”<sup>40</sup>.

Señalábamos también como un factor a considerar en la crisis de la justicia fiscal la aparición de nuevas realidades que implican la existencia de capacidades económicas inéditas no sometidas a tributación o de muy fácil ocultación o deslocalización. Así, la digitalización de la economía ha venido a suponer la proliferación de entregas de bienes y prestaciones de servicios producidos en territorios distintos y distantes del propio Estado en el que se reciben y que resulta difícil someter a gravamen. Ante estos retos económicos, los Estados pretendieron mantener sus estructuras y principios tributarios, lo que originó no pocos problemas de erosión de bases imponibles en aras de la pretendida neutralidad de los sistemas tributarios<sup>41</sup>. Tras la constatación de esta situación, se ha ido

---

<sup>40</sup> STC 76/1990, de 26 de abril, fundamento jurídico 3º (citando la STC 110/1984, de 26 de noviembre)

<sup>41</sup> En palabras de ARANA LANDÍN, “las repercusiones tributarias de la globalización de los mercados, generan externalidades negativas contra sus presupuestos mediante la erosión de bases imponibles por transferencia de beneficios a otras jurisdicciones de menor tributación, normalmente

planteando gradualmente un cambio de paradigma que se ha plasmado en soluciones como el cambio del régimen tributario de los servicios prestados por vía digital (estableciendo la tributación en destino) o la necesaria reconfiguración del concepto de establecimiento permanente para dar entrada a los que podríamos denominar establecimientos permanentes virtuales, e incluso la creación de nuevos tributos específicos sobre los servicios digitales (que algunos países, como España, han establecido por propia iniciativa a la espera de una eventual regulación global)<sup>42</sup>. En todo caso, frente a estas nuevas realidades sólo las propuestas normativas de carácter global pueden garantizar un efectivo gravamen de la riqueza generada y, por lo tanto, impedir una nueva quiebra de la justicia fiscal.

Toda esta complejidad de la realidad sobre la que deben recaer los tributos implica a su vez la necesidad de constantes actualizaciones normativas, casi como mecanismos de acción-reacción frente a los cambios de la sociedad y a los nuevos nichos de tributación privilegiada. Si bien parece difícil actuar de otro modo, no deja de ser cierto que esta forma de normar supone una considerable complejidad de los sistemas tributarios, tanto en su formulación abstracta como en su aplicación concreta, de modo que otros principios conectados con la existencia de un sistema tributario justo, y muy señaladamente la seguridad jurídica, corren serio riesgo de quedarse en proclamas vacías de contenido.

---

offshore. La facilísima movilidad de hoy en día choca de frente contra los criterios de materialidad y presencia física con la implícita desigualdad que ello genera”. ARANA LANDÍN, Sofía: “Hacia un sistema tributario más justo que reduzca la desigualdad, contribuyendo a la implementación de la Agenda 2030”, *Revista Técnica Tributaria*, N° 130, 2020, p. 4-5.

<sup>42</sup> Sobre estas cuestiones, véase ÁLAMO CERRILLO, Raquel: “La necesidad de un cambio tributario en materia de economía digital”, *op.cit.*, pp. 115-123.

## 2. LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y EL FUTURO DE LA JUSTICIA FISCAL EN EL SIGLO XXI

Hemos constatado que la concepción clásica de la justicia fiscal, articulada en torno al principio de capacidad contributiva en íntima conexión con los de igualdad, generalidad y progresividad, queda en entredicho tras los cambios sociales y económicos que se han producido en los últimos años. No obstante, la existencia de diversos planteamientos orientados a corregir los desequilibrios y desajustes ocasionados por tales cambios en los sistemas tributarios es una puerta abierta que debería permitir dicha corrección pero también reforzar la justicia fiscal.

Uno de los primeros avances en el ámbito internacional para corregir los efectos de la globalización y todas las consecuencias conexas de las que hemos hablado ha sido la generalización del intercambio de información y la asistencia mutua entre administraciones. En este punto, desde los primeros pasos dados por la OCDE, seguidos por iniciativas unilaterales como FATCA y todos los progresos que se han producido en esta materia, entre los que cabe destacar la implementación del “*Country by Country Reporting*”<sup>43</sup>, se ha evolucionado notablemente en la línea correcta<sup>44</sup>. Ciertamente es que la existencia de jurisdicciones no cooperativas sigue

---

<sup>43</sup> Con relación a la trascendencia de este método en la reducción de la erosión de bases y en la prosecución de la igualdad, puede verse ARANA LANDÍN, Sofía: “Hacia un sistema tributario más justo que reduzca la desigualdad, contribuyendo a la implementación de la Agenda 2030”, *op.cit.*, p. 16-17.

<sup>44</sup> Sobre este tema puede verse nuestro trabajo NIETO MONTERO, Juan José: “Los derechos de los ciudadanos y la obtención e intercambio de información con trascendencia tributaria”, en *Derechos fundamentales y ordenamiento tributario* (coord. José Manuel ALMUDÍ CID, Isaac MERINO JARA y Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA), Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, 2018, pp. 207-238.



obstaculizando en muchos casos la consecución de objetivos más ambiciosos, pero no es menos cierto que se ha dotado a las administraciones tributarias a través de estos instrumentos de potentes mecanismos de obtención de información, lo que en última instancia redundará en eliminar bolsas de fraude y, en consecuencia, en la existencia de un sistema tributario más justo. De hecho, la conexión entre reducción del fraude tributario y la justicia del sistema ha sido siempre tan evidente que incluso ha servido para legitimar una cierta restricción de derechos de los ciudadanos por parte del Tribunal Constitucional español en la tantas veces citada sentencia 76/1990, en la que expresamente decía que “la ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es [...] una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a «un sistema tributario justo» como el que la Constitución propugna[...]: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria”<sup>45</sup>.

En la misma línea, las medidas establecidas para contrarrestar la existencia de las jurisdicciones no cooperativas son instrumentos que claramente servirán al objetivo último de la justicia fiscal, haciendo aflorar las rentas y patrimonios ocultos y sometidos a los sistemas impositivos correspondientes, probablemente –y mientras no se produzca un cambio mucho más profundo– conforme al principio de gravamen de la renta mundial, que sirve tanto a la propia capacidad económica, como ya hemos señalado, como también a la neutralidad impositiva (en tanto otorga el mismo tratamiento a las rentas sin distinción de su territorio de

---

<sup>45</sup> STC 76/1990, de 26 de abril, fundamento jurídico 3º.

origen). Bien es cierto que en buena parte de los casos las medidas establecidas pasan por el gravamen de rentas presuntas, ficticias o diferidas, por lo que no se alcanza en realidad un efectivo gravamen conforme a la capacidad económica “real” y “actual”, pero también es indiscutible que si no fuese por dichas medidas se produciría una exoneración total del gravamen de muchas manifestaciones de riqueza generadas en territorios de baja tributación y/o con ocultación de información.

Por otra parte, debe hacerse referencia a las múltiples iniciativas adoptadas para luchar contra los efectos de la deslocalización de fuentes de riqueza y la competencia fiscal. En este sentido, el plan BEPS auspiciado por la OCDE (cuyo análisis excede totalmente la pretensión de este trabajo), seguido por otras medidas similares auspiciadas en un ámbito más concreto por la Unión Europea, supusieron un revulsivo en muchos planteamientos que han ido avanzando hacia una mayor eficacia en el sometimiento a gravamen de rentas de fuente extranjera. En ese sentido, normas como la transparencia fiscal internacional (*CFC rules*), o los impuestos de salida (*exit taxes*) incorporadas en muchos ordenamientos hace ya tiempo, así como la plasmación de medidas orientadas a la eliminación de regímenes fiscales preferentes no tolerables (acción 5 de BEPS) o la especial vigilancia que en el ámbito de la planificación fiscal agresiva juegan ciertos *tax rulings* (acción 6 de BEPS) se orientan en todo caso a la reconducción a la tributación conforme al principio de gravamen de la renta mundial.

Coincidimos con la profesora SOLER ROCH en que este tipo de soluciones son pasos dados “desde una posición conservadora y sin cambios radicales en el escenario de la fiscalidad internacional”, por lo que a su juicio el objetivo de una imposición más justa y adecuada sigue siendo un “tema

pendiente”<sup>46</sup>. Pero también consideramos que la aproximación prudente a las soluciones puede ser en muchos casos suficiente para encaminarse al objetivo.

Como también hemos señalado, junto a este tipo de lagunas en la tributación generadas por las jurisdicciones no cooperativas, otro importante ataque en la misma línea ha venido dado por la propia existencia de nuevas capacidades económicas difícilmente controlables y que permiten a su vez una deslocalización importante de los beneficios, fundamentalmente por la proliferación de los servicios digitales. En este sentido, algunos Estados, con mejor intención que acierto, han establecido regulaciones propias para intentar reconducir hacia la tributación a estas capacidades económicas<sup>47</sup>.

Aun así, como ya señalamos en páginas precedentes, se ha ido mucho más allá en las más recientes medidas propuestas en el ámbito internacional, destacando en nuestra opinión de modo muy importante los acuerdos orientados, entre otros aspectos, al establecimiento de un impuesto mínimo global, conforme se acordó en los meses de junio (en el seno del G20) y julio (en el marco de la OCDE) del año 2021. En este contexto se ha previsto hacer efectivo a partir de 2023 un sistema basado en un doble pilar y que se articula, en palabras de CARBAJO VASCO, en torno a un eje diferente: “conseguir que los agentes de esa globalización, los creadores del cambio tecnológico, los impulsores de la economía digital, las EMN,

---

<sup>46</sup> SOLER ROCH, María Teresa: “La imposición justa sobre las sociedades en un escenario global: un tema pendiente”, *op.cit.*, p. 195.

<sup>47</sup> Véase sobre las distintas iniciativas, ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, Tulio Raúl: “La fiscalidad digital. El pilar uno y el pilar dos de la OCDE”, *Revista El Fisco*, agosto 2019. <http://elfisco.com/articulos/la-fiscalidad-digital-el-pilar-uno-y-pilar-dos-de-la-ocde>. Para profundizar en las experiencias española e italiana, cfr. DI PIETRO, Adriano y SANTIN, Piera (directores): *La fiscalità dell'economia digitale tra Italia e Spagna*, Reale Collegio di Spagna, Wolters Kluwer-CEDAM, Bologna, 2021.

compitan en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y paguen donde obtienen sus beneficios y no, como sucede hasta la fecha, donde quieren y lo que desean (lo cual es decir casi nada)”<sup>48</sup>.

El sistema de dos pilares resulta técnicamente complejo. Conforme al primer pilar, las empresas de mayor volumen y rentabilidad<sup>49</sup> se verán obligadas a reasignar una parte (“Importe A”) de su beneficio residual global a los países donde se consuman los bienes o servicios vendidos siempre que tengan en tales Estados una presencia mínimamente significativa<sup>50</sup>. La reasignación será de entre un 20% y un 30% del beneficio residual por encima de un nivel de beneficio del 10%. La eliminación de la doble imposición se realizará a través de los mecanismos de exención o de crédito fiscal. Además, esta medida se acompaña del compromiso de eliminación total de los impuestos unilaterales sobre servicios digitales.

Por su parte, el segundo pilar pretende poner fin a la competencia fiscal entre Estados, fundamentalmente a través de la fijación de un tipo mínimo global en el Impuesto sobre Sociedades, que se ha acordado sea del 15%, aplicable a los grupos multinacionales con ingresos consolidados de al menos 750 millones de euros. Combinando una regla de inclusión de ingresos y una regla de pagos infragravados, este segundo pilar

---

<sup>48</sup> CARBAJO VASCO, Domingo: “El nuevo paradigma de la fiscalidad internacional: los pilares 1 y 2 de la OCDE”, en *Ibercampus.es* (11 de julio de 2021). Disponible en: <https://www.ibercampus.es/el-nuevo-paradigma-de-la-fiscalidad-internacional-los-pilares-1-y-41326.htm>

<sup>49</sup> Se ha fijado su rango, hasta 2031, en aquellas con una facturación global superior a 20.000 millones de euros y un margen de beneficio superior al 10%. Se excluyen las empresas dedicadas a actividades extractivas y a los servicios financieros regulados.

<sup>50</sup> Un Estado tendrá derecho a una asignación de este Importe A siempre que en ese país se generen ingresos por al menos un millón de euros, salvo en países cuyo PIB sea inferior a 40.000 millones de euros, en cuyo caso el umbral indicado bajará hasta 250.000 euros.

“continuaría tratando las materias BEPS restantes y, además, permitiría a las jurisdicciones fiscales volver a gravar aquellas capacidades económicas que otras jurisdicciones, por ejemplo, mediante incentivos tributarios, no sujetan”<sup>51</sup>.

Dejando al margen su compleja articulación técnica, que además chocará con dificultades tanto en la realidad preexistente de los paraísos fiscales como en la sobrevenida de países que no secunden el acuerdo global, este paso puede considerarse una medida adecuada para resolver alguno de los problemas que se plantean desde el punto de vista de la justicia fiscal, fundamentalmente los que tienen que ver con la existencia de capacidades económicas ocultas o exoneradas de tributación y, en consecuencia, con vulneraciones del principio de generalidad. Además, en nuestra opinión, fortalecerán el carácter redistributivo de los sistemas tributarios y, en esa medida, potenciarán la justicia fiscal.

Sin embargo, muchos otros flecos quedan pendientes de regulación y mejora. Tal vez desde el punto de vista de la justicia impositiva tenga que ver, una vez más, con la igualdad como principio esencial a considerar. En efecto, se ha reseñado que si no se introducen mecanismos correctores podrían coexistir “dos modelos de imposición según el tamaño de las empresas”<sup>52</sup>. Sin embargo, tal duplicidad de regímenes no es esencialmente contraria a la idea de igualdad, puesto que se basará en la existencia de situaciones de hecho diferenciadas y además dicha desigualdad resistirá perfectamente un juicio de proporcionalidad en su justificación. Cuestión diferente es, una vez más, que las empresas puedan orientar sus actuaciones para caer en uno u otro régimen.

En resumen, consideramos que las medidas propuestas

---

<sup>51</sup> CARBAJO VASCO, Domingo: “El nuevo paradigma de la fiscalidad internacional: los pilares 1 y 2 de la OCDE”, *op. cit.*

<sup>52</sup> CARBAJO VASCO, Domingo: “El nuevo paradigma de la fiscalidad internacional: los pilares 1 y 2 de la OCDE”, *op. cit.*

internacionalmente y avaladas por un importante número de Estados, tanto relativas al intercambio de información y la asistencia mutua como a la adopción de medidas antiparaíso y la garantía de un gravamen mínimo global, están orientadas a corregir muchos de los desequilibrios de los sistemas fiscales actuales y, en esa medida, reforzarán un tanto la justicia fiscal en una visión clásica de la misma.

No obstante, todas estas medidas tienen que ver fundamentalmente con las actividades empresariales (especialmente las de tipo digital) y con el gravamen de las rentas de sociedades, por lo que resulta exigible un esfuerzo similar para corregir las distorsiones que en los restantes aspectos de los sistemas tributarios siguen lastrando la idea de justicia (excesiva importancia de la imposición indirecta, gravamen dual de las rentas de las personas físicas, escaso peso de la imposición sobre el patrimonio). En esta línea debemos profundizar para poder alcanzar unos sistemas tributarios justos y adaptados a la realidad de nuestro tiempo.

## **CONCLUSIONES**

La justicia fiscal se ha basado tradicionalmente en la combinación de una serie de principios articulados en torno a la idea de capacidad económica, entendida como la aptitud para ser sujeto de imposición en tanto se manifestase algún indicio de riqueza. Esta formulación es la que ha sido, en mayor o menor medida, positivizada por las constituciones y leyes de los diferentes Estados.

Sin embargo, en los últimos tiempos, de la mano del fenómeno de la globalización, hemos asistido a un cambio social y económico tan trascendente que muchos de los principios y postulados clásicos se han visto superados por la realidad. Así, pueden destacarse la quiebra de la igualdad generada por la existencia de sistemas duales y regímenes especiales de tributación; la vulneración de la generalidad en

virtud de la aparición de nuevas fuentes de riqueza no gravadas, la propia existencia de jurisdicciones no cooperativas y la competencia fiscal lesiva entre Estados; y la propia reacción de los legisladores que han compensado las pérdidas recaudatorias con un cambio en el “*tax mix*” de los diferentes sistemas tributarios, que han pasado de basarse en la capacidad contributiva a estarlo en la capacidad económica localizable o gravable. Todas estas circunstancias han generado una mutación de los principios de justicia fiscal que los han distanciado de sus formulaciones clásicas y han producido una cierta injusticia en la configuración de los tributos. Además, a modo de consecuencia, los sistemas tributarios han perdido buena parte de su función de redistribución de la riqueza, por lo que la propia noción de Estado Social y Democrático de Derecho se ha visto comprometida.

A un fenómeno con origen global sólo se puede responder de igual modo. Por eso, una vez superadas las visiones unilateralistas que han presidido buena parte de la política internacional en los últimos años, se han empezado a generar corrientes multilateralistas que han alcanzado importantes logros tanto en el ámbito del intercambio de información con trascendencia tributaria como de la lucha contra los paraísos fiscales y del gravamen de la economía digital. Todas estas corrientes se han plasmado en los últimos acuerdos adoptados en el marco de diversas organizaciones internacionales y supranacionales, señaladamente la OCDE. Estas medidas, cuya implementación parece imprescindible, corregirán buena parte de las causas reseñadas y resolverán algunas de las grandes quiebras de la justicia fiscal.

No obstante, hay determinadas parcelas en las que la solución internacional no será suficiente, ya que muchas medidas adoptadas por los Estados para compensar las pérdidas recaudatorias deben ser revertidas.

Finalmente, debemos ser conscientes de que uno de los grandes retos del futuro del Derecho (no solo, pero sobre todo

del Tributario) es buscar fórmulas de justicia fiscal en un mundo globalizado y en el que la economía, los negocios y las relaciones cambian a tal velocidad que exige un sistema jurídico ágil en su respuesta para seguir teniendo un ordenamiento que sea lo que siempre debe ser el derecho: justo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLAMO CERRILLO, Raquel: “La necesidad de un cambio tributario en materia de economía digital”, en *Ekonomiaz*, núm. 98, 2º semestre, 2020.

ARANA LANDÍN, Sofía: “Hacia un sistema tributario más justo que reduzca la desigualdad, contribuyendo a la implementación de la Agenda 2030”, *Revista Técnica Tributaria*, Nº 130, 2020.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel: “La globalización económica y su incidencia sobre el Derecho Financiero y Tributario: ¿implicaciones sobre la protección de los bienes jurídicos globales?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel: “La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 20, 2006.

CALVO VÉRGEZ, Juan. “La subida del IRPF, proyección sobre los diferentes niveles de renta”, *Diario La Ley*, núm. 7806, Sección Tribuna, 27 Feb. 2012.

CARBAJO VASCO, Domingo: “El nuevo paradigma de la fiscalidad internacional: los pilares 1 y 2 de la OCDE”, en *Ibercampus.es* (11 de julio de 2021). Disponible en: <https://www.ibercampus.es/el-nuevo-paradigma-de-la-fiscalidad-internacional-los-pilares-1-y-41326.htm>

CHECA GONZÁLEZ, Clemente: “Globalización económica y principios tributarios”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, 2010.



CHECA GONZÁLEZ, Clemente: “La degradación de la justicia en el sistema tributario actual”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, (coord. Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

COLLADO YURRITA, Miguel Ángel (director): *Intercambio internacional de información tributaria: Avances y proyección futura*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías: “El principio de capacidad contributiva en el marco de la técnica jurídica”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 60/1965.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías: *Ordenamiento Tributario Español I*, Civitas. Madrid, 1985, 4ª edición.

DE MITTA, Enrico: *Fisco e Costituzione. Questioni risolte e questioni aperte, I. (1957-1983)*, Giuffrè, Milano, 1984.

DI PIETRO, Adriano y SANTIN, Piera (directores): *La fiscalità dell'economia digitale tra Italia e Spagna*, Reale Collegio di Spagna, Wolters Kluwer-CEDAM, Bologna, 2021.

FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid, 1990, 12ª edición.

GONZÁLEZ FAJARDO, Francisco: “La globalización: ¿una coartada más para reducir la intervención pública?”, *Laberinto*, núm. 1, 1999.

GONZÁLEZ RADÍO, Vicente: *Derecho Financiero y Tributario*, Nino, Santiago de Compostela, 2021.

GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel y RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio: “Las consecuencias fiscales de la globalización”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2007.

MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo: “Globalización y Derecho Tributario: el impacto del Derecho Comunitario sobre las cláusulas antielusión/antiabuso del Derecho interno”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7, 2007.

MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso: “El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas”,

*Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 173, 2017.

MCLURE, Charles: “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”, *Bulletin for international fiscal documentation*, núm. 55, 2001.

MORENO GONZÁLEZ, Saturnina: “El intercambio automático de información tributaria y la protección de datos personales en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de los últimos progresos normativos y jurisprudenciales”, *Quincena fiscal*, núm. 12, 2016.

NIETO MONTERO, Juan José: “El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 238, 1995.

NIETO MONTERO, Juan José: “La actividad financiera ante la crisis económica...un paso más en la lenta agonía del artículo 31 de la Constitución Española”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, (coord. Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

NIETO MONTERO, Juan José: “Los derechos de los ciudadanos y la obtención e intercambio de información con trascendencia tributaria”, en *Derechos fundamentales y ordenamiento tributario* (coord. José Manuel ALMUDÍ CID, Isaac MERINO JARA y Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA), Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, 2018.

PÉREZ DE AYALA, José Luis: “Comentario al artículo 3 LGT”. En *Comentarios a las leyes Tributarias y Financieras*, T. I, Editorial de Derecho Financiero-EDERSA, Madrid, 1982

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: “Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición”, en *Garantías constitucionales del contribuyente*, (autores José Manuel CARDOSO DA COSTA, Adriano DI PIETRO, Jaime GARCÍA AÑOVEROS, Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO y Paul KIRCHHOF), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, Tulio Raúl: “La erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*.

*Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, (coord. Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, Tulio Raúl: “La fiscalidad digital. El pilar uno y el pilar dos de la OCDE”, *Revista El Fisco*, agosto 2019. <http://elfisco.com/articulos/la-fiscalidad-digital-el-pilar-uno-y-pilar-dos-de-la-ocde>

RUBIO GUERRERO, Juan José: “Mecanismos fiscales para la globalización económica y social: un enfoque de hacienda pública internacional”, *Economía Industrial*, núm. 370, 2008.

SOLER ROCH, María Teresa: “La imposición justa sobre las sociedades en un escenario global: un tema pendiente”, *Revista Derecho & Sociedad*, nº 50, 2018.

YEBRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto: *La justicia fiscal y el impuesto sobre la renta*. Universidad de Santiago de Compostela, 1973.

# PRÁTICAS CRIMIGRATORIAS E O PRINCÍPIO DE *NON-REFOULEMENT*: CONTRAPESOS NOS SISTEMAS DE REFÚGIO DO BRASIL E MÉXICO

Eduardo Erasmo Osornio García  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

## INTRODUÇÃO

O princípio da não-devolução (*non-refoulement*) é a coluna que sustenta o regime internacional de proteção de refugiados e uma variável fundamental do Direito internacional dos direitos humanos. Este princípio estabelece a proibição aos Estados de retornar forçosamente refugiados, diante da exposição de um risco de perseguição, violação de direitos humanos ou tortura. O presente estudo examina os elementos-chave deste princípio através de um levantamento bibliográfico do *corpus iuris* internacional sobre os direitos dos refugiados, assim como apresenta uma análise de Direito comparado sobre os marcos normativos nacionais do Brasil e do México para identificar as abordagens frente a este princípio. Esta pesquisa identifica as práticas sistemáticas de crimigração nas políticas migratórias destes países e sua implementação por parte das autoridades competentes, verificando-se se está havendo o cumprimento do princípio de *non-refoulement* enquanto preceito jurídico de *jus cogens*.

Nesse sentido, diante do atual e elevado fluxo migratório de pessoas com alta vulnerabilidade no Brasil e no México, sendo países de destino, de retorno e de trânsito, é

importante refletir sobre o cumprimento destes Estados do princípio da não-devolução e do marco normativo internacional dos refugiados. Considerando que a finalidade deste trabalho é buscar soluções que forneçam a proteção dos direitos humanos desta diáspora em aumento e que permitam exercer seu direito ao acesso do processo de ser reconhecidos como refugiados, e lhes sejam salvaguardados a vida, a dignidade humana e bem-estar desta população.

Até 2020, segundo o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)<sup>1</sup>, no Brasil haviam sido reconhecidas 31.966 pessoas como refugiados, enquanto que, até o final do ano de 2017, o país possuía 86.007 solicitações de reconhecimento pendentes que foram acumuladas progressivamente até 2017<sup>2</sup>. Ainda segundo o CONARE, o Brasil recebeu 82.552 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado em 2020. Até o final do ano 2019, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados havia identificado a 363.683 pessoas do seu interesse neste país, sendo este critério utilizado para solicitantes de refúgio, refugiados, deslocados internos, retornados e apátridas.

O relatório do Acnur (2019) de Global Trends reconhece que no México, até o final do 2019, haviam sido reconhecidos como refugiados 28.533 pessoas e possui 69.470 solicitações de reconhecimento pendentes<sup>3</sup>. Assim como no Estado brasileiro, estes números aumentaram progressivamente pelo acolhimento de uma diáspora de venezuelanos fugindo da situação crítica humanitária e de violência que se afronta nesse

---

<sup>1</sup> SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACEDO, M. *Refúgio em Números*. 5. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública / Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2020, p. 33.

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Refúgio em Números*. Brasília, DF: OBMigra, 2018.

<sup>3</sup> ACNUR. *Global trends forced displacement in 2019*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refugee-statistics>. Acesso em: 17 maio 2021.

país. No entanto, o Acnur só havia encontrado a 291.708 pessoas do seu interesse no México até esse mesmo ano<sup>4</sup>.

Esses dados quantitativos mostram a necessidade em se analisar constantemente os princípios do direito internacional dos refugiados e sua aplicação pelos Estados anfitriões para verificar o cumprimento e a proteção dessas populações vulneráveis.

Por outro lado, partindo do conceito de Estado como “área de atuação do poder pelo uso e ameaça de violência em forma de: a) imagem de uma coerente organização de controle em um território e b) da prática atual de suas múltiplas partes”<sup>5</sup>. Portanto, os Estados atuais possuem dois elementos primordiais: imagem e práticas.

A questão sob análise aqui é se o México e o Brasil são Estados deficitários nestes elementos delimitadores (imagem e práticas). Ou seja, no caso concreto, estes Estados na última década mostraram uma imagem de solidariedade e apoio humanitário como política exterior para com os imigrantes vulneráveis e refugiados, mas, por outro, lado executam práticas identificadas como parte da crimigração ou discriminatórias que violam seus direitos humanos e o princípio da não-devolução, favorecendo a xenofobia, a aporofobia e a mixofobia direcionados a esta diáspora.

Em 2006, Juliet Stumpf utilizou pela primeira vez o acrônimo *crimmigration*, que ao português seria traduzido como crimigração<sup>6</sup>. Desde esse momento, a expressão é

---

<sup>4</sup> ACNUR. *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados*. Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal Genebra, 2008.

<sup>5</sup> MIGDAL, J. S. *State in Society*. Studying how states and societies transform and constitute one another. University of Washington, 2001. [Tradução livre dos autores].

<sup>6</sup> STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006, p. 368-419.

utilizada no campo acadêmico internacional e abriu um novo marco analítico de preocupação sobre as políticas migratórias de controle migratório e de criminalizar de forma generalizada aos migrantes e refugiados<sup>7</sup>.

Este marco analítico é inovador no contexto brasileiro, uma vez que, até os últimos anos, com o ingresso massivo da diáspora venezuelana em seu território, está havendo a reconfiguração do controle migratório neste país. A *contrario sensu*, do panorama das políticas de México observa-se que, pela pressão dos Estados Unidos da América e sua influência de discursos de securitização há mais de uma década, está sendo consolidada uma estrutura de controle migratório para lidar com a enorme quantidade de detenção e deportação de estrangeiros.

## **1. OS SISTEMAS NORMATIVOS DE REFÚGIO NO MÉXICO E NO BRASIL**

Conforme os dados citados anteriormente, pode-se identificar que os dois países, apresentam quase a mesma quantidade de refugiados reconhecidos em seu território, entretanto, o Brasil tem maior quantidade de solicitações de reconhecimento da condição de refugiado sem resolução.

Isto ocorre principalmente porque no sistema nacional de refúgio no México, a Lei de Refugiados, Proteção Complementar e Asilo Político, e seu respectivo Regulamento<sup>8</sup>,

---

<sup>7</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, C.C. *Crimmigration Law*, Chicago, American Bar Association, 2015; VAN DER WOUDE M., BARKER V., VAN DER LEUN J. *Crimmigration in Europe. European Journal of Criminology*, 14, 1:3-6, 2017.

<sup>8</sup> As disposições do marco normativo mexicano que estabelecem o prazo são as seguintes:

Lei de Refugiados, Proteção Complementar e Asilo Político, de 27 de janeiro de 2011, com última modificação em 11 de novembro de 2020:

Artigo 24. A Secretaria analisará e avaliará todos os pedidos de reconhecimento do status de refugiado e deverá emitir, em cada caso, uma

estabelece um prazo máximo de 45 dias úteis para resolver as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado, sendo que este prazo somente é prorrogável por um igual período. No Brasil não há prazo limite estabelecido para a resolução destes processos, mesmo considerando que 2019 foi o ano em que o Brasil reconheceu a mais refugiados em sua história, um total de 21.515 refugiados de diversas nacionalidades.

Outro fator importante é o grande número de solicitações que são abandonadas em ambos os países. Segundo o relatório da Comissão Mexicana de Ajuda a Refugiados (COMAR) e da Unidade de Política Migratória desse país, em 2018, anualmente houve o abandono de 2.141 pedidos de refúgio. Este número é constante a cada ano, já que é uma prática comum devido à mobilidade desta diáspora aos Estados Unidos da América ou a outro estado dentro do território mexicano que não seja onde iniciou a solicitação, o que equivale ao abandono do procedimento *ipso facto* pela regra normativa de refúgio deste país<sup>9</sup>.

---

resolução por escrito, fundamentada e motivada, dentro de 45 dias úteis contados do dia seguinte à apresentação do pedido.

Regulamento da Lei de Refugiados e Proteção Complementar, de 21 de fevereiro de 2012:

Artigo 45.- A Coordenação deve resolver cada pedido de reconhecimento do status de refugiado, no prazo de 45 dias úteis contados da data em que foi admitido. [...]

Artigo 47.- Excepcionalmente, o prazo para a emissão da deliberação prevista no artigo 45 deste Regulamento poderá ser prorrogado por igual período, quando houver circunstâncias que o justifiquem, de acordo com o disposto no art. 24 da Lei. [...] [Tradução livre dos autores]

<sup>9</sup> Regulamento da Lei de Refugiados e Proteção Complementar, de 21 de fevereiro de 2012:

Artículo 24. [...] Da mesma forma, considera-se que um candidato abandonou o procedimento quando se transfere, sem a autorização da Coordenação, para uma entidade federal diferente daquela em que apresentou sua solicitação. [Tradução livre dos autores]



No cenário brasileiro, o Ministério de Justiça e Segurança (2019) utiliza como base de dados pública a estatística intitulada “Tabela com decisões sobre pedidos de reconhecimento da condição de refugiado – Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) (1998 a janeiro de 2019)”. Deste documento se extrai que, em 2018, a quantidade de 13.041 pessoas que solicitaram o reconhecimento como refugiados no Brasil e tiveram os seus procedimentos extintos por ausentar-se do território brasileiro pelo período de 2 anos, caso em que as solicitações são arquivadas sem análise de mérito, segundo o artigo 6º II, da Resolução Normativa CONARE nº. 26, publicada o dia 29 de março de 2018.

Porém, no Brasil, os solicitantes de refúgio além de gozarem da garantia de acesso ao direito de trabalhar, mediante obtenção de sua carteira para estes fins, e de não ter limitações geográficas de mobilidade interna no país, segundo a sua Lei nº 9.474/1997, o Estatuto dos Refugiados, o número de abandonos é considerado alto e constante.

Este cenário permite inferir que o Brasil continua sendo considerado um país de trânsito para uma grande diáspora grande de migrantes e refugiados, ou que ainda a população com necessidade de proteção internacional não encontra neste país de acolhimento os meios para sua inclusão local, como uma forma de solução duradora de fácil acesso.

## **2. DELIMITAÇÃO NORMATIVA NO DIREITO INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DA NÃO-DEVOLUÇÃO E SUA EXCEPCIONALIDADE**

O princípio mais importante para a proteção de refugiados é o princípio da não-devolução (*non-refoulement*), que preconiza que a natureza da figura jurídica dos refugiados é proteger a vida e a liberdade das pessoas que estão em risco no seu país de origem. A condição mínima para poder exercer este direito internacional prescinde que o estrangeiro

permaneça no país de acolhimento ou, até mesmo, em um terceiro país onde não corra nenhum risco de perseguição, violação de direitos humanos ou tortura, enquanto o seu procedimento de reconhecimento é julgado.

Os países signatários da Convenção de Genebra de 1951 e de seu Protocolo de 1967 estão obrigados a cumprir este princípio e efetuar-lo como uma boa prática estabelecida no Direito Internacional dos Refugiados. Assim, deve ser incorporado nas leis nacionais como um imperativo para as autoridades migratórias de cada país instituírem a sua aplicação, principalmente para o conhecimento dos funcionários localizados em fronteiras e nos pontos de trânsito internacional, como aeroportos e portos marítimos. Ademais, é proibido a derrogação deste princípio pelo papel fundamental no eixo de cada etapa no processo de um solicitante de reconhecimento da condição de refúgio<sup>10</sup>.

Este princípio é a pedra angular do regime internacional de proteção a refugiados, que proíbe o retorno forçado dos refugiados, expondo-os a um risco de perseguição<sup>11</sup>. O princípio estipulado na Convenção de 1951, em seu artigo 33, o que implica que o mesmo faz parte do direito consuetudinário internacional. Como tal, este princípio vincula a todos os Estados, desconsiderando se é ou não parte signatária da Convenção de 1951 e/ou de seu Protocolo de 1967. O referido artigo determina que:

Nenhum Estado Contratante poderá, por expulsão ou devolução, rechaçar de modo algum um refugiado nas fronteiras dos territórios onde sua vida ou sua liberdade estejam em perigo por causa de sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social, ou de suas opiniões políticas.

---

<sup>10</sup> ACNUR, 2008, p. 7.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Por outro lado, o artigo 38 (1) (b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) enumera os costumes internacionais como “evidência de uma prática geralmente aceita como um direito, como uma das fontes de direito que se aplicam na decisão de controvérsias de acordo com o direito internacional”.

De acordo com a CIJ, para que uma regra se torne parte do direito consuetudinário internacional são necessários dois elementos: a) uma prática consistente do Estado, e b) *opinio juris*, ou seja, o entendimento dos Estados de que a prática em questão é obrigatória devido à existência de uma norma que exige<sup>12</sup>. No atual contexto jurídico, ambos critérios são inerentes ao princípio da não-devolução.

Atualmente, oitenta Estados têm legislação específica sobre o princípio da não-devolução ou incorporaram expressamente a Convenção de 1951 ou o Protocolo de 1967 à sua legislação interna. Esta incorporação extensiva do princípio no mundo é identificada como uma prática habitual dos Estados no direito internacional e como *opinio juris* consagrando ao princípio consuetudinário da não-devolução<sup>13</sup>.

Por outro lado, a aplicação vinculatória do princípio da não-devolução também foi reforçada em *soft law*, uma vez que os estados da região americana optaram pela criação e adoção da Declaração de Cartagena de 1984. Esta Declaração em sua seção III, parágrafo V, coloca este princípio no nível de *jus cogens*, isto é, como um dos princípios gerais do direito

---

<sup>12</sup> Cf. Corte Internacional de Justicia, North Sea Continental Shelf, Judgment, 1969 ICJ Reports, página 3, parágrafo 74; Corte Internacional de Justicia, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América), Jurisdiction and Admissibility, 1984 ICJ Reports, p. 392, parágrafo 77.

<sup>13</sup> LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement (Opinion)*: Global Consultations on International Protection/Second Track. ACNUR. 2001. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3b3702b15.html>. Acesso 12 jun. 2021.

internacional<sup>14</sup>.

Para elucidar o termo *jus cogens*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva 18/03 solicitada pelo Estado mexicano, em setembro de 2003, definiu este conceito como:

Regras imperativas do direito internacional que compõem uma ordem pública internacional, que não pode validamente se opor ao resto das normas do direito internacional ou às regras internas dos Estados. As regras do *jus cogens* estão em uma posição hierárquica superior ao resto da norma legal, de modo que a validade da segunda depende de sua conformidade com estas. [Tradução livre dos autores]

A obrigação da não-devolução caracteriza-se como *jus cogens*, sendo um instrumento inafastável para garantir a proteção dos indivíduos, especialmente dos refugiados e seus direitos humanos<sup>15</sup>. Portanto, este princípio torna-se uma ferramenta vinculante para frear a implementação das políticas migratória restritivas sustentadas em argumentos como segurança nacional, soberania, interesse público ou de qualquer outra natureza, que, por vezes, esconde uma ideologia crimigratoria.

Da mesma forma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito humanitário funcionam como um escudo para fornecer a proteção do princípio da não-devolução, considerando que está introduzido na Convenção contra a

---

<sup>14</sup> Declaração de Cartagena de 1984. Esta Declaração em sua seção III, parágrafo quinto: “Quinta - Reiterar a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, deve ser reconhecido e respeitando-se no estado atual do direito internacional, como um princípio de *jus cogens*.”

<sup>15</sup> ACNUR, 2001, p. 62; 73.

Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes de 1984, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e na Convenção IV de Genebra de 1949, consagrando a proteção internacional dos refugiados em um conjunto e com elementos interdependentes.

O direito internacional dos refugiados e o direito internacional dos direitos humanos são regimes legais complementares, e reforçam-se mutuamente como se estabeleceu na Declaração e Plano de Ação do México no 2004, sendo o Brasil uns dos países que adotou e participou ativamente na criação destes instrumentos internacionais.

Para poder entender a amplitude deste princípio, deve-se lembrar que o status de *iure* para ser refugiado é apenas um ato declarativo, sendo um reconhecimento por parte de cada Estado de acolhimento ou pelo mandato ACNUR. Contudo, não é em si mesmo constitutivo para o refugiado, considerando que o simples fato de sair do seu país de origem, em teoria, já configura o caso de proteção por essa figura jurídica, não importando se os Estados o reconhecem ou não como refugiado.

Por esta razão, o princípio da não-devolução protege os estrangeiros desde o instante em que estão fora do seu país de origem e, *a posteriori*, se materializa com o começo de seu pedido de refúgio e não até ser reconhecido como refugiado por algum Estado ou pelo ACNUR. Isto ocorre porque há uma presunção a favor desta diáspora, que não pode ser deportada até que o Estado de acolhimento assegure que essa ação não colocaria a vida ou a dignidade do refugiado em perigo.

Por último, destaca-se que a incorporação do princípio da não-devolução em vários instrumentos internacionais e sua adesão pela maioria dos Estados no globo, estabelece uma evidência de ser uma prática consistente e internalizada que projeta um significado que supera o de ser uma obrigação meramente contratual limitada a determinados Estados ou um

tratado particular<sup>16</sup>. Seu uso, portanto, é universal e de *jus cogens* pelo que qualquer Estado poderia ser sujeito a um juízo de violação de direitos humanos pôr a falta de cumprimento do princípio da não-devolução.

A excepcionalidade da aplicação do princípio da não-devolução é outro elemento importante que deve ser analisado para se compreender os limites de sua proteção. Ou seja, quando o Estado de acolhimento está frente a um refugiado que está dentro das disposições de exclusão ou cessão estabelecidas pelo direito internacional de refugiados. Estas disposições são, segundo a Convenção de Genebra de 1951, as seguintes:

Pessoas que já recebem atualmente proteção ou assistência de um órgão ou organismo das Nações Unidas diferente do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados; pessoas que as autoridades competentes do país onde tenham fixado residência reconheçam os direitos e obrigações inerentes a nacionalidade de tal país; e qualquer pessoa quando existem motivos fundados para considerar que tenha sido cometido por ela ou ele certos atos ou delitos graves.

No direito internacional dos refugiados se estabelece ainda que não se poderá invocar os benefícios e direitos do refúgio quando seja considerado, por razões fundadas, um perigo para a segurança do país onde se encontra ou que, tendo sido objeto de uma condenação definitiva por um delito particularmente grave, constitua uma ameaça para a comunidade de tal país<sup>17</sup>.

A determinação da aplicabilidade de alguma das exceções estipuladas anteriormente, ou as estabelecidas pela lei

---

<sup>16</sup> ACNUR, 2001, p. 64.

<sup>17</sup> Cf. a Convenção de Genebra de 1951, alterada pelo Protocolo de 1967, item G. exceções ao artigo 33 (2).

nacional de refúgio de cada país, deve ser feita mediante um procedimento que contemple as proteções adequadas à situação específica de cada solicitante, sempre considerando que a gravidade da “disposição de exclusão ou cessão” deve ser maior que o risco de dano que possa sofrer a pessoa requerida como resultado de sua devolução, ou seja, um teste de proporcionalidade.

### **3. A COMPLEXIDADE DO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA NÃO-DEVOLUÇÃO ANTE UM INGRESSO MASSIVO DE FLUXO MIGRATÓRIO MISTO**

Os Estados nacionais têm um olhar *a priori* histórico e habitual quando tratam as migrações internacionais de forma geral como uma ameaça fundamentada na sua soberania e segurança<sup>18</sup>. A securitização dos fluxos migratórios geralmente acontece sem identificar as características individuais que as motivaram a sair do seu país de origem em fluxos massivos de ingresso. Como consequência, muitos refugiados que utilizam os mesmos mecanismos e rotas dos imigrantes econômicos, são prejudicados no intento de conseguir o acesso ao reconhecimento de seus direitos humanos.

A Organização Internacional para as Migrações (OIM) definiu os fluxos mistos como [...] *movimentos de população complexos, que incluem refugiados, solicitantes de refúgio, migrantes econômicos e outros migrantes*<sup>19</sup>. Além disso, este

---

<sup>18</sup> BETTS, A.; LOESCHER, G.; MILNER, J. *The United Nations high commissioner for refugees (UNHCR): the politics and practices of refugee protection into the twenty-first century*. London/New York: Routledge, 2008, p. 124.

<sup>19</sup> OIM – Organização Internacional para as Migrações. *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: enfoque de la OIM*. 2009, p. 2. Disponível em: [http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy\\_and\\_research/policy\\_documents/MC-INF-](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-)

organismo internacional ainda salienta que esse tipo de fluxo está relacionado com movimentos irregulares, nos quais há, com frequência, migração de trânsito, com pessoas que realizam o movimento sem a documentação necessária, atravessam fronteiras e chegam ao seu destino sem autorização.

Porém, para a aplicação do princípio da não-devolução é muito importante considerar a diferenciação entre um refugiado e um migrante, já que estes últimos não estão sujeitos a sua aplicação. O migrante pode deixar seu país de origem motivado pelo desejo de mudança ou de aventura, por razões familiares ou de caráter pessoal. Se a motivação for exclusivamente econômica, trata-se de um migrante e não de um refugiado.

No entanto, a distinção entre um migrante por motivos econômicos e um refugiado é, por vezes, confusa, do mesmo modo que a distinção entre medidas econômicas e de perseguição ou políticas no país de origem do solicitante nem sempre é clara. “Por trás de medidas econômicas ou proibições de acesso ao trabalho que afetam os modos de vida de uma pessoa, pode haver intenções ou objetivos de cunho racial, religioso ou político dirigidos contra um grupo específico”<sup>20</sup>.

Esta distinção é uma linha muito tênue e vital para cumprir o princípio da não-devolução, por isso a importância que os Estados que habitualmente são países de acolhimento tenham seus funcionários capacitados sobre a legislação e temas relacionados ao “refúgio”, bem como que haja processos claros para permitir que esta população exerça seu direito de começar um procedimento de reconhecimento da condição de refugiado, principalmente quando for identificado um indivíduo que desconhece esta figura jurídica internacional.

A proibição de deportação diante de um perigo de perseguição sob o direito internacional dos refugiados é

---

297-Flujos-Migratorios-Mixtos\_ES.pdf. Acesso em: 06 de maio 2021.

<sup>20</sup> ACNUR, 2001, p.16.



aplicável a qualquer forma de remoção forçada, incluindo deportação, expulsão, extradição, transferência informal ou rendições, e não admissão à fronteira<sup>21</sup>.

A falta de cumprimento deste princípio acontece por omissão frequentemente nos países onde os funcionários migratórios ou de controle de segurança nacional em postos de trânsito internacional não têm o conhecimento técnico ou a empatia devida sobre refúgio, considerando a dificuldade do contexto que a maioria dos solicitantes de refúgio não falam a língua do país de acolhimento, não têm passaporte, nem visto ou alguma documentação oficial para se identificar.

A importância em poder receber a proteção por parte das instituições do país de acolhimento e da sociedade civil para todos aqueles inseridos em um fluxo misto é necessário para diminuir que os refugiados sofram os mesmos perigos e violações de direitos humanos no curso de suas movimentações que a maioria dos integrantes do fluxo migratório, quais sejam: detenção, muitas vezes em condições inaceitáveis; abusos físicos e sexuais; preconceitos de diversas matrizes; corrupção; roubos; extorsões; e a própria miséria (CRISP, 2007).

Tanto no México como no Brasil, ser um migrante irregular tem como consequência jurídica uma sanção administrativa, mas não são considerados infrações penais. Portanto, o controle migratório por sua natureza está regulado formalmente por um regime administrativo, mas no caso de solicitantes da condição de refugiado nas hipóteses de sofrer detenção migratório ou expulsão, se estaria diante os efeitos e a severidade mais graves do direito criminal<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Esta última foi afirmada na Declaração sobre Asilo Territorial aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1967. *Vid.* ACNUR. *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement: Obligations under the 1951. Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007, p. 9. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>>. Acesso: 12 jun, 2021.

<sup>22</sup> BRANDARIZ J.A.; FERNANDEZ C. *La crimiación en el contexto*

No entanto, interpretar que o tema migratório é regulamentado administrativamente constitui como fraude de rótulos<sup>23</sup>, já que o sentido verdadeiro desta natureza administrativa é para estabelecer ao poder executivo a gestão das medidas de controle migratório.

#### **4. O MARCO NORMATIVO DO BRASIL NO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA NÃO-DEVOLUÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB) tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sem importar-se a nacionalidade ou status migratório como se estabelece em seu artigo 5º. Ademais, prevê abertura do sistema jurídico para convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto significa que o Brasil está vinculado normativamente ao *corpus iuris* internacional de direitos humanos, que têm status supralegal às leis, inclusive podendo ser introduzido no ordenamento jurídico com status constitucional (art. 5º, §3º, CFRB<sup>24</sup>).

O princípio da não-devolução no marco normativo nacional do Brasil está contemplado na Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, em seu artigo 7º, § 1º, que estabelece:

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade

---

*español*; el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio, Anthropos editorial, 2017.

<sup>23</sup> Cf. RIGO, E. *Europa di confine*. 1. ed., Roma: Meltemi editore, 2007. Tradução livre dos autores.

<sup>24</sup> CFRB, art. 5º, §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

Da mesma forma, a nova Lei de Migração do Brasil com nº 13.445, publicada em 24 de maio de 2017, tem congruência com a Lei da implementação do Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997) e com o Direito Internacional dos Refugiados. Estabelecendo as seguintes diretrizes normativas protetoras desta diáspora:

Art. 2º. Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares.

Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal.

Esta lei é regulamentada pelo Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, na qual seu capítulo VII trata sobre o refúgio, destacando-se as seguintes normas protetoras:

Art. 120. O ingresso irregular no território nacional não constituirá impedimento para a solicitação de reconhecimento da condição de refugiado e para a aplicação dos mecanismos de proteção da pessoa refugiada, hipótese em que não incidirá o disposto no art. 307, desde que, ao final do procedimento, a condição de refugiado seja reconhecida.

Art. 122. As solicitações de refúgio terão prioridade de

avaliação e decisão na hipótese de existir contra o solicitante procedimento do qual possa resultar a aplicação de medida de retirada compulsória.

No entanto, não há informações oficiais sobre a aplicação deste marco normativo. O Ministério de Justiça e a Polícia Federal não têm publicado dados oficiais sobre as medidas compulsórias. Ou seja, não se sabe o número de deportações e de expulsões de estrangeiros por parte do Estado brasileiro desde a criação da nova Lei de Migração.

É importante ressaltar que a diferença entre deportação e expulsão, que não é existente em outros países, mas que estão delimitados nas leis brasileiras. A deportação consiste na medida decorrente de procedimento administrativo da qual resulta a retirada compulsória da pessoa que se encontre em situação migratória irregular no território nacional segundo a definição do artigo 187 do regulamento da Lei de Migração. Por outro lado, a expulsão consiste na medida da retirada compulsória do território nacional instaurada por meio de Inquérito Policial de Expulsão estabelecida no artigo nº54 da Lei de Migração, conjugada com impedimento de reingresso por prazo determinado do imigrante ou do visitante com sentença condenatória transitada em julgado pela prática das duas hipóteses seguintes:

1. Nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, a) crime de genocídio; b) crime contra a humanidade; c) crime de guerra; ou d) crime de agressão; ou
2. Crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização no território nacional.

Portanto, a deportação corresponde à falta de cumprimento de requisitos administrativos e a expulsão é uma

medida administrativa que resulta de uma sanção criminal<sup>25</sup>, sendo ambas medidas compulsórias.

A falta de informação pública sobre este processo dificulta examinar o cumprimento no Brasil do princípio da não-devolução, situação que precisa ser modificada para garantir políticas públicas de transparência que incentivem processos claros e salvaguardando a proteção de direitos humanos dos estrangeiros.

Portanto, com exceção de eventos muitos específicos, como por exemplo quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pediu em janeiro de 2017 ao Governo Brasileiro a proteção da diáspora venezuelana por ter tentado deportar 450 indivíduos, o Brasil, em termos gerais, não é considerado um país que descumpra acordos internacionais ou recomendações sem relatórios do princípio da não-devolução, referendados por organismos internacionais ou organismos não governamentais.

## **5. O MARCO NORMATIVO DO MÉXICO NO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA NÃO-DEVOLUÇÃO**

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos estabelece a proteção de direitos humanos para qualquer pessoa sem importar raça, nacionalidade ou status migratório. Segundo o artigo 11 da sua Carta Magna, protege-se o direito de solicitação da condição de refugiado:

Artigo 11. Toda pessoa tem o direito de entrar na República, sair dela, viajar por seu território e mudar de residência, sem necessidade de carta de segurança, passaporte, salvo-conduto ou requisitos semelhantes. O exercício deste direito estará subordinado aos poderes

---

<sup>25</sup> Art. 54 da Lei 13.445/17.

da autoridade tribunal, em casos de responsabilidade civil ou criminal, e os da autoridade administrativa, para que toca as limitações impostas pelas leis de emigração, imigração e saúde geral da República, para os estrangeiros perniciosos que residem no país.

Em caso de perseguição, por motivos políticos, todos têm o direito de solicitar asilo; por razões humanitárias, o refúgio será recebido. A lei regulará suas origens e exceções.[Tradução livre dos autores]

Também é deve-se destacar que o artigo 1º da Constituição de México, reformado e publicado no Diário Oficial da União em 10 de junho de 2011, tinha como objetivo, não apenas a obrigação dos órgãos do Estado em promover, respeitar, proteger e garantir os direitos fundamentais. Também tinha o objetivo de expandir o marco legal para o reconhecimento e proteção destes direitos. Essa proteção mais ampla é conhecida como o princípio *pro personae* ou *pro homine*, que se materializou no texto constitucional nestes termos:

As normas relativas aos direitos humanos devem ser interpretadas de acordo com esta Constituição e com os tratados internacionais sobre o assunto, favorecendo sempre as pessoas com a mais ampla proteção.

Todas as autoridades, no âmbito das suas competências, têm a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos, de acordo com os princípios da universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade. Conseqüentemente, o Estado deve prevenir, investigar, punir e reparar violações de direitos humanos, nos termos estabelecidos por lei. [Tradução livre dos autores]

O princípio da não-devolução no marco normativo nacional do México está contemplado na Lei de Refugiados,

Proteção Complementar e Asilo Político, no art. 5º, e no Regulamento da Lei de Refugiados e da Proteção Complementar, no art. 22<sup>26</sup>.

O marco normativo mexicano é elogiado pelos organismos internacionais por ser progressista e consolidar vias de defesa ampliadas para os direitos humanos, mas deve ser acompanhada por políticas públicas para sua efetiva implementação. Isto ressalta o caráter de urgência necessária principalmente para assegurar sua aplicação pelo poder judiciário e dos funcionários do Instituto Nacional de Migração (INM) para sua real observância, e para tomadas de decisões mais adequadas respeitando o sentido do princípio *pro homine*.

A deportação de estrangeiros está estabelecida em sua Lei de Migração e seu respectivo regulamento. Esta prática cotidiana utilizada pelo INM está fundamentada nas seguintes disposições normativas:

Lei de Migração.

Artigo 115. O Instituto terá os mecanismos de retorno assistido e deportação para fazer deixar o território nacional para aquele estrangeiro que não cumpra as disposições contidas neste Lei e seu Regulamento.

Artigo 144. Será deportado o estrangeiro que está apresentado ante o Instituto do território nacional quando:

I. Entrou no país sem a documentação exigida ou por um local não autorizado para o trânsito internacional de pessoas;

II. Tendo sido deportado, ele voltou a internar-se no território nacional sem ter obtido o acordo de

---

<sup>26</sup> Lei de Refugiados, Proteção Complementar e Asilo Político, de 27 de janeiro de 2011, art. 5º: “Na aplicação desta Lei, observam-se os seguintes princípios e critérios, entre outros: I - Não-devolução; [...]”.

Regulamento da Lei de Refugiados e da Proteção Complementar, de 21 de fevereiro de 2012, art. 22: “Uma vez apresentado o pedido, o solicitante não poderá ser devolvido ao seu país de origem. [...] “[Tradução livre dos autores]”

readmissão, mesmo que tenha obtido uma condição de permanência;

III Ele se mostra como um mexicano antes do Instituto sem ser um;

IV. Estar sujeito a processos criminais ou ter sido condenado por um crime de acordo com as leis matéria penal ou as disposições contidas nos tratados e convenções internacionais da qual o Estado mexicano é parte, ou por causa de sua experiência no México ou no exterior poderia comprometer a segurança nacional ou a segurança pública;[...]

Regulamento da Lei de Migração.

Artigo 242. Quando, nos termos do artigo 144 da Lei, a deportação de uma pessoa é decretada território nacional estrangeiro, a resolução será notificada pessoalmente e por escrito.

Qualquer resolução de deportação executada pelo Instituto deve ser inserida nas listas de verificação migratória, a fim de estabelecer o correspondente uma alerta migratória.[Tradução livre dos autores]

## **6. OS PANORAMAS DO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA NÃO-DEVOLUÇÃO NO MÉXICO E NO BRASIL**

Analisando a estrutura organizacional das instituições governamentais que trabalham com o tema de refugiados, existe a Comissão Nacional para os Refugiados (CONARE) no Brasil e no México é a *Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados* (COMAR). Ambas as comissões decidem as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado e têm a competência de implementar programas para sua proteção esoluções duradouras.

Estas comissões são de natureza jurídica diferentes, já que no México a COMAR é um organismo descentralizado do Ministério de Governança, com uma estrutura de um órgão



formado pelo Ministério de Relações Exteriores y do Trabalho e Previdência Social, denominado Coordenação General da Comissão Mexicana de Ajuda a Refugiados.

No Brasil, a CONARE é presidida pelo Ministério da Justiça e integrado pelo Itamaraty, pelos Ministérios da Saúde, Educação e Trabalho e Emprego, pela Polícia Federal e por organizações não-governamentais dedicadas a atividades de assistência como o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH) e as Caritas Arquidiocesanas de Rio de Janeiro e São Paulo e o ACNUR.

Portanto, o tratamento ao fluxo migratório no México tem o Instituto Nacional de Migração (INM) e a COMAR, sendo ambas instituições os braços implementadores do tema que abordamos da Secretaria de Governação. Mas sendo o INM a instituição que recebe a maior parte do orçamento para estar presente em todos os estados do país e com uma infraestrutura de detenção e deportação massiva de estrangeiros. Sendo que no ano de 2019 segundo o relatório do centro de pesquisa FUNDAR (2019), teve orçamento 63 vezes maior que o orçamento do INM que do COMAR.

Em contrapartida, no Brasil, a entidade administrativa que trata sobre a migração diretamente com a população estrangeira é a Polícia Federal. Esta instituição é a que recebe os pedidos de refúgio, recopila a informação e notifica ao CONARE para dar o seguimento devido.

Observa-se que, para uma melhor efetivação das políticas migratórias e para estabelecer uma boa prática institucional, se faz necessária a participação da sociedade civil e dos organismos internacionais organicamente na tomada de decisões sobre temas como elegibilidade, inclusão social e ajuda humanitária para os refugiados, considerando, a partir de um olhar humanitário, as experiências desta população e suas expertises.

Nesse sentido, acredita-se que o Estado brasileiro possui uma estrutura mais adequada face a crise de

acolhimento desta diáspora quando comparada com o México, uma vez que este, que criou recentemente um Conselho Cidadão para receber as demandas da sociedade civil sobre refúgio e migração, mas que não possui força suficiente para ser realmente considerados pelo governo e para diminuir as políticas migratórias de securitização que não protegem os direitos humanos dos refugiados.

## **7. O SISTEMA DE DETENÇÃO MIGRATÓRIA COMO PARTE DE UMA POLÍTICA DE CRIMIGRAÇÃO**

O México, por sua localização geográfica e pela pressão para frear os fluxos migratórios dirigidos para Estados Unidos da América, entrou na dinâmica dos Estados nacionais do hemisfério norte, começando a adotar procedimentos sumários de exclusão e de detenção de imigrantes e refugiados nas fronteiras e nas águas internacionais<sup>27</sup>.

Para entender a abismal diferença do tratamento migratório entre o México e o Brasil, entre janeiro de 2013 e abril de 2017, no México, constatou-se aproximadamente 627.433 eventos relacionados aos estrangeiros, isto é, ficar privados de sua liberdade pelo seu ingresso nas “estaciones migratorias” do Instituto Nacional de Migração (INM), termo utilizado para prisões migratórias, lugares onde os estrangeiros ficam enquanto ocorre o trâmite do procedimento administrativo por não haver comprovação de sua situação regular migratória.

Dentro dessa cifra, infere-se que existem refugiados não identificados ou refugiados que lograrem acessar no processo de refúgio uma vez já estando dentro da estação migratória, ficando ali por volta de 2 a 3 meses, até receber uma resposta

---

<sup>27</sup> HATHAWAY, James C. *La falsa Panacea de la Repulsión en Altamar*. Trad. Claudia Lily Cruz, Migraciones Forzadas. N. 26. Mar. 2007, pp. 56-57.

do seu processo, não existindo alternativas à sua detenção disponíveis para a toda a população<sup>28</sup>.

Considerando que no Brasil não tem ainda instalações para detenção migratória prolongada, se recomenda que siga com uma postura mais solidaria e não adote esta política migratória, já que limita gravemente o exercício dos direitos humanos e tem consequências graves na saúde mental e física das pessoas em detenção, principalmente para crianças, idosos e mulheres gravidas.

Inclusive, estudo aponta que os adultos em detenção migratória tinham os seguintes problemas de saúde: ansiedade e depressão identificados pelo instrumento Sintomas de Hopkins (HSCL-25), sendo esta ferramenta é utilizada universalmente para medir sintomas de vítimas de tortura ou de violência<sup>29</sup>. Ainda, segundo o mesmo relatório, os estrangeiros privados de sua liberdade apresentavam hipertensão, escabioses, pediculoses, vômitos e gripe, além de se tornam agudas outras doenças e problemas psicológicos desencadeados pelos efeitos traumáticos de violência no momento dos operativos de detenção.

Da mesma forma, neste relatório se examina que os menores de idade que se encontram em detenção migratória apresentam os seguintes acometimentos de saúde: perda de noção do tempo, depressão, febre etc., principalmente causando danos psicoemocionais e agravamento de outras doenças. Isto sem considerar os efeitos nos casos que os menores de idade são separados da família no momento da detenção.

---

<sup>28</sup> Estas são as percepções do primeiro autor, considerando sua vasta experiência com migrantes e refugiados no México, cf. tópico 9 do presente capítulo.

<sup>29</sup> Estes detrimientos de saúde foram identificados pela sociedade civil que defende os direitos humanos do fluxo migratório misto compilados no relatório “Personas em detención Migratória en México” feito no 2017 pelo “Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración de México”.

Em 2018, o INM registrou que 138.612 pessoas foram deportadas para seus países de origem, pelo que se infere que nessa população de estrangeiros há refugiados, o que é uma violação ao princípio do *non-refoulement*. Isto se fundamenta porque o México não possui infraestrutura para identificar esta população vulnerável e porque a maioria destes estrangeiros deportados são de países de origem onde há crise política e violações maciças de direitos humanos, como na Venezuela, ou ainda graves problemas de violência generalizada, como em Honduras e El Salvador.

Dentro desta estatística, a deportação de estrangeiros utiliza como fundamentação que os migrantes que não possuem vias de regularização migratória ou que se tratam de estrangeiros com alerta migratório. Esta figura de alerta migratória no sistema de segurança nacional mexicano se aplica quando uma pessoa é considerada como uma ameaça por ter cometido um delito ou por algum critério de falta administrativa migratória imposta pelo mesmo INM. Este procedimento reitera subjetividade destas hipóteses jurídicas, considerando que, por não haver uma regulamentação específica para a imposição desta sanção administrativa de natureza criminal, não existe informações públicas sobre os processos e de meios de defesa jurídicos contra desta medida.

Por outro lado, a gravidade das deportações massivas é o que estereotipa negativamente o estrangeiro e se transforma em uma permanente condição de alteridade do migrante, reforçado assim uma “obediência” a esse status<sup>30</sup>. Em consequência, quem sempre foi um “indivíduo sem pertencimento”, deve ser excluído no momento de mostrar sua periculosidade.

Isto gera mais justificativas para a dialética dos

---

<sup>30</sup> SAYAD, A. *La double absence*. Paris: Seuil. Trad. Cast. *La doble ausencia*. Delas ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado, Barcelona, Anthropos, 1999.

cidadãos estabelecidos como os *outsiders*<sup>31</sup>, trancando os recém-chegados em padrões de estereótipos, sendo culpados por a sociedade de acolhimento e discursos políticos de qualquer acusação. Situação baseada no descobrimento destes autores de que quanto mais ameaçada a população estabelecida se sente, mais força terão suas crenças e ressentimento<sup>32</sup>.

## **8. PRÁTICAS SISTEMÁTICAS IDENTIFICADAS NAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS QUE VIOLAM O PRINCÍPIO DA NÃO-DEVOLUÇÃO NO MÉXICO E NO BRASIL**

Com base na experiência em trabalhar vários anos acompanhando legalmente a solicitantes da condição do refúgio no México e de ter ingressado nas principais instalações de detenção migratória, foi compilado, através de entrevistas, informações sobre as práticas realizadas por funcionários do Instituto de Migração para com as pessoas que possuíam interesse em iniciar o processo para ser reconhecido como refugiado estando privadas de sua liberdade.

O ingresso foi realizado durante dois anos (2016-2017) em pontos chaves do fluxo migratório misto como são a fronteira sul com Guatemala nas cidades de Tapachula, Chiapas e Tenosique, Tabasco e na Cidade do México, sendo o primeiro autor do presente estudo foi funcionário de diferentes organizações da sociedade civil, como *Asylum Access México*, *Servicio Jesuita a Refugiados* e a *Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos*.

Foram realizadas entrevistas com aproximadamente 50 pessoas, de uma forma pessoal, com indivíduos em situação de

---

<sup>31</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os Estabelecidos e os Outsiders: Sociologia das Relações de Poder a partir de uma Pequena Comunidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

detenção migratória, cuidando sempre para resguardar o princípio da confidencialidade e de não revitimização. Os entrevistados possuíam diferentes perfis: homens e mulheres viajando sozinhos, famílias com crianças, adolescentes, mulheres grávidas, idosos, pessoas da comunidade LGBTI, etc.

Posteriormente, foram identificados os seguintes padrões na atuação dos funcionários do Instituto Nacional de Migração, que estariam violando o princípio do *non-refoulement* no México:

- Não fornecem nenhum tipo de informação sobre a existência das opções de regularização migratória, nem do processo para ser reconhecido como refugiado, não se importando com a comunicação de que os estrangeiros eram pessoas em risco de perder suas vidas ou integridade, caso fossem devolvidas ao seu país de origem.
- Utilização de mecanismos de desincentivos direcionada aos presos migratórios para não começar o pedido de refúgio ou desistir do mesmo. Isto é principalmente ocasionado pela informação falsa prestada pelos funcionários do INM aos estrangeiros, mencionando que um processo teria suposta duração de 6 a 9 meses e que poucos eram reconhecidos. Assim, como teriam que ficar em detenção durante todo esse tempo, incluindo pessoas de alta vulnerabilidade, sem possibilidade de conseguir uma alternativa à detenção, muitos desistem.
- A omissão por parte de funcionários da área jurídica do INM em fazer as diligências ou gestão das solicitações de reconhecimento da condição de refugiado para notificar a COMAR nos prazos designados pelo Regulamento da Lei de Migração, sendo o prazo de 72 horas estabelecido no artigo 17 e sendo identificado que geralmente demoram até 2

semanas após serem pressionados por ONG's e o ACNUR para cumprir com sua obrigação de remiti-las.

- Deportação maciça de pessoas em detenção em menos de 48 horas mediante a figura de retorno assistido, o qual funciona com a obtenção de assinatura de um acordo de devolução voluntária “*fast-track*” para agilizar o processo, sem haver qualquer assessoria jurídica que informe as opções de regularização migratória ou do processo de refúgio, principalmente nos pontos da fronteira sul do México.

Estas práticas sistemáticas são fornecidas principalmente por duas variáveis que são parte da política de crimigração no México. A primeira variável é o nível de discricionariedade que as instituições do governo mexicano possuem dentro dos processos de deportação e detenção migratória. A segunda variável está relacionada aos discursos da mídia e de políticos de estigmatização criminal dos imigrantes principalmente em áreas fronteiriças.

No caso específico desta última variável é identificado ao fluxo migratório misto como membros das gangues, como Mara-Salvatrucha ou bandidos, sendo a maioria dos imigrantes no México de origem da América Central. O que minimiza a empatia dentro da sociedade e dos funcionários do INM face esta diáspora e que pode conseguir até perder a noção que são pessoas com direitos humanos e dignidade, um cenário extremo do conceito de alteridade de Sayad<sup>33</sup>.

Por outro lado, o Brasil é considerado internacionalmente como um paradigma de boas práticas, por utilizar a detenção apenas de forma ocasional e, principalmente, apenas para curtas estancias no aeroporto de

---

<sup>33</sup>SAYAD, 1999.

São Paulo, enquanto de resolve a situação migratória irregular de alguns estrangeiros com nacionalidade que precisam de visto.

Nos casos de detenção no Brasil, não há informação pública divulgada pelo Ministério de Justiça sobre esta situação. Porém, existem reportagens da imprensa que confirmam a existência da área do Aeroporto Internacional de Guarulhos, a chamada área do "conector", onde se chegou a ter dezenas de imigrantes aglomerados em uma sala, sem local para dormir, sem acesso à bagagem, com alimentação nem sempre em quantidade satisfatória e sem acompanhamento médico devido.<sup>34</sup>

Existem diferentes políticas migratórias alternativas à detenção migratória que são menos invasivas na esfera jurídica dos direitos fundamentais dos migrantes e refugiados. Por exemplo, no México se está fomentando pelo ACNUR a adoção de medidas alternativas como a liberdade vigiada, a obrigação de comparecimento periódico a determinado órgão público, indicação de endereço fixo e imposição de um limite geográfico enquanto se resolve o processo de regularização migratória.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conjuntura do exercício dos direitos humanos e a inclusão social de refugiados e migrantes altamente vulneráveis no México e no Brasil representam um momento-chave para assegurar a proteção destas pessoas mediante o cumprimento do princípio da não-devolução. Porém, é essencial que os cientistas e universidades se envolvam para analisar e divulgar

---

<sup>34</sup>SANCHEZ, M. *Candidatos a refúgio ficam no 'limbo' em sala de aeroporto*, 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/candidatos-refugio-ficam-no-limbo-em-sala-de-aeroporto-16509800>. Acesso 17 mar. 2021.



este fenômeno, contribuindo para esta transição de forma mais transparente, assegurando com que o Estado de Direito reduza as influências da crimigração.

Isso se deve à necessidade em proporcionar informações multidisciplinares e aconselhamento aos tomadores de decisão e funcionários que tratam diretamente com as pessoas do fluxo migratório misto, traduzindo-se em contribuir para conscientizar sobre a solidariedade dentro da sociedade e exigir o cumprimento dos direitos humanos.

Portanto, analisando o marco normativo de ambos os países, verifica-se que são vanguardistas e progressistas para a proteção de direitos humanos, além deter reconhecidos juridicamente a importância dos direitos dos refugiados inclusive com hierarquia normativa superior dos seus ordenamentos. Também, estes países mostram interesse em projetos para o apoio desta diáspora e, até o momento, há uma constante tentativa por parte do Brasil em cumprir o princípio da não-devolução, com uma abertura a programas de proteção e soluções duradouras de organismos internacionais e organismos não-governamentais, que são primordiais para se distanciar de práticas que possam se enquadrar na ideologia da crimigração.

Porém, as práticas sistemáticas implementadas pelo Estado mexicano devem ser erradicadas para fornecer o cumprimento do princípio da não-devolução, e no caso do Estado brasileiro devem ser identificadas com índices de prevenção no caso de que em algum momento se decida implementar uma política migratória mais rigorosa com uma estrutura de detenção migratória prolongada. Nesse caso, sendo considerada como uma política crimigratoria e indesejável, precisa ser consolidado estruturalmente com protocolos e legislações claras para não deixar espaço para atuações arbitrárias, inclusive com investimentos adequados para proporcionar instalações higiênicas e seguras.

A privação da liberdade relacionados às questões

migratórias no ordenamento normativo de refúgio deve ser a última alternativa de uma política migratória: caso seja utilizada, a lei de migração deve excluir desta hipótese aqueles que sejam solicitantes da condição de refugiado.

Portanto, segundo os dados coletados e analisados nesta pesquisa, o México tem os elementos para ser considerado como um Estado fraco segundo os elementos de “imagem e prática” designados por Migdal (2001), por implementar um discurso político de estar de braços abertos face os refugiados e de proteção de direitos humanos ao fluxo migratório misto, mas, por outro lado, demonstra aplicar uma estrutura evidente de práticas criminatorias.

No caso do Brasil, é preocupante a possibilidade de que sua política migratória possa tomar um rumo similar às práticas Norte América e Europeia, considerando que o discurso político que muitas vezes é adotado pelo governo central demonstra um sentido que foge aos tratados internacionais e aponta para um distanciamento do Pacto Global das Migrações das Nações Unidas, alinhando-se com posturas anti-imigração em suas reuniões de política exterior.

Os desafios sobre o acolhimento massivo de refugiados no México e no Brasil estão principalmente relacionados pelas suas localizações geopolíticas, bem como são considerados como países solidários e por possuírem vizinhança com países que estão passando por momentos de violações de direitos humanos e crises políticas. Desta forma, é essencial que seja permitido e resguardado o exercício da esfera de direitos desta diáspora e, pelo menos, protegê-los por meio do cumprimento integral do princípio do *non-refoulement*.

## AUTORES

### **Ailor Carlos Brandelli**

*Doutor em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul – UCS; Advogado.*

### **Alessandra Barbosa Adão**

*Mestranda do Programa Profissional de Pós-Graduação de Ensino e Relações Étnico-Raciais da Universidade Federal do Sul da Bahia – UFSB*

### **Allívia Rouse Carregosa Rabbani**

*Professora do Instituto Federal da Bahia (IFBA), Doutora em Pesquisa Agrária e Florestal pela Universidade de Santiago de Compostela (USC) e Mestre em Agroecossistemas pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).*

### **Anderson Orestes Cavalcante Lobato (Organizador)**

*Doutor em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França; professor titular da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.*

### **Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque**

*Doutor em Ciência Política IESP-URJ (Capes 6). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito PPGD-UFSC (CAPES 6). Professor Adjunto Universidade Federal do Sul da Bahia. Professor Adjunto da Universidade do Estado de Mato Grosso. Pós-doutorando em Direito pela PUC-RJ. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Minga - Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social. Advogado.*

### **Bárbara Lopes Bindeli**

*Mestra em Estado e Sociedade pela Universidade do Sul da Bahia; Advogada.*

## **Carlos Alberto Lunelli**

*Doutor em Direito. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul.*

## **Danilo Christiano Antunes Meira**

*Doutor em Direito pela UFSC. Professor Adjunto da Universidade Federal do Sul da Bahia.*

## **Dora Cristina Ribeiro Cabete de Noronha Rodrigues**

*Assistente convidada no Departamento de Economia e Direito, Faculdade de Economia e Gestão, Universidade dos Açores, Doutoranda em Direito da Universidade Nova de Lisboa, Mestre em Ciências Sociais, Advogada.*

## **Eduardo Erasmo Osornio García**

*Mestre em Estado e Sociedade pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). Foi bolsista da Organização dos Estados Americanos (OEA) através da pesquisa "Políticas Públicas de Inclusão Social para Refugiados no Brasil". Graduado em Direito pelo Instituto Tecnológico Autônomo do México (ITAM). Trabalhou nas principais organizações da sociedade civil de defesa dos direitos humanos na fronteira sul e na zona central do México. Foi funcionário da Organização Internacional para as Migrações (OIM) e atualmente é gerente do programa nacional não governamental internacional "Sociedade Governamental de Ajuda ao Imigrante Hebraico (HIAS) no México. É também coordenador e professor da Prática Jurídica do ITAM.*

## **Emmanuel Mendes Ferraz Soares**

*Procurador do Município de Santa Cruz de Cabrália. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Estado e Sociedade (PPGES) da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB).*

## **Fábio Fernandes Corrêa**

*Promotor de Justiça. Titular da Promotoria de Justiça Especializada em Meio Ambiente, de Âmbito Regional, com sede em Teixeira de Freitas/BA. Mestre em Ciências e Tecnologias Ambientais pela UFSB/IFBA.*

## **Guilherme Foscolo**

*Doutor em filosofia pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ; professor da Universidade Federal do Sul da Bahia – UFSB.*

## **Jeferson Fernando Celos**

*Doutorando em Estado e Sociedade pela Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Advogado e Professor Universitário.*

## **José Humberto de Góes Junior**

*Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás/Campus Goiás; Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UFG/Campus Goiás; Doutor em Direito, Estado e Constituição (UnB); Mestre em Ciências Jurídicas, Área de Concentração em Direitos Humanos (UFPB).*

## **José Manuel Iglesias Casais**

*Professor da Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.*

## **José Noronha Rodrigues**

*Cátedra do Centro de Políticas da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, investigador do CEEAplA, CEIS20, IUS GENTIUM COIMBRIGAE, CEDIS e membro colaborador do IDILP, CINETS, CEDUE, IDCLB, Vice-Presidente da Faculdade de Economia e Gestão da Universidade dos Açores.*

## **Juan José Nieto Montero**

*Professor Titular de Derecho Financiero y Tributario Universidad de Santiago de Compostela.*

## **Maria Claudia Crespo Brauner**

*Doutora em Direito pela Universidade de Rennes, França; professora associada da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.*

## **Martha Jalali Rabbani**

*Doutora em Humanidades Universidade Jaume I, Espanha. Mestre em Administração Educacional Universidade Federal de Sergipe. Co-fundadora do Social Justice Initiative ([www.sjcinitiative.org](http://www.sjcinitiative.org)). Membro do Conselho Executivo da União Americana dos Direitos Civis de Missouri, Estados Unidos (ACLU-MO). Professora convidada do*

*Mestrado Internacional em Estudos para a Paz e Resolução de Conflitos da Universidade Jaume I, Espanha.*

**Ricardo Almeida Cunha**

*Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade (PPGES) da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia (IFBA).*

**Roberto Muhájjir Rahnemay Rabbani (Organizador)**

*Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; professor adjunto da Universidade Federal do Sul da Bahia – UFSB.*

**Verônica Acioly de Vasconcelos**

*Defensora Pública do Estado do Piauí – Titular da 2ª Defensoria Pública do Núcleo de Defesa da Mulher em Situação de Violência em Teresina; Doutora em Direito, Área de Concentração em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB); Mestra em Direito Constitucional (UNIFOR); Professora do Curso de Direito da UNIFSA.*

**Victor Hugo CriscuoloBoson**

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; professor adjunto da Universidade Federal do Sul da Bahia – UFSB.*

**EDITORA E GRÁFICA DA FURG**  
**CAMPUS CARREIROS**  
**CEP 96203 900**  
editora@furg.br

# AUTORES

Ailor Carlos Brandelli  
Alessandra Barbosa Adão  
Allívia Rouse Carregosa Rabbani  
Anderson Orestes Cavalcante Lobato (organizador)  
Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque  
Bárbara Lopes Bindeli  
Carlos Alberto Lunelli  
Dora Cristina Ribeiro Cabete de Noronha Rodrigues  
Danilo Christiano Antunes Meira  
Eduardo Erasmo Osórnio García  
Emmanuel Mendes Ferraz Soares  
Fábio Fernandes Corrêa  
Guilherme Fóscolo de Moura Gomes  
Jeferson Fernando Celos  
José Humberto de Góes Junior  
José Manuel Iglesias Casais  
José Noronha Rodrigues  
Juan José Nieto Montero  
Maria Claudia Crespo Brauner  
Martha Jalali Rabbani  
Ricardo Almeida Cunha  
Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani (organizador)  
Verônica Acioly de Vasconcelos  
Victor Hugo Criscuolo Boson

ISBN 978-65-5754-142-5

