ISSN 1413-3571
E-ISSN 2447-3855

juris

Revista da Faculdade de Direito
Universidade Federal do Rio Grande

FURG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE

V. 33 n. 1, 2023

Juris

vol. 33, n. 1, 2023

FURG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE

Juris
vol. 33, n. 1, 2023

ISSN 1413-3571
E-ISSN 2447-3855

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA JURIS

Editores-chefes / *Editors-in-chief*
Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
José Ricardo Caetano Costa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Editores-assistentes / *Assistant-Editors*
Willians Meneses (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Consultor Editorial / Editor Assistente / Revisor / Projeto Grá ico
Raphael Schimidt Pereira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Assistente Editorial

CONSELHO EDITORIAL / *EDITORIAL BOARD*

Adélie Marie Andree Pomad (Universitéd'Orleans- Orleans/França)
Akiyo Takenaga (Universidade de Shinshu – Tóquio/Japão)
Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Alfredo Alejandro Gugliano (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFGRS - Porto Alegre/RS)
Álvaro Sanches Bravo (Universidad de Sevilla – Sevilla/Espanha)
Ana Patricia Noguera de Echeverri (Universidad Nacional de Colombia – Manizales/Colombia)
Anderson Orestes Cavalcante Lobato (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Andrés Rossetti (Universidade Nacional de Córdoba – Córdoba/ Argentina)
Carlos Alberto Lunelli (Universidade de Caxias do Sul – UCS – Caxias do Sul/RS)
Carlos André Sousa Birnfeld (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray (Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT -Cuiabá/MT)
Clovis Demarchi (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Daniel Olioto, PUC Argentina
Denise Schmitt Siqueira Garcia (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Eder Dion de Paula Costa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Ednilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Marília/SP)
Elaine Harzhein Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Eliane Cristina Pinto Moreira (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Erivaldo Filho Cavalcanti (Universidade Federal do Amazonas – UEA – Amazonas/AM)
Everton das Neves Gonçalves (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Felipe Kern Moreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Felix Adolfo Lamas (Universidad Católica Argentina -PUC – Argentina)
Fernando Araújo (Universidade do Porto – Porto/Portugal)
Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR)
Francisco Quintanilha Veras Neto (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/ RS)
Gonzalo Aguilar Cavallo (Universidad de Valparaíso, Talca/Chile)
Hector Cury Soares (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Hermerson Luiz Pase (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Ivan Porfírio Santos Víctores (Universidad Central Marta Abreu de Las Villa – UCLV -Santa Clara/Cuba)
Ivone Fernandes Morcilo Lixa (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/SC)
Jaime Gabriel García Ruiz (Universidad Central Marta Abreu de Las Villa – UCLV -Santa Clara/Cuba)
Janaína Thaddeu Calil de Freitas (Università degli Studi Roma Ter - Itália)

Jane Lucia Wilhelm Berwanger, (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Santo Ângelo/RS)
Joachim Englisch (Universität Münster - Alemanha)
Joana Stelzer (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
João Batista Lazzari (Faculdade Cesusc – Florianópolis/SC)
José Alcebíades de Oliveira Junior (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Santo Ângelo/RS)
José Joan Moreso (Universitat Pompeu Fabra - Espanha)
José Rubens Morato Leite (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE – Recife/PE)
Julio César Llanan Nogueira (Universidad Nacional de Rosário – Argentina)
Júlio Lanane (Universidad Católica Argentina -PUC – Argentina)
Laura Souza Lima e Brito (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Liane Francisca Hüning Pazinato (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Luciano Vaz Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Marcelo Eibs Cafrune (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Marcelo Nerling (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Márcia Bertoldi (Universidade Federal de Pelotas – UFPel – Pelotas/RS)
Marco Aurélio Serau Júnior (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Maria Cláudia Crespo Brauner (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Maria Cristina Cereser Pezzela (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Porto Alegre/RS)
Maria de Fátima Prado Gautério (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Maria de las Nieves Cenicacelaya (Universidad Nacional de La Plata – La Plata/Argentina)
Mario Garmendia Arigón (Universidade de la República – Montevideo/Uruguai)
Marion Bary (França)
Miguel Antonio Silveira Ramos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Orlando Luiz Zanon Júnior (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Osvaldo Agripino de Castro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Osvaldo de Castro (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS - Três Lagoas/MS)
Oton Albuquerque Vasconcelos Filho (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE – Recife/PE)
Paulo Ricardo Opuszka (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Philippe Pierre (França)
Rafael Fonseca Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Renato Negretti Cruz (Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/SP)
Rodrigo Garcia Schwarz (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC - Florianópolis/SC)
Rogério Dutra dos Santos (Universidade Federal Fluminense - UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Rogério Portanova (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Rubens Soares Vellinho (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Salah Hassan Khaled Junior (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Samyra Haidêe dal Farra Naspolini Sanches (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo/SP)
Saulo Tarso Rodrigues (Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT)
Sheila Stolz da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS) (Brasil)
Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Valmir Cézar Pozzetti (Universidade Federal do Amazonas – UEA – Amazonas/AM)
Vicenzo Durant (Itália)
Vladmir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Campo Grande/MS) (Brasil)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME) / *AUTHORS (OF THIS VOLUME)*

Alberto Luiz Hanemann Bastos (Centro Universitário Santa Cruz de Curitiba - UniSantaCruz - Curitiba/PR)

Anelise Gregis Estivalet (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Vale dos Sinos/RS)

Antonio Evangelista de Souza Netto (Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Curitiba/PR)

Beatriz Lourenço Mendes (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil)

Cristian Carla de Campos Simões (Universidade Federal de Mato Grosso, UFMT, Cuiabá/MT)

Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha)

Elisa Inácio da Silva (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Rio Grande/RS)

Flavia Jeane Ferrari (Universidade Paranaense, UNIPAR, Brasil)

Jéssica da Silva Dantas (Tribunal de Justiça de Goiás - TJGO - Goiânia/GO)

José Laurindo de Souza Netto (Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Curitiba/PR)

Leonardo Aires de Castro (Secretaria da Educação de Goiás, SEE/GO, Brasil)

Leonardo Canez Leite (Faculdade de Colíder – FACIDER, Colíder/MT)

Tadeu Malheiros (Universidade de São Paulo, USP, São Carlos/SP)

Thelmo Branco Filho (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Rio Grande/RS)

PARECERISTAS (DESTE VOLUME) / *REVIEWERS (OFTHISNUMBER*

Amanda Muniz Oliveira (Universidade Federal de Juiz Fora – UFJF – Juiz de Fora/MG)

Carlos André Birnfeld (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Eder Dion de Paula Costa (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Edinilson Donisete Machado (Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil)

Erivaldo Filho Cavalcanti (Universidade do Estado do Amazonas, UEA, Brasil)

Everton das Neves Gonçalves (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis/SC)

Evilhane Jum Martins (Universidade Federal do Pará, UFPA, Brasil)

Fabiane Simioni (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Fabricio Oliveira (Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil)

Felipe Kern Moreira (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil)

Gabriel Victor Zaparoli de Oliveira (Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, PR, Brasil)

Hector Cury Soares (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Hemerson Pase (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Horácio Wanderlei Rodrigues (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Isabella Madruga da Cunha (Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil)

Jane Lucia Wilhelm Berwanger (Complexo Educacional Renato Saraiva, CERS, Recife/PE, Brasil)

Jessica Chaves (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Macaé/RJ, Brasil)

Joana Stelzer (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)

João Batista Lazzari (Escola Superior da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina, AMATRAXII, Brasil)

Liane Francisca Hüning Pazinato (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Luciane Toss (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil)

Luiz Claudio Pires Costa (Universidade do Estado do Amazonas, UEA, Brasil)

Marcelo Arno Nerling (Universidade de São Paulo, USP, Brasil)

Marcelo Eibs Cafrune (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Márcia Bertoldi (Universitat de Barcelona, UB, Espanha)

Marco Aurélio Serau Júnior (Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil)

Maria Cristina Cereser Pezzella (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil)

Marie Krepsky (Fundação Universidade Regional de Blumenau, FURB, Brasil)

Mateus Stallivieri da Costa (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, FGV/SP, Brasil)

Oton Albuquerque Vasconcelos Filho (Universidade de Pernambuco, UPE, Brasil)

Rafael Fonseca Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Rebeka Souto Brandao Pereira (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)

Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Rubens Soares Vellinho (Universidade Católica de Pelotas, UCPEL, Brasil)

Sheila Stolz da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Valter Moura do Carmo (Universidade Federal do Tocantins, UFT, Brasil)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores



Revista Juris
Universidade Federal do Rio Grande – FURG
Faculdade de Direito - FADIR
juris@furg.br
Campus Carreiros – FURG –Rio Grande/RS
CEP 96203-900 – Rio Grande –RS
Telefone: 55-53 3293 5070



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 / Coordenação
Cleusa Maria Lucas de Oliveira

Sumário

Apresentação.....10

Direitos Humanos, Diversidade e Sociedade Digital

Prescripción penal y Estado de Derecho
Statute of limitations and rule of law
Eduardo Demetrio Crespo.....12

A resistência Guarani-Kaiowá: da invasão europeia ao século XXI
The Guarani-Kaiowá resistance: from the European invasion to the 21st century
Anelise Gregis Estivalet.....25

Desvendando gênero no direito: representação política e o uso do institucionalismo feminista para o estudo jurídico
Unraveling gender in law: political representation and the usage of feminist institutionalism for legal study
Leonardo Aires de Castro e Jéssica da Silva Dantas.....36

Do Estado de Exceção ao Democrático: Direitos Humanos e políticas públicas no Brasil
From Exception to Democratic State: Human Rights and public policy in Brazil
Leonardo Canez Leite e Cristian Carla de Campos Simões.....57

Cidadania, Educação, Trabalho e Sustentabilidade

Dificuldades probatórias no Direito do Trabalho e suas repercussões na esfera previdenciária: um problema de "vasos comunicantes"
Evidentiary difficulties in Labor Law and their implications in social security sphere: a issue of "communicating vessels"
Alberto Luiz Hanemann Bastos.....72

Os imbróglios da prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico dos pequenos e médios municípios das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ), São Paulo
The imbroglios of the regionalized provision of public basic sanitation services in the small and medium-sized municipalities of the Piracicaba, Capivari and Jundiaí (PCJ) River Basins, São Paulo
Elisa Inácio da Silva, Thelmo Branco Filho e Tadeu Malheiros.....89

Por uma abordagem multidimensional do direito dos desastres frente aos impactos das mudanças climáticas
TTowards a multidimensional approach to the law of disasters in front of the impacts of climate change
Flavia Jeane Ferrari , Antonio Evangelista de Souza Netto e José Laurindo de Souza Netto.....115

La automatización de los servicios públicos de protección social: análisis de los riesgos para sus titulares
The automation of public social protection services: an analysis of the risks for their beneficiaries
Beatriz Lourenço Mendes.....131

Apresentação

É com satisfação que apresentamos mais uma edição da Juris, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. A Revista é dividida em duas sessões, cada qual correspondendo a uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós- Graduação em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito.

A primeira sessão - "Direitos Humanos, Diversidade e Sociedade Digital" - conta com quatro artigos que exploram questões fundamentais relacionadas aos direitos humanos e o Estado Democrático de Direito, lançando luz sobre os desafios contemporâneos para promoção de uma sociedade com maior justiça social. Em "Prescripción penal y Estado de Derecho", Eduardo Demetrio Crespo explicita a tripla ancoragem (constitucional, penal e processual penal) que explica a prescrição penal no Estado de Direito, apontando sua relação, dentre outros, com os direitos ao esquecimento e a duração razoável do processo. Anelise Gregis Estivalet, em "A resistência Guarani-Kaiowá: da invasão europeia ao século XXI", busca problematizar, no contexto dos debates suscitados com a questão do Marco Temporal, as questões decorrentes das práticas estatais e colonialistas junto aos povos indígenas do Brasil, particularmente em relação aos indígenas Guaranis-Kaiowás, em uma trajetória de violações de direitos e conflitos territoriais. Já em "Desvendando gênero no direito: representação política e o uso do institucionalismo feminista para o estudo jurídico", Leonardo Aires de Castro e Jéssica da Silva Dantas nos convidam a debater o institucinoalismo feminista como um instrumento de pesquisa e interpretação do direito brasileiro. Por fim, em "Do Estado de Exceção ao Democrático: Direitos Humanos e políticas públicas no Brasil", Leonardo Canez Leite e Cristina Carla de Campos Simões apresentam reflexões sobre a concretização de direitos humanos por intermédio de políticas públicas no Brasil.

Na segunda sessão - "Cidadania, Educação, Trabalho e Sustentabilidade" - reúnem-se três artigos que exploram questões fundamentais para a construção de uma sociedade mais equitativa e sustentável. Alberto Luiz Bastos investiga um conjunto de dificuldades probatórias presentes em lides trabalhistas que afetam benefícios previdenciários, no artigo intitulado "Dificuldades probatórias no Direito do Trabalho e suas repercussões na esfera previdenciária: um problema de 'vasos comunicantes.'." Já Elisa Inácio da Silva, Thelmo Branco Filho e Tadeu Malheiros, em "Os imbróglios da prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico dos pequenos e médios municípios das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ), São Paulo", apresentam pesquisa que enfrenta a temática da universalização do saneamento básico no Brasil, comparando dados de alguns municípios de determinado espaço territorial. Ainda com enfoque ambiental, Flávia Jeane Ferrari, Antonio de Souza Netto e José Laurindo de Souza Netto, apresentam o artigo intitulado "Por uma abordagem multidimensional do direito dos desastres frente aos impactos das mudanças climáticas", no qual propõem uma perspectiva multidimensional do direito dos desastres, de modo a alcançar estratégias legais que permitam respostas mais eficientes. Por fim, em "A automatización de los servicios públicos de protección social: análisis de los riesgos para sus titulares", Beatriz Lourenço Mendes examina os impactos da automatização dos serviços

públicos de proteção social, buscando responder a indagação em torno dos riscos gerados pela utilização de inteligência artifical em decisões relacionadas a previdência e assistência social.
Agradecemos a todos e todas que submeteram e continuam submetendo artigos à Juris. Também saudamos os e as pareceristas que com seu olhar crítico, mas propositivo colaboraram para construção dessa edição. Esse interesse e dedicação é a base da difusão do conhecimento científico a que se propõe a Revista. Esperamos que os artigos possam provocar reflexões e servir como referências de futuras pesquisas conduzidas por nossos leitores. Uma boa leitura!

Atenciosamente,

Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa
Editor

Prescripción penal y Estado de Derecho*

Eduardo Demetrio Crespo [1]
Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha
E-mail: Eduardo.Demetrio@uclm.es

Resumo: Se reflexiona sobre el triple anclaje (constitucional, penal sustantivo y penal procesal) con estrecha conexión entre sí que explica el fundamento de la prescripción en el Derecho penal y procesal penal del Estado de Derecho constitucional: la autolimitación del ius puniendi (elemento "político"), la falta de necesidad de pena (elemento "natural") y el debido proceso (elemento "artificial"). Tras analizar cómo se comporta esta institución jurídica con relación a la retribución y a los fines preventivos de la pena, se introducen las variables del merecimiento y necesidad de pena, así como las de la gravedad del delito y el "derecho fundamental al olvido" vinculado a la duración razonable del proceso como argumentos a favor de su naturaleza jurídica material.

Palabras clave: Prescripción penal; Estado de Derecho; Derecho constitucional

Statute of limitations and rule of law

Abstract: This paper reflects on the triple anchorage (constitutional, substantive criminal and procedural criminal) with close connection between them that explains the basis of the statute of limitations in the criminal and criminal procedural law of the constitutional rule of law: the self-limitation of ius puniendi ("political" element), the lack of need for punishment ("natural" element) and due process ("artificial" element). After analyzing how this legal institution behaves in relation to retribution and the preventive purposes of punishment, the variables of deservedness and necessity of punishment are introduced, as well as those of the seriousness of the crime and the "fundamental right to oblivion" linked to the reasonable duration of the process as arguments in favor of its material legal nature.

Keywords: Criminal statute of limitations; Rule of Law; Constitutional Law.

* Texto reelaborado y ampliado de la conferencia "Prescripción, duración razonable del proceso y fines de la pena" pronunciada con motivo de mi ingreso en la Academia Argentina de Ciencias Penales el pasado 09 de marzo de 2023. En origen procede de la ponencia presentada el 26 de octubre de 2022 en el marco del seminario "La prescrizione tra diritto e proceso penale. Conversazioni sulla reforma della giustizia penale" (Dipartimento di Giurisprudenza "Salvatore Pugliatti", Università degli Studi di Messina).

1 Catedrático de Universidad (Departamento de Derecho Público y de la Empresa). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3982-8177. E-mail: Eduardo.Demetrio@uclm.es

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Tiempo y derecho

A lo largo de la *historia del pensamiento* son muchas las formulaciones que se han hecho del significado del tiempo, de manera que los filósofos se han preguntado de forma insistente sobre su enigmática naturaleza, concibiéndolo de formas diversas (la medida del movimiento, una condición *a priori* de acceso al conocimiento, nuestro propio ser, etc.). Nada de lo que ocurre escapa a la categoría del paso del tiempo y todas nuestras concepciones culturales y cosmovisiones del mundo, de lo que somos, también del Derecho penal, deben examinarse en perspectiva histórica (Würtenberger, 1987, *passim*; Demetrio Crespo, 2022, *passim*). La relación del tiempo con el derecho es sumamente compleja (Günther, 1995, pp. 13 y ss.). En línea de principio, siguiendo a Daniel Pastor, cabe distinguir entre un punto de vista externo donde opera la regla de resolución de conflictos *lex posterior derogat priori* (equivalente al transcurso del derecho en el tiempo) y un punto de vista interno, que guarda relación con la repercusión del tiempo en las instituciones jurídicas como p. ej. la prescripción, los plazos, la consumación del delito, etc. (equivalente al transcurso del tiempo en el derecho) (Pastor, 2002, p. 78).

1.2 La distancia temporal en el Derecho penal y procesal penal

Dado que el Derecho penal moderno se configura como una "técnica de privación de determinados bienes o derechos por un determinado tiempo" (Pastor, 2002, pp. 81-82), la la distancia temporal entre el delito y la pena cobra una importancia decisiva tanto en el plano sustantivo (fines de la pena) como procesal (fines del proceso). Esto ya fue destacado por Beccaria (1976, pp. 128-129)[2], quien vinculó ambas dimensiones que se antojan inseparables[3]. Si lo vemos bien, entonces, el *paso del tiempo entre el delito y la pena* tiene una doble consecuencia, puesto que, por un lado, deja de tener sentido de manera progresiva la imposición de una pena, pero, por otro, el propio proceso penal decae en su legitimidad, habida cuenta de que este está llamado a cumplir su función actuando a tiempo (Pastor, 2002, pp. 83-84). Es más, la doctrina especializada advierte que justamente "en el proceso es donde la relación entre tiempo y derecho se vuelve más estrecha, hasta un punto en el que ambos conceptos se confunden", subrayando que "la prolongación del juicio sin una decisión final sobre la suerte de los acusados anula los fines legítimos atribuidos al

2 Beccaria (1976, pp. 128-129): *"*Cuanto más pronta y cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil. Digo más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de libertad, no puede preceder a la sentencia, salvo cuando la necesidad lo exija. […] "El proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible. ¿Qué contraste más cruel que el de la indolencia de un juez y las angustias de un reo; el de las comodidades y los placeres de un magistrado, por una parte, y por la otra las lágrimas y la desolación de un prisionero?" […] "He dicho que la prontitud de las penas es más útil porque cuanto menor es el tiempo que transcurre entre el delito y la pena, tanto más fuerte y más duradera en el ánimo de los hombres es la asociación entre estas dos ideas delito y pena; de tal manera que se consideran insensiblemente el uno como causa y la otra como efecto necesario e indefectible*"*.

3 Sobre la prescripción del delito en el pensamiento de Cesare Beccaria, *Cfr.*, por todos, Siracusa (2022, pp. 18 y ss.): "Fu Cessare Beccaria ad affermare che la prescrizione servisse a soddisfare un'insopprimibile esigenza di giustizia riguardante tanto il versante processuale, quanto quello sostanziale dello ius puninendi*"* (p. 19).

derecho penal" (Pastor, 2002, p. 87).

1.3 El tiempo como pena y la perspectiva temporal

Dado que la privación de libertad se prolonga por un tiempo determinado, se puede hablar del tiempo como pena[4] e incluso de una "conexión íntima, tautológica y nominativa entre tiempo y pena: la pena es tiempo y el tiempo es pena*"* (Pastor, 2002, p. 85)[5]. Por otro lado, la dogmática penal se estructura con base en una determinada perspectiva temporal (*ex ante*, *ex post*, o una combinación de ambas) que nos permite definir el contenido de lo prohibido (lo injusto penal) y determinar así, p. ej., en qué momento se inició el acto ejecutivo y si el delito que se cometió lo fue en grado de tentativa o consumación, entre otras muchas cuestiones vinculadas a la concepción preventiva del Derecho penal (Mir Puig, 1994, pp. 93 y ss.)[6]. Esta *dimensión temporal del tipo penal* puede conllevar asimismo dificultades desde el punto de vista de la prescripción (Gleß, 2006, pp. 692 y ss.).

2. COMPONENTES DE LA PRESCRIPCIÓN

2.1 Triple anclaje de la prescripción

De forma muy acertada, Pastor (2002, pp. 86-87) se refiere a tres *elementos estructurales* que integrarían esta figura jurídica: uno político, otro natural y otro artificial[7]. Pues bien, entendemos que, en efecto, la prescripción combina estos tres elementos, lo que significa operar a su vez con tres anclajes que se encuentran íntimamente relacionados, por lo que el problema de su fundamento, en realidad, no se podría resolver adecuadamente sin tenerlos en cuenta, a riesgo de incurrir en planteamientos reduccionistas.

Esto no debe confundirse con las clásicas explicaciones de carácter mixto o plural[8], que

4 Messuti (2001, pp. 41-42), citando a Hegel: "Y el problema reside precisamente en comparar la "extensión cuantitativa y cualitativa" del delito y de la pena. Porque delito y pena son simplemente cosas heterogéneas, pero según su valor, su propiedad general de ser lesiones, son cosas comparables. Corresponde al intelecto buscar la aproximación a la igualdad de valor entre una y otra".

5 Pastor (2002, p. 85): "Castigamos en unidades de tiempo, pero también permitimos que el tiempo sólo sea un sustituto de la pena. En el primer caso, la necesidad de la pena determina su tiempo de duración. En el segundo, el paso del tiempo la reemplaza. Uno es el tiempo del castigo, el otro el del olvido y la prescripción"

6 Mir Puig (1994, p. 93): "La conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador es una de las características de nuestro siglo. El pensamiento tradicional tendía a contemplar el mundo desde un punto de vista abstracto, situándolo fuera de su concreto manifestarse al observador en un espacio y en un tiempo".

7 Pastor (2002, pp. 86-87): "La prescripción, al igual que la mayoría de edad de las personas, combina, entonces, tres elementos: uno político, la necesidad de limitar, también temporalmente, las facultades punitivas estatales; otro natural, el reconocimiento del olvido como sentimiento de las personas; y un último artificial, que es el de encasillar arbitrariamente en un instante exacto del tiempo el momento del olvido como punto límite al poder penal del Estado. En este punto preciso del tiempo, el olvido y una probable pena natural (o el cumplimiento no formal de sus funciones) impiden al Estado la aplicación de la pena material, el derecho penal queda derogado para el caso, la acción ya no es más punible".

8 Ragués i Vallès (2004, pp. 39-40): "Las dificultades para hallar un único fundamento que justifique la regulación vigente de la prescripción llevan a un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia a inclinarse por el denominado fundamento múltiple. De acuerdo con esta perspectiva, la previsión legal de la presente figura se explica tanto desde consideraciones basadas en la finalidad de la pena -por razones de prevención general o especial o, incluso, retribución- como por motivos procesales -a causa de la mayor dificultad para probar un hecho transcurrido cierto tiempo o para que un inculpado pueda ejercer de manera adecuada su derecho de defensa- añadiéndose a menudo la idea de seguridad jurídica en general".

suelen ser impugnables con incoherencia interna en algún punto, sino que implica más bien considerar la prescripción de un modo lo bastante amplio como para no dejar fuera del cuadro ninguno de los aspectos relevantes. Como señala Ragués i Vallès (2004, p. 40), un planteamiento basado en la mera acumulación de razones que pueden concurrir en unos supuestos, pero no en otros, con las consiguientes antinomias que de ahí pueden surgir, no es asumible en modo alguno. La tesis que aquí se sugiere, en cambio, requiere combinar tres "anclajes" que guardan una estrecha conexión entre sí, lo que no obsta para que haya que salvaguardar la coherencia interna y externa de la construcción, también cuando se trata de examinar su reverso, esto es, la cara de la imprescriptibilidad.

2.2 Elemento "político" o constitucional: la autolimitación del ius puniendi

Está fuera de duda que la necesidad de limitar, también temporalmente, las facultades punitivas estatales, es un aspecto clave vinculado al modelo de Derecho penal y procesal penal propio del Estado de Derecho constitucional inspirado en los valores del liberalismo político que marcaron la superación del Antiguo Régimen[9]. Las crecientes excepciones, declaraciones de imprescriptibilidad o introducción de causas de suspensión de la prescripción, etc., son claramente contrarias a este fundamento[10], por más que en el derecho comparado también sean observables[11]. Como explica Pastor, "la imprescriptibilidad ha sido explicada modernamente ante todo en dos razones expresas diferentes: la gravedad de los hechos involucrados y la intolerancia a la impunidad que se produciría si la prescripción corre desde la comisión de los hechos y sus perpetradores conservan un poder tal que impide las investigaciones y los juicios, lo cual también sucede si otras razones legítimas (normas de impunidad inválidas, pero que son respetadas) obstruyen el enjuiciamiento" (Pastor, 2012, p. 59).

9 Sobre los orígenes de la lectura constitucionalmente orientada de la prescripción del delito, *cfr*., por todos, Siracusa (2022, pp. 39 y ss.): "Andava progressivamente tramontando l'idea che la prescrizione del reato fosse una mera eccezione alla regola della pena, ascrivibile all'arbitrio del legislatore e come tale, sottratta alla possibilità di un controllo critico. Nel nuovo corso inaugurato da un approccio teso a considerare i significati di legittimazione del diritto penale di matrice costituzionale, si faceva piuttosto strada una diversa prospettiva che riteneva necessario vagliare alla stregua dei vincoli di scopo e dei limiti posti al legislatore penale dall'ordinamento costituzionale anche i fenomeni estintivi del reato e della pena" (p. 43). *Vid*., en sentido crítico sobre el fundamento constitucional (*Rechtsstaatsprinzip*), considerándolo poco relevante, Hörnle (2015, p. 120).

10 *Cfr*.: STC 157/1990, de 18 de octubre: "Previamente a resolver la cuestión así delimitada, es conveniente precisar que la prescripción de la infracción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una **autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales**, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas" (FJ 3. 2º párrafo). "Determinar el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto, pero, dados los valores constitucionales en juego, **sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas**" (FJ 3. 4º párrafo) (la negrita es mía).

11 *Cfr*., entre otras referencias, Silva Sánchez (2008, p. 155), quien entiende que "en realidad, no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos", mientras que respecto a la imprescriptibilidad considera que "la propia doctrina que justifica la prescripción de los delitos con base en la idea de que "el tiempo todo lo cura" ha de admitir que algunas heridas no cierran nunca"; Gómez Martín (2013, pp. 12 y ss.), quien relaciona las reformas mediante LO 5/2010, de 22 de junio, en materia de prescripción con el "derecho penal del enemigo" por la vía de ampliar a los delitos de terrorismo las consecuencias previstas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; Gómez Martín (2022, pp. 1 y ss.), analizando las modificaciones introducidas mediante LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, relativas a la prescripción de determinados delitos cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años; y Fronza (2023, esp. pp.1872 y ss.).

2.3 Elemento "natural" o penal sustantivo: la falta de necesidad de pena

El reconocimiento del olvido como sentimiento de las personas, lo que podemos identificar como el aspecto relativo al Derecho penal sustantivo que autores como Ragués i Vallès (2004, p. 47) han cifrado en la *necesidad de la pena para el mantenimiento de un determinado orden social*, se halla en íntima conexión[12]. El razonamiento reza de este modo, si una pena deviene en innecesaria por el paso del tiempo, se convierte por ese mismo motivo en ilegítima, lo que guarda relación con el elemento político –y hasta se podría decir que trae causa de aquel– en la medida en que dicho orden social no es cualquiera, sino uno asentado en el Estado de Derecho constitucional de inspiración beccariana, en cuyo frontispicio se sitúa justamente la idea de la necesidad en términos utilitaristas.

2.4 Elemento "artificial" o procesal penal: el debido proceso

Por fuerza es preciso encasillar en un instante exacto del tiempo el momento del olvido como punto límite al poder penal del Estado, momento en el que estaría vedado al Estado la aplicación de la pena y la acción deja de ser punible[13]. Se trata del aspecto procesal que, como hemos visto, está íntimamente relacionado con el sustantivo. En la medida en que el *debido proceso* forma parte de las reglas que es necesario observar para la correcta aplicación del Derecho penal, se podría seguir también en este punto la novedosa tesis expuesta en su momento por Daniel Pastor según la cual este podría integrarse en el propio fundamento material de la prescripción como condición objetiva de punibilidad[14]. Visto así, la relación entre prescripción y fines de la pena aparece, más bien, como una discusión subordinada, sobre la que, no obstante, dada la estrecha conexión existente con las bases mismas de la legitimación del castigo, es preciso pronunciarse (Hörnle, 2015, pp.116 y ss.)

12 Ragués i Vallès (2004, p. 47): "Los sistemas de prescripción que tiene como ejes básicos el transcurso del tiempo y la gravedad de los delitos sólo resultan explicables atendiendo a la idea de que la función del Derecho penal es contribuir a la preservación de un delito modelo de sociedad. Partiendo de esa idea y de la afirmación de que sólo debe sancionarse un hecho cuando sea imprescindible su castigo, la presencia de la prescripción en el Derecho positivo resulta obligada, pues la sanción de hechos que se perciben ya como una parte del pasado no es necesaria para el mantenimiento del orden social presente".

13 *Vid*.: Pastor (1993, p. 25): "Por lo demás, en lo esencial, la cuestión de qué debe entenderse por prescripción es una de las más sencillas del sistema penal. Basta con describirla: el Estado ha decidido, indudablemente, imponerse un límite, también temporal, para el ejercicio de su poder penal. Por prescripción penal, entonces, se entiende que, transcurrido al plazo previsto en la ley, el Estado no puede llevar adelante la persecución penal pública -tampoco el lesionado, ni la pública ni la privada- derivada de la sospecha de que se ha cometido un hecho punible concreto, ni ejecutar una pena ya impuesta por la comprobación judicial de que un hecho punible fue realmente perpetrado. Desde este punto de vista, el problema de la prescricpión en casi una cuestión matemática".

14 Pastor (2002, p. 601): "Pues bien, ¿qué es lo que queda de este problema? Queda, ante todo, la certeza de que presupuestos procesales y las demás condiciones que fundamentan o excluyen la punibilidad por fuera del injusto culpable no pueden ser distinguidos satisfactoriamente. (…). Así indiscutiblemente, el mandato del debido proceso ("nadie puede ser penado sin juicio previo" [CN, 18; regla típica de todo Estado constitucional de derecho]) está integrado, en cierta forma, a toda prohibición penal, pues como la propia CN lo denota (nadie puede ser penado = no es punible) **la misma realización del proceso vendría a funcionar como una (¡la!) condición objetiva de punibilidad sin cuya presencia la sanción penal resulta inadmisible**" (la negrita es mía).

3. PRESCRIPCIÓN Y FINES DE LA PENA

3.1 Prescripción-retribución

La clásica teoría retributiva de la pena encuentra su sentido en el restablecimiento de la justicia material, por lo que la distancia temporal no marcaría una diferencia decisiva[15], a menos que se considere que el transcurso del tiempo anula, a su vez, la culpabilidad del sujeto destruyendo la relación psicológica entre el hecho y su autor, o bien que el autor ha sufrido ya, debido a esta misma circunstancia, un castigo natural compensatorio con un significado análogo al cumplimiento de la condena (*teoría de la expiación moral o indirecta*)[16]. A esta lógica respondería la circunstancia atenuante 6ª del art. 21 CP relativa a "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa" (González Tapia, 2003, p. 68).

Siendo cierto lo dicho con anterioridad, existen, sin embargo, visiones dinámicas de este pensamiento, como el *retribucionismo diacrónico o teoría de la propia identidad personal*, en cuyo seno la problemática de la prescripción se dirime de otro modo (Porciúncula, 2021, pp. 351 y ss.). En su versión clásica u ortodoxa, en la medida en que el merecimiento de pena (injusto y culpabilidad) se sitúa en el pasado y que el transcurso del tiempo no tiene ninguna consecuencia sobre este, la retribución no resulta ciertamente compatible con la prescripción (Porciúncula, 2021, p. 358). Este sería el motivo, según Porciúncula, por el que se acudiría entonces a teorías preventivas sobre la base de la *falta de necesidad de pena*. Tras rechazar dichas fundamentaciones, reconoce, sin embargo, que la justificación de la prescripción parece posible desde el ángulo de la *prevención especial positiva* (Porciúncula, 2021, p. 359). Se trataría de casos en los que la pena no solo deviene innecesaria, sino, además, contraproducente, debido a sus efectos desocializadores.

Es de agradecer que no se relativice este supuesto, pero, no obstante, lo novedoso de su posición es que, para él, estos argumentos se pueden reconducir a las razones que resultan relevantes para el *merecimiento de pena*. Habría que considerarlo, más bien, un problema que precede en sí a la desaparición de necesidades de prevención especial con el paso del tiempo y este no es otro que la falta (o al menos extrema debilidad) del grado de vinculación entre la persona que ha cometido el injusto en el pasado y la persona que se encuentra frente al tribunal en el presente. En palabras de Schultz, "si ha pasado bastante tiempo entre el hecho y el juicio, entonces ya no se encuentra frente al tribunal el mismo hombre que cometió el hecho" (Porciúncula, 2021, p. 359). Y ello porque, transcurrido un cierto tiempo, ya no es la misma persona que cometió el hecho y, por tanto, tampoco sería merecedora de la pena correspondiente[17].

15 González Tapia (2003, p. 67): "El transcurso de un largo periodo de tiempo desde la comisión del delito no hace desaparecer el hecho, ni las circunstancias que rodearon a su comisión; lo que aparece muy desdibujado en la distancia es el sentido del castigo, más allá de una severa y ciega retribución".

16 González Tapia (2003, pp. 67-68): "En ambas la extinción de la responsabilidad criminal viene determinada por el sufrimiento personal de un mal derivado de la comisión de un delito. Ahora bien, mientras que en el cumplimiento de la condena el sujeto sufre una sanción jurídica, la pena impuesta en la sentencia; en la prescripción, el sujeto compensa su culpabilidad por medio de una especie de *poena naturalis*, cuyo contenido aflictivo consiste en la incertidumbre, angustia o miedo a ser descubierto y al sufrimiento de la pena".

17 Esta explicación podría justificar, a su vez, por qué en algunos ordenamientos jurídicos se reduce el plazo de prescripción a la mitad cuando la persona en el momento de realización del hecho o es demasiado joven (menos de 21 años) o demasiado mayor (más de 65) (Porciúncula, 2021, p. 360).

3.2 Prescripción-prevención general

La cuestión, sin embargo, es muy distinta desde el punto de vista preventivo. Tal y como Beccaria ya puso de relieve, cuanto antes se aplique el castigo mayor será el efecto sobre la comunidad o sobre el individuo en particular. Se argumenta que la prescripción se justificaría "en la convicción de que el transcurso de un dilatado periodo de tiempo desde la comisión de un delito hasta la imposición y/o ejecución de la pena disminuye, cuando no anula, la eficacia preventiva de ésta" (González Tapia, 2003, p. 75).

Voces críticas con estos planteamientos arguyen que, en realidad, se podría ver en sentido opuesto, esto es, la imposición de la pena no obstante haber transcurrido un importante lapso podría venir a demostrar a potenciales delincuentes "que sus infracciones no permanecerán impunes por muchos años que transcurran, viéndose así reforzado el efecto de disuasión que se atribuye al castigo" (Ragués i Vallès, 2004, p. 37). Asimismo, respecto a la *prevención general positiva* –desde la perspectiva de la estabilización de la vigencia de la norma– se argumenta que la confirmación simbólica de esta también puede conseguirse con la condena de un hecho acaecido muchos años atrás (Ragués i Vallès, 2004, p. 38)[18].

En mi opinión, no obstante, la relevancia del argumento no se relaciona tanto con el efecto preventivo a largo plazo, que de todos modos quedaría debilitado o desdibujado en mayor o menor medida, sino con la propia *necesidad de la sanción penal* debido a que con el paso del tiempo esta perdería, en última instancia, su capacidad para incidir sobre la colectividad en el presente (González Tapia, 2003, p. 79).

3.3 Prescripción-prevención especial

Además, desde el punto de vista de la resocialización, la imposición de la pena puede *tener efectos perjudiciales* y carecer por completo de sentido si se produce con mucho retraso, de modo que su extinción se presenta como lo más apropiado. Por otro lado, dicha solución sería compatible con la prevención general positiva en la medida en que la sociedad vería con buenos ojos que no se impusiera una pena intempestiva a quien ya se ha integrado en la sociedad y no representa amenaza alguna (González Tapia, 2003, p. 73).

Se dice, sin embargo, que dado que, "la evolución del sujeto no siempre es positiva, ni el mero transcurso del tiempo ejerce por sí mismo un efecto resocializador", tampoco se puede tomar como solución general (González Tapia, 2003, p. 73). En suma, que sea compatible en algunos casos, no quiere decir que se pueda adoptar como fundamento único, porque, según la regulación vigente, la prescripción opera con parámetros autónomos respecto a la concreta necesidad de pena del autor (González Tapia, 2003, p. 74). Ragués i Vallès, por su parte, entiende que, aunque el argumento preventivo especial no explica de modo convincente su fundamento, ello no es óbice para que "la no desocialización pueda ser vista como un efecto colateral beneficioso de la existencia

18 En sentido crítico, asimismo, Hörnle (2015, pp. 118-119).

de la prescripción" (Ragués i Vallès, 2004, p. 36)[19].

4. LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUTO JURÍDICO DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

4.1 La exclusión de planteamientos meramente cumulativos o bien unidireccionales

Como ya anticipamos, aquí no se propugna un fundamento mixto o ecléctico de la prescripción en el sentido de una mezcla cumulativa de componentes, sino que proponemos una visión basada en los tres anclajes referidos con anterioridad a modo de eslabones argumentativos. Justamente por ello es preciso señalar por qué las teorías que buscan fundamentar la institución desde prismas unidireccionales no son convincentes:

a) Las *razones estrictas de carácter procesal* (debilitamiento de las pruebas) en realidad vendrían a confundir la cuestión del fundamento con los *efectos benéficos de la institución* (Cabezas Cabezas, 2019, p. 278).

b) La *seguridad jurídica*, que alude a razones de previsibilidad y certeza, también podría usarse para defender la imprescriptibilidad, algo completamente contraproducente (Cabezas Cabezas, 2019, p. 279).

c) Los *fines de la pena*, como hemos visto más arriba, se "redireccionan" desde la propia lógica de la prevención general tanto negativa como positiva.

d) La *falta de necesidad de pena* –vinculada al olvido que se cierne sobre toda actividad humana con el paso del tiempo– se cuestiona diciendo que "ello convierte al legislador en una suerte de clarividente que puede determinar cuándo, en el futuro, una comunidad considerará que un delito que merecía una sanción penal ya no la requiere" (Cabezas Cabezas, 2019, p. 280).

e) Las *razones de humanidad*, que reposan en la dignidad humana, a fin de evitar que un posible juicio penda cual "espada de Damocles" sobre el individuo *sine die* y, de este modo, posibilitar niveles de autorrealización aceptables (Cabezas Cabezas, 2019, p. 280), se relativizan –sin perjuicio de su incidencia en la medición de la pena– invocando la inexistencia de un "derecho" como tal a no ser juzgado debido al transcurso del tiempo[20].

19 Siracusa también cree que la idea de que el tiempo pueda fungir como sustituto de la pena opera en un sentido excesivamente idealizado y poco realista de la naturaleza humana, de forma que sólo una creencia ingenua en el poder salvador del factor cronológico puede, de hecho, llevar a pensar que los cambios que produce en el delincuente son siempre positivos y que, en consecuencia, un tiempo razonable tras el delito es siempre condición suficiente por sí sola para garantizar una resocialización completa (Siracusa, 2022, p. 53).

20 *Vid.*, sin embargo, sobre **la prescripción de la persecución como Derecho Humano** en el contexto del Derecho penal europeo, Esser (2021, pp. 37 y ss.), quien formula la siguiente pregunta: "Unterliegt demzufolge der staatliche Strafanspruch, mit der denknotwendig vorgelagerten prozessualen Komponente der Strafverfolgung, einer ggf. durch die Menschenrechte zu bestimmenden zeitlichen Grenze, oder anders gewendet, endet dieser staatliche Strafanspruch nach Ablauf eines gewissen – fur jeden Straftatbestand eingeständig, nach bestimmten Kriterien (möglicherweise eben menschenrechtlichen) zu bestimmenden – Zeitraums?" (p. 40). Este autor considera que desde la perspectiva de los derechos humanos, existen esencialmente cuatro enfoques diferentes para su fundamentación: el derecho a la libertad y seguridad (Art. 5 CEDH), *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 7 CEDH), el derecho a un proceso equitativo (Art. 6 CEDH) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Art. 8 CEDH) (Esser, 2021, pp. 53 y ss.).

4.2 Las variables del merecimento y necesidad de pena

Por un lado, como hemos visto, la cuestión no se resuelve fácilmente porque no es del todo claro que la prescripción se derive solo de una falta de *necesidad de pena* (*Strafbedürfttigkeit*), sino que, si se sigue el punto de vista expuesto por Porciúncula (2021, pp. 360 y ss., en diálogo con Silva Sánchez), también se podría plantear que se trata, antes bien, incluso de una falta de *merecimiento de pena* (*Strafwürdigkeit*). Esto llevaría a la conclusión, por un lado, de que ningún fin de la pena, ni siquiera la retribución, resulta incompatible con la prescripción y, por otro, que todos ellos en cierto modo la presuponen. Es más, si tomáramos esta idea como punto de partida general, todos los delitos deberían prescribir, pero este no es el caso de nuestros ordenamientos jurídicos, en los que algunos ilícitos se consideran imprescriptibles por su extrema gravedad.

Para Silva Sánchez se requerirían *dos tipos de vínculos* para que tenga sentido exigir responsabilidad a alguien e imponerle una pena, a saber, que el hecho antijurídico y culpable cometido en el pasado sea percibido todavía como tal y que el autor sea considerado, asimismo, como sujeto responsable de lo sucedido en el proceso actual (Silva Sánchez, 2011, pp. 1004-1005). En su opinión, si falta alguno de esos requisitos decaería con ello la necesidad de pena tanto desde la perspectiva preventivo general positiva como preventivo especial (Silva Sánchez, 2011, p. 1005). Aunque esto no afectaría en línea de principio al merecimiento de pena[21], reconoce, sin embargo, que, en algunos casos que no cabe excluir *ab initio* por completo, el problema de la responsabilidad del sujeto actual por el (histórico) injusto culpable sobrepasa el marco de las puras consideraciones relativas a la necesidad de pena[22].

Pues bien, a esto opone Porciúncula que, si decae la necesidad de pena a la vista de que la identidad de la persona ya es otra, entonces esta no merece pena alguna (Porciúncula, 2021, p. 360). Es más, aduce que, si es posible tratar el problema en el ámbito del *merecimiento de pena*, en lugar de relegarlo a la categoría subsiguiente de la necesidad de pena, debería aplicarse el principio de economía –conocido igualmente como la "navaja de Ockham" o "principio de parsimonia"– según el cual, metodológicamente hablando, se debe recurrir al menor número posible de entidades para la explicación de un hecho (Porciúncula, 2021, p. 360).

4.3 Las variables de la gravedad del delito y el "derecho fundamental al olvido" vinculado a la duración razonable del proceso

Por otro lado, dado que la *gravedad del delito* se toma como parámetro para medir los plazos de la prescripción o, excepcionalmente, su imprescriptibilidad[23], puede concluirse que,

21 Silva Sanchez (2011, pp. 1005): "Ein solcher Strafausschluss unter Rückgriff auf generalpräventive Erwägungen lässt sich auch absolut damit verinbaren, davon auszugehen, dass die Sfrafwürdigkeit vollständig im (historischen) schuldhaften Unrecht zu sehen ist, so dass die weiteren Faktoren mit Einfluss auf die Zurechnung der Strafe allein noch auf Erwägungen der fehlenden Strafbedürftigkeit antworten müssen".

22 Silva Sanchez (2011, p. 1005): "Es scheint aber, dass das problem der Verantwortlichkeit des gegenwärtigen Subjekts für das historisch schuldhafte Unrecht in manchen Fällen den Rahmen der reinen Strafbedürftigkeitserwägungen sprengt. In diesen Konstellationen, deren Existenz jedenfalls nicht pauschal von vornherein ausgeschlossen werden kann, erschiene eine Strafe ungerecht, dies selbst dann, wenn sie unter rein sozialen Gesichtspunkten vielleicht sinnvoll begründet werden könnte".

23 Así, p. ej., argumenta Cabezas que el criterio usado tradicionalmente para considerar una infracción imprescriptible

en realidad, el peso del fundamento de este instituto jurídico se hace recaer sobre su *carácter sustantivo*[24] vinculado a la *necesidad de pena* y unido al *contexto* en el que los delitos tienen lugar[25] (Cabezas Cabezas, 2019, pp. 281-282). Pero, en sentido opuesto, a mayor tiempo transcurrido, menor sería la necesidad de pena como sostiene la *teoría del olvido* antes mencionada. En este sentido, algunos autores relacionan dicha falta de necesidad de pena con el reforzamiento de las garantías derivadas del principio de intervención mínima y de prohibición de exceso como consecuencia de una suerte de *ilegitimidad sobrevenida del ius puniendi* (González Tapia, 2003, p. 79). Ahora bien, como en el caso de la prevención especial, aparecen aquí límites claros[26], ya que, debido a que la prescripción implica en cierto modo un fracaso de la maquinaria represiva del Estado, la propia dinámica de la prevención general exige que se configure legalmente y funcione en la práctica como una excepción (González Tapia, 2003, p. 81).

Se podría decir, por tanto, que gravedad del delito y olvido operan en sentido opuesto[27], lo que obliga a una reflexión ulterior sobre este último como derecho fundamental en conexión con la debida duración del proceso[28]. Tal y como advierte Siracusa, el "tiempo de olvido" respecto de la persona constituiría una declinación en clave individualista de la función de garantía frente a los excesos punitivos del Estado inherente a la prescripción, correlativo al fundamento general-preventivo del Derecho penal y relevante también desde la perspectiva preventivo-especial como expectativa legítima del individuo de no verse privado de la posibilidad de recuperación social por la imposición de una pena tardía (Siracusa, 2022, p. 113).

El *derecho al olvido* correspondería entonces a un *deber de olvido* que incumbe a la justicia

es la gravedad asociada al delito, bajo la consideración de que a mayor gravedad material del ilícito decaerían (progresivamente) los motivos que fundamentan la prescripción (Cabezas Cabezas, 2019, p. 281).

24 Sobre la naturaleza jurídica de la prescripción, *cfr*., entre otras referencias, Morillas Cueva (1980, pp. 28 y ss.): "El análisis de la naturaleza jurídica de la prescripción penal está relacionado íntimamente con el estudio de su fundamento, ya que en la mayoría de las ocasiones, aquélla depende de la solución dada a éste" (p. 28); Pastor (1993, pp. 51-52): "Entonces, recapitulando, la prescripción es el límite temporal autoimpuesto por el Estado para llevar adelante la persecución y castigo de los hechos punibles en el marco del ejercicio de su poder punitivo. Su fundamento no es otro que la aplicación de uno de los tantos criterios de oportunidad o arbitrariedad posibles en el marco de decisión de la admistración de la economía del poder penal del Estado. En tal sentido, **su naturaleza jurídica no puede ser otra que material**, obviamente" y Asholt (2016, pp. 90 y ss.).

25 Sobre las consecuencias de la adscripción de la prescripción al Derecho sustantivo o procesal, *vid*.: Cerrada Moreno (2018, pp. 233 y ss.): "A la afirmación de su carácter sustantivo se asocia la posibilidad de su apreciación de oficio, como se ha venido sostieniendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma más o menos constante desde la Sentencia de 30 de noviembre de 1963 […]. En cambio, si la prescripción tuviese naturaleza procesal, sería en todo caso necesaria su alegación a instancia de parte, y para que pudiese ser estimada, tal alegación debería hacerse, además, en el momento procesal oportuno" (pp. 237-238).

26 Sobre la interesante cuestión de los argumentos que podrían avalar incluso una regulación de la renuncia a la prescripción de los delitos en el sentido de favorecer un derecho a un juicio con todas las garantías y, en especial, las de presunción de inocencia y defensa, en aras de preservar la reputación, fama, buen nombre o sentimiento de autoestima del acusado, *cfr*.: Santana Vega (2022, pp. 349 y ss.).

27 *Vid*.: Hörnle (2015, p. 125): "Je schwerer die Tat, umso nachdrücklicher lässt sich begründen, dass sowohl generalpräventive Interessen der Allgemeinheit als auch legitime Interessen der Opfer bei Taten gegen die Person einem Verzicht auf Strafverfolgung entgegenstehen".

28 Sobre este punto en clave comparada entre la doctrina italiana y española, señalando las dificultades de su consideración como derecho fundamental, *cfr*.: Siracusa (2022, pp. 111 y ss.): "Fra i principali contributi di studio in materia di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti infatti, nessuno enuncia l'appartenenza del diritto alla prescrizione del reato o della pena al nucleo forte dei diritti di libertà riconosciuti dall'ordinamento costituzionale o sviluppa in modo sistematico l'asfittico richiamo a tale posizione soggettiva rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale" (p. 137). "Nel sistema spagnolo in definitiva, la proposta di costruzione su base costituzionale del diritto al tempo dell'oblio penalistico incontra difficoltà esegetiche molto affini a quelle che caratterizzano l'omologo dibattito italiano. In assenza di una norma costituzionale che lo asseveri esplicitamente, il tentativo di fare emergere i reali contorni di tale diritto dalla trama delle disposizioni costituzionali appare arduo e se non addirittura temerario, persino in un ordinamento costituzionale, come quello spagnolo, di certo non parco di disposizioni riguardanti la materia penale (p. 141).

penal, cuya observancia permite que la prescripción funcione también como un incentivo, aunque indirecto, a la resocialización (Siracusa, 2022, p. 113). A su vez, además de una base sustantiva, el derecho al olvido también tendría un *valor procesal* consistente en el derecho a quedar exento de enjuiciamiento y del riesgo de condena una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la comisión del (presunto) delito (Siracusa, 2022, p. 114). Esta dimensión deóntica encontraría su origen, según las detalladas reflexiones de esta autora, no tanto en el límite de la memoria colectiva que alimenta el olvido social cuanto en la exigencia del ordenamiento penal de evitar configurarse como una justicia infinita o demasiado lenta[29]. Por esta razón, el "deber ser" del olvido se reflejaría ante todo en las implicaciones procesales de la prescripción, en el sentido de que constituiría una restricción contra la prolongación excesiva de la pretensión punitiva del Estado a la represión del delito y, con ello, en última instancia, contra la duración irrazonable del proceso (Siracusa, 2022, p. 115)[30].

5. EPÍLOGO

Por todo lo dicho cabe concluir que, en último término, la prescripción es una *restricción autoimpuesta* con buenas razones que no aparecen desconectadas, sino que derivan del Estado de Derecho (*elemento político-anclaje constitucional*). Esta restricción al poder punitivo es perfectamente coherente con los fines y funciones que el Derecho penal (*elemento natural-anclaje sustantivo*) y procesal penal (*elemento artificial-anclaje adjetivo*) están llamados a cumplir dentro de este.

BIBLIOGRAFÍA

Asholt, M. (2016). *Verjährung im Strafrecht. Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB.* Tübingen: Mohr Siebeck.
Beccaria, C. (1976). *De los delitos y de las penas.* Madrid: Aguilar.

Cabezas Cabezas, C. (2019). Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores. *Revista de Derecho (Valdivia), XXXII*(1), 275-294.

Cerrada Moreno, M. (2018). *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos.* Madrid: Bosch Editor.

Demetrio Crespo, E. (2022). *Espíritu del tiempo y Derecho penal* (1ª ed., Vol. 35). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (colección Ediciones Institucionales).
Esser, R. (2021). Verjährung der Strafverfolgung – ein Menschenrecht?, en G. Hochmayr & W.

Gropp (Hrsg.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit*

29 Sobre la vigencia de un "**derecho fundamental a la pronta conclusión del proceso penal o la definición del proceso penal en un plazo razonable**" como garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial penal del Estado, *cfr*.: Pastor (1993, pp. 39 y ss., p. 51).

30 Tras un examen de las distinas posiciones, Siracusa estima que la protección del individuo contra la prolongación excesiva del proceso está más bien vinculada a las exigencias de eficacia y garantía que contribuyen a uniformar la disciplina del proceso en torno al modelo constitucional del debido proceso (Siracusa, 2022, p. 166). De este modo, la razonable duración estaría principalmente destinada a garantizar que la determinación de los hechos en el juicio sea completa y exacta y a que se respete el principio de contradiccion, adquiriendo relevancia como garantía instrumental de la tutela del derecho de defensa, que podría verse comprometido como consecuencia de retrasos injustificados en la realización de las investigaciones o en la celebración del juicio (Siracusa, 2022, p. 167).

in Strafsachen (pp. 37-77). Baden-Baden: Nomos.

Fronza, E. (2023). 'Späte Prozesse' Giustizia penale tardiva e tutela del patto fondativo, en C.

Piergallini *et al*. (eds.), *Studi in Onore di Carlo Enrico Paliero* (pp. 1867-1883). Milano: Giuffrè.

Günther, K. (1995). Vom Zeitkern des Rechts. *Rechtshistorisches Journal*(14), 13-35.

Gleß, S. (2006). Zeitliche Differenz zwischen Handlung und Erfolg – insbesondere als Herausforderung für das Verjährungsrecht. *Goltdammer's Archiv*, 689-707.

Gómez Martín, V. (2013). Imprescriptibilidad y terrorismo: *Quo vademus*? *Revista Crítica Penal y Poder*(4), 12-33.

Gómez Martín, V. (2022). La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(24-38), 1-31.

González Tapia, M.ª I. (2003). *La prescripción en el Derecho penal.* Madrid: Dykinson.
Hörnle, T. (2015). Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit, en C. Fahl *et al*. (Hg.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrif für Werner Beulke zum 70.*

Geburtstag (pp. 115-125). Heidelberg: C.F. Müller.

Messuti, A. (2001). *El tiempo como pena.* Buenos Aires: Campomanes Libros.

Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Barcelona: Ariel.

Morillas Cueva, L. (1980). *Acerca de las prescripción de los delitos y de las penas.* Granada: Universidad de Ganada.

Pastor, D. R. (1993). *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pastor, D. R. (2002). *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones.* Buenos Aires: AD.HOC / Konrad-Adenauer-Stiftung.

Pastor, D. R. (2012). Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva, en D. R.

Pastor, *Tendencias hacia una aplicación más imparcial del derecho penal* (pp. 47-71). Buenos Aires: hammurabi.

Porciúncula, J. C. (2021). Diachroner Retributivismus. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 16. Jahrgang* (6), 351-361.

Ragués i Vallès, R. (2004). *La prescripción penal: Fundamento y aplicación.* Barcelona: Atelier.

Santana Vega, D. M.ª (2022). La renuncia a la prescripción del delito: ¿Un instrumento útil de protección del honor? (A propósito del artículo 157.7 del CP Italiano), en V. Gómez Martín *et al.* (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.* (pp. 349-362). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Silva Sánchez , J. M.ª (2008). ¿*Nullum crimen sine poena*? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". *Derecho Penal y Criminología, 29*(86-87), 149-171.

Silva Sanchez, J. M.ª (2011). Identität und strafrechtliche Verantwortlichkeit, en H. U. Paeffgen *et al*. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag.* (pp. 989-1006). Berlin: Ducker & Humblot.

Siracusa, L. (2022). *Oblio e memoria del reato nel sistema penale.* Torino: G. Giappichelli Editore.
Würtenberger, T. (1987). *Zeitgeist und Recht.* Tübingen: J.C.B. Mohr.

Autor convidado

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):
DEMETRIO CRESPO, E. Prescripción penal y Estado de Derecho. *JURIS* - Revista da Faculdade de Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.16791

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

A resistência Guarani-Kaiowá: da invasão europeia ao século XXI

Anelise Gregis Estivalet [1]
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Vale dos Sinos/RS
E-mail: anegregis@gmail.com

Resumo: No âmbito das discussões suscitadas acerca do julgamento do Marco Temporal no Supremo Tribunal Federal, este artigo busca problematizar as questões decorrentes das práticas colonialistas e estatais implementadas junto aos povos indígenas do Brasil, desde a invasão europeia, particularmente em relação aos indígenas Guaranis-Kaiowás, atualmente residentes na Terra Indígena da Dourados, no Mato Grosso do Sul. Além disso, também debateremos sobre os movimentos de reocupação territorial realizados pelos Guaranis-Kaiowás nas últimas décadas. Como metodologia, foram utilizadas análises documental e teórica, além de observação participante com indígenas Guaranis-Kaiowás, durante o mês de julho de 2023, na Reserva Indígena de Dourados e em Retomadas da região. Por fim, concluímos que, apesar dos avanços ocorridos nas últimas décadas, permanecem desafios a serem superados pelo estado brasileiro, principalmente no que tange à reparação de práticas danosas que, há séculos, afligem as populações indígenas no país.

Palavras-chave: Indígenas; Guarani-Kaiowá; Dourados; Mato Grosso do Sul; Retomadas.

The Guarani-Kaiowá resistance: from the European invasion to the 21st century

Abstract: Within the scope of the discussions raised about the Marco Temporal trial in the Federal Supreme Court, this article seeks to problematize the issues arising from colonialist and state practices implemented among the indigenous peoples of Brazil, since the European invasion, particularly in relation to the Guaranis-Kaiowás indigenous people, currently residing in the Dourados Indigenous Land, in Mato Grosso do Sul. In addition, we will also discuss the territorial reoccupation movements carried out by the Guaranis-Kaiowás in recent decades. As a methodology, documentary and theoretical analyzes were used, in addition to participant observation with Guaranis-Kaiowás indigenous people, during the month of July 2023, in the Dourados Indigenous Reserve and in Retomadas in the region. Finally, we conclude that, despite the advances made in recent decades, challenges remain to be overcome by the Brazilian state, especially in repairing harmful practices that have afflicted indigenous populations in the country for centuries.

1 Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) tendo realizado estágio doutoral junto ao Laboratoire Éthique Médicale da Université Paris Descartes - Sorbonne (PARIS V) e Centre dÉtudes sur lActuel et le Quotidien (CEAQ-Sorbonne). Mestra em Educação pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bacharela e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Estudos de Gênero pelo Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2049488682399835; ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0036-6558; E-mail: anegregis@gmail.com

Keywords: Indigenous; Guarani-Kaiowá; Dourados; Mato Grosso do Sul; Resumptions.

1. INTRODUÇÃO

Na última década, temos observado um aprofundamento nos estudos sobre os povos originários no Brasil. Ainda que essa temática mereça uma atenção muito maior, principalmente, no nível acadêmico, a pauta indígena não tem ficado restrita entre os estudos antropológicos. Esses avanços podem ser observados não só pelo maior número de estudantes indígenas nas universidades, como pela eleição de mais representantes indígenas para o Congresso Nacional. Importante ressaltar, ainda, a criação do Ministério dos Povos Indígenas pelo atual governo.

Apesar dos avanços citados anteriormente, este artigo pretende contribuir com a problematização das práticas colonialistas e, posteriormente, estatais destinadas à população indígena. Problematizamos as práticas de aldeamento dos indígenas praticadas pelos invasores europeus desde o século XVII, reproduzidas, novamente, desta vez pelo governo brasileiro, no século XX.

Na primeira parte, trazemos uma breve retrospectiva dos processos que envolveram os indígenas desde a chegada dos portugueses e espanhóis, assim como as formas que eram vistos, ora como objeto de proteção, ora como mão de obra a ser escravizada. Em seguida, apresentamos algumas reflexões sobre dois órgãos criados pelo governo brasileiro que teriam como foco o atendimento aos povos indígenas: o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e a atual Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai). Na continuação, adentramos, mais especificamente, na situação da do povo Guarani-Kaiowá que vive na Terra Indígena de Dourados, onde também discutimos sobre os danos decorrentes da política estatal para essa população. Por fim, debatemos sobre a importância das retomadas enquanto formas de resistência indígena.

Como metodologia, realizamos análises documental e teórica, incluindo levantamento de relatórios técnicos, em sites especializados na temática indígena, legislações e em bibliografia especializada sobre o tema (artigos e livros). Além disso, também foi realizada observação participante e conversas informais com indígenas Guarani-Kaiowá, durante o mês de julho de 2023, na Reserva Indígena de Dourados e em Retomadas da região.

2. BREVE RETROSPECTIVA DESDE A CHEGADA DOS EUROPEUS

A presença dos guaranis nas florestas tropicais da América do Sul data do século V e já no século XVI, a cultura guarani estaria estruturada como atualmente a conhecemos. De acordo com Susnik (1982), as populações *Proto-Tupí-Guarani*[2] tiveram uma intensa movimentação nas bacias do Alto Paraná, do Alto Uruguai e nas extremidades do planalto meridional brasileiro (Schmitz, 1982). A partir da chegada dos europeus, os guaranis passaram a concentrar-se entre o litoral de São Paulo e do Rio Grande do Sul, chegando a sua ocupação até as bacias dos rios Paraná, Uruguai e Paraguai.

2 Refere-se ao ancestral comum das cerca de 30 línguas que constituem o maior e mais disperso ramo geográfico da família linguística tupi (CARVALHO; BIRCHALL, 2022).

Entre os séculos XVI e XVIII, os guaranis foram catequizados, escravizados e assediados por espanhóis e portugueses. A prática espanhola da "*encomienda*[3]" permitia que os indígenas fossem escravizados sob o disfarce da proteção. Sob o domínio dos colonizadores, os territórios dos guaranis viraram alvo de disputas, visto que suas terras eram importantes, tanto estrategicamente quanto geopoliticamente. O incipiente Tratado de Tordesilhas, permitia diversas interpretações sobre os limites das fronteiras. Além disso, o espaço entre Assunção e São Paulo, não oferecia as riquezas minerais tão buscadas nestas terras.

Data de 1603, o início dos primeiros aldeamentos dos guaranis. Justificada pelas missões jesuíticas, a iniciativa reduzia-os em missões para facilitar o acesso dos *encomenderos* à força de trabalho indígena. No entanto, os padres jesuítas não permitiam que os indígenas fossem escravizados nas *encomiendas*. Assim, entre os séculos XVII e XVIII, formaram-se diversas "reduções jesuíticas" nas então Províncias paraguaias do Guairá (parte do Paraguai, São Paulo e Paraná atuais), Itatin (parte do atual Mato Grosso do Sul e Paraguai oriental), Paraná (parte do Paraná e de Santa Catarina) e Tapes (parte de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraguai e norte da Argentina). Estima-se que entre os séculos XVI e XVIII, mas de 300 mil indígenas tenham sido escravizados nessas regiões (Elias Jr., 1946).

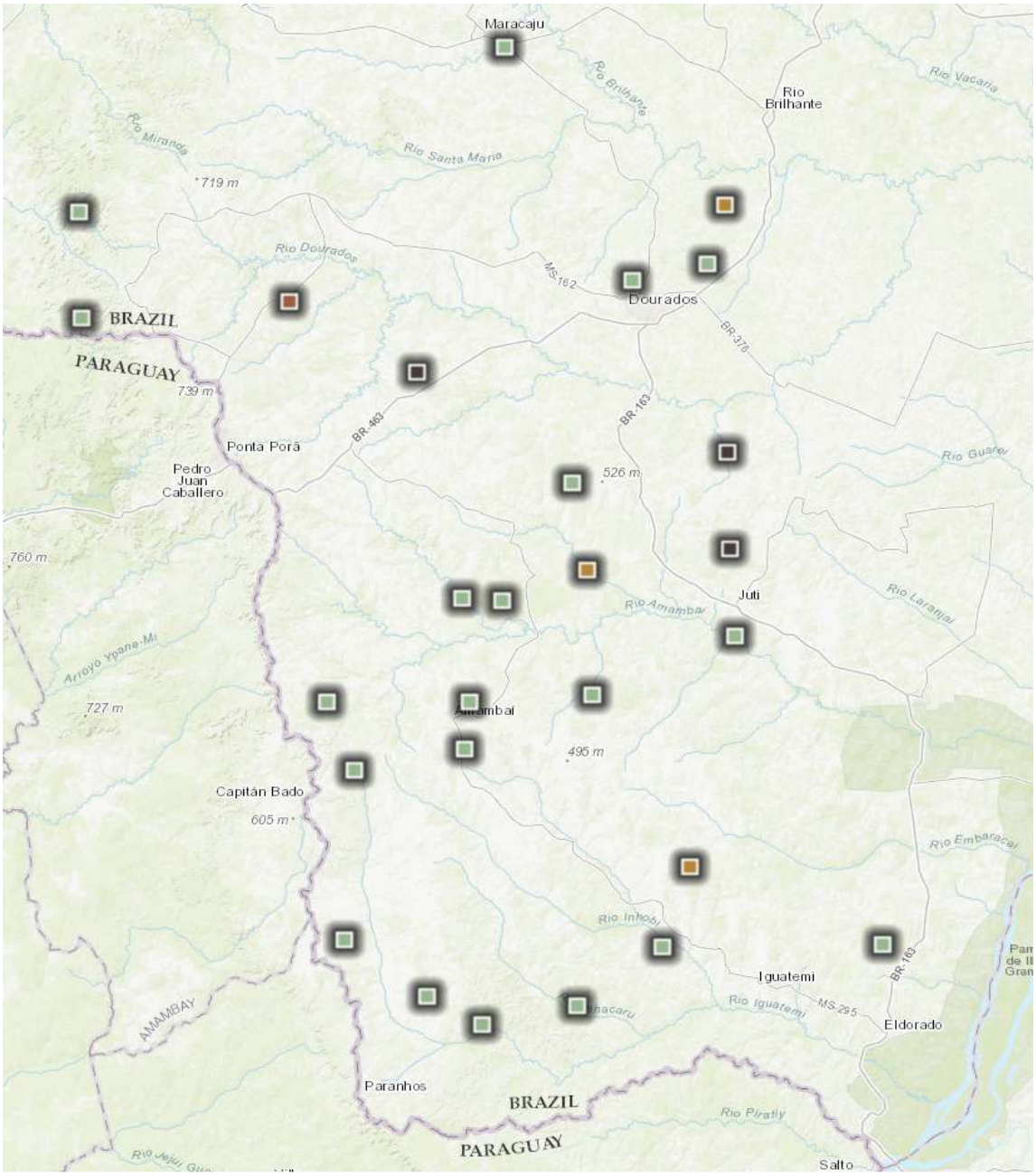
Em meio aos ataques dos bandeirantes, indígenas do Itatin (atual subgrupo Guarani Kaiowa ou *Paĩ-Tavyterã*) e padres fugiram para longe do território paulista, passando a instalar-se, a partir do século XVII, no atual estado do Mato Grosso do Sul (MS). Esse processo mobilizou os indígenas "reduzidos", sendo que os kaiowás teriam seus ascendentes nos antigos povos guaranis do Itatin, enquanto os *ñandeva* seriam oriundos dos povos das províncias do Paraná e Guairá (Meliá, 1992; Almeida, 1991). No entanto, esses espaços, entre o sudoeste sul mato-grossense e o Paraguai oriental, permaneceram como refúgio dos indígenas até os anos 1890, quando os Guarani-Kaiowá passaram a ser utilizados como mão de obra na Companhia Matte Larangeiras[4].

Em 1950, se inicia um novo processo de desapropriação das terras indígenas, desta vez, pelos colonos brancos. Esse período é caracterizado pelo estímulo do Estado brasileiro de compras de terras que faziam parte do estado do Mato Grosso. Desde então, os indígenas guaranis e kaiowás tem sofrido processos de aldeamento em espaços cada vez mais restritos. O aldeamento dos povos indígenas que até então viviam dispersos na região serviu para o liberar as terras para a ocupação agropastoril. Dados do Censo do IBGE de 2022, registraram a presença de mais de 116 mil indígenas no estado do Mato Grosso do Sul, sendo que os Guarani Kaiowá representam, praticamente, 50% desta população:

3 A encomienda era uma instituição em vigor nos reinos de Castela e foi adaptada nas Índias (América). A encomienda permitia ao encomendero, um fidalgo espanhol, a cobrar tributos na forma de trabalho ou de bens materiais à determinada população indígena.

4 O contrato de arrendamento da foi suspenso em 1947, determinando o fim do monopólio da companhia sob a região.

Mapa 1 - Presença de Guarani-Kaiowá no estado do MS - 2023



Fonte: Instituto Socioambiental (2023)

3. Do SPI à FUNAI

A criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) data do início do século XX e visava tanto a proteção e integração dos índios à "civilização", quanto a fundação de colônias agrícolas que se utilizariam da mão-de-obra encontrada pelas expedições oficiais (Decreto nº. 8.072, de 20 de junho de 1910). Os indígenas eram, então, considerados como seres em estado transitório que deveriam tornar-se trabalhadores rurais ou proletários urbanos. Em 1918, o SPILTN foi separado do SPI.

Contudo, o SPI permaneceu com a premissa de integrar os indígenas "pacificamente". Em

1916, através do Código Civil e, posteriormente, em 1928, pelo decreto 5.484, a União estabeleceu a relativa incapacidade jurídica e o poder de tutela ao SPI com relação aos indígenas. Oliveira (1998), chamou a política estabelecida pela União de "paradoxo da tutela", visto que, por um lado, visava proteger as terras e as culturas indígenas e, por outro, determinava a transferência territorial e o aldeamento dos indígenas para liberar áreas destinadas à colonização e a imposição de alterações em seus modos de vida. Esse tipo de política manteve semelhanças com os aldeamentos missionários formados desde o século XVI (Souza Lima, 1987).

Souza Lima (1987), descreve o modo de atuação da SPI, de legado positivista, como de continuidade das premissas coloniais, o qual denominou de "tradição sertanista". Assim, práticas como a distribuição de presentes e de vestimentas e o ensino de instrumentos musicais ocidentais foram incorporadas à atuação do SPI. As expedições pelos sertões eram permeadas de valores como a coragem, a bravura e a disciplina militar, reforçando as imagens do explorador e do bandeirante. A produção de informações sobre as expedições era fomentada para subsidiar as atividades de conquista e exploração comercial dos territórios até então ocupados pelos indígenas, prática essa que foi de fundamental importância para o desenvolvimento da antropologia brasileira e para o fomento de coleções de cultura indígena que alimentariam museus no país e no exterior[5]. À frente de umas dessas expedições, estavam os irmãos Villas-Boas, que implantaram o Parque Indígena do Xingu[6]. Em 1961, quando da criação do Parque, as cabeceiras dos rios principais da região acabaram por ficar de fora do Parque. As nascentes passaram a servir muito mais às cidades, pastagens e plantações de soja do que aos indígenas.

Na década de 1940, foi instituído o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), formado por antropólogos como Darcy Ribeiro e Roberto Cardoso de Oliveira. O CNPI buscava atuar na formulação de políticas indigenistas, levando ao SPI premissas antropológicas que questionavam as práticas sertanistas. Ainda que o Conselho visse como um processo inevitável a integração dos indígenas, defendiam que o SPI não deveria fomentar esse processo.

Historicamente, o SPI foi um órgão que carecia de recursos para atuar. Diante desse cenário, foi comum o envolvimento de militares e trabalhadores rurais que não possuíam qualquer preparação ou interesse para o trabalho com os indígenas, colaborando para o aumento da precariedade desses povos, assolados pela fome, doenças e pelo trabalho escravo. Assim, em 1967, no início da ditadura militar, o SPI e o CNPI foram extintos e substituídos pela atual Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai)[7].

5 "A volta do manto tupinambá: como indígenas da Bahia retomaram peça sagrada que só era vista na Europa". Acesso em 11 de outubro de 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/15/a-volta-do-manto-tupinamba-como-indigenas-da-bahia-retomaram-peca-sagrada-que-so-era-vista-na-europa.ghtml.

6 O Território do Xingu se encontra na fronteira agrícola da Amazônia, região que está sob intensa pressão do agronegócio e de atividades ilegais ligadas à grilagem, exploração madeireira e desmatamento. A região abriga alguns dos principais municípios responsáveis pelas maiores taxas de desmatamento da Amazônia nos últimos anos (https://www.origensbrasil.org.br/xingu).

7 A Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai) é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério dos Povos Indígenas, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal (Brasil, 2023).

4. A FUNAI E A PERMANÊNCIA DA POLÍTICA DO SPI

Muito embora a Funai tenha sido criada com o intuito de sanar os problemas do SPI e, mesmo tendo sido pensada pelos intelectuais do CNPI, a entidade acabou por reproduzir as mesmas práticas. A criação da Funai, dada durante o período ditatorial, correspondia aos planos de expansão político-econômica para a região amazônica. Nesse sentido, as políticas indigenistas ficaram totalmente subordinadas aos planos ligados à defesa nacional, incluindo a expansão de terras, a construção de estradas e hidrelétricas e a extração de minérios, conservando políticas fortemente marcadas pela perspectiva assimilacionista.

O quadro funcional do SPI foi transferido para a Funai e, ainda que a Fundação tenha mudado de nome, sua estrutura deu-se nos mesmos moldes do SPI (Souza Lima, 2001). Permanecendo com poucos recursos, a Funai continuou a funcionar com profissionais que não atendiam às particularidades da temática indígena (Oliveira; Rocha Freire, 2006; Souza Lima, 2002). Sendo assim, a lei nº 6.001, aprovada em 1973, que criou o Estatuto do Índio que vigora até hoje, acabou por reafirmar as premissas que nortearam a atuação do SPI: de um lado, buscava integrar os indígenas utilizando-se, por exemplo, de missões religiosas. De outro lado, isolava e afastava os indígenas das áreas que possuíam interesses estratégicos. Essas ações eram efetivadas através de um monopólio tutelar que concentrava, de modo assistencialista, ações de saúde, educação, habitação e assistência social. Além disso, cooptavam as lideranças indígenas e limitavam o acesso de pesquisadores e organizações de apoio indígenas (Santilli, 1991).

5. A TERRA INDÍGENA DE DOURADOS E OS DANOS DECORRENTES DA POLÍTICA ESTATAL

A Terra Indígena de Dourados (TID) ocupa uma das maiores áreas do território do Mato Grosso do Sul, possuindo uma área de 3,6 mil hectares, registrando, segundo dados do último Censo (2022), a presença de mais de 12 mil indígenas:

Figura 1 - Reserva Indígena de Dourados - 2022



Fonte: Mota; Cavalcante, 2019.

A Reserva Indígena de Dourados (RID), criada pelo SPI em 1917, inicialmente, foi reservada para os indígenas Kaiowá. Nesse sentido, a criação de reservas relaciona-se, diretamente, à consolidação da propriedade privada dos não indígenas. Mota (2019, p. 266), salienta que "o recolhimento forçoso e violento dos índios para as Reservas, em especial à Reserva de Dourados, deve ser considerado como inerente às práticas colonialistas do SPI, ao impor outras formas de construir territórios". Segundo Lourenço (2019, p. 61), "na década de 1920, chegaram as primeiras famílias Terena, incentivadas pelo próprio SPI, que dentro da escala do processo "civilizatório", eram considerados um povo mais "evoluído" e poderia contribuir na incorporação mais acelerada dos Guarani e Kaiowá – na sociedade local/regional".

Esse processo de aldeamento passou a prejudicar a sobrevivência dos guarani-kaiowá na região, visto que:

> A política de criação de reservas e a colonização do território eliminaram, evidentemente, o acesso livre a áreas de caça, coleta e pesca, bem como impôs mudanças drásticas das técnicas agrícolas utilizadas pelos povos indígenas em questão. Se, de fato, até como sinal de resistência, jamais tenham abandonado completamente a caça, a pesca e a coleta, essas atividades se tornaram cada vez mais difíceis e vedadas pelos proprietários rurais. Ademais, a destruição ambiental provocada pela expansão da agropecuária inviabilizou que os Kaiowá e Guarani mantivessem tais atividades nos moldes tradicionais antigos, com isso tem-se mudanças não apenas na territorialidade, mas também em seus hábitos alimentares e a imposição de um quase que permanente estado de insegurança alimentar (Cavalcante, 2013, p. 35).

E, ainda:

> A vida em reserva perpassa pela total transformação da paisagem. A proximidade das casas, o amontoado de pessoas em poucos hectares de terra, a escassez de mata, rios e a obrigatoriedade do convívio coletivo entre kaiowá, guarani e terena, geraram uma série de processos de desarticulação interna que cortam o fluxo do parentesco, da solidariedade e do ritual e contribuem para que a alternativa religiosa, em especial, as igrejas neopentecostais sejam amplamente aceitas nas reservas do MS e reúnem participantes das três etnias (Seraguza; Cariaga, 2019, p. 254).

Além das mudanças ocasionadas nos modos de vida dos indígenas, o acesso à água se tornou cada vez mais difícil:

> Dificuldades na obtenção de água potável na Reserva Indígena de Dourados sempre foram uma constante, sendo a perfuração de poços uma necessidade permanente. A divisão de lotes por famílias foi imposta, promovendo o fracionamento territorial e familiar, pois se contrapunha às formas tradicionais de composição dos grupos locais que se aglutinavam em torno de parentelas (famílias extensas) em aldeias formando um *tekohá*, no caso dos Guarani (Lourenço, 2019, p. 63).

Assim, a RID passou a ser loteada, gerando profundas transformações na relação dos indígenas com o território:

> A Reserva se constituiu (constitui) como um território regulador das práticas territoriais dos Guarani e Kaiowá, impondo limites-fronteiras tecidas pela ideologia da "Ordem e do Progresso", da invenção do Brasil e dos brasileiros que implicava, necessariamente, na transformação do índio em não índio, ou, pelo menos, um índio melhor. Portanto, a Reserva é a expressão do *teko* vai (modo incorreto de viver) cujas práticas de territorialização impostas pelo SPI destoava das formas de produção dos *tekoha*, esse último enquanto território ideal à reprodução do *teko porã* (bem viver) (Mota, 2019, p. 267).

A partir dessa retrospectiva, constatamos que a política colonialista imposta, inicialmente pelo SPI e, posteriormente pela Funai, trouxe graves consequências para o povo guarani-kaiowá, pois:

> Tais práticas colonialistas do SPI fizeram da Reserva um território precário, com graves problemas espaciais como, por exemplo, falta de espaço físico necessário para o cultivo de roças (ou quando é possível implementá-las, ainda enfrentam desafios diante das implicações das políticas públicas de desenvolvimento nas Reservas, quase sempre contrastantes ao modo de ser e viver dos povos indígenas) e para a construção de moradias para as famílias (Mota, 2019, p. 268).

O desmatamento decorrente da atividade agropastoril e a crescente escassez de nascentes de água, tornaram o acesso aos remédios naturais praticamente impossível. O uso de agrotóxicos prejudica a qualidade da água que ainda resta, contribuindo para o desaparecimento de várias espécies de peixes, inviabilizando que os indígenas possam se alimentar da pesca. Percebe-se, portanto, que a omissão do estado brasileiro, aliada à ausência de reconhecimento das terras indígenas e a falta de perspectiva imposta aos indígenas, contribui para a ocorrência de outras

graves violações de direitos que os acometem no dia a dia, tais como o aumento do número de homicídios, suicídios, abuso de álcool e drogas, violência física e doméstica.

6. RETOMADAS E SITUAÇÃO ATUAL

A restrição de territórios e a alta densidade demográfica às quais os guaranis kaiowá têm sido submetidos, principalmente, nos últimos 100 anos, como vimos, impõe diversas dificuldades à manutenção do modo de vida tradicional Guarani e Kaiowá. Somado ao fracasso de muitas políticas do estado brasileiro e à demora na demarcação das terras indígenas da região, os Guarani Kaiowá, nas últimas décadas, têm realizado ações de reocupação de seus territórios tradicionais (*tekohás*), por meio das retomadas.

O Conselho Indigenista Missionário (CIMI) define a retomada como "um processo de luta dos povos indígenas por suas terras, cuja ocupação era originária. Para muitos povos, esse processo está relacionado à reafirmação de identidades étnicas que foram negadas devido à pressão e à violência do Estado e da colonização" (2022). Assim, os Guarani Kaiowá lutam pela retomada de cerca de 700 mil hectares em todo o estado do MS, o que corresponde a uma área total de 2% do estado, que possui 35 milhões de hectares.

A primeira tentativa de retomada ocorreu em 04 de janeiro de 2000, quando os Guarani-Kaiowá permaneceram durante dois dias no interior da propriedade de José Roberto Teixeira. Sob mediação da FUNAI, os indígenas aceitaram sair da propriedade, sob promessa de que seria realizado estudo para atestar a presença indígena na região, além de que o fazendeiro daria, em até 90 dias, cestas básicas para as famílias. No entanto, passado esse período e a não efetividade das promessas, os indígenas fizeram uma nova tentativa de retomada da área em 04 de abril do mesmo ano. Assim, os indígenas permaneceram por uma semana, até que a polícia e os fazendeiros forçassem sua retirada (Relatório Ti Guyraroká, 2002). Desde então, os guaranis-kaiowás tem retomado novas terras na região e seguem aguardando pelo estado brasileiro para regularização da situação. Ali, do outro lado da Rodovia MS 156, que passa por dentro da Reserva, são erguidos condomínios de luxo onde, somente o terreno, chega a custar, em média, 2 milhões de reais. Esses condomínios, então, concentram, basicamente, todo o acesso à água da região, deixando que os indígenas que ocupam as retomadas não tenham água sequer para o consumo próprio.

Conforme as retomadas avançam, avança também a contraofensiva dos fazendeiros da região, muitas vezes violenta, gerando ataques gravíssimos contra os guaranis kaiowá nos últimos anos. As milícias que atuam para o agronegócio, cometem assassinatos, tortura, ameaças e despejo de agrotóxicos sobre as terras das retomadas, além de dificultarem, ainda mais, o acesso à água.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos esse artigo, ressaltando os avanços obtidos no que se refere aos povos indígenas do Brasil nas últimas décadas. No entanto, ao longo do texto, expomos a continuidade e os retrocessos das práticas destinadas aos povos originários desde a invasão europeia. No âmbito legal, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha destinado um capítulo específico para os indígenas, a

principal legislação concernente a essa população segue sendo o Estatuto do Índio, aprovado em 1973, durante a ditadura militar. Mesmo 50 anos depois, a Lei 6.001 não foi substituída.

Ainda que, desde o início dos anos 2000, o país tenha vivenciado governos progressistas, foi só em 2009, após anos de ocupação pelos indígenas guaranis-kaiowás do Mato Grosso do Sul, que foi dada a posse permanente da Terra Indígena *Guyraroká*. Muitas outras retomadas aguardam a regularização da posse, sendo que a ausência de regularização impede que os indígenas residentes nas retomadas possam ser atendidos por instituições das áreas da saúde, educação e assistência social.

Finalmente, torna-se urgente que o plano de reestruturação da Funai, instituído pelo decreto presidencial nº 7.056 de 2012, seja efetivamente posto em prática, já que prevê a criação de Conselhos Consultivos, nos quais os indígenas e as organizações sociais participem diretamente da formulação, implantação e gestão das políticas públicas destinadas a eles. Em tempo, Decreto nº 11.839/2023, regulamentou a reserva de vagas para indígenas, assim como estabeleceu pontuação diferenciada para candidatos com comprovada experiência profissional com populações indígenas, no âmbito dos concursos públicos para o provimento de cargos da Funai. As novas regras já serão aplicadas no próximo concurso público que será realizado em 2024. Certamente, tanto a reestruturação quanto a reserva de vagas para indígenas podem ajudar a superar os impasses históricos que permeiam o órgão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. F. T. de. *O Projeto Kaiowá-Ñandeva*: uma experiência de etnodesenvolvimento junto aos Guarani-Kaiowá e Guarani-Ñandeva contemporâneos do Mato Grosso do Sul. Rio de Janeiro: UFRJ-Museu Nacional, 1991. 441 p. (Dissertação de Mestrado).

CAVALCANTE, T. L. V. Colonialidade e colonialismo interno: a política de criação de reservas indígenas no sul de Mato Grosso do Sul e algumas de suas consequências contemporâneas. In: MOTA, J. G. B.; CAVALCANTE, T. L. V. (Orgs.). *Reserva Indígena de Dourados*: Histórias e Desafios Contemporâneos. Ebook, São Leopoldo: Karywa, 2019.

LOURENÇO, R. A Reserva Indígena de Dourados: o derradeiro esbulho do patrimônio indígena. In: MOTA, Juliana Grasiéli Bueno; CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira (Orgs.). *Reserva Indígena de Dourados*: Histórias e Desafios Contemporâneos. Ebook, São Leopoldo: Karywa, 2019.

MELIÁ, B. Invenção e construção do Guarani. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro: SBPC, v. 15, n. 86, p. 57-61, nov./dez. 1992.

MOTA, J. G. B. Geografias Guarani e Kaiowá nas Relações entre a Reserva Indígena e a Cidade de Dourados. In: MOTA, Juliana Grasiéli Bueno; CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira (Orgs.). *Reserva Indígena de Dourados*: Histórias e Desafios Contemporâneos. Ebook, São Leopoldo: Karywa, 2019.

MOTA, J. G. B.; CAVALCANTE, T. L. V. (Orgs.). *Reserva Indígena de Dourados*: Histórias e Desafios Contemporâneos. Ebook, São Leopoldo: Karywa, 2019.

OLIVEIRA, J. P. (Org.). *Indigenismo e Territorialização*: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998.

OLIVEIRA, J. P.; ROCHA FREIRE, C. A. da. 2006. *A Presença Indígena na Formação do Brasil*. Brasília: SECAD/MEC; UNESCO; LACED/UFRJ, 2006.

SANTILLI, M. Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: *Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90*. São Paulo: CEDI, 1991.

SCHMITZ, P. I. El Guaraní en Rio Grande do Sul: la colonización del Monte y los frentes de expansión. *Estudos Leopoldenses*, São Leopoldo: Unisinos, v.18, n. 64, p.185-206, 1982.

SOUZA LIMA, A. C. de. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da proteção fraternal no Brasil. In: Oliveira, J. P. (Org.). *Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil*. Rio de Janeiro/ São Paulo: UFRJ/Marco Zero, 1987.

_____. Fundação Nacional do Índio (FUNAI). In: ABREU, A. A. de (coord.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*: pós-30. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

_____. *Diversidade Cultural e Política Indigenista*. Campo Grande: Tellus (UCDB), 2002.

SUSNIK, B. *Los aborigenes del Paraguay*: Etnohistoria de los Guaranies. Assunção: Museo Etnográfico Andres Barbeiro, 1982.

Recebido em: 01.12.2023
Aprovado em: 08.02.2024
Última versão dos autores: 12.02.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** a autora garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): ESTIVALET, A. G. A resistência Guarani-Kaiowá: da invasão europeia ao século XXI. **JURIS** - Revista da Faculdade de Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.16400

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Desvendando gênero no direito: representação política e o uso do institucionalismo feminista para o estudo jurídico

Leonardo Aires de Castro [1]
Secretaria da Educação de Goiás, SEE/GO, Brasil.
E-mail: leoairescastro@gmail.com

Jéssica da Silva Dantas [2]
Tribunal de Justiça de Goiás - TJGO - Goiânia/GO
E-mail: dantassjessica@gmail.com

Resumo: O objetivo deste artigo é debater o Institucionalismo Feminista como um instrumento de pesquisa e interpretação do Direito brasileiro. Gênero é uma categoria pouco examinada nos estudos jurídicos nacionais, concentrando-se nas áreas penal e civil, no que tange violência de gênero e direito de família. Todavia, os juristas podem e devem se beneficiar na ampla utilização desta estrutura analítica para compreender problemas negligenciados pela disciplina. Nos perguntamos, desse modo, quais ferramentas o Institucionalismo Feminista poderia fornecer ao Direito no intuito de acrescentar novas estratégias de compreensão da Justiça e do fazer jurídico. Para tanto, realizamos um amplo debate interdisciplinar, conceituando as Instituições, as diversas escolas do conhecimento institucionalista e pontuando que somente a partir de uma abordagem feminista é que o Direito conseguirá prosseguir como caminho da promoção da justiça social.

Palavras-chave: Gênero; Direito; Institucionalismo Feminista; Desigualdade.

Unraveling gender in law: political representation and the usage of feminist institutionalism for legal study

Abstract: The aim of this article is to discuss Feminist Institutionalism as a research and interpretation tool for Brazilian Law. Gender is a category that is seldom examined in national legal studies, focusing on criminal and civil areas, especially regarding gender violence and family law. However, legal practitioners can and should benefit from the extensive use of this

1Professor da Secretaria de Educação do Estado de Goiás. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Goiás (UFG) em 2015, graduado em Direito pela Una Catalão em 2022, Doutor e mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), especialista em Direito Eleitoral e Político pela CERS. Foi bolsista FAPESP de 2016 a 2022 em nível de mestrado e doutorado. É pesquisador do Laboratório de Estudos Políticos e Eleitorais (LEPE) da Universidade Federal de Catalão, no Núcleo de Estudos dos Partidos Políticos Latino-Americanos (NEPPLA) da Universidade Federal de São Carlos. Foi Pesquisador Visitante na Universidade de Cornell/EUA. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7840982484537748. ORICD: https://orcid.org/0000-0001-6278-6342. E-mail: leoairescastro@gmail.com

2 Especialista em Direito de Família e Sucessões, bem como em Direito Processual Civil. Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão (2016). Atuou como advogada sênior no Escritório de Assistência Jurídica da Instituição de Ensino UNA de Catalão e foi professora de Processo Civil e Práticas Jurídicas, além de coordenadora do curso de Direito e do NPJ na UNA - Catalão. Atualmente, é assessora de Juiz no Tribunal de Justiça de Goiás. ORCID: https://orcid.org/0009-0009-9060-2892. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3504374855501848. E-mail: dantassjessica@gmail.com

analytical framework to understand issues neglected by the discipline. We thus question what tools Feminist Institutionalism could provide to Law with the intention of adding new strategies for understanding Justice and legal practice. To this end, we conduct a broad interdisciplinary debate, defining Institutions, the various schools of institutionalist knowledge, and emphasizing that only through a feminist approach will Law be able to continue as a path for the promotion of social justice.

Keywords: Gender; Law; Feminist Institutionalism; Inequality.

Sumário: 1. Introdução. 2. O teto de vidro da representação política e jurídica do Gênero. 3. Neo-institucionalismo e Direito. 4. O Institucionalismo Feminista como Ferramenta para o Estudo Jurídico. 5. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre gênero tem ganhado destaque crescente nas Ciências Sociais e Sociais Aplicadas. É fundamental analisar como os papéis de gênero influenciam as estruturas judiciais e a prática cotidiana do Direito. Muitas pesquisas incorporaram a perspectiva dos estudos feministas na agenda jurídica, abordando temas como violência contra a mulher (CAMPOS; SEVERI, 2019; KARAM, 2006) e a atuação profissional de juristas mulheres (BONELLI; OLIVEIRA, 2020; SILVA; BERTOLIN, 2019), entre outros tópicos.

O campo do Direito, embora já familiarizado com o conceito de gênero, demanda inovações teóricas para impulsionar pesquisas sob perspectivas inéditas. Nesse sentido, buscamos debater o Institucionalismo Feminista como um instrumento valioso para os estudos jurídicos. Apesar de o termo ser conhecido, compreender seus desdobramentos e impactos é crucial para consolidar o Estado Democrático de Direito no Brasil, não apenas em debates sociológicos e políticos, mas, sobretudo, na interpretação das leis no cenário nacional.

O institucionalismo feminista é uma abordagem teórica que combina os insights do feminismo com os princípios do institucionalismo, uma corrente de pensamento na ciência política e sociologia. Esta abordagem se concentra na maneira como as instituições, sejam elas políticas, sociais ou econômicas, perpetuam as desigualdades de gênero e como podem ser transformadas para promover a igualdade. O institucionalismo feminista analisa como as normas de gênero são incorporadas nas estruturas e práticas institucionais, influenciando a formulação e implementação de políticas, a distribuição de recursos e oportunidades, e a representação e participação das mulheres. Ele busca entender não apenas as barreiras explícitas, mas também as sutis e muitas vezes invisíveis formas de exclusão e discriminação baseadas no gênero, propondo reformas que reconheçam e integrem perspectivas e experiências femininas em todos os níveis institucionais (ADAMS; SMREK, 2018; KENNY; MACKAY, 2009; MACKAY; KENNY; CHAPPELL, 2010).

A relação do Direito com o gênero e os estudos feministas é evidente não apenas na rotina dos juristas, mas também nas doutrinas, posicionamentos e decisões de magistrados, promotores, delegados, entre outros. A dificuldade em interpretar o Direito sob a ótica do gênero revela um

desequilíbrio teórico que afeta a hermenêutica jurídica. Esta, frequentemente dominada por um discurso masculino e uma interpretação que se pretende "neutra", negligencia as marcantes influências do patriarcado e machismo na sociedade brasileira. Desse modo, nos perguntamos como é possível articular o debate de gênero para melhor compreender a realidade jurídica brasileira.

Este artigo ensaístico é estruturado em seis seções: após a introdução, abordamos a representação política e jurídica das mulheres; analisamos os significados e implicações do termo "gênero"; exploramos o NeoInstitucionalismo e sua importância para o Direito; discutimos as contribuições do Institucionalismo Feminista para os estudos jurídicos e a interpretação das leis; e concluímos com reflexões sobre desafios e lacunas na compreensão jurídica brasileira, enfatizando a necessidade de uma abordagem mais profunda e abrangente.

2. O TETO DE VIDRO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E JURÍDICA DO GÊNERO

A representação política é um dos temas de maior relevância no cenário de estudos da Ciência Política e do Direito nacional e internacional. Não só por conta de seu grande valor no contexto político, como também seu indiscutível caráter insuficiente, necessitando a proposição de outras ferramentas para sua complementação. Sendo assim, para compreendermos de forma relacional o que tratamos sobre representação, democracia e identidade, iniciamos nossa abordagem a partir do clássico da representação política, escrito por Hanna Pitkin (PITKIN, 1967) “O Conceito de Representação”. Seu argumento opera dentro de uma lógica de mudança da representação como um conceito formal para um arranjo institucional público que garanta ações sociais que efetivamente represente o eleitorado. Logo, muito além de compreender as dinâmicas internas de uma instituição, é necessário também saber identificar como determinado modelo opera na lógica da transformação da imagem em representação da imagem.

A autora busca discutir as noções de representação, pontuando quatro modelos: formalístico; simbólico; descritivo, e; substantivo. Cada qual opera dentro de uma forma específica de troca de capital político e de ação política. Ou seja, em cada um desses conceitos há uma forma de encarar como ocorre a representação e como ela implica em resultados práticos para o eleitorado. Não se trata, portanto, de um modelo prático imediato, e sim tipos ideias que operam dentro de uma conjuntura de possibilidades e ações reais. Eles decvem ser analisados como categorias de análise. Há de ressaltar que outros modelos de representação foram desenvolvido desde a obra de Pitkin, mais complexos e que abordam conceitos contemporâneos de representação política, mas não farão parte da análise (MANSBRIDGE, 2011).

Pitkin compreende que a visão formalista é aquela em que, em termos gerais, a “autorização” se caracteriza como o alicerce da representação. Logo, os representados autorizam os representantes a os representarem, por algum canal de validação (eleições) e somente por meio dele. Logo, nesse perfil a representação é uma mera ratificadora de interesses. Ela é compreendida pela autora a partir de duas vertentes, a da autorização e da *accountabillity* que se fundamenta na prestação de contas do incumbente na eminência de um novo período eleitoral, ou durante seu mandato como um todo. Segundo Loureiro, ao analisar as considerações da autora em razão da visão formalista:

> Na visão formalista, inclui-se tanto a representação por autorização prévia, originária de Hobbes (para quem o representante é aquele que recebeu uma autorização para agir por outro) quanto a representação por responsabilização a posteriori (originária do pensamento liberal), na qual a essência da representação é a accountability ou responsividade do representante (LOUREIRO, 2009, p. 67).

No histórico debate sobre representação, a visão formalista é sempre manejada como o modelo mais apropriado para exercer a dinâmica política, ou ao menos, a mais simplificada e "justa", advogando em um sentido liberal da discussão. Vale apontar, todavia, que do ponto de vista institucional esse modelo é de grande valia ao buscarmos relações causais entre a escolha do agente político e a orientação do seu eleitorado, visto que podemos medir o sucesso daquela ação a partir da continuidade eleitoral ou não do político no próximo pleito. É por isso que, em grande parcela de trabalhos da escolha racional, tal modelo de representação é indicado.

Em relação a lógica formal, Pitkin nega esse tipo de representação, pois identifica não haver indícios que ela venha a compreender as nuances representativas, passando a defender uma postura mais substantiva, em que o representante age por algo (acting for) e defende algo (standing for) (PITKIN, 1967). Essa visão substantiva, na interpretação de Loureiro (2009) busca indicar uma determinada orientação de substituição e ação que, prescindindo da presença real do indivíduo e de seu grupo, o representante passa a agir e defender o que beneficia seu eleitorado. Essa defesa perpassa por um critério subjetivo do próprio eleito que estrutura as políticas públicas dentro do espectro de aceitação e possibilidade que possa ser admissível pela sua comunidade e, consequentemente, motor de uma reeleição, o que será chamado de representação substantiva, analisada logo mais.

A representação simbólica denota uma inversão de sentido, na medida em que é o representante que gera e reforça as imagens e ações assumidos pelos representados, sendo a relação entre A (representado) e B (representante) enfatizada pelo seu contrário, chegando-se ao limite, como ressalta a autora, às experiências totalitárias e fascistas. Ou seja, o símbolo é o que interessa. Essa será de extrema importância no último capítulo dessa tese, uma vez que alternativas populistas de extrema direita conduzem a representação para essa dimensão. Isso porque retoma questões sobre formas de se fazer representar por meio de simbologias construídas por mitos e cerimônias, necessárias para confecção de governos populistas. Conforme destaca Loureiro:

> Com relação à representação simbólica, esta produz uma das condições da representação requeridas por Pitkin: a atividade. A representação simbólica se funda em um "estado de mente" de satisfação ou crença dos governados na pessoa do líder e, nela se efetuam a identificação e o alinhamento de vontades entre governante e governado. O representante é ativo como produtor de símbolos, fazendo-se um líder aceito. Todavia, Pitkin rapidamente percebe que isso não pode ser representação e afirma que a representação simbólica tem pouco a ver com um "adequado reflexo da vontade popular" e, no limite, pode se transformar em uma teoria fascista de representação – "a representação pelo Führer" (LOUREIRO, 2009, p. 69).

Já a representação descritiva é defendida por aqueles que observam a discrepância

representativa das minorias sociais e afirmam haver a necessidade de implantar medidas que garantam as vozes e o acesso desses grupos minoritários nas esferas do poder, representando a sociedade em toda sua diversidade, ocupando a política com indivíduos que refletem as características de grupos. Para Pitkin (1967), porém, essa representação não consubstancia o foco necessário, qual seja, a substancia de quem representa, pois, ao atrelar o modelo apenas no espalhamento das diferenças constitutivas de grupos distintos, o conteúdo não necessariamente condiz com a descrição, criando um espelho que reproduz apenas a aparência, mas não as vontades e os anseios daqueles que deveriam estar ali, presentes. Em resumo, para a autora a representação descritiva não gera representação substantiva.

Assim, a autora entende que a identidade não é uma característica objetiva, observável como o sexo ou a cor. A identidade é uma construção mais profunda, complexa e imbricada em valores que transpõe a mera associação de características. Para ela, construir identidade demanda históricos, tensões, estruturas sociais que conjugue uma série de fatores. Portanto, para a autora a representação descritiva seria uma forma superficial de compreender o problema da própria representação (PITKIN, 1967; SACCHET, 2012).

Segundo Mansbrigde, representação descritiva significa a representação de si mesmo, de certas características que formam o indivíduo e constroem um determinado senso de grupo, seja ele qual for. Logo, para ela, mulheres serão representadas por mulheres na política. Ainda, segue:

> Poucos analistas notaram que a palavra representação pode denotar não apenas características visíveis, como a cor da pele ou gênero, mas também experiências compartilhadas, de modo que um representante com formação em agricultura é, até certo ponto, um representante descritivo de seus constituintes agrícolas. Esse critério de experiência compartilhada, que se pode razoavelmente esperar promover a representação precisa e o compromisso de um representante com os interesses constituintes, tem uma longa história na cultura popular e até no Direito. Residentes de longa permanência em uma cidade muitas vezes argumentam por escolher nomear alguém nascido na cidade com base na premissa implícita de que a experiência da vida aumenta as experiências comuns do representante e o apego aos interesses dos constituintes. Argumentos semelhantes aparecem contra os "patrocinadores" nas legislaturas estaduais. A Constituição dos Estados Unidos exige até que um presidente da nação nasça nos Estados Unidos. "Ser um de nós" supostamente promove a lealdade aos "nossos" interesses (MANSBRIGDE, 1999, p. 629)[3].

A autora também discute as críticas sobre o modelo descritivo, apontando que Irene Diamond (1977), ao analisar um dos maiores redutos legislativos de mulheres nos EUA, em New Hampshire, compreende que a maior quantidade de mulheres não necessariamente leva a uma maior qualidade na representação dessas na política, vinculando essa dissociação pela trajetória daquelas que ocupam as cadeiras legislativas. Ou seja, as conclusões de Diamond indicam que a

3 Original: Few commentators have noticed that the word "descriptive" modifying representation, can denote not only visible characteristics, such as color of skin or gender, but also shared experiences, so that a representative with a background in farming is to that degree a descriptive representative of his or her farmer constituents. This criterion of shared experience, which one might reasonably expect to promote a representative's accurate representation of and commitment to constituent interests, has a long history in folkways and even in law. Long-term residents in a town often argue for electing to office someone born in the town on the implicit grounds that lifetime experience increases the representative's common experiences with and attachment to the interests of the constituents. Similar arguments appear against "carpetbaggers" in state legislatures. The United States Constitution even requires that a president of the nation be born in the United States. "Being one of us" is assumed to promote loyalty to "our" interests (MANSBRIGDE, 1999, p. 629).

crença de que quanto mais mulheres acessem a política levará a um incremento na estrutura social de direitos, não possui lastro cientifico, uma vez que não se trata apenas da presença dessas, mas sim da qualidade (DIAMOND, 1977).

Mansbrigde (1999), no entanto, vê as críticas frente o respectivo modelo pautado em um erro conceitual. Para ela, existem duas formas de representação descritiva: a primeira compreende um microcosmo representativo que, nas palavras de Pitkin, só poderia ser alcançado com uma espécie de loteria que selecionaria as pessoas randomicamente, a fim de escolher entre os grupos "espelhos" aqueles que iriam representar. Essa seleção “sacrificaria” o desempenho em prol da igualdade que, simultaneamente, aumentaria a representação de grupos específicos excluídos e diminuiria a capacidade organizacional e estratégica, por um suposto grupo menos qualificado. É por isso que para contrapor a representação descritiva, alguns autores cunharam o infame ditado que diz: “Ninguém argumentaria que idiotas deviam ser representados por idiotas[4]”.

Essa crítica se alicerça na tese de que grupos minoritários são profundamente heterogêneos, tendo em vista que suas perspectivas de mundo são ditadas por questões plurais, multifacetadas e que apenas uma característica não seria suficiente para solver os problemas da representação. Ou seja, questões como cor, classe social, sexo, etnia, gênero e afins seriam inconciliáveis a nível microcósmico, invalidando qualquer tentativa de representação espelho (SACCHET, 2009). Essa perspectiva repreende o que eles chamam de atitude essencialista, ou seja, a compreensão de que uma característica possa ser objetiva e designar um grupo inteiro dentro desses limites não razoáveis.

A outra forma, mais seletiva, cria mecanismo institucionais que facilitaria o acesso de grupos que por algum motivo não conseguem alcançar a representação pelas estruturas originais. A forma seletiva da representação descritiva se baseia em questões de desigualdade material, social, histórica, que por algum motivo diminui a capacidade de acesso de determinados grupos. Ao contrário do que os críticos da representação descritiva defendem, não estaria selecionando pessoas menos preparadas, mas sim os melhores preparados dentro das respectivas desigualdades institucionais (MANSBRIGDE, 1999, p. 629).

Por fim, a representação substantiva compreende uma organização entre o eleito (ou candidato) e o eleitorado, em muito similar aos moldes formalísticos, de forma que o primeiro busque representar o segundo dentro de experiências e perspectivas em comum, carregando consigo não somente a sua própria orientação, mas conjugando uma diversidade de visões de mundo do seu eleitorado (PITKIN, 1967). Essa definição é melhor explorada por Sacchet:

> A representação substantiva é o modelo de representação defendido por Pitkin. Sua definição é similar à de Edmund Burke e John Stuart Mill, quando afirma que os representantes não devem ser constrangidos pelos representados. Em sua opinião, a representação implica que o representante deve ter certo grau de liberdade para agir, porém não deve estar persistentemente em contradição com os representados. Ao mesmo tempo, agir pelos representados não significa que os representantes apenas exerçam a representação quando estiveram de acordo com as suas vontades. Pelo contrário, liderança e ações emergenciais em assuntos sobre os quais as pessoas sabem pouco ou nada seriam importantes funções do governo representativo. Isso seria a própria essência da representação. No entanto, sob condições normais, os desejos dos representados e as ações dos representantes deverão

4 "No one would argue that morons should be represented by morons" (Pennock 1979)

> convergir. Pitkin define representação como "agir pelo interesse dos representados, de forma a ser responsivo a eles". O sistema representativo deveria ser responsivo às opiniões públicas, exceto quando o não ser responsivo fosse justificável com respeito à própria defesa do interesse público. Este modelo de representação é, em grande medita, acolhido por muitos autores contemporâneos (SACCHET, 2012, p. 412).

A discussão, então, baliza-se entre a representação descritiva e substantiva, uma vez que dividimos os teóricos entre aqueles que não compreendem a necessidade da presença dos indivíduos de determinados grupos no parlamento, visto o caráter público dos interesses da sociedade, prescindindo de um parlamento espelho. Phillips (PHILLIPS, 2001) compreende que, mesmo que a regras institucionais se assumam neutras, claramente respondem a preceitos de grupos no controle, que fundaram a instituição e, portanto, garantem uma realidade promotora de desigualdades quando ocupadas por grupos que não deveriam, originalmente, estarem ali. Aqui, é importante retomar a lógica que baliza o Institucionalismo Feminista, uma vez que as instituições são, essencialmente, masculinas e repelem ou criam obstáculos dificilmente superáveis a presença de mulheres.

Essa dicotomia entre ideias (representação substantiva) e presença (representação descritiva) é posta pela autora como uma discussão infrutífera, visto que suas oposições não garantem uma solução do problema sobre representação. A partir disso, Phillips (PHILLIPS, 1998) em seu livro "The Politics of Presence" acredita que a interlocução desses modelos pode articular uma melhor abordagem para o fortalecimento das alternativas dentro da representação política. O que devemos compreender é que não existe igualdade entre os grupos e as diferenças não devem ser simplificadas a partir de uma discussão de presença/ausência e muito menos entregues a concepção pura da democracia liberal em razão das ideias.

Observa-se que os pressupostos liberais de igualdade e neutralidade escondem uma perversa preferência moral aos indivíduos que mais se aproximam daqueles que as criaram[5]. Sacchet identifica na literatura duas formas de contrapor o universalismo liberal. O primeiro perpassa pela afirmação de uma identidade feminina que ressalta as diferenças entre homens e mulheres, advogando em favor de uma política particularista de atenção e promoção aos direitos femininos. O segundo busca uma conciliação entre o particularismo e o universalismo, na perspectiva de conter o avanço de estereótipos que possam prejudicar a luta das mulheres (SACCHET, 2012).

Importante constatar que Mansbridge (1999) concorda com a tese de Pitkin (1967) que identifica como principal objetivo da democracia representativa é representar os interesses substantivos, por meio de funções deliberativas e agregativas. Para a primeira autora, processos deliberativos são aqueles orientados pela diversidade social, partindo da conjunção de vários grupos distintos a fim de produzir uma política pública para o bem comum, enquanto o processo agregativo perpassa pela conciliação dos conflitos entre esses grupos. Contudo, ainda assim Mansbridge diverge quanto o modelo, pontuando que o descritivo tem pressupostos que garantiriam a conjunção desses processos com maior eficiência.

5 Dessa forma, homens brancos, de classes abastadas estão seguros dentro do parlamento, enquanto mulheres sequer possuíam o direito de banheiros próprios nos corredores da Câmara do Deputados, ou de se vestirem conforme desejavam, e até mesmo, levar seus filhos em estágio de amamentação, sem que sejam hostilizadas pelos seus corpos.

O modelo substantivo, compreendido por Pitkin, encontra obstáculos teóricos, conforme aponta Loureiro (2009). Um dos mais relevantes é a tentativa de afastar seu modelo substantivo do cerne da representação, qual seja, a condição de referentes para o ato de representar. Se para ela o papel do representante é criar interesses comuns descolados do eleitorado, sua definição recai na mesma da visão formalista e empenha uma necessidade intrínseca de responsividade.

Em adição a essas considerações e para definir um melhor entendimento da categoria representação, Marion Young (YOUNG, 2006) considera que a representação esteja envolta de três sentidos distintos: interesses, opiniões e perspectivas. Enquanto os dois primeiros estariam submetidos a concepções limitadas de representação, o terceiro obteria uma criteriosa estrutura em que o representante agiria de forma independente, mas atrelado as perspectivas de seus eleitores, uma vez que estaria devidamente interconectado por questões que transcenderiam as representações descritivas, formais e simbólicas. A questão central da perspectiva responde a uma lógica de pertencimento que não está vinculada necessariamente ao engessamento de uma visão, a estática de um posicionamento. Sendo assim, uma perspectiva social garante que diferentes opiniões e interesses façam parte de um mesmo grupo que compartilhe experiências que os consubstancie. Ou seja, as mulheres deputadas não compartilham os mesmos valores políticos, mas sim uma trajetória histórica que as reuni, dentro dos limites de classe social, etnia e outros recortes, em um espectro mais aproximado.

Essa pluralidade de perspectivas seria de importância impar para construir uma plataforma que abarcaria uma série de interesses e opiniões, dentro de visões de mundo distintas, mas perpendiculares entre si. Dessa forma, uma mulher negra de classe baixa, LGBT+, teria interconexões com mulheres brancas, homens de classe baixa, negros, indivíduos não-binários e afins. Não necessariamente pertenceria aos mesmos grupos, representaria as mesmas bandeiras, mas sim, conjugaria uma diversidade de valores que congregaria algumas perspectivas em comum. Young (2006), ao desenvolver sua tese sobre perspectivas, é criticada por querer criar uma espécie de democracia por grupos que segregaria e tornaria instável a própria democracia, uma vez que, segundo Mouffe (MOUFFE, 2005), essa busca pela particularização não faz parte do cerne da democracia, insurgindo-se contra a representação por perspectivas. Contudo, Marion Young (2006) se defende das críticas ao compreender que múltiplos posicionamentos não necessitam vir de um amplo número de pessoas, visto que não é saudável para a política esse reducionismo individualista que compreende cada história como única e, portanto, não pertencente a um grupo[6].

Toda essa discussão compreende um emaranhado teórico profundamente relevante que nos leva a questionar qual perspectiva melhor atende os interesses do eleitorado. E a partir disso é que temos paradoxos insolúveis, condutores de um debate sobre bem público e democracia que aspira e se sustenta dentro da filosofia política. Como não pretendemos caminhar para além da ciência política, temos aqui, assim, modelos de análise para o funcionamento do sistema representativo que desejamos observar. Não raro, temos trabalhos que buscam justamente explorar a congruência entre eleitor e eleito, pressupondo uma ou outra forma de representação como estrutura teórica.

6 Pelo contrário, para autora quanto mais específico uma trajetória, mais perspectivas angariadas ao longo do caminho e, logo, mais pressupostos políticos em comuns com vários grupos. Assim, uma mulher, asiática, pobre, da periferia do Estado do Amazonas, LGBT+, deficiente física e de esquerda, teria uma conjunção de valores em comum com uma enorme quantidade de grupos.

No contexto da nossa pesquisa, é importante compreender os modelos de representação para podermos, então, pensar como atuar na realidade política a fim de alargar o espaço representativo das mulheres. E esse debate possui um impacto importante na realidade quando tratamos de políticas públicas para tal interesse.

Portanto, outra questão suscitada por Mansbrigde (1999) e relevante para essa pesquisa é que modelos representativos se comunicam entre si. Sendo assim, a discussão não compreende apenas uma visão do que é melhor para a democracia representativa e sua nova era, conforme Manin (2012) advoga, mas sim para diagnosticar justamente aquilo que o autor chama de transformação do governo representativo. Ao longo dos anos, com as mudanças institucionais e os processos de adoção a determinadas políticas, revelaram modelos híbridos funcionais ou não pelos países democráticos, que modificam a relação entre representantes e representados. Essa reestruturação garante perspectivas de análise comparativa que conseguem quantificar qual organização possui maior efetividade para ampliar o acesso de minorias sociais na política, mais especificamente, mulheres e não brancos.

A suposta crise da democracia, ou sua transformação, como preleciona o autor, parte para uma abrangência de novas formas de se fazer representar e atuar. Por um lado, temos a participação, pontuada como nova modalidade que força a transformação do governo representativo contemporâneo. Em outro aspecto, temos a reformulação dos próprios mecanismos institucionais, visando a ampliação do espaço representativo, ou a supressão dele contra minorias sociais que divergem do governo.

São duas as vertentes adotadas por uma variedade de teóricos sobre projetos para a ampliação da participação de grupos minoritários. Logo, temos a consolidação de mecanismos de participação, a fim de instrumentalizar as vozes desses nos debates sobre política pública e também, temos os autores que argumentam em favor de mudanças institucionais que garantam espaço decisório, focando principalmente no instrumento das cotas. Sacchet indica alguns argumentos em relação ao último ponto:

> São quatro os principais argumentos utilizados em favor das cotas (ou do aumento na presença de mulheres em cargos político-decisórios), os quais coincidem com as perspectivas apresentados por Pitkin sobre os tipos de representação. Eles são: 1) argumento pelo simbolismo de um aumento no número de mulheres na política; 2) argumento por justiça, por meio do qual é afirmado que não é justo que, sendo as mulheres mais ou menos 50% da população, os homens monopolizem as decisões políticas; 3) argumento da diferença, que considera que as mulheres são diferentes dos homens, mais éticas e honestas, e que podem contribuir para mudar a política; e 4) argumento pela importância da experiência de vida, visto que as mulheres tendem a ter experiências de vidas distintas dos homens e podem tornar o processo político mais representativo dos interesses e das perspectivas de setores sociais mais amplos (SACCHET, 2012, p. 416).

O simbolismo por trás do aumento de mulheres na política é questionado e posto como irrelevante para alguns autores. Contudo, Sacchet (2012) aponta como o incremento representativo pode vir a ter um impacto social, amenizando o distanciamento das mulheres dos cargos decisórios, alterando o campo político e reestruturando a balança de poderes entre os sexos. O segundo argumento, sobre justiça, utiliza-se dos próprios preceitos liberais para questionar o porque da

imensa desigualdade representativa de mulheres, visto que, se iguais e neutras as instituições, qual motivo de tamanha distorção representativa entre os sexos. Em análise da produção nacional sobre desigualdades representativas das mulheres, podemos notar que não é por falta de interesse eleitoral feminino, mas sim constrições institucionais que impedem o acesso dessas minorias sociais ao legislativo e na arena decisória.

O terceiro argumento, sobre identidade**,** não encontra embasamento suficiente e ainda, pode ser utilizado para subverter direitos femininos e homogeneizar um grupo altamente heterodoxo. Pois, ao identificar mulheres como cuidadoras, mães e, portanto, essas angariam atributos distintos dos homens e que as tornam aptas para exercer influência em assuntos "domésticos", estaríamos relegando-as a um complexo de identidade muito superficial, comprometendo, segundo Miguel (MIGUEL, 2001), o processo de dinamização do gênero. O quarto argumento e muito importante para nossa pesquisa, é que as experiências femininas e o lugar de onde elas adquirem e experimentam uma realidade radicalmente diferente da masculina, perfaz uma construção de identidade muito bem delimitada e propícia para a representação dos interesses de seu grupo e a construção de uma agenda política.

Uma das principais críticas as cotas e, portanto, a representação descritiva é sobre a questão do essencialismo, anteriormente relatado. Promover uma identidade feminina que atravessa as mulheres e que resulta em uma representação linear de interesses é arbitrário. Pois, segundo aqueles que se fiam a essa perspectiva teórica, a principal objeção seria: essas mulheres realmente nos representam? Isso porque não existe o sujeito "mulher", mas sim uma construção do que é ou deva ser, e ao consentir a primeira colocação, subjugamos uma diversidade incontável de indivíduos a determinadas “formas” que não atendem as suas perspectivas.

A resposta a essas críticas se alicerça no cerne da perspectiva social que enriquece a representação. Segundo Kate Nash (NASH, 2001), é importante nos fiarmos a estratégia política, visto que ao adotarmos cotas e mecanismos que aumentem o acesso de mulheres, por mais que não saibamos o que "ser mulher" significa, é melhor aproveitado a pulsão estrutural da mudança. Nesse embate, é mais importante enfrentar os problemas do essencialismo quando existem, de fato, mais mulheres no parlamento e assim, experimentar o que igualdade realmente significa em um pequeno aspecto da vida política.

Entretanto, existe uma dificuldade primordial com esta literatura: é que a mesma se trata de instancias eleitorais, em que a representação responde a certa *accountability* entre eleitorado e representante. E quando as instituições que estamos analisando não utilizam o critério eleitoral como dispositivo de seleção dos seus integrantes? É possível falar sobre representação nestes casos? A presença ou ausência de mulheres nos tribunais, nas delegacias, em cargos jurídicos de grande relevância, também dizem respeito a lógica da representação, mas está intimamente fundamentada no critério Instituição. Ou seja, para compreendemos as dinâmicas representativas dentro destas estruturas, precisamos compreender os modos de investiga-las e operar no sentido de adicionar uma lente de gênero no exame científico.

No entanto, antes de nos aprofundarmos nos estudos institucionalistas, é essencial definir como interpretaremos "Gênero", um termo em constante disputa semântica que embasa discursos políticos e jurídicos fervorosos, tanto favoráveis quanto contrários. Em muitos casos, as

controvérsias surgem sem sequer levar em consideração a intenção original da pessoa que cunhou o termo.

3. DESVENDANDO GÊNERO: CONCEITOS E IMPLICAÇÕES

Gênero se tornou mais que um conceito nas últimas décadas, solidificando-se como uma bandeira política a ser defendida ou combatida. As forças políticas encontraram nesta palavra um refúgio semântico importante no século XXI, uma vez que as políticas públicas passam, cada vez mais, pela necessidade de adequação a categorias diversas, que implicam identidade de gênero. Contudo, o significado deste termo é complexo e reiteradamente distorcido para alimentar preconceitos e fortalecer discursos segregacionistas e de ódio contra grupos minorizados em geral (DONÀ, 2021; FALUDI, 2001).

Entretanto, o que é gênero? Podemos percorrer um longo percurso para determinar o significado deste substantivo, mas é consenso no debate acadêmico que o seu uso cientifico ocorreu dentro dos estudos da Psicologia, na década de 50. Para as Ciências Sociais, foi somente anos depois do trabalho seminal de Simone Beauvoir (BEAUVOIR, 1970), o Segundo Sexo, que o termo começou a ser empregado. Vejamos, mesmo sem operacionalizar o conceito, a autora francesa foi responsável por sua construção teórica a pontuar o processo social de formação da "mulher".

Contudo, gênero se solidifica como uma lente de observação científica a partir da terceira onda do feminismo, principalmente nas incursões do movimento Queer. Em 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, o conceito é fortemente indicado como uma plataforma estruturante de políticas públicas. Ao reconhecerem os Direitos Sexuais e Reprodutivos como pertencentes aos Direitos Humanos, uma forte reação conservadora se estruturou, principalmente nos Estados Unidos, cunhando o termo "ideologia de gênero", uma deturpação teórica responsável por atrasos fundamentais patrocinados por grupos políticos conservadores em todo o mundo.

Gênero pode ser considerado a partir de duas dimensões, uma categórica e a outra processual. A primeira compreende a identificação sobre as identidades de gênero, as colocações e pontuações em razão de uma existência múltipla. É a partir desta categorização que podemos averiguar as diferenças entre preferencias e comportamentos, assim como debatido no excerto abaixo:

> Como categoria, ela constrói um entendimento referente a um "mapeamento multidimensional de identidades, valores, convenções e práticas socialmente construídas, fluidas e politicamente relevantes". Ao operacionalizar gênero como categoria, podemos delinear contextos específicos nos quais comportamentos, ações, atitudes e preferências femininas e masculinas, por exemplo, resultam em fins particulares. Exemplos dessa categorização se manifestam ao analisarmos como discursos feminilizados podem ser utilizados para amenizar recepções negativas em casos de mortes em guerras, ou mesmo analisar ausência de uma performance feminina em determinada instituição a fim de conceituar a performance masculina (BECKWITH, 2005 apud DE CASTRO, 2022).

Já como processo, gênero é fundamental para diagnosticarmos as relações de poder entre todos os componentes que integram as instituições. Para este artigo, o termo instituições terá o

maior destaque, visto que é por meio estas estruturas que podemos visualizar, no Direito, com clareza ímpar, a dinâmicas desiguais de poder entre os gêneros.

> Gênero como processo, segundo a autora, articula as estruturas dentro de uma aparente neutralidade que opera em fatores que facilitam ações e mecanismos para um dos gêneros (masculino) e dificulta para os demais**. Logo, ser homem ou mulher dentro de um contexto institucional gera consequências distintas, tais como acesso a cargos eletivos, posições de liderança e poder no Executivo e Legislativo, ou como suas propostas legislativas são encaradas dentro do cenário político.** A análise reside em como a diferença entre os gêneros impacta um resultado diferenciado. Mesmo que essas estruturas possam ser subvertidas dentro de práticas informais, ou na adoção de procedimentos formais conquistados pelos grupos prejudicados, como cotas eleitorais e partidárias, o cerne da desigualdade está centrada no processo pelo qual a instituição faz o ator agir. (BECKWITH, 2005 apud DE CASTRO, 2022).

Com este sucinto entendimento sobre a aplicação neste trabalho da palavra "Gênero" podemos proceder para os estudos institucionalistas que nos auxiliaram a expandir nosso conhecimento jurídico.

4. NEO-INSTITUCIONALISMO E O DIREITO

O neo-institucionalismo foi, em um primeiro momento, formado por três escolas distintas, a Histórica, Escolha Racional e Sociológica (ou Organizacional). Cada qual possui ferramentas para lidar com as instituições, que por sua vez são caracterizadas por modo diverso dentro de cada escola. Esta corrente teórica nasce como resposta a uma consolidação dos estudos behavioristas na Ciência Política, contrapondo os aspectos comportamentais com as formações estruturais dos organismos institucionais examinados. A partir da popularização destes mecanismos investigativos, novas abordagens surgiram, seguindo os preceitos básicos do neo-institucionalismo, tendo como exemplo o Institucionalismo Discursivo e, o fundamental para este ensaio, o Institucionalismo Feminista. Todavia, é necessário compreender o impacto das três primeiras escolas no campo de pesquisa jurídica.

O Neoinstitucionalismo Histórico observa que o momento de criação das instituições vai balizar todo o processo de construção, reforma e mudança interna, uma vez que aspectos originários só deixam de exercer influência quando são completamente retirados, ou seja, a partir da criação de uma nova instituição. Para o Direito, esta escola fornece ferramentas para analisar como as estruturas institucionais respondem a incentivos legais, ou como leis e regulamentos externos e internos interferem nas ações dos atores envolvidos. Como exemplo emblemático dessa aplicação teórica, temos o trabalho de Souza (SOUZA, 2018), que ao tratar do processo de consolidação da Ordem de Advogados do Brasil, analisou os aspectos históricos da instituição que vinculavam as escolhas dos agentes internos na solidificação do organismo.

> O neo-institucionalismo histórico debate os caminhos da instituição atrelados a sua história, ou seja, eventos são dispostos por meio de trajetórias inauguradas na origem da organização (PIERSON, 2004). Dessa forma, os estudos que se filiam a essa abordagem buscam responder as "grandes questões" sobre instituições, como elas são criadas, como os atores que estão ali presentes são prejudicados ou beneficiados pelas estruturas

> internas e externas. Para essa escola, as instituições são portadoras da história e, dessa forma, estaria sempre em movimento, tomando rumos pré-determinados por sua gênese ou sendo recriadas no próprio fluxo temporal de suas sobrevivências (DAVID, 1994). A partir do *path dependence*, ferramenta de análise histórica desse neo-institucionalismo, os pesquisadores buscam compreender o contexto histórico sob o qual determinada organização foi originada e passa, então, a estudar suas permanências e mudanças a partir desse caminho inaugural, que determinaria os rumos do projeto inicial (EBBINGHAUS, 2005, DE CASTRO, 2022, p. 35).

O Neoinstitcionalismo da Escolha Racional é, dentre as três escolas, a com maior predominância no Direito, principalmente na esfera processual, uma vez que as instituições conformam regras e informam os agentes que participam do jogo jurídico sobre as suas regras, sendo que estes jogadores passam a agir no intuito de maximizar seus ganhos ou minimizar as suas perdas. O indivíduo age racionalmente, comprometendo-se com as regras formais e informais, objetivando o melhor controle de seu espólio. Por exemplo, a ação em um processo judicial dependerá de compreensões sobre o próprio jogo processual: quais as orientações deste ou daquele juízo em relação ao tema controverso; como controlar os prazos a seu favor; há possibilidades de conciliação ou acordo extrajudicial; e outros tantos questionamentos fundamentais para uma correta orientação processual.

> O neo-institucionalismo da escolha racional (NIER) busca compreender as relações na microesfera, ou seja, as trocas entre atores racionais que buscam, conscientemente, maximizar seus ganhos, controlando suas perdas. Dessa forma, instituições se fortalecem quando atores importantes conseguem reter mais benefícios (WEINGAST, 2002). A atenção às maneiras que os indivíduos realizam suas ações e como essas se conectam com as macroestruturas institucionais são os principais objetos de pesquisa dessa escola. Em termos gerais, parte-se do pressuposto que um ator institucional reúne informações do jogo político e, assim, toma suas decisões tendo como base a interação desse conhecimento com os seus próprios interesses, buscando a maximização dos ganhos e a resolução dos conflitos de maneira menos custosa (TSEBELIS, 1998).

Por fim, o Institucionalismo Sociológico ou organizacional possui pouquíssima capilaridade dentro da área jurídica, uma vez que foca em estruturas macro das instituições e análises comparativas. Nesta escola as instituições são observadas como entes socialmente interligados, que reproduzem conceitos da sociedade nas armações investigadas. Símbolos, mitos, ritos e o isomorfismo (cópia de instituições por outros países, empresas, grupos e afins) solidificam entendimentos sobre os procedimentos de reforço e reprodução da legitimidade institucional. Todavia, os estudos organizacionais do Direito buscam fundamentar a origem da Lei na contemporaneidade, apontando a visível replicação de estruturas institucionais legais em diferentes países, gerando diversas lógicas de reprodução que deformam ou aprimoram as leis, a depender do contexto cultural observado.

> Essa abordagem teórica se vale do estudo da formação institucional por meio da cultura de determinada sociedade e seus intercâmbios. Sua premissa cultural, o olhar institucional sob o enfoque da cultura, reúne uma gama de pressupostos analíticos que fomentam uma discussão de formação social da instituição. Assim, conceitos como mito e cerimônia nos garantem uma abordagem que perpassa as discussões das outras escolas institucionalistas, mas que se fundamenta sob a ótica sociológica. Para Ciência Política essa perspectiva auxilia a identificar outros fatores além dos comumente explicados por nós de mudança

> institucional, permanência e de falha na implementação de novos mecanismos de garantia de direitos (DE CASTRO, 2022, p. 36).

5. O INSTITUCIONALISMO FEMINISTA COMO FERRAMENTA PARA O ESTUDO JURÍDICO

O Institucionalismo Feminista é relativamente recente na literatura, principalmente na Ciência Política e no Direito. Esforços para reunir fragmentos da sua utilização nos estudos institucionais foram promovidos nas últimas duas décadas a fim de inaugurar uma escola a parte, que reunisse os estudos de gênero com aqueles institucionalistas, do mainstream investigativo. Se na Ciência Política o IF encontra dificuldades para se consolidar fora do eixo estadunidense e europeu, no Direito as pesquisas são praticamente inexistentes. E como o Direito poderia se beneficiar com os estudos institucionalistas feministas?

Primeiro, precisamos delimitar o que entendemos nesta escola por instituições e quais as ferramentas que podemos utilizar para investigar os desenhos de pesquisa do Direito. Para o Institucionalismo Feminista, as instituições são arranjos estruturais que recorrem a preceitos de seus fundadores para definir suas articulações, sendo que, organismos fundados somente/majoritariamente por homens vão reproduzir interesses masculinos e excluir preceitos femininos, tornando assuntos que não gravitam em sua esfera de "menor importância". O IF se compõe na crítica a visão neutra das instituições, no argumento que elas seriam entes assexuais sem orientação de gênero. Porém, historicamente, mulheres sofrem com as desigualdades internas dos Tribunais ou Congresso nacional, sendo sub-representadas em todos os níveis, com a exceção das posições de limpeza e cuidado destes órgãos, carreiras socialmente definidas para um gênero específico (e raça também)[7].

A junção dos estudos feministas com o neo-institucionalismo provocou um questionamento sobre a natureza das desigualdades institucionais que, em vários aspectos, superestima aquela encontrada na sociedade. Reunindo aspectos de todas as demais escolas, o IF fundamenta que é necessário investigar quais os instrumentos de reprodução desta desigualdade, uma vez que regras formais e informais vão sempre submeter mulheres a uma posição/proporção inferior aos homens.

O Institucionalismo Feminista, então, compreende uma alternativa para os estudos da Ciência Política, agregando valores do Neo-institucionalismos Históricos, da Escolha Racional e Sociológico para compreender como as estruturas institucionais que se dizem neutras, escondem valores e símbolos masculinos e, portanto, imbuídos de um gênero e contrário a outros tantos. Dessa forma, o poder é um dos principais focos dessa abordagem híbrida, pois busca identificar quais os caminhos que operam em favor ou desfavor dessa consolidação institucional, assim como busca identificar os pontos fundamentais dessa construção (DE CASTRO, 2022, p. 40).

7 Durante a escrita deste artigo, as reivindicações dos movimentos sociais pela nomeação da primeira ministra negra no Supremo Tribunal Federal (STF) refletem uma consciência crescente sobre a interseccionalidade das lutas feministas, reconhecendo que as experiências das mulheres são moldadas não apenas pelo gênero, mas também por raça, classe, orientação sexual, entre outros fatores. A nomeação de uma ministra negra não é apenas simbólica, mas também um passo em direção a uma representação mais diversificada e inclusiva, que pode influenciar diretamente a maneira como as leis são interpretadas e aplicadas.

> O institucionalismo feminista no campo jurídico tem a capacidade singular de elucidar as desigualdades de gênero embutidas nas normas legais. Ao analisar a legislação sob essa perspectiva, percebe-se que o Direito, muitas vezes considerado um conjunto neutro e imparcial de regras, pode, na realidade, perpetuar normas de gênero arraigadas. Esta percepção é crucial, pois cria um impulso para a reforma legislativa, garantindo que as leis protejam adequadamente os direitos das mulheres e promovam a justiça de gênero.

Desse modo, a abordagem não se limita apenas a identificar as desigualdades de gênero presentes nas leis, mas também procura entender as raízes dessas desigualdades e como elas se entrelaçam com as estruturas de poder mais amplas. A suposta "neutralidade" do Direito é questionada, pois mesmo que as leis sejam redigidas em termos neutros, elas operam dentro de sistemas e culturas que, historicamente, favoreceram certos grupos em detrimento de outros, principalmente no que diz respeito às questões de gênero.

As normas de gênero, arraigadas em nossa sociedade, se manifestam não só nas palavras das leis, mas também em sua interpretação, aplicação e, às vezes, omissão. Esta compreensão, portanto, impulsiona a necessidade de uma reforma legal consciente e intencional que vá além de simples alterações textuais e busque uma transformação profunda na forma como o sistema legal percebe e trata questões de gênero. Tal empreendimento exige colaboração interdisciplinar, envolvendo juristas, sociólogos, psicólogos e outros profissionais, para assegurar que a justiça de gênero seja integralmente realizada.

Além disso, o papel dos profissionais do Direito, seja na interpretação ou na aplicação das leis, é fundamental. Munidos de um entendimento sobre o institucionalismo feminista, advogados e juízes podem contribuir de forma mais eficaz para uma interpretação jurídica que desafie e mude as normas de gênero estabelecidas. Neste contexto, a integração dessa abordagem nos currículos jurídicos torna-se não apenas relevante, mas essencial. Uma formação jurídica que abrace essa perspectiva prepara os futuros profissionais para lidarem com as complexidades das questões de gênero[8].

Por fim, a interseccionalidade, um dos pilares do institucionalismo feminista, amplia a visão do Direito. Ao entender que o gênero muitas vezes se cruza com outras identidades, como raça e classe, o sistema jurídico é desafiado a ser mais inclusivo e a abordar múltiplas formas de discriminação. Portanto, adotar o institucionalismo feminista no campo jurídico não é apenas uma questão de promover igualdade de gênero, mas de assegurar a justiça de forma abrangente e holística. A interseccionalidade é, de fato, uma concepção crucial na discussão contemporânea sobre justiça e igualdade. Originada dos trabalhos de feministas negras, particularmente da acadêmica Kimberlé Crenshaw (CRENSHAW, 2017), a interseccionalidade reconhece que as identidades individuais não operam de forma isolada, mas se interconectam e muitas vezes se amplificam mutuamente, dando origem a formas únicas e complexas de discriminação e opressão em todas as áreas.

Em termos práticos, isso significa que uma mulher negra pode enfrentar discriminação

8 É nesse sentido que a implementação do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) representa um passo importante para a inclusão de uma perspectiva sensível ao gênero na jurisprudência brasileira. Este protocolo é um exemplo de como o institucionalismo feminista pode se traduzir em práticas concretas, buscando compreender e mitigar as desigualdades de gênero no sistema judicial. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf. Acesso em: 09 abr. 2024.

não apenas devido ao seu gênero, mas também devido à sua raça – e essa interação entre gênero e raça pode criar formas distintas de injustiça que não são completamente compreendidas quando se considera apenas uma identidade de cada vez. Do mesmo modo, a classe social, a orientação sexual, a deficiência, a idade, entre outros fatores, podem interagir com o gênero de maneiras que intensificam a desigualdade e a exclusão (CONTRERAS; ARELLANO, 2022).

Portanto, a adoção do institucionalismo feminista no campo jurídico, quando influenciada pelo entendimento interseccional, exige uma abordagem jurídica mais matizada. Isso implica em leis e políticas que não apenas reconhecem as desigualdades de gênero, mas também entendem como elas se entrelaçam com outras formas de discriminação. Assim, é possível criar um sistema jurídico verdadeiramente responsivo e equitativo, capaz de lidar com a complexidade das realidades vividas pelas pessoas em suas diversas intersecções (COLLINS; BILGE, 2021).

A obra de Catherine O'Rourke (O'ROURKE, 2014), "Feminist Legal Method and the Study of Institutions", apresenta uma análise perspicaz da metodologia legal feminista, uma área que tem se concentrado primordialmente na maneira como o direito contribui para a desigualdade de gênero. O'Rourke realiza um trabalho notável ao diferenciar claramente entre "regras" e "instituições", fundamentando a tendência da teoria legal feminista de se focar mais nas regras. Essa distinção é essencial para compreender as nuances da metodologia em questão.

No entanto, apesar da clareza conceitual, a autora apresenta algumas limitações. Uma delas é a generalização sobre a metodologia legal feminista. Embora a autora ressalte um objetivo comum no feminismo legal, a falta de especificidade sobre métodos particulares pode ser vista como uma lacuna, deixando os leitores ansiando por mais detalhes sobre as abordagens específicas utilizadas. Ademais, a comparação com a ciência política feminista, embora presente, carece de aprofundamento. Uma análise mais detalhada das diferenças metodológicas entre os dois campos proporcionaria uma compreensão mais rica e contribuiria significativamente para ambos os campos de estudo. Outro ponto de destaque é o foco nas instituições judiciais, onde ela habilmente identifica preconceitos e estereótipos de gênero. Este é um aspecto crucial da obra, pois ilumina as sutilezas do sexismo institucionalizado dentro do sistema legal. Por outro lado, o capítulo poderia se beneficiar de mais exemplos concretos que ilustram a aplicação da metodologia legal feminista em situações reais, o que enriqueceria a argumentação ao demonstrar o impacto prático dessas teorias (O'ROURKE, 2014).

Em suma, enquanto o trabalho de O'Rourke é certamente valioso e fornece uma compreensão abrangente das abordagens do feminismo legal no estudo das instituições, ele poderia ser enriquecido com detalhes mais específicos sobre as metodologias utilizadas, uma comparação mais aprofundada com a ciência política feminista e uma maior inclusão de exemplos práticos. Estas adições fortaleceriam a obra, oferecendo uma visão mais completa e aplicável da metodologia legal feminista no estudo de instituições (O'ROURKE, 2014).

O institucionalismo feminista tem exercido influência significativa no direito, desafiando as estruturas de poder tradicionais e promovendo políticas mais inclusivas. Essa abordagem tem sido essencial na transformação de áreas como trabalho, violência, saúde e direitos de propriedade, realçando a natureza de gênero das instituições legais e a necessidade de emancipação feminina (SANTOS, 2019; TERRA; TITO, 2022)

Contribui ainda para a formulação de políticas públicas centradas nas mulheres (CAMPOS, 2017)e impacta diretamente questões de direitos reprodutivos, violência doméstica e igualdade de gênero (ROCHA; VIEIRA; LYRA, 2013; SCAVONE, 2008b). O institucionalismo feminista também promove uma nova conceituação do conhecimento jurídico, integrando experiências femininas e questionando a suposta neutralidade do direito (OLIVEIRA, 2008; SCAVONE, 2008a)

Destaca-se igualmente na redefinição da percepção sobre o Estado, evidenciando seu papel na perpetuação de desigualdades de gênero e na reorientação de estratégias legais (CASALEIRO, 2014; LUNARDI; DIMOULIS, 2022). Essa corrente é vital na luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos, enfrentando normas e estruturas legais discriminatórias (BELELI, 2023; BEZERRA; NETO, 2017).

Ao utilizar o Institucionalismo Feminista (IF) como instrumento de análise jurídica, podemos identificar as desigualdades perpetuadas por leis, tribunais e suas normas, tanto formais quanto informais. Estas frequentemente favorecem homens, ao passo que obstaculizam ou mesmo impedem o acesso das mulheres. Muitas vezes, a imagem idealizada de representação nos tribunais é a de um homem idoso e branco. Esta desigualdade é evidente nas normativas e critérios que determinam quem tem ou não o direito de ocupar determinados cargos, se preparar para concursos públicos disputados, entre outras situações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Institucionalismo Feminista (IF) tem emergido como uma vertente relevante, sobretudo nos campos da Ciência Política e do Direito. Esta escola de pensamento não se limita a ser uma mera fusão de estudos de gênero com investigações institucionalistas; ela propõe uma completa renovação de perspectiva e análise. Mesmo que sua presença ainda esteja consolidando-se fora dos contextos estadunidense e europeu, torna-se imperativo questionar e entender como o Direito, enquanto ciência e prática, pode se beneficiar deste olhar institucionalista feminista.

Dentro do escopo dessa abordagem, instituições são percebidas e analisadas como estruturas que se moldam com base nos preceitos e valores de seus fundadores. Isso leva a uma reflexão inquietante: quando tais instituições são majoritariamente estabelecidas por homens, há uma tendência clara a perpetuar e priorizar interesses masculinos. Esta perspectiva, por sua vez, muitas vezes relega ou até mesmo omite questões femininas, sugerindo uma hierarquia de importâncias baseada em gênero.

Desafiando ideias convencionais, essa vertente institucionalista refuta a suposta neutralidade das instituições. Ao contrário da noção tradicional, argumenta-se que as instituições não são desprovidas de gênero. De fato, as desigualdades de gênero estão entranhadas em suas fundações e práticas. Historicamente, as mulheres não apenas enfrentam, mas também são vítimas de desigualdades acentuadas nos espaços institucionais. A sub-representação feminina em posições de poder é uma manifestação clara desta realidade. Ao unirmos elementos de diferentes correntes institucionalistas, propõe-se uma análise mais holística e crítica. Há um clamor para investigar os mecanismos, sejam eles formais ou informais, que perpetuam a desigualdade de gênero. É essencial reconhecer que muitas destas regras, sob o manto da formalidade, colocam as mulheres

em uma posição de desvantagem em relação aos homens.

Adicionalmente, o IF, ao integrar características do neo-institucionalismo, volta seu foco para estruturas que, sob a falsa premissa de neutralidade, estão saturadas de valores e práticas masculinas. Assim, o conceito de poder torna-se central na análise. O objetivo é entender os intricados processos que, sutilmente, operam para consolidar estas estruturas desiguais. Ao se aplicar o IF no contexto jurídico, abre-se uma janela para a análise crítica das disparidades de gênero que permeiam leis, tribunais e suas respectivas práticas. É possível identificar, por exemplo, normas e regras que, de maneira insidiosa, favorecem trajetórias masculinas em detrimento das femininas.

Infelizmente, uma análise do panorama atual dos tribunais evidencia que a imagem predominante ainda é masculina, branca e mais velha. Esta constatação não é um acidente, mas o resultado de uma desigualdade sistêmica que determina quem tem ou não o direito de ocupar posições de destaque e influência. O Institucionalismo Feminista, portanto, não é apenas uma ferramenta teórica. Ele é um instrumento prático e transformador, capaz de diagnosticar e desafiar as desigualdades de gênero no sistema jurídico. Ao questionar estruturas arraigadas, ele impulsiona a busca por uma representação mais justa e equitativa. Em suma, ao se abraçar o Institucionalismo Feminista nos estudos jurídicos, somos convidados a revisitar e reavaliar práticas e normas consolidadas. A meta é clara: avançar em direção a uma justiça que seja verdadeiramente igualitária e representativa.

REFERÊNCIAS

ADAMS, M.; SMREK, M. Making Institutions and Context Count: How Useful Is Feminist Institutionalism in Explaining Male Dominance in Politics? *Politics & Gender,* v. 14, n. 2, p. 271–276, jun. 2018.

BEAUVOIR, S. DE. *O Segundo Sexo. 1. Fatos e Mitos*. 4a. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BELELI, I. Antifeminismos: os efeitos dos discursos de ódio*. *Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)*, p. e22311, 6 jan. 2023.

BEZERRA, K. DA S.; NETO, F. A. Visualizações de interações entre o direito ea teoria feminista de gênero a partir de aspectos controversos da lei 11.340/2006. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, n. 31, p. 166–183, 21 jun. 2017.

BONELLI, M. DA G.; OLIVEIRA, F. L. DE. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. *Novos estudos CEBRAP*, v. 39, p. 143–163, 10 jun. 2020.

CAMPOS, C. H. DE; SEVERI, F. C. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, p. 962–990, 27 jun. 2019.

CAMPOS, M. DE L. Feminismo e movimentos de mulheres no contexto brasileiro: a constituição de identidades coletivas e a busca de incidência nas políticas públicas. *Revista Sociais e Humanas*, v. 30, n. 2, 20 out. 2017.

CASALEIRO, P. O poder do direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart. *Ex Aequo - Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres*, n. 29, 15 jun. 2014.

COLLINS, P. H.; BILGE, S. *Interseccionalidade*. [s.l.] Boitempo Editorial, 2021.

CONTRERAS, G.; ARELLANO, M. I. Notes on the lives of intersectionality within institutions. *AG About Gender - International Journal of Gender Studies*, p. V. 11 N. 22 (2022): Fare intersezionalità in luoghi esplorati e inesplorati, 11 dez. 2022.

CRENSHAW, K. On Intersectionality: Essential Writings. *Faculty Books*, 1 mar. 2017.

DAVID, P. A. Why are institutions the 'carriers of history'?: Path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions. *Structural Change and Economic Dynamics*, v. 5, n. 2, p. 205–220, dez. 1994.

DIAMOND, I. *Sex roles in the state house*. New Haven: Yale University Press, 1977.

DONÀ, A. Radical right populism and the backlash against gender equality: the case of the Lega (Nord). *Contemporary Italian Politics*, v. 13, n. 3, p. 296–313, 3 jul. 2021.

EBBINGHAUS, B. Can Path Dependence Explain Institutional Change? Two Approaches Applied to Welfare State Reform. *MPIfG Discussion Paper 05 / 2*, 2005.

FALUDI, S. *Backlash:* o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres. 1. ed. [s.l.] Rocco, 2001.

KARAM, M. L. *Violência de gênero:* o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. 2006.

KENNY, M.; MACKAY, F. Already Doin' It for Ourselves? Skeptical Notes on Feminism and Institutionalism. *Politics & Gender*, v. 5, n. 02, p. 271, jun. 2009.

LOUREIRO, M. R. *Interpretações contemporâneas da representação*. p. 31, 2009.

LUNARDI, S. G.; DIMOULIS, D. Elementos para uma Teoria Feminista Crítica no estado da obra de Heleieth Saffioti. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 3, p. 1–13, 15 dez. 2022.

MACKAY, F.; KENNY, M.; CHAPPELL, L. New Institutionalism Through a Gender Lens: Towards a Feminist Institutionalism? *International Political Science Review*, v. 31, n. 5, p. 573–588, nov. 2010.

MANSBRIDGE, J. Clarifying the Concept of Representation. *American Political Science Review*, v. 105, n. 3, p. 621–630, ago. 2011.

MIGUEL, L. F. Política de interesses, política do desvelo: representação e "singularidade feminina". *Revista Estudos Feministas,* v. 9, n. 1, p. 253–267, 2001.

MOUFFE, C. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, p. 11–23, nov. 2005.

NASH, K. Feminism and Contemporary Liberal Citizenship: The Undecidability of "Women". *Citizenship Studies*, v. 5, n. 3, p. 255–268, nov. 2001.

OLIVEIRA, E. M. DE. O feminismo desconstruindo e re-construindo o conhecimento. *Revista Estudos Feministas*, v. 16, p. 229–245, abr. 2008.

O'ROURKE, C. Feminist Legal Method and the Study of Institutions. *Politics & Gender,* v. 10, n. 4, p. 691–697, dez. 2014.

PHILLIPS, A. *The Politics of Presence*. [s.l.] Oxford University Press, 1998.

PHILLIPS, A. De uma política de idéias a uma política de presença? *Revista Estudos Feministas*, v. 9, n. 1, p. 268–290, 2001.

PIERSON, P. *Politics in time:* history, institutions, and social analysis. Princeton: Princeton University Press, 2004.

PITKIN, H. F. *The concept of representation*. 1. paperback ed., [Nachdr.] ed. Berkeley, Calif.: Univ. of California Press, 1967.

ROCHA, S.; VIEIRA, A.; LYRA, J. Silenciosa conveniência: mulheres e Aids. *Revista Brasileira de Ciência Política*, p. 119–141, ago. 2013.

SACCHET, T. Capital social, gênero e representação política no Brasil. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, p. 306–332, nov. 2009.

SACCHET, T. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. *Revista Estudos Feministas*, v. 20, n. 2, p. 399–431, ago. 2012.

SANTOS, K. B. A Violência Contra a Mulher nas Pegadas do Movimento Feminista: Análise Crítica de Décadas de Luta. *Revista Pleiade*, v. 13, n. 29, p. 110–122, 2019.

SCAVONE, L. Estudos de gênero: uma sociologia feminista? *Revista Estudos Feministas*, v. 16, p. 173–186, abr. 2008a.

SCAVONE, L. Políticas feministas do aborto. *Revista Estudos Feministas*, v. 16, p. 675–680, ago. 2008b.

SILVA, P. N.; BERTOLIN, P. T. M. Desigualdade de gênero nas carreiras jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 13, n. 1, p. 13–13, 14 nov. 2019.

SOUZA, L. M. C. DE. A consolidação institucional da Ordem dos Advogados do Brasil: prerrogativas conquistadas desde sua fundação até a Constituição de 1988. 8 nov. 2018.

TERRA, B.; TITO, B. Os feminismos e o direito: uma análise das teorias feministas e da emancipação jurídica feminina no Brasil. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 8, n. 1, p. 01–19, 29 ago. 2022.

TSEBELIS, G. *Jogos ocultos:* escolha racional no campo da politica comparada. São Paulo: Edusp, 1998.

WEINGAST, B. R. Rational choice institutionalism. Em: *Political science:* The state of the discipline. [s.l: s.n.]. p. 660–692.

YOUNG, I. M. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova:* Revista de Cultura e Política, n. 67, p. 139–190, 2006.

Recebido em: 21.10.2022
Aprovado em: 19.02.2023
Última versão dos autores: 19.02.2023

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): CASTRO, Leonardo Aires de; DANTAS, Jéssica da Silva. Desvendando gênero no direito: O uso do institucionalismo feminista para o estudo jurídico. *JURIS* - Revista da Faculdade de Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.16165

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Do Estado de Exceção ao Democrático: Direitos Humanos e políticas públicas no Brasil

Prof. Me. Leonardo Canez Leite [1]
Faculdade de Colíder – FACIDER, Colíder/MT
E-mail: canezrg@hotmail.com

Cristian Carla de Campos Simões [2]
Universidade Federal de Mato Grosso, UFMT, Cuiabá/MT
E-mail: criscarlacat@gmail.com

Resumo: É inegável que o Brasil vem atravessando uma crise política, econômica, social e entender a atuação do Estado frente a esses problemas nos permite compreender também o nosso papel como cidadão. No Brasil, a relação existente entre o Estado, Governo, Sociedade, Direitos humanos e Políticas Públicas é complexa. Como parte da estruturação política do Estado de Exceção, os direitos humanos vêm sofrendo duros golpes o que reflete negativamente na eficiência das políticas públicas. Dessa forma o presente trabalho tem como objetivo tecer reflexões sobre o conceito, a origem, o papel do Estado, relacionando-os aos princípios dos Direito Humanos e sua aplicação nas Políticas Públicas. Para isso, buscou-se utilizar dos procedimentos teórico-metodológicos através de pesquisas bibliográficas. O presente artigo não pretende esgotar o assunto e nem apresentar soluções definitivas, mas apresentar reflexões sobre a importância dos Direitos Humanos para sustentar o Estado de Direito Democrático que vivemos, com o objetivo maior do bem comum.

Palavras-chaves: Estado; Estado de Exceção; Direitos Humanos; Políticas Públicas.

From Exception to Democratic State: Human Rights and public policy in Brazil

Abstract: It is undeniable that Brazil has been going through a political, economic, social crisis and understanding the state's action in face of these problems has allowed us to understand our role as a citizen. In Brazil, the relationship between the State, Government, Society, Human Rights and Public Policy is complex. As part of the political structure of the State of Exception, human rights have been hit hard, which negatively reflects the efficiency of public policies. Thus, the present work aims to weave reflections on the concept, the origin, the role of the state, relating

1 Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (2015-2016). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus -(2014). Especialista em Gestão Pública e Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal de Pelotas (2014). Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL (2011). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2012). Professor da Faculdade de Colíder - FACIDER desde 2017. Atualmente coordena o curso de Direito. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 98.886. Têm experiências nas áreas de Direito Penal e Direitos Humanos. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/5435402432247690 . ORCID: https://orcid.org/0009-0005-9688-2101 E-mail: canezrg@hotmail.com

2 Servidora pública há mais de 10 anos, trabalho com adolescentes e jovens utilizando da multidisciplinaridade e disciplina positiva. Advogada civilista sistêmica com pesquisas nas áreas dos direitos humanos e direitos das crianças e adolescentes. Mediadora e Conciliadora, membra da Comissão da Infância e da Juventude. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-9688-2101. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/7656763061311745. E-mail: criscarlacat@gmail.com

them to the principles of human law and their application in public policy. For this, we sought to present the theoretical-methodological procedures through bibliographic research. This article does not intend to exhaust the subject nor to present definitive solutions, but to present reflections on the importance of Human Rights to sustain the Democratic Rule of Law that we live, with the objective, greater of the common good.

Keywords: State, State of Exception; Human Rights; Public Policy.

1. INTRODUÇÃO

Ao analisar brevemente a história do nosso país, e os noticiários, testificamos que o Brasil vem constantemente atravessando momentos de crise política, econômica, social e dessa forma questionar o papel do Estado se apresenta como uma atitude indeclinável, posto que hodiernamente entende-se consensual a necessidade de existência do Estado. Considerando que também nossas liberdades individuais são cerceadas com o intuito do bem comum, então, gerido pelo Estado, fundamental é entender sua atuação e seus limites.

O presente trabalho tem como objetivo tecer reflexões sobre o conceito, a origem, o papel do Estado relacionando-os aos princípios dos Direito Humanos e sua aplicação nas Políticas Públicas. Para isso, buscou-se apresentar os procedimentos teórico-metodológicos através de pesquisa bibliográfica.

O presente artigo está estruturado em quatro capítulos, começamos apresentando o conceito de Estado e a evolução histórica da teoria do Estado. No final do capítulo apresentamos a moderna teoria do Estado: contratualista ou pactualista que prevê aos homens renunciarem a parte de suas liberdades para o bem comum. No segundo capítulo apresentamos o conceito e os resultados da política de um Estado de Exceção, onde os direitos humanos são minguados como parte da estratégia do governo do Estado, em seguida, expõem os conceitos e a relevância dos direitos humanos para assegurar a igualdade social e o bem comum.

O último capítulo divulga os resultados da ineficiência das políticas públicas, porém também demonstra, por meio de resultados estatísticos, que as políticas públicas pensadas nos princípios dos direitos humanos, cumprem o acordo contratual entre homens e o Estado do bem comum. E, por fim, são expostas às conclusões.

O propósito fundamental do estudo não é esgotar o assunto, mas pretende-se expor considerações sobre o Estado e sua atuação frente aos direitos humanos e os resultados por meios das políticas públicas. O título: do Estado de Exceção ao Democrático é uma alusão a uma situação atual caótica em face do cenário ideal onde os direitos humanos sustentam eficientemente as políticas públicas no país. Considerando para tanto que vivemos em democrática de direito e somos responsáveis pela gestão do governo, ao menos na teoria.

2. O ESTADO: ASPECTOS CONCEITUAIS

Podemos encontrar inúmeros escritos físicos e virtuais relacionados ao conceito, origem e atribuições do Estado. Logo, definir o conceito de Estado apresenta-se como tarefa árdua, arriscada, porém, necessária. Ramos (2012) enfatiza que para conceitualizar o Estado é necessário analisar vários aspectos, tais como jurídicos, políticos, sociológicos com fundamento em vários doutrinadores, esclarece:

> Sob o aspecto sociológico, Estado pode ser definido como corporação territorial dotada de um poder de mando originário; sob o prisma político, o Estado é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção; constitucionalmente, o Estado é pessoa jurídica territorial soberana (RAMOS, 2012, p.01)

Portanto, o Estado pode ser compreendido como uma corporação ou comunidade em um território estabelecido com mando superior. Para Groppali (1962) embora o Estado represente o poder da classe dominante, há um interesse da coletividade nesse domínio, a fim de que os mesmos visem objetivos mais éticos e sociais. Destarte o Estado deve não apenas manter o interesse do grupo imperante, mas prever meios de justiça social, garantindo o bem comum. Nesse mesmo sentido sinteticamente Ramos (2012) define o Estado como uma ordem jurídica, dotada de poder soberano, tendo como objetivo o bem comum de um povo situado em determinado território. Sendo, portanto, elementos constitutivos do Estado o povo, o território e poder de mando, leciona:

> O Estado é um ente social constituído de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e elevação. Os elementos constitutivos do Estado estão todos inseridos no conceito: povo –território – poder de mando. (RAMOS, 2012, p.02)

Em relação à forma em que o Estado se apresenta, Groppali (1962) afirma que o Estado organiza as normas gerais e coercitivas, regulam os órgãos e os poderes do Estado; assim como também, as relações dos cidadãos com o próprio Estado, e, entre sim, isso por meios da imposição de normas coercitivas e obrigatórias; tornando-se dessa forma limitador das liberdades individuais. Para melhor compreensão sobre o processo evolutivo da teoria do Estado, abaixo apresentaremos brevemente as principais teorias.

2.1 A TEORIA DO ESTADO: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente as primeiras noções de Estado remota a Grécia antiga, com a concepção de polis como Estado-Cidade, onde a razão prevalecia para a organização da sociedade da época; ainda no período antigo, para os romanos, o Estado tinha como núcleo o poder familiar, o poder paternal. O gens (genes) a associação dos cidadãos romanos era o elemento constitutivo da sociedade do Estado Romano. Para Groppali: “o Estado não surgiu com o aparecimento de nenhuma das agregações sociais por elas respectivamente indicadas, mas sim resultou da fusão dessas agregações em uma unidade superior.” (GROPALLI 1962 p.72). Dessa forma Groppali afasta a teoria patriarcal e

matriarcalista, pois, de acordo com o autor, o Estado necessita da pluralidade de grupos para que haja poder de mando.

De acordo com Dallari (1998) é na obra: O Príncipe, de Maquiavel (século XVI) que o termo Estado aparece pela primeira vez em uma condição permanente de convivência e ligada à sociedade política. Em sua obra, Maquiavel afirma que seria justificável por parte do Estado utilizar todo e qualquer meio, com fim de manter o domínio que exerce sobre o povo; argumentação superada pelas teorias humanitárias igualitárias modernas, corroborando nesse sentido RAMOS (2012):

> A maior parte da doutrina afirma que as teorias sobre a origem do Estado, tal como hoje é concebido, têm sua origem na Idade Média. A palavra Estado surgiu na Itália, durante a Idade Média, contudo, seu significado era vago. A expressão Estado, com o significado de ordem pública constituída, passou a ser utilizado na Inglaterra, no século XV e na França e Alemanha, no século XVII. Como já salientado, Maquiavel (1469 –1527) utilizou o termo Estado, de forma científica, pela primeira vez, ao escrever "O Príncipe", em 1513. Afirmava o autor, que Estado seria todo domínio que exerce império sobre o homem, ressaltando, ainda, que seria justificável a utilização de todo e qualquer meio com o fim de manter, o príncipe, seu Estado (RAMOS, 2012, p.03)

Umas das primeiras teorias científicas sobre a origem do Estado é a teoria da origem, de acordo com essa teoria, o surgimento do Estado se dá com a evolução da humanidade. Para Azambuja (1962) apud Ramos (2012) essa teoria confunde a origem do Estado com a própria origem e evolução da humanidade. Já para a teoria Violenta do Estado, a submissão dos mais fracos pelos mais fortes é que permitiu a instituição do Estado. Hobbes (1999) apud Ramos (2012) se apoia nessa teoria para criar duas categorias distintas; o Estado real e o Estado Racional, o primeiro se forma por imposição da força e o segundo provém da razão. Já para as teorias teológicas ou religiosas a origem do Estado advém do direito divino, da vontade de Deus. A teoria da origem contratual do Estado, denominadas também, de teoria racionalista ou pactista são as que, sem dúvida, mais possuem adeptos. Contribui nesse entendimento a citação:

> Sustentavam os defensores da teoria contratual, que o Estado surgia através de um acordo de vontades, isto é, através de um contrato social. Através deste contrato, os homens abririam mão de uma gama de direitos em prol do bem comum. São exponentes desta teoria, entre outros, Hobbes (1588 –1679), Spinoza (1632 –1677), Grotius (1583-1647), Kant (1724 –1804), Locke (1632 –1704) e Rosseau (1712 –1778). (RAMOS, 2012. P. 04)

A teoria clássica contratualista da concepção do Estado tem como precursores Hobbes e Locke, para essa teoria, o Estado tem a sua origem no acordo entre indivíduos que buscam segurança e dessa forma aceitam a limitação das suas liberdades individuais. Assim como Hobbes, John Locke é considerado contratualista e introduz a Teoria do Estado o ideal da Liberdade Burguesa, cabendo dessa forma ao Estado além de regular as relações da vida, garantir aos indivíduos os direitos fundamentais.

Também considerado contratualista Rousseau afirmava que o Estado é o resultado da soma da vontade da maioria para que pudesse promover o bem comum. Para Maluf (1998) apud Ramos (2012) o Estado é resultado da evolução histórica e consequentemente também do processo

evolutivo da humanidade, leciona:

> Spinoza sustentou as ideias de Hobbes, chegando, porém, a conclusão diversa, qual sejam os homens abrem mão de uma parcela de seus direitos para que o Estado alcance objetivo almejado por todos, quais sejam, a manutenção da paz e da justiça, caso o Estado não consiga manter ou alcançar estas metas, deve ser dissolvido, posto que originário de um contrato, sendo necessária, desta forma, a formação de um novo Estado. (RAMOS, 2012, p 04)

Marco de transformações radicais, a Revolução Francesa (Século XVIII) idealizada na fraternidade, igualdade e liberdade, estabeleceu na França o Estado Liberal, tornando-se influência para outras nações. O Estado Liberal baseado na concepção individualista prevê que a razão do Estado é a garantia da vontade do povo. Sendo, portanto, o destino do Estado servir aos homens. O Estado Liberal defende a menor intervenção estatal com políticas que fomentem o crescimento econômico.

Hegel (1831) apud Ramos (2012) introduz na Teoria do Estado uma visão liberal tecnocrática, dessa forma o Estado impondo à racionalidade a sociedade sobrepõe os interesses particulares em favor do bem comum. Segundo Ramos (2012) se opõe aos pensamentos do Hegel o filósofo Karl Marx que traz uma nova e revolucionária concepção de Estado. A teoria marxista entende que a sociedade está dividida em dois grupos, os capitalistas e os operários e que existe uma luta entre ambos; sendo que o Estado serve de elemento de domínio de uma das classes. Marx contesta o Estado Liberal, afirma que o Estado deve buscar além da igualdade jurídica, a igualdade econômica. O Estado seria então um "mal necessário transitório", pois, ao superá-lo, alcançaríamos um sistema de administração comum.

De acordo com Ramos (2012) a idade contemporânea é definida por historiadores como a Era das Revoluções, movimentos intelectuais somados com a crise do mercantilismo e do absolutismo formaram o cenário das diversas revoluções. Perante os cenários de caos, o Estado Liberal se mostrou ineficiente para lidar com a miséria. Em meio à insegurança, era necessário modificar o papel do Estado. Ramos (2012) menciona acontecimentos históricos complexos como, por exemplo, as primeiras e segundas grandes guerras mundiais como mostras da ineficiência do Estado Liberal, nesses termos:

> Preleciona, ainda, Maluf, que onde o Estado liberal mostrou-se frágil ante os problemas sociais, ocorreram revoluções violentas, como na Rússia, na Itália, na Alemanha, na Polônia e em outros países. Quando o Estado liberal atuou, transformou-se, "de maneira pacífica evoluindo para a forma social-democrática, através de reformas constitucionais e medidas legislativas". Tornou-se evolucionista, intervindo na ordem econômica, colocando-se como árbitro nos conflitos entre o capital e o trabalho, superintendendo a produção, a distribuição e o consumo (RAMOS, 2012, p.06)

Dessa forma o Estado Liberal frágil perante os problemas sociais, transformou-se em forma social democrática; isso por meio de revoluções que reivindicaram reformas constitucionais e medidas legislativas; conduzindo, portanto, o Estado para as vias Democráticas e de Direito. As transformações ocorridas por meio de muitas lutas sustentam o Estado democrático de Direito que vivemos, resguardado em nossa Constituição Federal, assim, medidas políticas que fragilizam a

democracia devem ser combatidas a fim de que o Estado de Exceção não se torne regra.

3. DO ESTADO DE EXCEÇÃO

A Constituição Federal de 1988 efetivou praticamente todos os direitos humanos. Instituiu uma gama de ideias progressistas, tais como a igualdade de gêneros, a criminalização do racismo, a proibição total da tortura e direitos sociais como educação, trabalho e saúde para todos. Paradoxalmente encontram-se também positivados na Constituição Brasileira, dois instrumentos jurídicos de exceção, sendo eles o estado de sítio e o estado de defesa, que devem ser utilizados quando **a soberania nacional está em ameaça; cabe ao Estado** utilizar essas ferramentas de exceção por um lapso de tempo indeterminado e temporário. O que de fato significa a suspensão de alguns direitos garantidos pela constituição até que a ordem interna seja restabelecida.

Agamben (2004) argumenta que o Estado de Exceção que inicialmente foi instituído para momentos extraordinários, está se tornando uma ferramenta política e uma insistente técnica de governo. Logo em um período em que o corpo biológico dos indivíduos ocupa um lugar central nas estratégias do Estado, a exceção demonstra-se valioso mecanismo biopolítico de controle social. A teoria do Estado de exceção permanente tem em seus imponentes propulsores o filósofo italiano Giorgio *Agamben* que dialoga com os escritos de Walter Benjamin e Carl Schmitt que ao lado de Arendt e Foucault dialogam sobre o contexto político contemporâneo.

Para Agamben (2004) o soberano, entende-se o Estado, está dentro do processo do ordenamento jurídico, porque dessa forma, garante a ancoragem do estado de exceção no ordenamento jurídico, mas também deverá estar fora, a fim de que possa decidir sobre a exceção.

Em sua obra Homo Sacer: poder soberano e vida nua, de 1996, Agambem (2004) apud Souza (2017) concluem que o Estado de exceção se monstra como uma área de exclusão-inclusiva ou uma área de indistinção entre interno e externo que revela o espaço político contemporâneo, sendo, portanto, a exceção à própria estrutura da soberania, nesse termos:

> A exceção apresenta-se, assim, como um espaço aberto à vontade soberano, um âmbito no qual os homens são reduzidos a condição de vida nua e sua vida pode ser retirada de forma violenta sem que haja punição. Nesse sentido, para o filósofo italiano, o Estado de exceção revela o paradoxo do poder político que, para defender a ordem, necessita de uma vontade soberana com poder de suspender essa mesma ordem. Desta forma, o soberano permanece oculto na sombra do Estado de direito, como uma espécie de recurso último da força para impor o direito, pela força. A exceção existe, no Estado de direito, como possibilidade sombria que paira sobre todas as vidas e pessoas que por algum motivo possam ser uma ameaça para a ordem social. (SOUZA, 2017.p.57)

Para Agamben (2004) a exceção não se apresenta como um período curto onde a leis se fortalecem, mas sim o local que desnuda a fragilidade e a falta de fundamento do direito ocidental. Nas palavras do autor, “o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 12). O estado de exceção em sua forma arquetípica é em sua essência caracterizado por uma suspensão temporária do ordenamento jurídico, por força de uma decisão soberana o que torna a vida vulnerável e controlável; vive uma exclusão dos direitos, *in verbis:*

> É nesse sentido que, para Agamben, exceção desvela o dispositivo oculto através do qual o poder soberano mantém o controle do direito e do corpo social. Segundo o Estado moderno, o povo é o sujeito da soberania constitucional. Mas o povo não tem o poder de decretar a exceção. Nesse caso, a sua soberania está limitada por outro poder, o daquele que conserva a possibilidade de decretar a exceção. Quando se decreta a exceção, não aparece a anarquia (sem-poder), pelo contrário, brilha a autarquia, o poder soberano. A exceção se aplica para defender a ordem daqueles que são uma ameaça. A exceção é uma espécie muito particular de exclusão, nela aquele que é atingido não fica plenamente excluído da norma, pelo contrário mantém outra relação caracterizada pela condição de anomia. Nessa medida, a relação entre norma e exceção (dentro e fora) se apresenta como uma zona cinzenta que não nos permite enxergar os limites do edifício jurídico-político (SOUZA, 2018.p.51).

O Estado de Exceção se configura como estrutura política vigente e não um ato excepcional. Andityas e Matos (2016) no mesmo sentido que Agamben (2004) argumentam que, no momento atual, o qual as autoras chamam de período democrático, após a constituição de 1988; vive-se sem qualquer estado excepcional declarado, mas a exceção se mostra por práticas difusas. Para Andityas e Matos (2016) vivemos permanentemente em Estado de Exceção e como exemplos dessas práticas de uma política de exceção, elas citam as medidas provisórias, súmulas vinculantes, repressão aos movimentos contestatórios por meio das Forças Armadas, entre tantas outras. Corroborando nesse sentido Baraldi (2011) afirma que Agamben (2004) argumenta que os tempos atuais não são de normalidade, porque há uma consolidação de um novo paradigma de governo, que é o do Estado de Exceção:

> Agamben demonstra que o ordenamento jurídico que foi estabelecido para conter a violência, contém em si exatamente o seu contrário – a possibilidade jurídica da suspensão dos direitos estabelecidos e garantidos, que admite uma violência não regulada pela lei, na qual o estado de exceção se torna estrutura jurídica política imposta ou mesmo estabelecida com permissão da própria sociedade, em face do conteúdo da norma constitucional vigente. Esta obra é muito importante para se entender como se instalaram e se transformaram os estados de exceção ao longo do tempo no lado ocidental do mundo. (BARALDI, 2011 p.8)

Dessa forma, Agamben (2004) afirma que o Estado de Exceção que inicialmente se encaixaria em uma situação de transitoriedade, com o objetivo de garantir o bem comum tem, na verdade se transformado em Estado permanente, como novo paradigma de governo; isso devido ao fato que a própria norma constitucional permitir a suspensão de direitos e garantias individuais em situações fora da normalidade, com o objetivo de se restabelecer o *status quo*, através de uma modificada na estrutura governamental ou estatal.

Por mais imperceptível que possa ser, principalmente em estado de regime democrático, o estado de exceção tem sido regra na própria estrutura política do estado em uma forma de garantir a manutenção do seu poder. Dessa maneira a própria preocupação com a política de segurança adotada pelos estados modernos está pautada na suspensão da própria ordem jurídica. O estado fornece a falsa segurança jurídica para adotar medidas de suspensão de direitos individuais, corrobora a citação de Souza (2018):

> A exceção coloca a vida humana numa condição de fragilidade total que será mais absoluta

> quanto mais totalitária for. Essa fragilidade possibilita o controle social da vida. Quanto mais ampla for à exceção, mais absoluto será o controle social. Com isso a possibilidade de controle das vidas torna a exceção um dispositivo biopolítico, gerando a possibilidade de governo total das pessoas, pois a fragilidade de sua condição outorga ao soberano o poder pleno sobre suas vidas. (SOUZA, 2018.p.53)

Destarte para Agambem (2004) o Estado escolhe manter a exceção, excedendo assim sua função estabelecida no acordo pactual entre homens e o poder de mando. Como forma de controlar os indivíduos cria a falsa ideia da necessidade do aspecto normativo e da coerção intensiva assim como também desestimula a educação em direitos humanos ameaçando os direitos fundamentais. A defesa dos princípios dos direitos humanos são bases da nossa sociedade democrática de Direito e sustento para as políticas públicas eficientes e eficazes.

4. OS DIREITOS HUMANOS COMO FERRAMENTA DE DEFESA DOS CIDADÃOS

Os direitos humanos ambicionam a organização da vida em sociedade. Escolhemos representantes que devem agir visando o bem comum. O poder delegado pelo povo aos seus procuradores não deve ser absoluto, a fim de evitar atrocidades, comum em tiranias e ditaduras. A limitação de esse poder é para garantir igualdade e bem-estar a todos. Os direitos fundamentais cumprem a sua função de acordo com a visão de Canotilho quando:

> A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)" (CANOTILHO, 1993. p. 541).

Logo os Direitos humanos constituem um plano jurídico objetivo e subjetivo, proibindo ingerências aos indivíduos e positivando direitos fundamentais. Hunt (2009) apresenta as qualidades dos Direitos Humanos, devem ser naturais, iguais e universais, ademais ela afirma que ainda não aprendemos a lidar com as implicações da igualdade e unicidades de direitos, pois isso significaria implicações da demanda por igualdade e universalidade de direitos o que significaria descentralização de poder e renda.

> Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todo mundo) e universais (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos humanos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos. Acabou sendo mais fácil aceitar a qualidade natural dos direitos do que a sua igualdade ou universalidade. De muitas maneiras, ainda estamos aprendendo a lidar com as implicações da demanda por igualdade e universalidade de direitos (HUNT, 2009 p.17)

De acordo com Piovesan (2012) a origem dos direitos individuais do homem remota ao antigo Egito e Mesopotâmia, com a existência de ferramentas que visava à proteção individual em relação ao Estado. Sua evolução é marcada por grandes Revoluções com a Francesa, materializada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que serve de toque do constitucionalismo moderno e sobre esse período apresenta Piovesan (2012):

> Inaugurando a Idade Contemporânea, a Revolução Francesa trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, pedra de toque do constitucionalismo moderno. Importante documento apurou que: a) a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; b) as frequentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados em observar a Declaração Universal e c) decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito. (PIOVESAN, 2012, p28).

Piovesan (2012) afirma que embora a própria concepção de evolução possa vir carregada de preconceitos utilizamos a ideia de evolução porque temos hoje mais consciência dos conceitos e fundamentos dos Direitos Humanos e de suas contradições. E sobre a própria construção dos Direitos Humanos, apesar da importância que a ela vem sendo atribuída, sua concepção e práticas hegemônicas, oficiais ou não, são dominadas pelo "problema do Mal e pela figura da vítima", nos dizer de Badiou (1999):

> Daí a produção de palavras de ordem ancoradas na negação e na falta, tais como socorrer as vítimas e assegurar o direito dos homens contra o sofrimento. "Trata-se, portanto, de um conjunto de movimentos punitivos que buscam a maximização do Estado penal e o fortalecimento do Estado de exceção". (BADIOU, 1999p. 47).

Dessa forma tal problemática do "problema do mal" parece ser parte do objetivo do Estado para que a luta pelo fortalecimento dos Direitos Humano tenha pouco efeito. A ausência do poder Estatal em pontos fundamentais da educação, saúde, liberdade é fato visível em diversos indicadores da realidade brasileira. A crescente desigualdade traz consigo as atrocidades da violência em suas diversas formas, surgindo assim à necessidade de um conjunto de movimentos punitivos que buscam a maximização do Estado penal e o fortalecimento do Estado de exceção; corroborado nesse sentido:

> Quanto maior a conflitividade social decorrente da devastação promovida pelo capital, maior deve ser a legitimidade da pena. O que vai articular essa nova economia política é a constituição de uma cultura punitiva, talvez só conhecida na inquisição e no nazismo (BATISTA, 2008p. 03).

As ações e/ou omissões do Estado tem retardado a evolução dos Direitos Humanos como luta social para o pleno gozo da cidadania. Os refreamentos dos Direitos sociais trazem prejuízo a toda a sociedade, em graus diferentes, principalmente os menos favorecidos pelo sistema capitalista, leciona Deluze (1992):

> Os direitos humanos desde sua gênese têm servido para leva aos subalternizados a ilusão de participação, de que as elites preocupam-se com o seu bem-estar, de que o

> humanismo dentro do capitalismo é uma realidade e, com isso, confirma-se o artigo primeiro da Declaração de 1948: "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Entretanto sempre estiveram fora desses direitos à vida e à dignidade os segmentos pauperizados e percebidos como "marginais": os "deficientes" de todos os tipos, os "desviantes", os miseráveis, dentre muitos outros. A estes, efetivamente, os direitos, assim como a dimensão humana, sempre foram – e continuam sendo – negados, pois tais parcelas foram produzidas para serem vistas como "subalternas" ou como não pertencentes ao gênero humano. (DELUZE, 1992. p.34)

Deluze (1992) afirma que os Direitos Humanos nunca foram para todos, parte da sociedade, denominados de marginalizados sempre ficaram de fora. Portanto, foram e continuam sendo defendidos certos tipos de direitos nos moldes pré-estabelecidos em territórios certos e sobre paradigmas que não poderão ser ultrapassados.

Como parte da estruturação política do estado de exceção, os direitos humanos vêm sofrendo duros golpes, o que fica bem evidente ao analisar o senso comum, que de forma genérica acreditam que as mazelas que sofremos são decorrentes do excesso de direitos humanos, no entanto, o que de fato compreende-se é que por meio da omissão /ação do Estado em aspectos fundamentais da vida humana o Estado molda a atuação da população, impulsionando constantes conflitos entre grupos sociais ao que justifique a suspensão de direitos para manutenção do controle social e da própria vida dos homens o que consequentemente se apresenta em políticas públicas ineficientes.

5. OS DIREITOS HUMANOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

O tema "políticas públicas" é um campo do direito relativamente novo no Brasil. Com a promulgação da Constituição de 1988 é que se começa a pensar no Estado e em toda a sociedade como responsável pelo bem-estar coletivo e pela justiça social. A participação do Brasil no 3.º Programa Nacional de Direitos Humanos (vigente desde 2009); no Sistema Nacional de Indicadores em Direitos Humanos, pela SEDH-PR (criado em 2014) assim como o fato do Brasil fazer parte da grande maioria dos tratados de direitos humanos demonstram legislação farta sobre a temática, o que não necessariamente significa eficiência em sua aplicação. Dessa forma as Políticas Públicas apresentam uma realidade multiforme, complexa e juridicamente regulada conforme afirma Bucci (2006):

> Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinadas. "Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados" (BUCCI, 2006, p.03)

Portanto, para Bucci (2006) as políticas públicas refletem as prioridades do governo visando cumprir objetivos previamente definidos. Como programa de ação governamental as metas são construídas em um conjunto de processos juridicamente regulados. Nesse sentido as políticas públicas são ações políticas elaboradas e sistematizadas orientadas para o bem comum ou interesse público.

De acordo com Silva (2011) o processo de juridização das políticas públicas isenta o sistema político de suas obrigações em relação aos direitos humanos fundamentais. Portanto, a efetivação dos direitos Humanos requer políticas públicas que, por sua vez, devem ser implementadas pela via do direito. Evidentemente a expectativa é que o direito corrija os erros de planejamento e aplicação das políticas públicas, exercendo dessa forma o controle jurídico sobre elas. Organizando, portanto, os problemas políticos nas diversas áreas, saúde, educação, economia entre outros, destacamos a citação:

> Observa-se que o conteúdo das políticas públicas, enquanto questão política, quando consideradas ameaçadora ou lesiva a direito, é convertida em questão jurídica. O sistema jurídico confere sentido à distinção entre direito/política, possibilitando a conversão de uma questão em outra. Não que haja substituição de um processo decisório por outro, mas apenas indica que "sob a observação do sistema jurídico, o sistema político, por meio de decisão, exorbitou do campo das possibilidades políticas, corrompendo a própria política (SILVA, 2011, p.131)".

O sistema jurídico brasileiro está contextualizado na política e nos direitos humanos, porém não lhe cabe fazer o papel da política, da educação, da segurança, da economia. Dessa forma o sistema jurídico não poderá resolver todos os problemas. Ademais "não é por falta de legislação que os direitos humanos não são cumpridos no Brasil, mas exatamente por falta de eficácia da legislação em geral, e, mais especificamente, por falta de executividade das políticas públicas de direitos humanos, que lhes dariam feição concreta no plano da prevenção, da proteção e da promoção". BITTAR (2018, n.p.) Portanto a falta de executividade das políticas públicas e a deslegitimação das políticas públicas intensificam as injustiças sociais, colocando em "julgo" o papel do Estado.

De acordo com Bittar (2018) o Brasil sofre com a ineficiência da legislação, com constantes escândalos de corrupção, violação dos direitos humanos, impunidade de autoridade; muitos brasileiros vivem marginalizado isso somado ao discurso desacreditado e/ou deslegitimado dos Direitos Humanos, discursos esses realizados muitas vezes por organismos do Estado, pela imprensa, por influenciadores sociais e pela viralização de mensagens nas redes sociais; geram ainda mais conflitos sociais, alimentando o caos que temos vivido. Ademais até mesmo a educação em direitos humanos tem sofrido duros golpes, nos dizeres de Bittar (2018).

> Até mesmo a educação em direitos humanos, com a importância que teria para enfrentar muitos desses desafios, é obnubilada por discussões sobre o controle ideológico de professores, junto a câmaras legislativas e espaços de representação escolar. "A repressão intelectual toma uma nova feição e os esforços em torno da construção da cidadania na educação são atravessados pela precarização, pela perseguição, pelo medo e pela desarticulação" (BITTAR, 2018.n.p)

A ineficiência do Estado em aplicar as políticas públicas fica evidente quando nos deparamos com o fato de que o Brasil de acordo com as pesquisas está entre os países mais violento do mundo, sendo as principais vítimas, jovens negros; isso tudo alimentado por uma opinião pública generalizada, que afirma que quanto mais violência a polícia usar e quanto mais prisões forem realizada maior será a redução da violência, o que comprovadamente, tem sido um grande erro, abaixo números alarmantes da violência no país, nesses termos:

> No mundo, o Brasil é considerado o sétimo país em taxa de homicídios de jovens. É noticiado que, das 560 mil pessoas assassinadas no mundo, 12% foram mortas no Brasil. Com esses números, o Brasil registra a curiosa posição de país mais violento do mundo, em números absolutos, pois de cada dez pessoas assassinadas no mundo, uma é brasileira, o que leva à conclusão de que o país, apesar da inexistência de um conflito armado declarado, convive de forma extremamente contraditória com todas as variáveis sociais, econômicas e políticas que o envolvem (posse de armas de fogo; pobreza; desigualdades sociais; precariedade de serviços públicos; urbanização acelerada; tráfico de drogas; crime organizado), o que, na equação complexa a partir daí formada, torna alarmantes os dados da violência e urgentes às respectivas políticas de segurança pública. (BITTAR, 2018, n. p)

Bittar (2018) argumenta que mesmo o país ocupando a sétima e a nona posição na economia mundial, está à frente nos índices de desigualdades socioeconômicas, estando em 75ª posição no IDH, ocupando a posição do país com maior índice de desigualdades da América Latina. Segundo o IBGE (2017) o Brasil possui 6% da população morando em favelas, que são aglomeradas subnormais. Bittar (2018) afirma que a exploração do trabalho análogo ao da escravidão ainda perdura no país fato que pode der demonstrado pelos dados do Ministério do Trabalho. Em 20 anos foram registrados a libertação de quase 50 mil pessoas em condições análogas de escravidão.

> O exemplo também da exploração do trabalho análogo ao da escravidão – sabendo-se que a mentalidade escravista perdura mais de 100 anos depois de abolida a escravidão, e que ocorre em diversos estados de todo o país, em regiões urbanas e rurais23 –, na medida em que, num período de 20 anos (1995 até 2015), registraram-se 2.020 operações de inspeção de 4.303 estabelecimentos, registrando-se a libertação de quase 50 mil pessoas desta condição (BITTAR, 2018. n.p.)

O Brasil também apresenta índices elevados em relação à violência contra as mulheres, sendo considerado um dos piores países da América Latina para as mulheres assim como também tem reprimidos grupos minoritários como homossexuais e indígenas. De acordo com Bittar (2018) os povos indígenas estão em maior grau de vulnerabilidade quando considerados indicadores como renda, mortalidade infantil, desnutrição, saúde, escolarização e acesso a saneamento básico. Recentemente representantes dos povos indígenas buscaram ajuda com o Papa e a ONU para lidar com as políticas de austeridade do governo federal; que pretendem diminuir as desmarcações de terras indígenas no país.

> A demarcação de terras, o respeito à autonomia dos povos indígenas, o impacto das grandes obras, a lentidão no reconhecimento e no tratamento das políticas para as comunidades indígenas tornam a agenda atravessada por adiamentos politicamente adestrados e burocraticamente dificultados (BITTAR, 2018, n.p.)

Para Bittar (2018) a devastação ambiental prossegue, alimentado pela cultura da monocultura, da agropecuária e venda de madeira ilegal. Durante o ano de 2019 as queimadas na Amazônia tornam-se manchetes em diversos países. A preocupação pela situação de devastação da Amazônia intensificou-se por meio das campanhas nas redes sociais pelo mundo todo. De 06 a 27 de outubro de 2019 ocorreu o Sínodo da Amazônia, realizado pela Igreja Católica que teve como objetivo reunir sua liderança mundial para discutir entre outros assuntos, a proteção da Amazônia

e dos povos indígenas no Brasil.

Contrapondo os dados até então apresentados, Bittar (2018) afirma que quando bem aplicado às políticas públicas surtem efeitos positivos, como exemplo, podemos citar as políticas sociais inauguradas pelo Programa Bolsa Família, pelo Programa Minha Casa Minha Vida (2009) e pelo Programa Brasil Sem Miséria (2011) que de acordo com o 3.º Relatório Nacional no item III (Redução da Pobreza e Promoção da Igualdade Social) Entre 2004 e 2014, retiram 36 milhões de brasileiros da situação de extrema pobreza. De acordo com Bittar (2019) o programa Fome Zero permitiu a redução da pobreza (de 24,3% da população, em 2001, para 8,4% da população, em 2012, e de 13,6% da população, em 2011, para 3,7% da população, em 2014). Porém infelizmente esses números estão em queda e os índices de pobreza voltaram a crescer nos últimos anos. Dessa forma podemos concluir que as políticas públicas eficientes são sustentadas pelo vigor dos direitos humanos, contextualizado as conjunturas políticas de quando foram aplicadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente parece consensual a necessidade de existência do Estado, entendemos que o papel dele é garantir o bem comum por meio da justiça social. As transformações estruturais ocorridas no Brasil ao longo dos séculos, por meio de muitas lutas, sustentam o Estado democrático de Direito que vivemos. Renunciamos a parte de nossas liberdades individuais, permitindo ao Estado sua ação de coerção e controle social e, em contrapartida esperamos que os direitos humanos fundamentais sejam efetivados. O poder delegado pelo povo a seus representantes não deve ser absoluto a fim de evitar atrocidades, comum em tiranias e ditaduras. A limitação do poder garante igualdade e bem-estar a todos.

Adversando as expectativas evidenciam-se recorrentes notícias de corrupção envolvendo diversos representantes do Estado, a ausência de políticas públicas de redistribuição de renda; que passaria por altos investimentos em educação tem desenhado um estado de caos: Estado de exceção onde à liberdade são minadas; e, em contrapartida o poder cada vez mais concentrado no Estado.

O Estado de Exceção tem se apresentando como política permanente, como valioso mecanismo biopolítico de controle social. O Estado escolhe manter a exceção, excedendo assim sua função cria a falsa ideia da necessidade do aspecto normativo e da coerção intensiva. Portanto, reais investimentos em políticas públicas, retiraria o povo da extrema miséria; possibilitando o pleno exercício da cidadania. Que por sua vez, fortalecia os direitos humanos. E dessa forma haverá diminuição do poder estatal o que resultará em maior liberdade individual e dignidade humana tão bem escrita na nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceç*ão. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo.

Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.

BADIOU, A. *Conferências de Alain Badiou no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica.1999

BATISTA, V. M. *O preocupante porvir.* Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, mimeo, 2008

BARALDI, Tereza Cristina Albieri. *Estado de Exceção State Of Excpetion Giorgio Agamben ORG & DEMO*, Marília, v.12, n.1, p. 115-120, jan./jun., 2011. Disponível em: http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/779. Acesso em: nov. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia e políticas públicas de direitos humanos*: a situação atual do Brasil. Bittar. Revista USP. Natal, v. 25, n. 47 maio-ago. 2018, p. 35-5. Princípios: revista de filosofia. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/151573. Acesso em: nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia.* São Paulo: Editora brasiliense, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Almedina,1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva 1998, p. 51. 24

DELEUZE, G. *Conversações*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. [trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz] 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.p 07-20.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

RAMOS, Eduardo da Rosa. *Noções Gerais sobre origem do Estado e Estado Moderno*. Revista artigos UNIFEG. 2012. Disponível em: https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2012/Eduardo-da-Rosa-Ramos-Nocoes-Gerais-Sobre-a-Origem-do-Estado-Moderno.pdf. Acesso em: nov. 2019.

SOUZA, Danigui Renigui Martins de. *A biopolítica em Giorgio Agamben*: Estado de exceção, poder soberano, vida nua e campo / Danigui Renigui Martins de Souza. 2017.

SILVA, André Luiz Olivier Da. *Os Direitos Humanos e o Estado Natural de Fundamentação dos Direitos*. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 71, p. 133-154, dez. 2015.

Recebido em: 03.09.2020
Aprovado em: 14.02.2021
Última versão dos autores: 01.01.2022

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio

Como citar (ABNT Brasil): LEITE, L. C.; SIMÕES, C. C. de C. Do Estado de Exceção ao Democrático: Direitos Humanos e políticas públicas no Brasil. **JURIS** - Revista Da Faculdade De Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.11932

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Dificuldades probatórias no Direito do Trabalho e suas repercussões na esfera previdenciária: um problema de "vasos comunicantes"

Prof. Me. Alberto Luiz Hanemann Bastos [1]
Centro Universitário Santa Cruz de Curitiba - UniSantaCruz - Curitiba/PR
E-mail: alberto.bastos.1997@gmail.com

Resumo: O presente estudo visa investigar as dificuldades enfrentadas pelos litigantes que pretendem comprovar os fatos constitutivos de direitos trabalhistas e, por conseguinte, descrever de que modo tais atribulações obstam o acesso a benefícios previdenciários. Valendo-se do método analítico bibliográfico, o trabalho teve por objetivo geral explorar as conexões existentes entre as áreas do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, com vistas a indicar de que modo um mesmo arsenal probatório pode subsidiar tanto pretensões de cunho trabalhista, quanto pretensões de cunho previdenciário. Assim, a pesquisa centrou-se sobre os seguintes objetivos específicos: (i) lançando mão da metáfora dos "vasos comunicantes", expor os entendimentos doutrinários que vaticinam a proximidade do processo do trabalho com o processo previdenciário, com especial ênfase no que diz respeito aos seus aspectos probatórios; (ii) arrolar algumas das dificuldades probatórias enfrentadas pelos indivíduos que litigam na Justiça do Trabalho (reconhecimento de vínculo de emprego em contexto de trabalho informal, demonstração do adoecimento físico e psicológico decorrente da precarização do ambiente de trabalho, comprovação de incidentes de assédio moral), de modo a indicar as suas repercussões na seara previdenciária; e (iii) propor soluções para atenuar as dificuldades probatórias vislumbradas na comprovação dos fatos constitutivos de direitos trabalhistas e previdenciários. Ao fim, concluiu-se que as dificuldades probatórias que permeiam os processos trabalhista e previdenciário devem ser minuciadas, para que sejam engendradas técnicas capazes de maximizar o acesso a tais direitos, indispensáveis para a manutenção de uma vida digna

Palavras-chave: Dificuldades probatórias; Direito do Trabalho; Direito Previdenciário; Prova.

Evidentiary difficulties in Labor Law and their implications in social security sphere: a issue of "communicating vessels"

Abstract: This paper aims to investigate the difficulties faced by plaintiffs who intends to prove

1 Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-graduação em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor de Direito Administrativo e de Direito Previdenciário no Centro Universitário Santa Cruz de Curitiba - UniSantaCruz. Advogado com experiência profissional nas áreas de Direito Previdenciário e Direito Administrativo. Membro da Rede de Estudos Interdisciplinares de Seguridade e Trabalho (RESIST) e do Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (TRAEPP). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3091-093X. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9865382482535945. E-mail: alberto.bastos.1997@gmail.com

the facts that constitute labor rights and, then, describe how these complexities hamper the access to Social Security benefits. By a literature review, the research aimed to explore the connections between the Labor Law and Social Security Law, in order to indicate how a same evidentiary arsenal can support both labor and social security claims. Moreover, the paper focused on the following especific objectives: (i) by the metaphor of "communicating vessels", expose the doctrines that deal with the proximity of the lawsuits involving labor rights with the lawsuits involving social security rights, with special emphasis in the evidentiary elements; (ii) list some evidential difficulties faced by plaintiffs who litigate in the Labor Justice (acknowledge of employment relationship in the context of informal work, prove of physical and psychological illness from the precariousness of the work environment, prove of moral harassment), in order to indicate its repercussions in Social Security; and (iii) propose solutions to reduce the difficulties that permeate the prove of the facts that constitute labor and social security rights. Finally, it was conclued that the evidentiary difficulties linked to labor and social security rights must be clarified, mainly to sketch techniques capable of maximizing the access to such rights, wich are essencial for human dignity.

Keywords: Evidentiary difficulties; Labor Law; Social Security Law; Evidence.

1. INTRODUÇÃO

Todos os eventos que emergem da realidade empírica detêm características e colorações únicas, que somente podem ser observadas de modo *direto* no momento da sua ocorrência. A rigor, a queima de fogos de artifício ocorrida na praia de Copacabana durante o *réveillon* de 2019 foi presenciada estritamente por aqueles que se dirigiram à orla antes da meia-noite. Os protestos estudantis de maio de 1968 foram diretamente vislumbrados apenas pelos indivíduos que estavam situados na cidade de Paris naquele mês. E, de igual modo, a Proclamação da Independência do Brasil foi constatada empiricamente somente pelos sujeitos que se encontravam às margens do rio Ipiranga em 7 de setembro de 1822.

Evidentemente, todos podem ter acesso às informações e às narrativas que permearam cada um dos fatos supramencionados. Através de uma simples busca telemática, é possível localizar dezenas de vídeos que reproduzem a queima de fogos de artifício de Copacabana em diferentes ângulos, bem como reportagens que trazem uma descrição minuciosa do evento. Além disso, pode-se ter acesso aos acontecimentos que permearam aquele *révellion* se dialogássemos com algum dos transeuntes que estavam na praia de Copacabana à meia-noite.

Em livros de história e em documentos oficiais, também será possível acessar uma série de registros, narrativas e imagens sobre os acontecimentos que envolveram os movimentos de maio de 1968 e a Proclamação da Independência do Brasil. Imagens fotográficas são capazes apresentar a quantidade de estudantes franceses que se avolumaram nas ruas; notícias de jornais daquela época são capazes de indicar quais as reivindicações daqueles que protestavam em Paris; e manifestos redigidos pelos governantes são capazes de esclarecer os influxos políticos que culminaram na Independência do Brasil.

Contudo, o conhecimento que se adquire sobre estes fatos, bem como sobre quaisquer

outros eventos do passado, provém de *fontes indiretas*. Consoante explica Danilo Arnaut (2020, p. 247), "do ponto de vista fenomenológico, toda prova, enquanto indício de ocorrências na realidade efetiva, atesta única e exclusivamente sua própria existência". Numa análise empírica e literal, um testemunho demonstra tão somente que um determinado indivíduo proferiu declarações em frente a um juiz ou perante um auxiliar do juízo, porém a sua oitiva não é capaz de fazer com que o magistrado presencie os fatos litigiosos pessoalmente. Uma certidão cartorial apenas evoca uma descrição sobre negócios jurídicos celebrados no passado, não sendo capaz de trazer a lume tais episódios em sua vivacidade originária.

Os fatos, em sua substância empírica, consumaram-se no passado, razão pela qual somente podem ser acessados por meio de memórias, relatos, vestígios e documentos que fornecem uma determinada impressão sobre eles (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 59). Por isso, é lícito assumir que os fatos se encontram num passado distante, remoto e inacessível por qualquer via direta, motivo pelo qual o esclarecimento dos contornos de situações pretéritas deve se centrar na busca por algum tipo de registro, cujo conteúdo faça remissões razoáveis ao fato probando (TARUFFO, 2014, p. 19).

Quanto mais numerosos e robustos os registros referentes ao fato probando, tendencialmente maiores as chances de que as suas nuances sejam esclarecidas (RAMOS, 2018, p. 46-50). Inobstante, inúmeras são as hipóteses em que a busca por registros probatórios resta dificultada ou inviabilizada, seja em razão da hipossuficiência informacional e/ou econômica dos litigantes, seja em virtude da natureza nebulosa do fato probando. Basta pensar nas complexidades que envolvem a comprovação dos assim chamados "fatos psicológicos", tais como o "dolo" e a "má-fé subjetiva" (IBÀÑEZ, 2006, p. 73-74).

Este é justamente o caso das esferas trabalhista e previdenciária, cujas peculiaridades materiais e processuais tendem a restringir as possibilidades de esclarecimento dos fatos constitutivos dos direitos dos trabalhadores e segurados da Previdência Social. Tendo isso em vista, o presente estudo tem por objetivo investigar quais as dificuldades enfrentadas pelos demandantes para comprovar os fatos constitutivos de seus direitos trabalhistas e, na sequência, explanar quais as repercussões desse fenômeno na esfera previdenciária.

Valendo-se da metodologia analítico-bibliográfica, o trabalho será subdividido em quatro etapas. Num primeiro momento, expor-se-á as conexões existentes entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário a partir da metáfora dos "vasos comunicantes", indicando que as provas utilizadas para demonstrar a existência de direitos trabalhistas, muitas vezes, também servem de substrato para a obtenção de benefícios previdenciários. Num segundo momento, serão descritas algumas dificuldades que os trabalhadores enfrentam para esclarecer fatos constitutivos de seus direitos e de que modo tais circunstâncias obstaculizam o acesso aos benefícios previdenciários gerenciados pelo INSS. Num terceiro momento, propor-se-á algumas soluções para que as dificuldades probatórias sejam contornadas, de modo a maximizar o acesso às prerrogativas de cunho trabalhista e previdenciário. Por fim, num quarto momento, serão apresentadas as conclusões logradas ao longo do estudo.

2. DIREITO DO TRABALHO, DIREITO PREVIDENCIÁRIO E AS PROVAS DESPEJADAS EM SEUS "VASOS COMUNICANTES"

A doutrina jurídica destaca, há muito, a íntima conexão entre as esferas do Trabalho e da Previdência Social. A título preliminar, tal circunstância pode ser depreendida a partir do modo como os "Manuais" de Direito do Trabalho e de Direito Previdenciário lidam com o tema ao tratarem da autonomia didática e científica de cada um destes ramos da ciência jurídica.

Este posicionamento pode ser localizado na obra de Mozart Victor Russomano (2002, p. 42-53), o qual descreve que, embora o Direito do Trabalho ostente uma autonomia didática e científica, ele trava fortes interações com outras instâncias da ciência jurídica, incluindo o Direito Previdenciário. Ao seu turno, o doutrinador Maurício Godinho Delgado (2015, p. 84) sugere que a proximidade desses dois ramos do Direito decorre da origem histórica comum de ambos, visto que tanto os direitos de caráter trabalhista, quanto os de caráter previdenciário, são legatários da doutrina do *Welfare State* da segunda metade do século XIX, a qual realça a necessidade de intervenção do Estado no mercado de trabalho. Também, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2018, p. 39) aponta que a conexão entre trabalho e previdência se deve às repercussões mútuas que ambos propagam em suas respectivas esferas, pois, segundo o autor, "os acidentes de trabalho, aposentadorias, salário-maternidade e outros afastamentos previdenciários repercutem no contrato de trabalho", assim como "contribuições previdenciárias, da mesma forma, podem incidir sobre verbas remuneratórias pertinentes ao contrato de trabalho, conforme legislação específica".

Diagnósticos similares são aferidos quando os olhares se transladam para as obras de Direito Previdenciário. Wladimir Novaes Martinez (2017, p. 45-49) dedica um tópico inteiro de seu "Curso" para explanar as imbricações da Previdência Social com outros ramos do Direito, dando ênfase à seara trabalhista. Sérgio Pinto Martins (2018, p. 70), outro consagrado doutrinador da área, propõe que a conexão entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário se dá porque este "vai se abeberar em vários conceitos oriundos do Direito do Trabalho, como o de empregado (art. 3º da CLT), empregador (art. 2º da CLT), remuneração (art. 457 da CLT), salário (art. 457, § 1º, da CLT), salário-utilidade (art. 458 da CLT)", bem como porque utiliza "conceitos advindos da legislação trabalhista esparsa, como o de empregado doméstico (art. 1º da Lei Complementar n. 150/2015), de trabalhador temporário (art. 16 do Decreto n. 73.841/74) etc.". Ainda, os juristas João Batista Lazzari e Carlos Alberto Pereira de Castro (2020, p. 47) arrolam diversos fenômenos cujos efeitos trafegam entre as esferas do trabalho e da previdência social, tais como "a questão da idade mínima para o trabalho – prevista no texto constitucional", "o afastamento do trabalho por motivo de doença, que nos primeiros quinze dias gera a obrigação ao empregador urbano ou rural de pagar o salário, e, após isso, o direito ao benefício auxílio-doença" e, também, "a sempre atual discussão sobre os efeitos da aposentadoria sobre o contrato de trabalho".

A par dos fundamentos utilizados por cada um dos doutrinadores supramencionados, não há dúvidas de que os mundos do Trabalho e da Previdência Social estão profundamente imbricados.

Ocorre que a relação dos indivíduos com a Previdência Social ganha notoriedade quando as suas interações com o mundo do Trabalho sofrem algum tipo de turbulência. A concessão de benefícios de previdenciários, em regra, pressupõe a existência de uma intercorrência que

obstaculiza ou impede o indivíduo de se manter numa relação de trabalho (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 21).

Pense-se, por exemplo, que o direito à aposentadoria por idade e à aposentadoria por tempo de contribuição exsurgem quando o trabalhador está combalido pela idade avançada ou pela longevidade da carreira, fatores que impedem a perpetuação do vínculo laboral. De igual parte, os benefícios por incapacidade temporária e permanente são outorgados àqueles que são acometidos por alguma moléstia que impede a execução das tarefas demandadas em seu cotidiano laborativo. Em dinâmica similar, o salário-maternidade tem o objetivo de substituir a renda da mulher que, por ter adquirido a condição de mãe, precisa deixar temporariamente o seu posto de trabalho para nutrir laços afetivos e existenciais com o(s) filho(s). É possível concluir, então, que "a questão previdenciária pode ser considerada como um momento sequencial e muitas vezes vinculado ao mundo do trabalho" (SERAU JUNIOR, 2014, p. 70).

Problemas relacionados à subnotificação de acidentes de trabalho, assédio moral no ambiente profissional, adoecimentos decorrentes da má-gestão do ambiente de trabalho, dentre outras ligadas ao direito laboral, também geram relevantes repercussões previdenciárias, já que, não raramente, desembocam na concessão de benefícios por incapacidade.

Para além disso, a averiguação do preenchimento dos requisitos que dão azo aos benefícios previdenciários depende da incursão em institutos, relações e fenômenos típicos da seara trabalhista.

Salvante situações excepcionais, as aposentadorias, pensões e auxílios gerenciadas pela Previdência Social pressupõem que os seus requerentes preencham os requisitos da "qualidade de segurado" e da "carência". Em síntese, a qualidade de segurado se trata de uma condição adquirida pelo indivíduo que se filia ao Regime Geral de Previdenciária Social e que perdura até o momento em que interrompe o recolhimento de contribuições ao sistema, ressalvados os "períodos de graça" disciplinados no art. 15 da Lei 8.213/91. Por sua vez, a carência consiste no número mínimo de contribuições que um indivíduo deve destinar ao RGPS para que passe a fazer jus a um benefício previdenciário – a título ilustrativo, os benefícios por incapacidade dependem da prestação de 12 (doze) contribuições, ao passo que o auxílio-reclusão pressupõe 24 (vinte e quatro) contribuições.

Esses dois requisitos, portanto, estão profundamente arraigados no aspecto contributivo da previdência social: detêm qualidade de segurado e carência aqueles que vertem recolhimentos ao sistema. Ocorre que as contribuições que dão azo ao vínculo previdenciário – estatuídas principalmente no art. 195 da Constituição – têm origem em fatos de cariz essencialmente trabalhista.

Basta imaginar que é mediante a execução dos termos de um contrato de trabalho individual que um empregado recolherá as contribuições estipuladas no art. 20 da Lei 8.212/91, as quais consubstanciarão a qualidade de segurado e a carência necessária à futura obtenção de benefícios previdenciários. É através da apuração da (in)existência de pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação (adscritos no art. 3º da CLT) que um jurista poderá identificar se os anos que um segurado prestou serviços a uma empresa podem qualificar vínculo empregatício e, por conseguinte, gerar o cômputo automático de tempo de serviço para fins de aposentação. As reivindicações de equiparação salarial, tipicamente afeitas ao Direito do Trabalho e disciplinadas pelo art. 461 da CLT, também geram repercussões diretas na esfera previdenciária, uma vez que o

aumento e a diminuição da remuneração causam reflexos diretos no cálculo do salário-de-benefício.

Portanto, a despeito de configurarem disciplinas autônomas do universo jurídico, Trabalho e Previdência possuem diversas zonas de intersecção, dentro das quais ambos são afetados por fenômenos comuns. E é neste mote interseccional que o instituto da *prova* deve ser compreendido nos entremeios do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. Tendo em vista que diversos fatos empíricos geram repercussões tanto na esfera trabalhista, quanto na esfera previdenciária, é lícito assumir que as provas que desencadeiam a sua demonstração também assumem importância para essas duas áreas do Direito.

Lançando mão da exemplificação, imagine-se que um indivíduo, em razão de falhas na instalação dos andaimes de uma construção, sofre um acidente durante o seu expediente e que o seu empregador se recusa a emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT. Em uma ação judicial subsequente, o trabalhador se vê obrigado a comprovar a ocorrência do referido acidente. Neste caso, as provas documentais, testemunhais e periciais produzidas ao longo do processo seriam abarcadas por uma dupla finalidade: a uma, subsidiar o pleito indenizatório consignado no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, cujo teor será apreciado pela Justiça do Trabalho (LEITE, 2017, p. 241-245); a duas, dar azo à formulação de pedido de concessão do benefício por incapacidade, cuja tramitação se dará perante o INSS e, caso indeferido, ante a Justiça Estadual, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição (SERAU JUNIOR, 2014, p. 203).

Em hipóteses desse jaez, as provas responsáveis por demonstrar os fatos constitutivos de direitos trabalhistas são também capazes de demonstrar fatos constitutivos de direitos previdenciários, e vice-versa. É justamente por esse motivo que a doutrina salienta a proficuidade do empréstimo de provas entre a Justiça do Trabalho, a Justiça Federal e a Justiça Estadual (SERAU JUNIOR, 2014, p. 284-286), procedimento que atualmente é disciplinado pelo art. 372 do CPC. Quanto mais robusto o arsenal probatório subjacente à pretensão trabalhista, mais robusto o conjunto instrutório ligado à pretensão previdenciária.

Este cenário pode ser ludicamente ilustrado a partir da figura dos "vasos comunicantes" – metáfora que não é nova na doutrina jurídica (COUTORE, 1952, p. 66). A estrutura dos "vasos comunicantes" é constituída por dois ou mais recipientes que são interligados por um ducto. Uma das principais lições físicas legadas pelos "vasos comunicantes" é a de que, independentemente da dimensão de cada um dos recipientes, o líquido inserido preencherá exatamente a mesma altura em ambos. Por exemplo, se um indivíduo ligar um recipiente capaz de comportar 5 (cinco) litros a outro capaz de comportar 2 (dois) litros e, em seguida, despejar uma quantidade de água em um deles, o líquido ocupará a mesma altura em ambos os vasos.

Suponha-se, então, que os recipientes comunicantes dimensionam o "grau de suficiência probatória" para que as demandas trabalhista e previdenciária sejam julgadas procedentes, bem como que o líquido neles despejado representa o material probatório aportado aos processos. Uma vez preenchido o recipiente com o "líquido probatório", o pedido é deferido, ao passo que, caso ele não seja preenchido, o requerimento é indeferido, conforme descrito na acurada metáfora de Simone Trento:

> [...] como se houvesse um recipiente (do tamanho do *standard* de prova) a ser preenchido com os elementos de juízo que haverão de vir ao processo; o tamanho desse recipiente varia conforme seja necessária uma prova mais ou menos contundente de cada fato tema de prova; se tal recipiente for preenchido, o juiz valorará a prova como suficiente e não será necessário aplicar a regra de ônus da prova; caso, porém, o recipiente não seja completamente preenchido, então o ônus da prova não foi satisfeito e será necessário aplicar a regra de julgamento do ônus da prova. (2012, p. 141)

Se os recipientes que representam os processos trabalhista e previdenciário são "vasos comunicantes", isso significa o líquido despejado em um deles atingirá exatamente a mesma altura no outro. Independentemente do volume, da largura e das demais particularidades de cada receptáculo, o "líquido probatório" despejado no recipiente atinente ao processo trabalhista será conduzido em medida igualitária ao recipiente referente ao processo previdenciário, perfazendo níveis equivalentes em ambos.

Metaforicamente, esse cenário ilustra que, embora os processos previdenciário e trabalhista sejam norteados por princípios próprios (SERAU JUNIOR, 2014, p. 49-72; LEITE, 2017, p. 106-121), as provas que os torneiam são comungáveis, subvencionando pleitos em ambas as esferas. Quantidades volumosas de "líquido probatório" despejados no recipiente do processo do trabalho aumentam a possibilidade de que o recipiente do processo previdenciário seja preenchido, sendo a recíproca igualmente válida. No entanto, se o "líquido probatório" é escasso, ambos os recipientes remanescerão praticamente vazios.

Sendo as provas logradas nas esferas previdenciária e trabalhista mutuamente extensíveis, eventual dificuldade de obtenção de registros na esfera trabalhista, não raramente, inviabiliza o deferimento de benefícios previdenciários e a dificuldade de obtenção de registros na esfera previdenciária impede a concessão direitos trabalhistas.

3. DIFICULDADES PROBATÓRIAS NO DIREITO DO TRABALHO E NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O nível de dificuldade referente à comprovação dos fatos litigiosos não é idêntico para todos os casos. Alguns fatos, em razão de sua magnitude econômica ou de seu elevado rigor formal, são minuciosamente documentados, de modo que os seus registros são de fácil recuperação. Pense-se, por exemplo, nas discussões de cunho societário travadas entre acionistas de uma empresa de grande porte ou nos conflitos que despontam do cumprimento de um contrato administrativo firmado entre uma pessoa jurídica particular e o poder público; em situações dessa natureza, as negociações, os acordos e as condições pactuadas são minuciosamente grafadas em fontes materiais confiáveis, motivo pelo qual há pouco espaço para a existência de hipóteses fáticas divergentes entre os litigantes.

Outros fatos, porém, possuem características diametralmente opostas, sendo dificilmente resgatáveis por fontes de informação confiáveis. Decerto, um dos exemplos mais representativos deste fenômeno se refere à comprovação da simulação contratual, pois, como o intuito das partes é justamente o de disfarçar a real natureza jurídica do negócio firmado, é pouco mais que evidente que tomarão todas as cautelas para que não haja provas capazes de trazer a lume a fraude praticada

(PICÓ I JUNOY, 2017).

Em regra, os fatos que dão azo a direitos trabalhistas estão situados nesta segunda categoria, visto que os seus utentes tendem a enfrentar dificuldades probatórias de diversas ordens.

Isso decorre, primeiramente, das inexoráveis assimetrias materiais entre empregador e trabalhador: enquanto o primeiro detém a posse de todos os documentos capazes de esclarecer a dinâmica dos fatos litigiosos (p.ex., cartões de ponto, fichas de funcionários, holerites), os segundos normalmente estão destituídos dos registros necessários para vindicar os seus direitos em juízo (MALLET, 1999, p. 155). E, por mais que a doutrina defenda a possibilidade da inversão do ônus da prova no processo trabalhista – de modo a transladar os encargos probatórios do autor para o réu –, tal técnica não elimina as dificuldades suportadas pelo demandante para lograr a procedência. Isso porque a simples declinação de pedidos e de causas de pedir em uma petição inicial não é suficiente para desencadear a inversão do ônus da prova; para tanto, é necessário que o trabalhador traga um lastro probatório mínimo capaz de despertar no magistrado a convicção de que a sua tese é verossímil (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 233-234). Entretanto, não é raro que trabalhadores inseridos em contextos de informalidade ou que tiveram seus contratos abruptamente rompidos não possuam qualquer registro para demonstrar a verossimilhança de suas alegações, o que dificulta sobremaneira a perseguição de seus direitos em juízo. Conforme nota Fernanda Tartuce Silva (2011, p. 195):

> Nas relações de emprego, *v.g.*, é nítido o desequilíbrio entre os contratantes, sobretudo pela necessidade do empregado de manter o vínculo; tal situação pode fazer que o elo mais fraco se conforme com a falta de acesso à documentação relevante. O acesso às testemunhas também é dificultado, pois na maioria das vezes elas são colegas de trabalho do empregado que não se dispõem a depor sobre algo que o beneficie por temor ao empregador.

Além da assimetria material, a lide trabalhista também tende a externar um profundo desequilíbrio informacional. Usualmente, as empresas que firmam relações laborais possuem corpo de profissionais e de escritórios especialmente vocacionados à defesa de seus interesses em juízo, ao passo que os trabalhadores, não raras vezes, litigam sem o auxílio de um advogado – hipótese que é admitida pelo art. 791 da CLT.

Por deterem profissionais amplamente capacitados para patrocinar os seus interesses, os réus de demandas trabalhistas desenvolvem com esmero todas as teses fáticas e jurídicas no bojo de sua contestação, bem como formulam todos os requerimentos de prova necessários para persuadir o juízo sobre a lidimidade de sua narrativa; em contrapartida, quando não estão representadas por procurador, a reclamatória redigida pelo trabalhador pode ser proposta sem sequer conter pedidos específicos de prova, sendo corriqueiramente acompanhadas pelo requerimento genérico de "produção de todas as provas admitidas em direito". Tal dinâmica dá azo a cenários em que a parte autora perde oportunidades de produzir provas relevantes para a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, pois, apesar de o ordenamento pátrio admitir que o magistrado produza provas de ofício, é certo que a expressa requisição da produção da prova pelo interessado é de fulcral importância para que as suas chances de êxito sejam otimizadas.

Enquanto os réus lançam mão de todas as prerrogativas processuais relacionadas à prova

e aproveitam todas as chances disponíveis para aumentar a probabilidade de êxito no litígio, os direitos dos autores são minados pela preclusão e, após o trânsito em julgado, ceifados pela coisa julgada.

Este desequilíbrio se acentua ao se verificar que os trabalhadores tendem a se encaixar no perfil dos "litigantes eventuais" (*one shooters*) e que os empregadores tendem a se encaixar na figura dos "litigantes habituais" (*repeat players*), nos termos da classificação cunhada por Marc Galanter (2014, p. 16-17). Empresas de grande porte cumulam extenso volume de demandas na esfera trabalhista, o que resulta num elevado acúmulo de experiência que possibilita direcionarem os requerimentos probatórios que melhor otimizem as suas chances de êxito; trabalhadores normalmente se dirigem à Justiça do Trabalho de maneira pontual, razão pela qual não possuem parâmetros prévios para distinguirem requerimentos probatórios efetivos e contundentes daqueles que não gerarão qualquer efeito persuasivo sobre o juiz.

As assimetrias e vulnerabilidades supramencionadas tornam escassa a probabilidade de o trabalhador obter registros referentes aos fatos constitutivos do seu direito, o que obstaculiza a percepção de uma série de prerrogativas trabalhistas – tais como a anotação de vínculo de emprego em CTPS, equiparação salarial, direito ao ressarcimento de horas-extras inadimplidas, pagamento de adicional noturno não auferido e quitação de verbas a título de adicional de insalubridade.

Ocorre que, se pedidos dessa natureza são obstaculizados por uma atuação probatória deficitária no processo do trabalho, os prejuízos na esfera previdenciária serão inexoráveis, uma vez que trabalho e previdência são "vasos comunicantes".

Caso a ausência de provas na Justiça do Trabalho impeça o autor de ter um vínculo de trabalho informal anotado em CTPS, com os consectários legais devidos, o indivíduo deixará de ter remunerações repassadas à autarquia a título de contribuição previdenciária, o que poderá obstaculizar o preenchimento do suporte contributivo necessário para aposentação. Do mesmo modo, se as assimetrias entre as partes e a escassez de provas na Justiça do Trabalho minarem o direito do trabalhador ao pagamento de horas-extras, adicional de insalubridade e adicional noturno, tais cifras monetárias deixarão de ser incluídas nos salários-de-contribuição repassados ao INSS, razão pela qual o cálculo de seu benefício previdenciário resultará num valor inferior àquele inicialmente projetado.

Para além dos obstáculos causados pelo desequilíbrio entre os polos litigantes, as dificuldades probatórias também podem emergir da nebulosidade do próprio fato que tangencia o direito do trabalhador. É que alguns fatos cotidianos na praxe laboral, por redundarem em ilegalidades ou irregularidades, têm os seus registros manipulados, mascarados e, por vezes, eliminados para que o seu descobrimento não implique consequências prejudiciais aos empregadores. Trata-se de fenômeno muito semelhante ao que ocorre na simulação contratual ou nos delitos de corrupção, em que alguns dos envolvidos envidam esforços para ocultar os possíveis vestígios do fato sobre o qual recai a atividade probatória.

Tome-se, como exemplo, o fenômeno do trabalho informal, que engloba as situações em que o contratante se vale de subterfúgios para obnubilar a existência de uma relação de emprego e, por conseguinte, esquivar-se dos encargos impostos pela legislação trabalhista – como ocorre nos casos de indivíduos que, a despeito de ocuparem uma relação que preenche todos os pressupostos

de caracterização de um vínculo empregatício, são contratados como autônomos ou nos casos de indivíduos que prestam serviços a terceiros sem sequer firmar qualquer instrumento formal (BOSCO, 2010, p. 124).

Evidentemente, aqueles que contratam indivíduos nesta situação tomarão as precauções necessárias para eliminar os registros capazes de denunciar a fraude à relação de emprego: recibos de pagamento deixam de ser emitidos; relatórios referentes à jornada de trabalho não são armazenados; colegas de trabalho são coagidos a não testemunhar em favor do trabalhador informal, sob pena de sofrerem retaliação; e, por vezes, os trabalhadores são obrigados a assinar contratos ou termos de adesão, cujos teores contêm cláusulas que negam expressamente a existência de relação de emprego.

Conquanto o Direito do Trabalho exalte o "princípio da primazia da realidade sobre a forma" (DELGADO, 2015, p. 84), não há dúvidas de que essa dinâmica dificulta sobremaneira a obtenção de registros que possam viabilizar ao juiz o acesso aos fatos que dão azo à configuração do vínculo de emprego. Ora, se inexistia no contratante o ímpeto de elaborar documentação apta a minuciar os contornos das atividades do trabalhador, como este poderá esclarecer tais fatos em futura ação judicial?

Mais uma vez, as repercussões na esfera previdenciária se mostram presentes, uma vez que, nos trabalhos informais em que não há a elaboração de instrumentos contratuais, a remuneração é prestada ao largo dos descontos devidos ao INSS. Para a autarquia, é como se este labor sequer existisse, motivo pelo qual os serviços informais não ensejam qualquer tipo de contribuição para aposentadoria futura.

Em se tratando de trabalhos informais nos quais um vínculo empregatício é disfarçado mediante a contratação de um falso trabalhador autônomo, a dinâmica assume contornos distintos, pois as contribuições tendem a ser repassadas para o INSS. Todavia, como a alíquota contributiva dos trabalhadores autônomos (em regra, de 20%) é demasiadamente superior àquela incidente sobre a contribuição dos empregados (de 7,5% a 14%, a depender da renda), não é raro que o trabalhador e seu chefe acordem em declarar à Previdência Social uma cifra remuneratória inferior àquela realmente percebida, a fim de que seja direcionado ao preposto, à margem da legalidade, um montante apartado sobre o qual não haja o desconto da contribuição previdenciária – trata-se de uma espécie de "fraude bilateral" ao vínculo trabalhista, eis que é praticada com a anuência de ambas as partes (MAEDA, 2014, p. 114). Além de implicar sonegação fiscal ou apropriação indébita previdenciária (arts. 168-A e 337-A do Código Penal), tal postura ensejará a minoração do valor da aposentadoria devida ao trabalhador, eis que os salários-de-contribuição que serão utilizados para o futuro cálculo de seu benefício possuirão cifra menor àquela realmente percebida ao longo de sua carreira profissional. Assim, um trabalhador que, na concretude dos fatos, recebia uma remuneração significativa de modo informal, poderá remanescer com uma aposentadoria ou auxílio próximos ao valor do salário-mínimo.

Ainda, outra circunstância de dificultosa demonstração consiste no adoecimento físico e psicológico decorrente da precarização do ambiente de trabalho.

Conforme relata o sociólogo Ricardo Antunes (2018), o avanço da economia neoliberal, do consumismo e da globalização tem redundado numa intensificação da exploração da força

de trabalho dos indivíduos, os quais são submetidos a jornadas laborais extenuantes, captura de sua subjetividade pelos desígnios da empresa, condições de trabalho degradantes, ambientes de trabalho desprovidos de equipamentos de segurança adequados, constantes assédios morais e uma excessiva imposição de metas cujo descumprimento implica a demissão do funcionário. Essa dinâmica laboral acarreta adoecimentos de diversas ordens: a ausência de equipamentos de segurança adequados gera acidentes de trabalho que causam severos danos à integridade física dos trabalhadores; o assédio moral e as condições de trabalho degradantes tornam o indivíduo propício ao desenvolvimento de quadros depressivos; e as jornadas de trabalho extenuantes e a excessiva imposição de metas desencadeia a "síndrome do esgotamento profissional", também conhecida por "síndrome de *burnout*" (JUCÁ, 2018).

Inobstante, a excessiva exploração da força de trabalho ocorre de maneira oculta e velada, na medida em que as corporações que adotam tais práticas, a fim de se resguardarem das sanções legais cabíveis e de externarem uma boa imagem ao público consumidor, valem-se de subterfúgios para mascarar essa dura realidade. Basta cogitar, por exemplo, que o assédio moral é realizado através de manobras silenciosas, porquanto sua prática não depende de uma manifestação expressa do intuito de exploração do trabalhador, mas tão somente do exercício de um poder diretivo que se vale de prerrogativas regularmente estabelecidas para intensificar o ritmo de trabalho do funcionário (CARVALHO; TONIAL, 2012, p. 16). Como bem descreve Maria Aparecida Alkimin (2013, p. 43-44):

> [...] sob a roupagem do exercício do poder de direção, os detentores do poder – empregador ou superior hierárquico – visando uma organização do trabalho produtiva e lucrativa, acabam por incidir no abuso de poder, adotando posturas utilitaristas e manipuladoras através da gestão sob pressão (onde se exige horários variados e prolongados, diversificação de função, cumprimento a todo custo de metas etc.). [...]
> Assim, os detentores do poder se valem de manobras perversas, de forma silenciosa, visando excluir do ambiente aquele que representa para si uma ameaça ou para a própria organização do trabalho, praticando manobras ou procedimentos perversos do tipo recusa de informação ou comunicação, desqualificação e/ou rebaixamento, isolamento, excesso de serviço com metas absurdas e horários prolongados.

Ao serem mascaradas pelo empregador, tais circunstâncias dificilmente podem ser esclarecidas a contento em juízo, remanescendo na obscuridade.

Além de impedir o acesso ao ressarcimento indenizatório pelos danos morais sofridos no ambiente laboral, a impossibilidade de demonstração da precarização do trabalho pode obstar o acesso aos benefícios por incapacidade gerenciados pelo INSS. Isso porque algumas das questões subjacentes aos benefícios por incapacidade dependem da averiguação dos fatores que deram causa à moléstia. Para citar alguns exemplos, veja-se que a demonstração do nexo de causalidade entre o acidente de trabalho e a doença mostra-se imprescindível para a concessão dos benefícios por incapacidade de natureza acidentária; também, a fixação da data de início da incapacidade (DII) é necessária para se apurar se o trabalhador preenchia os requisitos da carência e da qualidade de segurado à época do fato gerador do benefício (SAVARIS, p. 286-289).

Assim, se as causas de um adoecimento psíquico ou físico estão associadas à precarização do ambiente de trabalho, o indivíduo pode se deparar com atribulações para demonstrar o

preenchimento dos requisitos de benefícios por incapacidade, eis que questões como o assédio moral, o não-cumprimento dos protocolos relacionados à segurança do trabalho, as jornadas de trabalho exaustivas e as metas excessivas tenderão a ser mascaradas pelas empresas que incorrem nestas práticas.

Para exemplificar o raciocínio, imagine-se que um indivíduo trabalha para uma empresa como analista de seguros e sofre constantes cobranças de seu supervisor, o qual lhe impõe uma carga de trabalho diária muito superior àquela que poderia ser realizada em um único expediente. Por ter receio de não corresponder às expectativas de seu supervisor, o trabalhador se vê obrigado a complementar os serviços pendentes em sua casa durante à noite e durante os finais de semana, deixando de despender o seu tempo com a família e outros lazeres. Em razão disso, desenvolve um quadro depressivo grave, cuja acentuação culmina numa "síndrome de *burnout*". Caso este indivíduo não ostentasse condições psicológicas para continuar no exercício de suas atividades laborativas, poderia requisitar a concessão de benefício por incapacidade perante o INSS. Contudo, em relação ao seu caso, algumas indagações poderiam ser suscitadas: qual a causa de seu quadro depressivo? Quais fatores geraram o agravamento de seu estado clínico para o desencadeamento de uma "síndrome de *burnout*"? Qual a data de início da incapacidade?

Para responder aos referidos questionamentos, o trabalhador teria de ingressar na nebulosa comprovação do assédio moral praticado por seu chefe, o que certamente dificultaria a obtenção do benefício almejado.

Nota-se que os universos do Trabalho e da Previdência estão fortemente conectados, visto que as dificuldades probatórias vislumbradas no primeiro inviabilizam a obtenção de direitos relacionados ao segundo. São, portanto, "vasos comunicantes".

4. POSSÍVEIS CAMINHOS PARA CONTORNAR AS DIFICULDADES PROBATÓRIAS NO DIREITO DO TRABALHO E NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Tendo em vista que as verbas trabalhistas e previdenciárias incorporam direitos fundamentais aos quais se deve outorgar máxima efetividade (CORREIA, 2004), cumpre aos juristas engendrar mecanismos para que as dificuldades probatórias relatadas sejam atenuadas, de modo a expandir o acesso de trabalhadores e segurados da Previdência Social ao mínimo-existencial.

Uma primeira alternativa apontada pela doutrina consiste no estímulo ao uso do empréstimo probatório delineado no art. 372 do CPC. Como exposto, muitos dos fatos sobre os quais recaem a atividade probatória na Justiça do Trabalho coincidem com aqueles que desencadeiam a concessão de benefícios previdenciários. Por isso, um indivíduo que logrou provas favoráveis na Justiça do Trabalho pode transladá-las para subsidiar seu pedido superveniente de aposentadoria. Nesse sentido, se o "trabalhador A", no bojo de uma reclamatória trabalhista, logrou declarações testemunhais que atestavam a existência de um vínculo empregatício, este mesmo "trabalhador A" poderia reaproveitar tais depoimentos orais em pedido de aposentadoria movido perante a Justiça Federal, para fins de demonstrar a existência de tempo de serviço não computado pelo INSS e, por conseguinte, majorar o seu suporte contributivo (SERAU JUNIOR, 2014, p. 284).

O empréstimo probatório também pode ser realizado entre processos que contêm diferentes

trabalhadores no polo ativo. Por exemplo, se o "trabalhador A", numa reclamatória trabalhista, produziu provas que atestaram que o seu ambiente de trabalho era insalubre (prova pericial, Perfil Profissiográfico Previdenciário), um "trabalhador B" que laborasse na mesma empresa poderia se valer das mesmas provas em processo previdenciário para demonstrar quais os agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho e, consequentemente, contabilizar tempo de atividade especial (LADENTHIN, 2020, p. 291-301). Isso significa que a prova emprestada da Justiça do Trabalho não precisa provir de um processo no qual o requerente da aposentadoria figurava como reclamante; ao contrário, pode provir de uma reclamatória movida por pessoa diversa, contanto que a prova recaia sobre um mesmo quadro fático ou uma questão de fato comum (LUNARDI, 2020, p. 197-204) – como ocorre no caso de indivíduos que laboravam no mesmo setor de uma empresa.

Além de prestar deferência à economia e à celeridade processuais, a utilização da prova emprestada aumenta as probabilidades de segurados e trabalhadores galgarem êxito em seus respectivos litígios, sobretudo em relação àqueles que envolvem fatos cuja comprovação é difícil. Com o procedimento do art. 372 do CPC, uma única prova é capaz de ser aproveitada por todos os trabalhadores e segurados que estavam emergidos no mesmo suporte fático ou em suporte fático análogo; logo, se um único litigante, em razão de sua posição privilegiada, da *expertise* de seu procurador ou mesmo de um "golpe de sorte", for capaz de superar as barreiras materiais e informacionais que permeiam a comprovação dos fatos constitutivos de direitos trabalhistas e previdenciários, a vulnerabilidade de todos os demais será significativamente atenuada, visto que terão a possibilidade de apresentar registros que originalmente remanesceriam inacessíveis.

Outro instrumento que pode ser empregado com proveito nas esferas trabalhista e previdenciária se trata da prova indiciária. Segundo elucidam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2018, p 122), o indício é a prova que "não incide sobre fato da causa, mas sobre fato externo, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio lógico indutivo", ou seja, "por meio da prova indiciária são provados fatos indiciários (ou secundários), dos quais se pode deduzir o fato direto". Circunstâncias de difícil demonstração clamam pela utilização da prova indiciária, na medida em que tais instrumentos aumentam as possibilidades de esclarecimento do fato probando. Admitindo-se o uso dos indícios, o leque de caminhos argumentativos para se acessar os fatos constitutivos dos direitos previdenciários e trabalhistas aumenta exponencialmente, já que o demandante não precisa se ater à busca pelos registros que se referem diretamente ao evento *sub judice*, podendo perseguir registros de fatos paralelos que são mais acessíveis.

Cogite-se, por exemplo, que um indivíduo pretende demonstrar a existência de um acidente laboral, com vistas a obter indenização trabalhista e a concessão de benefício por incapacidade de caráter acidentário. Para tanto, não precisa coletar provas que se refiram diretamente ao acidente que o afligiu; tal fato também pode ser comprovado a partir de provas que façam alusão a eventos adjacentes, tais como relatórios elaborados quando da ocorrência de acidentes anteriores, prontuários de hospitalização de outros empregados que se acidentaram naquela empresa e distribuição de Equipamentos de Proteção Individual (EPI) sem a devida certificação da ABNT, pois tais documentos, ao demonstrarem o elevado nível de negligência do empregador em ocasiões pregressas, tornam viável a presunção da existência do acidente alegado pelo demandante. Como bem assinala Danilo Knijnik (2007, p. 50), "examinando-se separadamente cada indício, posso não

me convencer da ocorrência do fato desconhecido; porém examinando-os em conjunto, poderei chegar à conclusão diversa".

Por fim, os ambientes previdenciário e trabalhista são ideais para a utilização da técnica da "redução do módulo probatório" (WALTER, 2019). Tal perspectiva pode ser explicada a partir de uma breve incursão no raciocínio probatório do processo penal.

Ao instituir que a condenação criminal depende da apresentação de "prova acima de qualquer dúvida razoável" sobre a autoria e a materialidade do crime, o postulado do "*in dubio pro reo*" tem um objetivo bastante claro: evitar o aprisionamento de pessoas inocentes. Para prestar deferência ao princípio da presunção de inocência, o legislador optou por condicionar a condenação penal à apresentação de provas robustas e contundentes, pois tal dinâmica, apesar de aumentar o número de absolvições de indivíduos que efetivamente cometeram crimes, diminui o número de inocentes equivocadamente condenados (KNIJNIK, 2007, p. 44).

Os processos trabalhista e previdenciário são orientados por uma lógica diametralmente oposta, eis que são governados pelo postulado "*in dubio pro misero*" (SAVARIS, 2018, p. 325-326). Tanto as verbas trabalhistas, quanto as previdenciárias, são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, uma vez que, sem elas, os indivíduos deixam de possuir recursos para satisfazer as suas necessidades básicas, bem como para se resguardar da invalidez, da doença ou da idade avançada (SERAU JUNIOR, 2014, p. 59).

Levando em consideração a magnitude desses direitos, é lícito assumir que o sistema prefere que pleitos trabalhistas e previdenciários sejam deferidos a indivíduos que não faziam jus às verbas requisitadas do que obstar indevidamente a sua concessão às pessoas que preenchiam todos os pressupostos necessários para tanto. É preferível correr o risco de que alguns trabalhadores e segurados logrem benefícios fraudulentamente do que majorar demasiadamente as exigências probatórias, inviabilizando o acesso a verbas trabalhistas e previdenciárias devidas a vários indivíduos hipossuficientes.

Em razão da incidência do postulado "*in dubio pro misero*", o magistrado está autorizado a reduzir as exigências de prova em favor do trabalhador e do segurado, mediante "outorga de maior valor às provas indiciárias e, por conseguinte, ao raciocínio judicial presuntivo" (CARPES, 2017, p. 490).

Desse modo, para atenuar as dificuldades ligadas à comprovação dos fatos subjacentes a direitos trabalhistas e previdenciários, pode-se lançar mão de presunções favoráveis aos demandantes nas hipóteses em que a instrução do processo não se mostrou suficiente para elucidar todas as dúvidas que torneiam os fatos litigiosos. O doutrinador Gerhard Walter (2019, p. 216-217) indica que os Tribunais alemães, ao apreciarem pedidos de pensão, tendem a presumir que a morte do instituidor decorreu de acidente de trabalho quando comprovado que o óbito ocorreu no estabelecimento em que prestava serviços ou nos seus arredores; trata-se de uma presunção favorável ao trabalhador que, se aplicada ao ordenamento brasileiro, facilitaria o acesso aos benefícios por incapacidade, uma vez que as prestações previdenciárias fundadas acidentes têm o requisito da carência dispensado, na forma do art. 26, inciso II, da Lei 8.213/91.

A "redução do módulo probatório" também autoriza o julgador a preencher eventuais lacunas da narrativa fática do postulante através do uso de máximas da experiência favoráveis

aos segurados. Imagine-se que uma agricultora vindica o reconhecimento da existência de vínculo trabalhista com empregador rural e, para tanto, junta documentos que atestam que o seu esposo atuava como funcionário daquela empresa. Embora a prova material se refira ao labor exercido pelo marido da requerente, a lógica do "*in dubio pro misero*" dá azo a julgamentos em que o Tribunal, "considerando a usualidade do trabalho familiar na região, aplica a regra segundo a qual 'mulher de rurícola, rurícola é'" (KNIJNIK, 2007, p. 70). Assim, regras da experiência são utilizadas para majorar a força probante de documentos que, em litígios ordinários, não teriam a capacidade de desencadear a procedência (SAVARIS, 2018, p. 323).

Através destes mecanismos, as dificuldades probatórias presentes em demandas trabalhistas previdenciárias podem ser atenuadas, diminuindo as vulnerabilidades que acometem os demandantes.

5. CONCLUSÃO

Expôs-se, ao longo do presente estudo, que os segmentos do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, a despeito de possuírem princípios próprios, comportam-se como "vasos comunicantes", uma vez que as provas utilizadas para comprovar os fatos constitutivos de direitos trabalhistas também podem ser empregadas para a requisição de benefícios previdenciários, e vice-versa.

Inobstante, viu-se que inúmeros fatos que dão origem a direitos trabalhistas são de difícil comprovação, seja em razão das assimetrias informacionais e materiais vislumbradas entre empregador e trabalhador, seja em virtude de complexidades inerentes ao próprio fato probando. Nessas hipóteses, a obtenção dos registros necessários para que o julgador tenha acesso às circunstâncias que dão ensejo a benefícios previdenciários e trabalhistas é obstaculizada, motivo pelo qual é necessário cogitar mecanismos de facilitação da formação de um convencimento judicial favorável aos trabalhadores e segurados da Previdência Social.

Assim, o empréstimo probatório, a prova indiciária e a "redução do módulo probatório" mostram-se como possíveis caminhos para que o acesso aos direitos fundamentais trabalhistas e previdenciários seja maximizado. Ao fim e ao cabo, o julgador não possui acesso *direto* a nenhum dos fatos alegados pelos trabalhadores e segurados, visto que estes se consumaram no passado. Portanto, é preciso minuciar as dificuldades probatórias que permeiam os processos trabalhista e previdenciário, para fins de racionalizar o convencimento judicial e direcioná-lo no sentido que melhor otimize a tutela da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão:* o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARNAUT, Danilo. *Os humanos dos direitos*: fenomenologia da pessoa concreta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal:* realidade ou relação de emprego fraudulenta? 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CARPES, Artur Thompsen. Os modelos de constatação e a "redução do módulo probatório": técnicas para a adequada reconstrução dos fatos da causa. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos:* estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Sônia Aparecida de; TONIAL, Juliana Chilanti. A *prova do assédio moral no ambiente de trabalho*. UNOPAR Científica Ciências Jurídicas e Empresariais, Londrina, v. 13, n. 1, p. 13-22, mar., 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário.* 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 99, p. 304-325, 2004.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução: F. de Abranches Ferrão. Lisboa: Jornal do Fôro, 1952.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *In*: GALANTER, Marc. *why the haves come out ahead*: the classic essay and new observations. New Orleans: Quid Pro Books, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

IBÀÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. Tradução: Lédio Rosa de Andrade. *In*: IBÀÑEZ, Perfecto Andrés; ANDRADE, Lédio Rosa (org.). *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Síndrome de burnout:* malaise do nosso tempo e suas implicações jurídicas. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 39-66, jul./dez., 2018.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Aposentadoria especial:* teoria e prática. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova*: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MAEDA, Fabíola Miotto. *Prestação de serviço por meio de pessoa jurídica*: dignidade e fraude nas relações de trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 65, n. 1, p. 148-159, out./dez., 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes Martinez. *Curso de direito previdenciário.* 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social.* 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Los indicios de la prueba de la simulación contractual.* InDret 3, v. 3, p. 2-21, set., 2017.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil:* do ônus ao dever de provar. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário.* 7. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Curso de processo judicial previdenciário.* 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil.* Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

TARUFFO, Michele. *A prova.* Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TRENTO, Simone. *Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória: standard* e ônus da prova. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba.* Tradução: Carlos Antonio Augurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani e Benigno Choque Cuenca. Santiago: Olejnik, 2019.

Recebido em: 30.06.2023
Aprovado em: 07.09.2023
Última versão dos autores: 18.09.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): BASTOS, A. L. H. Dificuldades probatórias no Direito do Trabalho e suas repercussões na esfera previdenciária: um problema de "vasos comunicantes". **JURIS** - Revista da Faculdade de Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.15649

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Os imbróglios da prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico dos pequenos e médios municípios das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ), São Paulo

Elisa Inácio da Silva [1]
Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Rio Grande/RS
E-mail: elisainaciosilva@furg.br

Thelmo Branco Filho [2]
Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Rio Grande/RS
E-mail: thelmobranco@furg.br

Tadeu Malheiros [3]
Universidade de São Paulo, USP, São Carlos/SP
E-mail: tmalheiros@usp.br

Resumo: O presente artigo é resultado de pesquisa realizada por intermédio de parceria entre a Universidade de São Paulo, a Universidade Federal do Rio Grande, o Convênio de Pesquisa Aplicada - firmado entre a FUSP/EESC/USP - e o Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ). Sendo o relato conclusivo da pesquisa, sua pertinência decorre da evidente notoriedade da temática do Saneamento Básico no Brasil com as recentes legislações que tem buscado pela universalização desse conjunto de serviços tão renegados ao longo da história do país. Com isso, o texto propôs-se ao estudo, por meio de uma análise comparativa, da situação dos pequenos e médios municípios inseridos na Bacia dos Rios Piracicaba, Jundiaí e Capivari, frente à Lei de Regionalização dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. Com esse intuito, foi realizada pesquisa do tipo análise comparativa, organizando e interpretando dados dos pequenos e dos médios municípios que compõem, por intermédio da coleta de dados e da revisão de literatura. Como resultado, observou-se que os municípios estudados se encontram em situação de precariedade, principalmente, em relação a efetividade de ações públicas que visem, de fato, à universalização do saneamento básico aos seus cidadãos.

---

1 Acadêmica de Direito (6° semestre) pela Universidade Federal do Rio Grande. Sou ex-bolsista de Iniciação Científica (oriunda da parceria USP/FURG) sobre a Regionalização (Lei Estadual Paulista n 17.383) do Saneamento Básico na região da Bacia dos Rios PCJ (SP). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1664893874128180; ORCID: E-mail: elisainaciosilva@furg.br

2 Doutor em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP com Doutorado Sanduíche na Universidade de Coimbra - Portugal - FDUC. Mestre em Direito Coletivo, Cidadania e Função Social, pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Pós-graduado em Direito Público Aplicado, pela Escola Brasileira de Direito - SP e Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Coordenador do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande/RS - FADIR. Professor Adjunto na Universidade Federal do Rio Grande/RS - Faculdade de Direito - FADIR. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2971242172685866; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1948-5744; E-mail: thelmobranco@furg.br

3 Pós-doutorado em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública - USP (2006). Doutorado em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo (2002). Mestrado em Resources Engineering - Universitat Karlsruhe (1996). Graduação em Engenharia Civil pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (1991), engenharia ambiental pela Faculdade de Saúde da USP (1993). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4422237568128846. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9455-4199

Palavras-chave: política pública; saneamento básico; abastecimento de água; esgotamento sanitário.

The imbroglios of the regionalized provision of public basic sanitation services in the small and medium-sized municipalities of the Piracicaba, Capivari and Jundiaí (PCJ) River Basins, São Paulo

Abstract: This article is the result of research project, arising from a partnership between the University of São Paulo, the Federal University of Rio Grande, the Applied Research Agreement - signed between FUSP/EESC/USP - and the Intermunicipal Consortium of the Piracicaba, Capivari and Jundiaí Watersheds (PCJ Watershed). As the concluding text of the research, its relevance stems from the evident notoriety of the theme of Basic Sanitation in Brazil with the recent legislation that has sought the universalization of this set of services so renegade throughout the country's history. With this, the text proposed to study, through a comparative analysis, the situation of small and medium-sized municipalities inserted in the Piracicaba, Jundiaí and Capivari Watershed, in the face of the Law of Regionalization of Water Supply and Sanitary Sewerage Services. For this purpose, a comparative analysis was carried out, organizing and interpreting data from the small and medium-sized municipalities that make up the basin, through data collection and a literature review. As a result, it was observed that the municipalities studied are in a precarious situation, especially in relation to the effectiveness of public actions aimed at universalizing basic sanitation for their citizens.

Keywords: public policy; basic sanitation; water supply; sewage disposal.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a Lei Estadual Paulista nº 17.383/2021, que dispõe acerca da regionalização da prestação de serviços de saneamento básico no estado de São Paulo. Com isso, a temática central dessa reflexão é de minudenciar situação dos municípios de pequeno e de médio porte pertencentes à Bacia Hidrográfica dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ) frente à prorrogação do prazo de resposta quanto à adesão ou não desses municípios, e consequentes desafios para a efetivação da universalização do acesso à água e ao esgotamento sanitário no território bandeirante.

Assim, a pesquisa teve o propósito de realizar uma análise comparativa entre os entes municipais de pequeno e de médio porte, inseridos na Bacia Hidrográfica dos Rios PCJ, visando explicar as dificuldades concretas que permeiam a concretização da universalização dos serviços de saneamento básico no país e, em especial, na região da referida Bacia, focando nos setores de água e de esgoto. Dentre outras particularidades, foi possível evidenciar, o índice de gestão municipal, organizado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, bem como demonstrado a situação dos Planos Municipais de Saneamento Básico (caso o tenham) dos municípios paulistas. Tudo isso, a fim de relacionar com as metas de universalização do saneamento básico que deveriam ser atingidas para até o ano de 2033 em todo o cenário brasileiro.

A pertinência do estudo também decorre do fato de os parâmetros de planejamento para a legislação da regionalização terem concebido e idealizado a lei para as grandes cidades, como pela exigência de planos de saneamento e planos diretores. Além disso, outros pontos relacionados intrinsecamente às características e às demandas que requerem os municípios desses portes, como o orçamento do ente, bem como a capacidade institucional e, até mesmo, a evasão/permanência de populações jovens (IAS, 2023).

Vale ressaltar que o ensaio se propôs em pôr ênfase em dois dos quatro setores que contemplam e compõem o saneamento básico no Brasil, que são: o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e o manejo de águas pluviais e drenagem. Dito isso, o presente estudo optou por focar nos primeiros dois setores, que, além de serem "serviços possuem lógicas diametralmente opostas aos serviços de limpeza urbana e resíduos sólidos" (BERTOCCELLI, 2023), também foram os setores alvo da referida Lei paulista de regionalização, como também pelo "Novo" Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020).

2. METODOLOGIA

A respeito da parte metodológica, vale frisar que o objetivo original do texto era identificar os desafios e as consequências da não adesão dos municípios paulistas à Lei nº 17.383/2021. Contudo, devido ao vigente cenário brasileiro e mundial, houve mudanças significativas nos cenários político, legislativo e, sobretudo, econômico. Nesse sentido, a alteração do foco da pesquisa decorre da pertinência em analisar os pequenos e os médios municípios da Bacia dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, visto que são os entes federativos mais prejudicados pela negligência na efetivação das políticas públicas voltadas à universalização do saneamento básico, principalmente no que tange ao acesso à água e ao esgotamento sanitário.

A metodologia empregada no presente estudo consistiu na revisão bibliográfica em uma pesquisa do tipo análise comparativa, organizando e interpretando dados dos pequenos e dos médios municípios que compõem a Bacia dos rios PCJ. Ademais, ao longo do texto, foram utilizadas obras recentes dos principais autores que trabalham com a regionalização na atualidade, tanto no âmbito acadêmico, quanto na esfera prática. Veja-se, ainda, que as referidas obras demonstram o caráter multidisciplinar da temática, sendo de suma importância por permearem, para além da área jurídica, a política, a econômica e a social.

No que tange às etapas da pesquisa, selecionando e priorizando estudos argumentativos atuais à temática, haja vista que se trata de um cenário extremamente recente e complexo. No que concerne à revisão de literatura, a pesquisa foi realizada em publicações recentes, datadas, majoritariamente, a partir do ano de 2021, cujas buscas consistiram na utilização de palavras-chave e termos ligados à temática da pesquisa. A fim de buscar as obras de referenciais do presente estudo, foram utilizadas as seguintes terminologias e expressões: Governança; Saneamento; Novo Marco Legal de Saneamento Básico; Universalização; Abastecimento de água; Regionalização dos serviços de saneamento básico; Acesso Universal; Esgotamento Sanitário; Prestação Regionalizada. Com essas terminologias, puderam ser analisadas diversas literaturas atualizadas sobre o saneamento

básico no Brasil e as matérias que o circundam[4], ressaltando, assim, a importância da temática ao demonstrar seu caráter multidisciplinar, permeando áreas que atravessam o âmbito jurídico, como as áreas política, econômica e social.

Com isso, no que concerne aos dados coletados ao longo da pesquisa, foram extraídos dos principais órgãos e institutos que acompanham à temática, tais como: o Instituto Água e Saneamento (IAS), pois, desde a divulgação do Projeto de Lei da Regionalização dos Setores de Saneamento Básico no Estado de São Paulo, publicou notas técnicas, além das assíduas participações nos Debates Públicos acerca do tema; também, o Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento, o qual, da mesma forma que o IAS, acompanhou os trâmites da Lei Federal e da Lei Paulista; ainda, a Fundação Agência das Bacias dos Rios PCJ foi utilizada, pois é o braço executivo dos Comitês PCJ e é responsável pelo desenvolvimento dos instrumentos de gestão dos recursos hídricos nas Bacias PCJ; para uma análise da situação da gestão dos pequenos e médios municípios, foi utilizado dados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Ainda, no que concerne aos dados referentes aos Planos Municipais de Saneamento Básico, houve a pesquisa no próprio site da Secretaria de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística, assim como na plataforma de dados Infosanbas. Por fim, a busca pelos estudos não se esgotou nessas fontes de informações, porque, ao longo do presente texto, foram selecionados mais estudos informativos a respeito da temática.

3. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL E O "NOVO" MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

O saneamento básico no Brasil sempre foi uma questão negligenciada. Mesmo com a independência do país ou, posteriormente, com a Proclamação da República ao final do século

4 No que tange às obras utilizadas, são elas (organizadas em obra – autor – local de publicação – ano de publicação):
BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; SANTOS, Marcela de Oliveira; CHAVES, Leonardo Cocchieri Leite; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de; LIMA, Yara Rodrigues Mendes de. Um panorama da regionalização do saneamento básico: desafios para a governança nas estruturas de prestação regionalizada. *Revista de Direito Setorial e Regulatório***,** 2023.
MARRARA, Thiago. Regionalização do saneamento básico no brasil. *Revista de Direito Ambiental***,** 2022.
ANÍCIO, Sabrina de Oliveira; BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; MALHEIRO, Tadeu Fabricio. Novo marco legal do saneamento básico no Brasil (2020) e o conceito de economia circular. *Anais XXIV encontro nacional dos comitês de bacias hidrográficas***,** 2022.
OLIVEIRA, Adna Caroline Vale; SILVA, Aline de Souza; MOREIRA, Ícaro Thiago Andrade; Economia circular: conceitos e contribuições na gestão de resíduos urbanos. *Revista de Desenvolvimento Econômico*, 2019.
GALVÃO Jr, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. *Revista de Engenharia Sanitária*, 2009.
PEREIRA, Alda; et al. Economia circular no setor da água e saneamento em Portugal: situação atual e linhas de atuação futura – *Revista Associação Portuguesa de Distribuição e Drenagem de Águas,* 2022.
SABESP. *Regionalização novo marco regulatório*. Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, 2022.
PIRES, Antonio Cecílio Moreira; et al. *Mapeamento da regionalização do saneamento básico no país:* perspectivas e desafios. *Instituto Saverr Sustentabilidade*, 2022.
AGÊNCIAS DAS BACIAS PCJ. *Relatório Institucional da Agência das Bacias PCJ*, 2022.
HELLER, Léo; et al. *Olhares sobre a realização dos direitos humanos à água e ao saneamento*. Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento. Letra Capital Editora, 2021.
INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE. *Economia Verde no Brasil:* Contribuições para uma política nacional, 2022.
CARRIJO, Artur de Sousa. *Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE):* prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento: uma realidade constitucional, 2023.
BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil* – Experiências concretas. Lumen Juris, 2023.
BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Modelos de prestação regionalizada no setor de saneamento básico*: experiências concretas. Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito de São Paulo**,** 2022.

XIX, eram escassas as políticas públicas que visavam o saneamento basilar. Os primeiros atos higienistas, chefiados pelo médico sanitarista Oswaldo Cruz, como a contenção de doenças por meio das vacinas, foram notórios exemplos de medidas sanitárias do início do século XX, com a Lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904, a chamada Lei da Vacinação obrigatória (WERMUTH, ET AL, 2021).

Contudo, embora essas medidas de saúde fossem e - ainda continuam sendo - relevantes para o controle de doenças e para o asseguramento de saúde e de dignidade populacional, o Brasil ainda carecia de legislações que, de fato, regulamentassem setores anteriores a isso, como é o caso do Saneamento Básico. Então, ao final do período conhecido historicamente como República Velha, foi promulgado "o Código de Águas em 1934, o primeiro grande marco legislativo da gestão das águas no país, estabelecido em um contexto de centralização administrativa, fortalecimento do poder central e nacionalismo" (MURTHA, 2015, p. 12).

Décadas após, devido ao grande êxodo rural, fatores como a falta de planejamento em infraestrutura passaram a ficar mais explícitos, ocasionando diversos tipos de enfermidades na população. Diante disso,

> "em 1971, no então governo militar, o problema de água e esgoto passou a ser priorizado, por meio do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), o qual passou a destinar recursos para os estados criarem suas próprias companhias de saneamento" (INSTITUTO SAVERR SUSTENTABILIDADE, 2022, p. 6).

Um dos aspectos principais desse modelo, fazendo jus à Constituição promulgada posteriormente em 1988, era de haver total recusa da autonomia dos municípios nos processos decisórios, o que faz sentido, na medida que não eram considerados, constitucionalmente, entes federativos dotados de autonomia e de competências organizadas para recursos públicos.

Nesse sentido, o PLANASA funcionava em nome dos poderes públicos estaduais e federal, porém, não elencava diretamente restrições aos municípios que não aderissem a esses planos estabelecidos. Além disso, somado às crises financeiras que atingiram o Estado Brasileiro na década de 1980 (BRANCO FILHO, et al, 2023), a eficácia regulatória do PLANASA acabou sendo reduzida de maneira significativa devido à maneira com que foi implementado. Outro fator a ser mencionado, é o fato de que, embora tenha auxiliado nas melhorias do setor de abastecimento de água, os índices coletados pelo Sistema Nacional de Informações em Saneamento ("SNIS") constataram que "o índice médio de coleta de esgotamento sanitário era de apenas 48,3%, sendo o índice de tratamento desse esgoto coletado ainda mais reduzido, cerca de 32% (SNIS, 2007)" (INSTITUTO SAVERR SUSTENTABILIDADE, 2022, p. 5).

Enfim, já no século XXI, a Lei Federal nº 11.445/2007, apelidada de Marco Legal do Saneamento Básico, surgiu para dar verdadeiras diretrizes ao Saneamento Básico no Brasil, separando-o em quatro setores distintos, abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e manejo de águas pluviais e drenagem (INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO, 2021), conforme **figura 1**. Assim, a lei estabeleceu-se como uma referência significativa para a aplicação de objetivos de universalização e de planejamento em território nacional, por intermédio de planos municipais, estaduais e federais. Ademais, a lei trouxe um rol

taxativo ao definir a universalização como princípio fundamental da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, dentre outros princípios também previstos no artigo 2º da legislação.

Figura 1: Os Quatro Componentes Do Saneamento Básico.



Fonte: Instituto Água e Saneamento – Elaboração IAS, a partir da Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14.026/2020, art. 3° inciso I.

Entretanto, embora tenha inovado e sido um símbolo para a legislação brasileira, trazendo sistematização e organização à temática, os setores do saneamento básico, em especial os relacionados à água e ao esgotamento sanitário, encontravam-se longe de serem universalizados. Tal fato pode ser comprovado a partir dos índices de atendimento à população, no ano de 2019 — início do Projeto de Lei que resultaria na Lei nº 14.026/2020 — de 83,7%, para água, e 54,1%, para esgoto (SNIS, 2019). Por isso, haja vista que o Brasil apresentava, e ainda apresenta, grande disparidade socioeconômica, a análise desses indicadores "como os de acesso aos serviços de água e esgoto adquire importância e complexidade relevantes" (GALVÃO JÚNIOR, 2009). Esse aspecto destacou-se ainda mais, explicitando a urgência em efetivação de políticas públicas, com a pandemia da Covid-19, em uma época em que o acesso à água tratada e a adoção de hábitos de higiene adequados representam a principal forma de prevenção da doença.

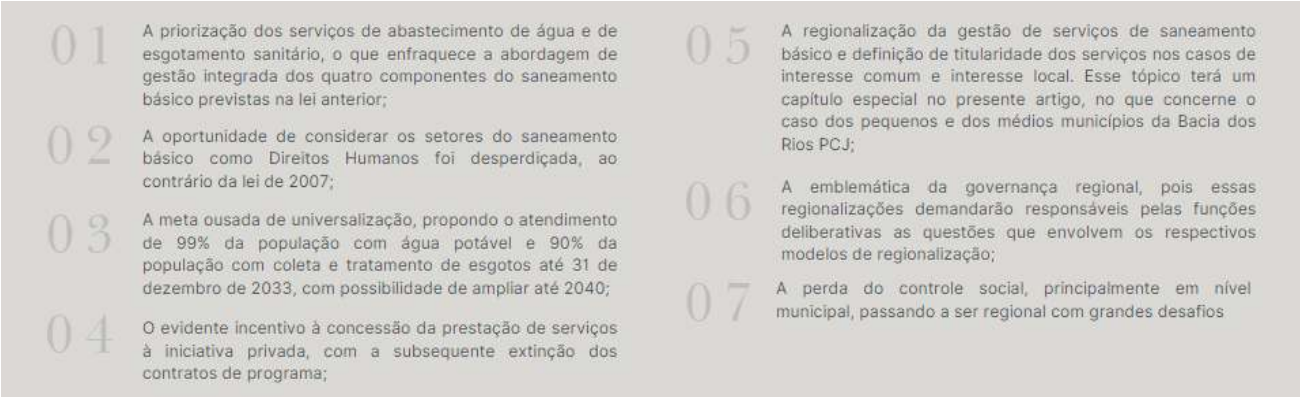
Ainda, vale uma menção a um dos principais motivadores para a implementação de um novo marco no saneamento básico brasileiro. "Em 2015, a ONU propôs aos seus países membros uma nova agenda de desenvolvimento sustentável para os próximos 15 anos, a Agenda 2030, composta pelos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)" (PACTO GLOBAL Rede Brasil). Nisso, para o estudo, é importante destacar o objetivo de Desenvolvimento Sustentável 6, que fala sobre a água potável e o saneamento. Sua meta principal é a de garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos. O Brasil possui um quadro peculiar que reflete as desigualdades instauradas em território nacional, pois, uma vez que no mundo apenas 2% (CETESB, 2017) das águas são consideradas potáveis, sendo, apenas 0,3% de fato acessível, – isto não , não está em estado de gelo –, o país possui 12% da água doce do mundo (CNN Brasil, 2021), tendo a maior bacia do planeta terra e uma das bacias com maior aproveitamento hidrelétrico,

mas mesmo assim, o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário no Brasil ainda é muito precarizado.

Com isso, em resposta ao contexto e debates de níveis nacional e mundial, diante de uma nação onde, em 2020, havia aproximadamente 36 milhões de brasileiros sem atendimento total água (SNIS, 2021) e cerca de 97 milhões sem atendimento total de esgoto (SNIS, 2021), foi sancionada a Lei Federal nº 14.026/2020. O "novo" Marco Legal do Saneamento não revoga a lei anterior, mas a atualiza, mantendo conceitos-chave. No que tange aos seus principais aspectos, há 10 pontos elencados pelo Instituto Água e Saneamento, em sua publicação intitulada "Saneamento 2021 - Balanço e perspectivas após aprovação do novo Marco Legal da Lei 14.026/2020", que valem maior atenção, os quais 7 deles possuem pertinência ao presente estudo, conforme

Figura 2:

Principais aspectos pertinentes ao estudo da Lei 14.026



Fonte: IAS, 2021 (adaptada pelos autores).

Com isso, denota-se que o "Novo Marco instituiu como princípio fundamental a prestação regionalizada, com o intuito de buscar ganhos de escala nos investimentos em prol da universalização do serviço" (JOBIM, A. F. C., et al, 2023). Sua motivação advém da ideia da busca pela viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, aproveitando as vantagens da escala e possibilitando subsídios entre municípios mais prósperos àqueles com menor capacidade financeira (SABESP, 2021). Nesse sentido, o Marco Legal de 2020 tem como objetivo impulsionar essa estratégia ao estabelecer que a destinação de recursos públicos federais e o financiamento com recursos da União estejam condicionados à adesão dos municípios às regionalizações propostas pelos estados ou pela União.

Nesse sentido, Rodrigo De Pinho Bertoccelli destaca que

> "O tema da regionalização não é novo no país. Trata-se de uma das espécies de descentralização da atividade administrativa, cujo objetivo é a união de esforços entre entes federados para a consecução de objetivos de interesse público de forma adequada. (...) a competência para a prestação do serviço público pode ser comum ou local, sendo certo que a prestação regionalizada tem relação com o princípio da cooperação federativa." (BERTOCCELLI, p. 45, 2023)

Outrossim, o novo Marco Legal passou a apresentar diferentes arranjos de regionalização, incorporando o conceito de titularidade que, além da municipal, pode ser compartilhada, como ocorre nas regiões metropolitanas[5], nas aglomerações urbanas e microrregiões, e na gestão associada, nas modalidades de unidades regionais de saneamento básico — caso de São Paulo e Bacia dos Rios PCJ — e de blocos de referência.

No que tange ao incentivo à concessão das prestações dos serviços de saneamento para a iniciativa privada, o marco de 2020 fomenta a sua participação, na medida que exige uma seleção competitiva por meio de licitação prévia. Como consequência disso, "a lei promove maior segurança jurídica para a desestatização de companhias estaduais" (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2023). "Para tal, altera as possibilidades de escolha pelo titular das formas de prestação, bem como estabelece novos critérios para a validação de contratos, tanto dos vigentes como dos novos contratos a serem firmados" (INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO, 2021, p. 19).

Também em resposta ao cenário mundial e em consonância com o Plano Global da ONU, conhecido como Agenda 2030, foram estabelecidas metas de universalização para o ano de 2033. Nisso, tais objetivos deverão ser analisados nas esferas municipais, em momentos em que as titularidades serão exercidas de forma independente, ou na esfera da prestação regionalizada. No que concerne ao saneamento básico, mais especificamente ao acesso à água e ao esgotamento sanitário, "o novo Marco Legal estipulou a meta de atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033" (IAS, 2021).

4. A LEI DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DO SANEAMENTO BÁSICO NO ESTADO DE SÃO PAULO E AS IMPLICAÇÕES DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE ADESÃO AOS MUNICÍPIOS INSERIDOS NA BACIA DOS RIOS PCJ; E OS DECRETOS Nº 11.466/2023 E Nº 11.467/2023; REFERÊNCIAS

> Promulgada um ano após o novo Marco, a Lei Paulista nº 17.383/2021, fundamenta-se, primordialmente, em 2 artigos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (NMLSB), art. 4º-A, § 3º, V e art. 49, inciso XIV:
> "Art. 4º-A, § 3º, V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços;
> E "Art. 49., inciso XIV - promover a regionalização dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica-financeira do bloco."

Nesse sentido, a lei de regionalização tem um caráter que beira ao principiológico do Marco de 2020, pois, de modo geral, além de buscar contemplar a contratação de prestadores de serviços por meio de licitação, procura garantir a viabilidade financeira por meio do subsídio cruzado e dos benefícios de escala na prestação dos serviços (IAS, 2022). Com isso, os modelos de regionalização estabelecidos pela nova lei podem assumir diversas formas, não havendo necessidade de serem

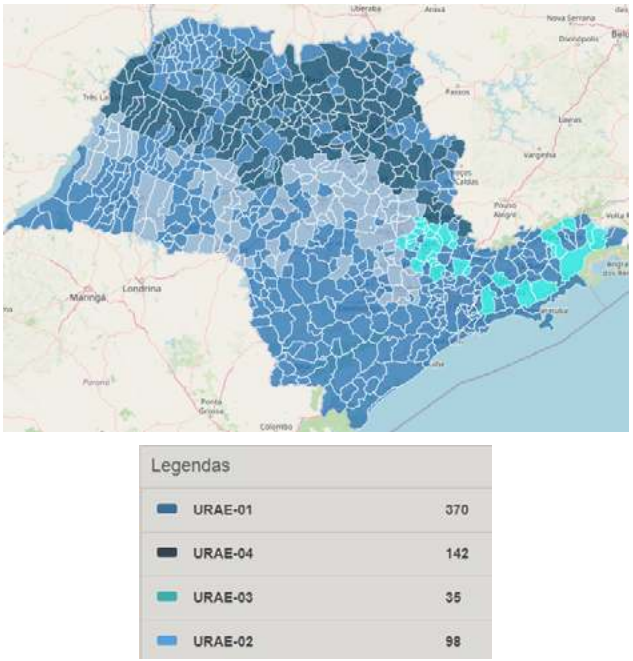
5 Nos moldes previstos no §3º do art. 25 da Constituição Federal e na Lei Federal nº 13.089/2015 ("Estatuto da Metrópole").

unificados em um único provedor. Os aspectos de governança podem ser ponderados de forma colaborativa, permitindo uma abordagem mais flexível e adaptada às necessidades locais. Com isso, a regionalização da gestão de serviços de saneamento passa a ser justificada com o intuito de promover o índice da prestação de serviços e de subsídios cruzados que, a priori, poderiam propiciar a universalização do saneamento básico, principalmente, dos pequenos e médios municípios.

A respeito da regionalização escolhida por São Paulo, as Unidades Regionais de Saneamento Básico são agrupamentos de municípios não necessariamente limítrofes (LOUREIRO, et al, 2022), instituídos pelo Estado mediante lei ordinária, cuja adesão pelos municípios é facultativa. Sobre isso, estudiosos tratam a regionalização voluntária como ato natural no federalismo moderno, além de, no conjunto jurídico brasileiro, a regionalização não exigir continuidade territorial (CARRIJO, 2023). Ainda, objetivam atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública e dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos (BRASIL, 2020). Ademais, para a sua instituição, denota-se o ideal de sustentabilidade financeira, a formação de uma estrutura de governança na forma definida pelo Estatuto da Metrópole e a tentativa de contemplação de pelo menos uma região metropolitana, como disposto na Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14.026/2020, §2° do art. 8°. Também, da mesma forma que ocorre com os Blocos Regionais, a formalização do arranjo proposto pela lei estadual se dá por meio de gestão associada de consórcio público ou de convênio de cooperação, corroborada no artigo 241 da Constituição Federal.

O Estado Bandeirante faz parte dos 18 estados brasileiros que possuem legislação aprovada nos moldes da Lei Federal. Promulgada em 5 de julho de 2021, a lei passou a dividir o estado em 4 Unidades Regionais: Sudeste, Centro, Norte e Leste. Como mostram as **figuras 3**, os municípios estão, de modo geral, mal distribuídos e ilhados, além de a região Sudeste estar evidentemente privilegiada, contendo uma concentração de 370 municípios, conforme dados retirados e adaptados da Nota Técnica feita pelo Instituto Água e Saneamento, no ano de 2021, conforme

Figura 3: Estruturas De Racionalização De Água E Esgoto – São Paulo; Legenda



FONTE: SNIS, 2023.

Figura 4: Municípios por Unidade Regional de Saneamento Básico

URAES	QUANTIDADE E %	HABITANTES E %
	Municípios	População Total
Centro	98 - 15,2%	5.135.429 - 11,2%
Leste	35 - 5,4%	4.627.158 - 10,1%
Norte	142 - 22%	5.046.626 - 11,0%
Sudeste	**370 - 57,4%**	**31.109.836 - 67,7%**
Total em São Paulo	645 - 100%	45.919.049 - 100%

Fonte: Nota técnica, IAS, 2021.
(adaptado pelos autores)

Essa discrepância decorre da tentativa do Estado Paulista de assegurar os contratos existentes com a sociedade de economia mista estatal, que já abrangia boa parte dos municípios paulistas, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo ("SABESP"). Nesse sentido, São Paulo estruturou a legislação de tal forma a assegurar o monopólio da prestadora de serviços de distribuição de água, coleta e tratamento dos esgotos, haja vista que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico incentiva o processo de licitações e a atração ao capital privado para esses setores.

Entretanto, a legislação paulista vem apresentando alguns desafios para a sua efetivação. Conforme nota técnica publicada em 2021 pelo Instituto Água e Saneamento, ainda quando era somente projeto de lei, a tramitação do texto foi pouco discutida, não tendo sido feita qualquer tipo de consulta prévia aos entes federativos, mas apenas três audiências públicas na Assembleia Legislativa de São Paulo. Numa perspectiva jurídica, é dever da administração pública assegurar o direito à publicidade e à transparência legal, sendo cláusula pétrea, explicitado em diferentes artigos da Lei Máxima brasileira, bem como no art. 9º da Lei de Acesso à Informação. Com isso, em decorrência dessa falta de diálogo prévio entre os entes, houve um descontentamento dos entes federativos municipais pela lei ter sido elaborada de maneira simplificada e por ser tão impositiva. É estipulado, inicialmente, em seu art. 4º, o dever dos municípios de manifestarem-se ou não a sua respectiva Unidade Regional em até 180 dias a partir da promulgação da lei, contudo, esse prazo foi postergado devido à falta de adesão dos municípios não inseridos na Unidade Sudeste.

Também ressalta Rodrigo de Pinho Bertoccelli que

> "o desafio jurídico é equilibrar os interesses os entes federados tanto nas modalidades compulsórias (...), como nas **modalidades voluntárias** - consórcios públicos, convênios de cooperação, **unidades regionais** e blocos de referência -, especialmente em razão da maior possibilidade de os municípios questionarem a sua permanência na estrutura regional e desequilibrarem o projeto." (BERTOCCELLI, p.65, 2023)

Contudo, mesmo que a não adesão dos entes federativos e prestadores de serviços pudesse resultar ao não acesso aos recursos do Orçamento Geral da União e aos financiamentos com recursos federais para ações de saneamento, mais de 250 municípios paulistas não aderiram à nova lei. Destaque para os municípios de Rafard e de Ipeúna, os quais foram os únicos municípios do presente estudo que aderiram à regionalização proposta. O prazo inicial para a conclusão e a aceitação dos processos de regionalização pelos municípios era para até 31 de março de 2022, tendo sido prorrogado em 1 ano. Mas, no ano de 2023, foram publicados os Decretos nº11.466/2023 e 11.467/2023, os quais modificam uma série de dispositivos de leis que englobam o saneamento, inclusive, alterando e prorrogando o respectivo prazo para a conclusão, aceitação e adesão para o dia 31 de dezembro do ano de 2025.

A questão do adiamento do prazo da regionalização dos serviços para o final do ano de 2025 encontra-se no artigo 1º, §2º do Decreto nº 11.466/2023. A respeito disso, o aumento expressivo do prazo faz com que os gestores municipais, antes pressionados para o atingimento das metas estabelecidas pelas legislações vigentes, estejam, novamente, confortáveis com seu estado atual. Sobre isso, a flexibilização das normas pode prejudicar a universalização do saneamento básico, prevista para ser alcançada até 2033, conforme aponta a presidente Luana Pretto do Instituto Trata Brasil (2023).

No que tange ao Decreto nº 11.467/2023, contrapõe-se à Lei Federal nº 14.026, na medida que ele prevê a possibilidade de prestação dos serviços de saneamento básico sem que haja licitação. Veja-se que também há flexibilização das normas no que diz respeito à contratação de serviços, criando insegurança jurídica por modificar o pressuposto legislativo de limitação na contratação de atividades. Ainda, também não explicitou uma exata definição de quais seriam os serviços e as

atividades de saneamento básico e quais os casos previstos de autorização para denotar aptidão à contratação de terceiros pelo titular.

5. BACIA DOS RIOS PCJ E OS ÍNDICES DE EFETIVIDADE DA GESTÃO MUNICIPAL NOS PEQUENOS E MÉDIOS MUNICÍPIOS

Consoante ao Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Estado de São Paulo, uma das razões principais de evidenciar a importância da região da Bacia dos Rios PCJ decorre do fato de configurar-se como uma das regiões com índices preocupantes do Estado no que tange à quantidade e à qualidade da água. Seus índices de coleta e tratamento de esgoto correspondem, respectivamente, a 92% e a 77%, enquanto o abastecimento de água corresponde a 94% de contemplação da população local (GESTÃO DAS BACIAS PCJ, 2019). Vale salientar também que não somente o Estado de São Paulo ficou mal distribuído, como também a Bacia dos Rios PCJ ficou ramificada, conforme mostra a **figura 5**.

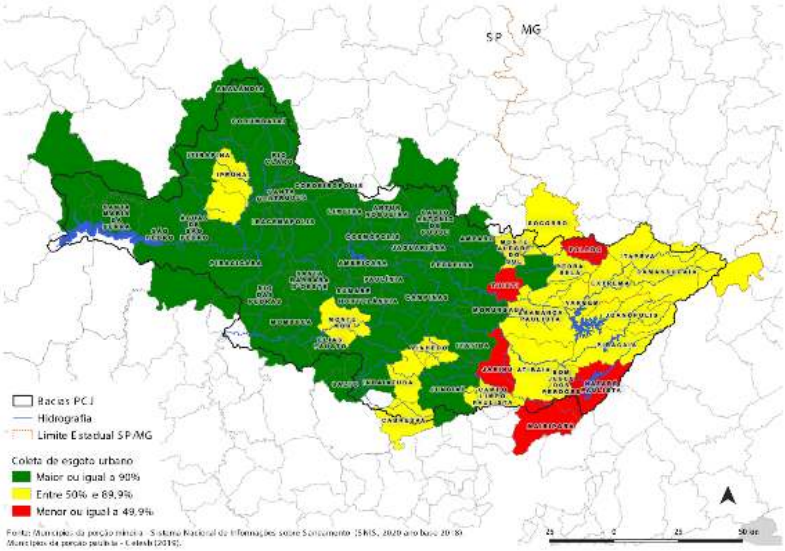
Figura 5: Regionalização dos Municípios pertencentes às Bacias PCJ



Fonte: Adaptado de Mapa Interativo GAEMA PCJ (2021)

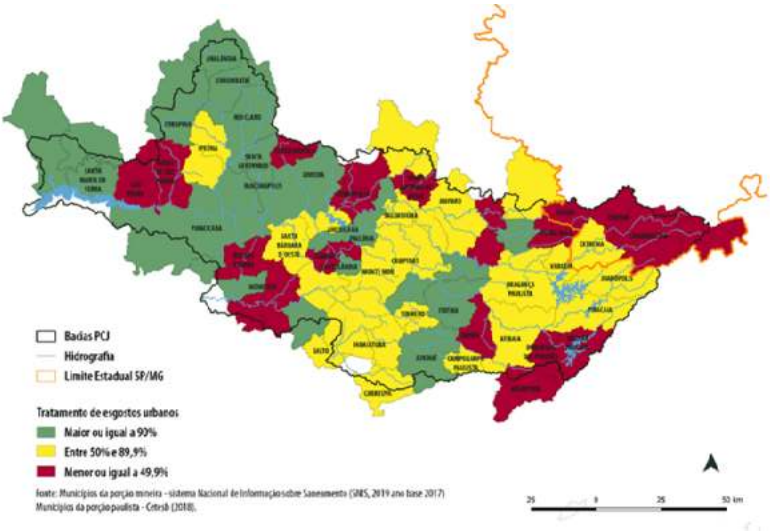
Com isso, é interessante conciliar dois estudos que explanam dados importantes à questão dos pequenos e dos médios municípios, divulgados pela Gestão das Bacias PCJ e pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, através do índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEG-M). Na primeira pesquisa, são evidenciados índices de abastecimento de água, coleta de esgoto e tratamento de esgoto, o qual esses dois últimos possuem as menores porcentagens, principalmente o tratamento de esgoto, conforme mostram as **figuras 6 e 7.** Vale também uma atenção para o pequeno município de Nazaré Paulista, que possui, nos três aspectos, o menor índice de qualidade da região da Bacia dos Rios PCJ, ou seja, todos com atendimento inferior à 49% da sua população de 18 mil habitantes: 46,5%, para abastecimento de água e 12,9%, para coleta e tratamento de esgoto (Comitês PCJ, 2022).

Figura 6: Coleta de Esgoto Urbano na Bacia dos Rios PCJ.



Fonte: Gestão das Bacias PCJ (2019).

Figura 7: Tratamento de Esgoto na Bacia dos Rios PCJ.



Fonte: Gestão das Bacias PCJ (2019).

Também relevantes os dados trazidos pelo Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEG-M), mensurador que indica o grau de aderência da gestão municipal a determinados processos e controles em sete áreas: educação, saúde, gestão fiscal, planejamento, meio ambiente, defesa civil e governança em tecnologia da informação (Instituto Rui Barbosa, 2022). Criado em 2015 pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o referencial objetiva medir a eficiência das políticas públicas nas prefeituras paulistas, servindo de auxílio para avaliar o esforço do respectivo gestor de cada ente federativo. Com o intuito comparativo, decidiu-se analisar, para o pertinente estudo, o índice das cidades no que tange à área do meio ambiente, pois "mede o resultado das ações relacionadas ao meio ambiente que impactam a qualidade dos serviços e a vida das pessoas" (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, s.d.). Portanto, esse medidor contém informações

necessárias às questões relacionadas à estrutura ambiental como um todo, o qual se encaixa perfeitamente os dois setores do saneamento básico trabalhados no presente estudo.

Para o artigo, foram avaliados 47 municípios, como consta na **figura 8**, os quais configuram-se como de pequeno e de médio porte da região da Bacia dos Rios PCJ. Por isso, convergindo com a métrica estabelecida pela Senado Federal em 2009, os municípios tabelados vão até 100 mil habitantes. Esses municípios são divididos pelo TCESP em 5 categorias, na qual a maioria dos municípios aqui estudados encontram-se com o menor indicador, o C, de baixo nível de adequação, com índice menor ou igual à 49,9%.

Figura 8: municípios divididos por índice de efetividade da gestão municipal no setor ambiental de acordo com os dados do TCE SP



Fonte: Dados do TCESP, 2022 (tabela feita pelos autores)

Também é possível verificar que, dentre essas cidades, apenas Ipeúna e Rafard aderiram à Lei de Regionalização dos serviços de Saneamento Básico, conforme **figura 9**. Ainda, conforme Relatório realizado pelo Comitê das Bacias PCJ em 2022, principalmente no município de Rafard, é notória a urgência de investimento em políticas públicas voltadas ao saneamento básico, uma vez que o índice de esgotamento sanitário tratado no município é de 9,9%, sendo a eficiência desse sistema de 7,3%.

Figura 9: As 4 Unidades Regionais e aderência dos municípios.

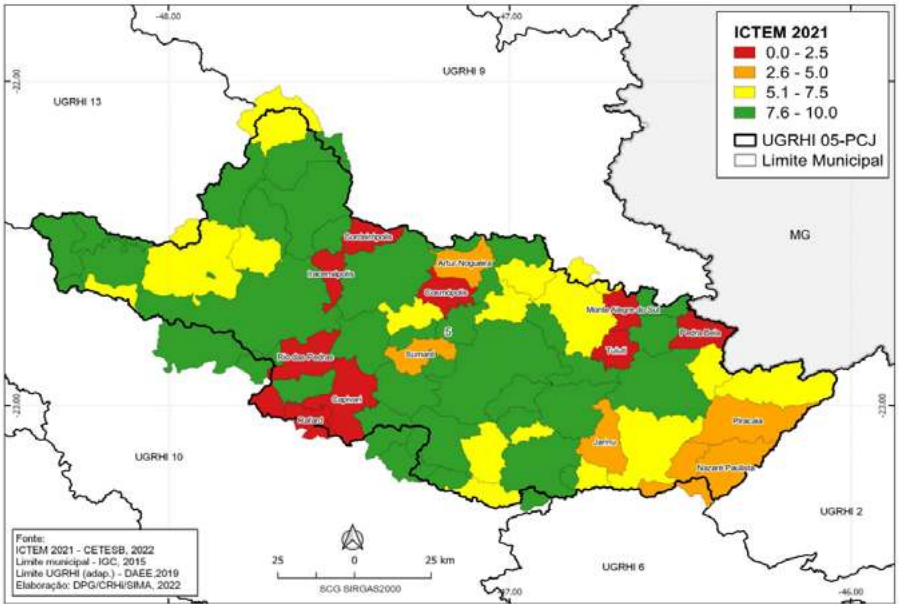


Fonte: Instituto Água e Saneamento (IAS), 2022.

Então, conforme demonstrado na figura 8, a cidade de Vinhedo destaca-se por ser o único município, dentre os municípios de pequeno e de médio porte, com índice de muita efetividade da gestão municipal no setor ambiental na Bacia dos Rios PCJ. Inclusive, de acordo com o ranking de 2022 do *Connected Smart Cities,* Vinhedo é a segunda cidade mais conectada, inteligente e desenvolvida do Brasil entre os municípios com população de 50 a 100 mil moradores. À vista disso, vemos que a cidade de Vinhedo demonstra índices a serem almejados para as demais cidades, pois possui políticas públicas que almejam questões básicas de infraestrutura, principalmente no que tange à distribuição de água e o tratamento e coleta de esgoto, essenciais para o asseguramento da dignidade na vida de seus cidadãos. Ainda, o município possui Rede Pública estabelecida para o abastecimento de água, onde mais de 99% das famílias possuem canalização de água no domicílio (IBGE, Censo 2010), além de 100% das escolas possuírem banheiros. Ainda, 84,98% do esgoto é coletado e 97,29% do esgoto coletado é tratado (SNIS, 2020).

Por outro lado, denota-se que os outros 46 municípios, especialmente os 34 municípios que se encontram com o índice de efetividade muito abaixo do ideal (C), não possuem ações efetivas para a implementação das metas de universalização propostas para o atingimento no ano de 2033. O esgotamento sanitário configura-se como um dos principais empecilhos para a universalização e, embora o índice generalizado da Bacia seja de 91%, de acordo com o "Relatório da Situação das Bacias PCJ – UGHRI 05 – 2022", "observou-se entre o ano de 2015 e 2016 importante queda no índice de coleta que saiu de 93% em 2015 para 91% em 2016." (Comitês PCJ, 2022). Além disso, conforme mostra na **figura 10,** semelhante à análise do abastecimento urbano, os dados individuais de coleta mostram que a situação geral da bacia não reflete a realidade de alguns municípios, conforme mostra a tabela na **figura 11**:

Figura 10: Indicador de Coleta e Tratabilidade de Esgoto da População Urbana do Município.



Fonte: Gestão das Bacias PCJ (2019).

Figura 11: Índices "ruim" e "regular" em coleta e tratamento de esgoto nos pequenos e médios municípios inseridos na Bacia dos Rios PCJ

Dados individuais de Coleta e Tratamento de Esgoto

	RUIM = INFERIOR A 50%	REGULAR = ENTRE 50% A 70%
Amparo	26,70%	-
Bom Jesus dos Perdões	30%	-
Jarinu	28,40%	-
Nazaré Paulista	37,37%	-
Campo Limpo Paulista	-	66,36%
Nova Odessa	-	56,26%
São Pedro	11,64%	-
Tietê	38%	
Tuiuti	-	59,51%
Monte Mor	-	58,44%
Jaguariúna	-	60,83%
Santo Antônio da Posse	-	60,63%

Fonte: Relatório da Situação das Bacias PCJ, 2022 e Atlas Esgotos, 2023 (adaptado pelos autores)

Nisso, a tabela realizada pelo Comitê das Bacias PCJ, em conjunto com a Agência das Bacias, em 2022, corrobora a tabela anteriormente mostrada, da Gestão das Bacias, além de explicitar os municípios com baixo índice de efetividade na gestão do setor ambiental.

O tópico sobre o tratamento do esgotamento sanitário, continua sendo o estorvo impeditivo que merece maior atenção, como bem analisado na **Figura 10.** De acordo com o Relatório de

Situação das Bacias realizado em 2022 supracitado “nota-se que em 2021 ainda existiam na UGRHI 05 sete municípios que não possuíam sistema de tratamento de esgoto em operação, além disso, outros seis municípios que possuem tratamento de esgoto ainda se encontram e uma situação considerada como “Ruim”, conforme a tabela na **figura 12**.

Figura 12: Dados de piores índices em Tratamento de Esgoto nos pequenos e médios municípios da Bacia dos Rios PCJ.

Dados acerca de Tratamento de Esgoto

	%	SEM DADOS DE TRATAMENTO
Artur Nogueira	32,3%	-
Bom Jesus dos Perdões	30%	-
Capivari	11,8%	-
Jarinu	29,7%	-
Nazaré Paulista	12,9%	-
Rafard	9,9%	-
Cordeirópolis		X
Cosmópolis		X
Iracemápolis		X
Monte Alegre do Sul		X
Pedra Bela		X
Rio das Pedras		X
Tuiuti		X
Sumaré	28,5%	

Fonte: Relatório da Situação das Bacias PCJ, 2022 (adaptado pelos autores)

Com isso, pode-se ver que, à exceção de Sumaré, todos os municípios que verdadeiramente carecem de políticas públicas efetivas para a concretização do Tratamento de Esgoto são de Pequeno e de Médio Porte. Desse modo, conforme já mencionado pelo próprio Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos do Estado de São Paulo, em apresentação da Bacia dos rios PCJ, a região é “uma das regiões mais críticas do estado quanto à qualidade e a quantidade das águas” (SigRH, s.d.).

Nesse contexto, há de se destacar a importância da instituição de um Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) pelos municípios. Então, conforme artigo 9º da Lei Federal nº 11.445 de 2007, cabe ao titular dos serviços formular o PMSB que é considerado um “é instrumento fundamental para que os gestores públicos possam contratar ou conceder os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas e limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos” (FUNASA, 2014). Com o objetivo de universalização do “acesso com integralidade das ações, segurança, qualidade e regularidade na prestação de serviços” (FUNASA, 2014), o PMSB promove a melhoria de salubridade ambiental,

a proteção e a recuperação das condições e usos sustentáveis do meio ambiente, a proteção contra erosão, dentre outros aspectos.

Por esse motivo, é evidente a notoriedade do instituto como assegurador da qualidade de vida e da sustentabilidade ambiental para a sua população. Ainda, no capítulo IV do Marco Legal de 2007, que abrange a questão de observação do Plano Municipal, menciona a obrigatoriedade de criação do Plano para municípios com população superior a 20 mil habitantes. Contudo, em seu §9º, explicita a possibilidade de apresentação de planos simplificados, com menor nível de detalhamento, por isso, é importante que os municípios de pequeno porte se atentem para a sua elaboração e atualização, haja vista que "isso acarreta problemas pela falta de planejamento das ações em saneamento nessas cidades" (FARIA, et al, 2022).

Da mesma forma vale para o Plano Diretor, também obrigatório para municípios com mais de 20 mil habitantes, conforme disposto na Lei n° 10.257/2001, artigo 41, inciso I. O respectivo instituto "tem o fito de indicar a forma de desenvolvimento do município, fixando as regras e as estratégias de planejamento, para que se alcance o efetivo desenvolvimento econômico, social e físico de seu território" (DECARLI e FILHO, 2008). Desse modo, a integração do PMSB com o Plano Diretor é mister, uma vez que são ferramentas de orientação ao "uso e ocupação do solo, bem como controlar a ocupação de áreas sujeitas a riscos e inundações no município. Esse planejamento, além de integrado, demanda informação para acompanhamento e revisão" (FARIA, et al, 2022). Sendo assim, conforme a tabela a seguir, foi realizada pesquisa em cada um dos municípios estudados, a fim de analisar a existência, ou não, dos planos essenciais mencionados.

Municípios	Plano Diretor (água e esgoto)	Plano Municipal - eixos contemplados	Nº de habitantes (2021)
1 Águas de São Pedro	-	Sim, os 4 eixos 2018 (revisão)	3.588
2 Amparo	Sim	Em elaboração	73.145
3 Analândia	-	Em elaboração	5.115
4 Artur Nogueira	Sim	Sim, água e esgoto 2019	56.247
5 Bom Jesus dos Perdões	-	Sim, os 4 eixos 2015	26.506
6 Cabreúva	Sim Revisão em andamento (2023)	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	51.130
7 Campo Limpo Paulista	Sim	Sim, os 4 eixos 2015	86.407
8 Capivari	-	Sim, os 4 eixos 2014	56.973
9 Charqueada	-	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	17.539
10 Cordeirópolis	Sim	Sim, água e esgoto 2015	25.116

11 Corumbataí	Sim	Sim, os 4 eixos 2021 (revisão)	4.072
12 Cosmópolis	Sim	Sim, os 4 eixos 2018	74.662
13 Dois Córregos	-	-	27.704
14 Elias Fausto	Sim	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	18.095
15 Holambra	Sim	Sim, os 4 eixos 2013	15.605
16 Ipeúna	-	Sim, os 4 eixos 2015	7.824
17 Iracemápolis	Sim	Sim, água e esgoto 2013	24.982
18 Itirapina	Sim	Sim, os 4 eixos 2016	18.610
19 Itupeva	Sim	Sim, os 4 eixos 2015	64.330
20 Jaguariúna	Sim	Sim, os 4 eixos 2015	59.921
21 Jarinu	Sim	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	31.173
22 Joanópolis	-	Sim, os 4 eixos 2016	13.453
23 Louveira	-	Sim, os 4 eixos 2015	51.007
24 Mogi Mirim	Sim	Sim, os 4 eixos 2023 (revisão)	94.098
25 Mombuca	-	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	3.523
26 Monte Alegre do Sul	-	Sim, os 4 eixos 2015	8.181
27 Morungaba	Sim	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	13.936
28 Monte Mor	Sim	Sim, água e esgoto 2010	61.707
29 Nazaré Paulista	-	Sim, os 4 eixos 2015	18.866
30 Nova Odessa	Sim	Sim, os 4 eixos 2019	61.716
31 Pedra Bela	Sim	Sim, os 4 eixos 2015	6.127
32 Pedreira	Sim	Sim, os 4 eixos 2013	48.992
33 Piracaia	Sim	Sim, os 4 eixos 2013	27.617

34 Pinhalzinho	Sim	Sim, os 4 eixos 2015	15.564
35 Rafard	-	Sim, os 4 eixos 2015	9.126
36 Rio das Pedras	-	Sim, os 4 eixos 2010	36.233
37 Saltinho	-	Sim, os 4 eixos 2015	8.498
38 Santa Gertrudes	Sim	Sim, água e esgoto 2022	27.850
39 Santa Maria da Serra	-	-	6.298
40 Santo Antônio de Posse	Sim	Sim, os 4 eixos 2015	23.742
41 São Pedro	Sim	Sim, os 4 eixos (links: água, esgoto, drenagem, manejo) 2014	36.298
42 Socorro	-	Sim, os 4 eixos 2015	41.690
43 Tietê	Sim	Sim, os 4 eixos 2011	42.946
44 Torrinha	Sim	Sim, água e esgoto 2022 (revisão)	10.100
45 Tuiuti	-	Sim, os 4 eixos 2015	7.058
46 Vargem	-	Sim, os 4 eixos 2015	10.842
47 Vinhedo	Sim	Sim, os 4 eixos 2018 (revisão)	81.516

Logo, pode-se reparar alguns pontos na tabela: 1. Há dois municípios que declararam ao Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), em 2021, que estavam no processo de elaboração do PMSB. 2. Há dois municípios que não possuem o PMSB. 3. Apenas 9 municípios realizaram a revisão de seus respectivos PMSB após o NMLSB de 2020. 4. Há 16 municípios que não possuem Plano Diretor Municipal que disponham da temática da Água e Esgotamento Sanitário.

Em síntese, esses dados demonstram a situação de comprometimento dos municípios com a universalização do saneamento básico em seus territórios Ademais, é notória a falta de envolvimento com as novas legislações, corroborando com os baixos índices de efetividade na gestão municipal no setor ambiental, haja vista que poucos buscaram atualizações e revisões ou, ainda, “dispõem sequer de planejamento setorial estruturado” (MARRARA, 2022). Nesse sentido, é fundamental que os municípios reconheçam a urgência de uma gestão eficaz no setor do saneamento básico, com o engajamento ativo à atualização dos planos, a fim de demonstrarem o

comprometimento com a busca pela acessibilidade do saneamento a todos os cidadãos

6. IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DA ECONOMIA CIRCULAR NO CONTEXTO DA BACIA DOS RIOS PCJ

Diante dessas questões problemáticas de flexibilização de legislações e de negligência governamental, é mister pincelar acerca, por fim, o tema da economia circular, e como a temática pode ser benéfica à universalização. Em breve explicação, a questão da economia circular tem sido cada vez mais evidenciado, na medida em que

> "A dinâmica populacional, o desenvolvimento econômico e a rápida urbanização têm por consequência pressão ambiental em termos de consumo de recursos e geração de resíduos especialmente alta nas cidades e principalmente, em países subdesenvolvidos (OLIVEIRA, A..; SILVA, A; MOREIRA, I.; 2019, p. 2)."

Ante essas contradições apresentadas pelo modelos linear de mercado, isto é, de um sistema econômico essencialmente extrativista, que não pensa em retornos sustentáveis e praticáveis futuramente, "diversos países no mundo estão criando taxonomias para nortear a transição para uma economia que atenda aos objetivos do desenvolvimento sustentável" (Instituto Democracia e Sustentabilidade [IDS], 2022). A proteção de recursos hídricos e marinhos é um dos princípios que regem a nova tendência mundial de sustentabilidade frente às crises ambientais que assolam o presente. Por consequência, haja vista o novo marco legal do saneamento básico e a regionalização dos setores, que possuem fundamentações também econômicas, a economia circular acrescenta ao debate do saneamento básico como uma alternativa a relações econômicas insustentáveis. Sendo assim, convergindo com o cenário mundial o Brasil deve começar a "criar parâmetros claros e objetivos que orientem as ações do Poder Público, estimulando o direcionamento de recursos públicos e privados para atividades econômicas sustentáveis" (IDS, 2022).

Nisso, denota-se que há um Plano de Ações para a Bacia dos Rios PCJ que visam a sustentabilidade hídrica da região (Comitês PCJ, 2022) desde o ano de 2020. Contudo, como analisado, mesmo possuindo planejamentos e legislações que fomentem a economia circular, falta que os agentes governantes transmitam esses ideais para a população. À vista disso, foi realizada uma Câmara Técnica de uso e conservação da água na indústria, no ano de 2021, nos Comitês PCJ (Comitês PCJ, 2022), tendo, justamente, como uma das palestras o assunto da "sobre "Economia circular no saneamento e reuso industrial de efluentes sanitários tratados" pelo Sr. Iraúna Bonilha (Water Resources Group/Banco Mundial)" e, mesmo assim, não houve tantas mudanças nos últimos anos. Assim, é evidente que urge, independentemente da governança, o atingimento dos objetivos já estabelecidos, sem que sejam ainda mais negligenciados pelo poder público e que seja divulgado à população uma noção das devidas consequências de não se pensar num futuro para as próximas gerações.

7. CONCLUSÃO

Portanto, ainda que passados três anos do Marco Legal do Saneamento Básico, dois anos da Lei de Regionalização no setores de Saneamento no Estado de São Paulo, juntamente com os recentes Decretos nº 11.466 e 11.467, a situação dos pequenos e dos médios municípios está notoriamente com barreiras ao acesso aos direitos de acessibilidade à água e ao esgoto. A questão da economia circular deve ser incluída no debate público, uma vez que, para além de tendências mundiais, o direito a cidades sustentáveis e com saneamento básico eficiente para as futuras gerações é um princípio elencado constitucionalmente e no Estatuto das Cidades.

Nesse sentido, ao longo da pesquisa, puderam ser observados alguns impasses à concretização das metas de universalização dos serviços de saneamento. Evidenciou-se, então, que a morosidade para a materialização dos objetivos tornou-se comprometedora para a acessibilidade do direito à água a todos (ainda mais agora com a prorrogação da perspectiva de mudança). A flexibilização das legislações vigentes apenas continuará a manter a inércia do desenvolvimento e das inovações nos setores da água e do esgoto. O atual cenário é preocupante, na medida que pode levar ao aumento de doenças, como a leptospirose ou a esquistossomose, por exemplo, principalmente no que concerne ao setor de esgoto. À vista disso, é evidente que, em se tratando em um contexto mundial pós pandêmico, mais do que nunca, é inevitável refletir sobre essas questões que nos impactam diretamente e indiretamente todos os dias.

Somado a isso, foi observado que os municípios precisam de atualizações em seus Planos, revisando suas diretrizes de acordo com os novos moldes dispostos no Novo Marco Legal do Saneamento Básico e na Lei de Regionalização do Estado de São Paulo. Além disso, há a questão da não execução dos Planos de ações já existentes que convergem com a temática da economia circular e de práticas sustentáveis na Bacia dos Rios PCJ. Portanto, é indispensável que os municípios priorizem o planejamento e a gestão responsável do saneamento básico em seus territórios, visando promover um ambiente mais saudável e sustentável para todos os seus habitantes.

Por isso, embora um dos empecilhos seja a evidente falta de debate Inter federativo, é necessário que os municípios busquem pela adesão à lei de 2021, uma vez que, dessa forma poderiam cruzar seus investimentos, de tal forma que pudessem ser mais favoráveis àqueles que hoje possuem baixos orçamentos. Da mesma forma, o Estado de São Paulo deve visar pelo equilíbrio dessas nuances que prejudicaram a assimilação dos municípios de fora da região sudeste. Ainda, prospectar para a região uma caminho convergente com a sustentabilidade e cresce busca mundial pela economia circular, haja vista que a região é de extrema importância para o país, geográfica, política e economicamente.

Por fim, a participação ativa da sociedade civil — não somente os pertencentes aos municípios supracitados —, pressionando seus governantes de todos os níveis federativos, manifestando o apoio da transição para a economia circular e a ações sustentáveis e participando de audiências públicas, engajam de maneira significativa na promoção da sustentabilidade. Outrossim, é fundamental manter-se atualizado sobre a temática, o que pode se dar através do acompanhamento virtual dos relatórios disponibilizados para população a partir das redes sociais e

dos canais informativos dos institutos voltados à temática e dos órgãos responsáveis pelos setores. Consoante aos princípios da nossa Constituição Federal, como o do desenvolvimento sustentável, do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o da função social, eles embasam a urgência de adoção de projetos sustentáveis que buscam pela plenitude da dignidade da pessoa humana e da concretização do direito da solidariedade intergeracional.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DAS BACIAS PCJ. *Plano de recursos hídricos das bacias dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí:* relatório síntese. São Paulo: Agência das Bacias PCJ, 2018. Disponível em: https://plano.agencia.baciaspcj.org.br/. Acesso em: 12 nov. 2022.

_____*Relatório institucional da Agência das Bacias PCJ*, 2022.

_____. *Relatório de situação dos recursos hídricos 2021 (ano base 2020):* UGRHI 05 – bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí. São Paulo: Agência das Bacias PCJ, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3Iil5Sp. Acesso em: 12 nov. 2022.

ANÍCIO, Sabrina de Oliveira; BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; MALHEIRO, Tadeu Fabricio. Novo marco legal do saneamento básico no Brasil (2020) e o conceito de economia circular. *Anais XXIV encontro nacional dos comitês de bacias hidrográficas***,** 2022.

B&B ENGENHARIA LTDA. *Plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos*. 2015. Disponível em: https://infosanbas.org.br/municipio/tuiuti-sp/. Acesso em: 18 nov. 2022.
BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Modelos de prestação regionalizada no setor de saneamento básico*: experiências concretas. Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito de São Paulo**,** 2022.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil* – Experiências concretas. Lumen Juris, 2023.

BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; SANTOS, Marcela de Oliveira; CHAVES, Leonardo Cocchieri Leite; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de; LIMA, Yara Rodrigues Mendes de. Um panorama da regionalização do saneamento básico: desafios para a governança nas estruturas de prestação regionalizada. *Revista de Direito Setorial e Regulatório***,** 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. *Lei Federal no 11.445, de 05 de janeiro de 2007*. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/. Acesso em: 12 nov. 2022.

CARRIJO, Artur de Sousa. *Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE):* prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento: uma realidade constitucional, 2023. Disponível em: https://aesbe.org.br/novo/wp-content/uploads/2023/05/AC-Artigo-Regionalizacao-dos-servicos-de-saneamento.pdf. Acesso em: 30 ago. 2023.

CBH-PCJ – COMITÊ DAS BACIAS HIDROGRÁFICAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E JUNDIAÍ. *Plano de recursos hídricos das bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí 2020-2035*: relatório síntese. Piracicaba: Consórcio Profill-Rhama, set. 2020.

CETESB - Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. Conheça os diferentes tipos de água. Disponível em:https://cetesb.sp.gov.br/blog/2017/03/20/conheca-os-diferentes-tipos-de-agua/. Acesso em: 22 out. 2022.

CNN BRASIL. *Brasil perde 15% de superfície de água desde o começo dos anos 1990.* Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-perde-15-de-superficie-de-agua-desde-o-comeco-dos-anos-1990/. Acesso em: 22 out. 2022.

COMITÊS PCJ, COMITÊS DAS BACIAS HIDROGRÁFICAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E. JUNDIAÍ FUNDAÇÃO AGÊNCIA DAS BACIAS PCJ HIDROGRÁFICAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E. JUNDIAÍ. *Relatório final* - Plano de Recursos Hídricos das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, 2020 a 2035. (2020)

DECARLI, N.; FILHO, P. *Plano diretor no estatuto da cidade:* uma forma de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131832/Plano_diretor_estatuto_cidade.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 15 out. 2022.
FARIA, M. T. DA S. et al.. Panorama dos planos municipais de saneamento básico e planos diretores de drenagem urbana em municípios de pequeno porte de Minas Gerais. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 27, n. 1, p. 185–193, jan. 2022. Disponível em: https://www.scielo.br/j/esa/a/wR9sjRG8jTqVjq976XHHpzt/. Acesso em: 15 out. 2022.

FUNASA - Fundação Nacional de Saúde/ASSAMAE. *Política e Plano Municipal de Saneamento Básico.* Brasília, 2014. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_plano_municipal_saneamento_basico_2_ed.pdf. Acesso em: 27 set. 2022.

GALVÃO Jr., A. C. Desafios para a universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil. *Rev. Panam Salud Publica*. v. 25, n. 6, p. 548–56, 2009. Disponível em: https://scielosp.org/pdf/rpsp/2009.v25n6/548-556/pt. Acesso em: 30 ago. 2022.

GALVÃO Jr. A. C.; PAGANINI, W. S. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 14, n. 1, p. 79-88, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/j/esa/a/mdZJr7sJy5dhZqG9cBfvrTQ/?lang=pt#. Acesso em: 30 ago. 2022.

GESTÃO DAS BACIAS PCJ. *Relatório de Gestão das Bacias PCJ 2011/2018*. Disponível em: https://agencia.baciaspcj.org.br/docs/outros/gestao-bacias-2019.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

HELLER, Léo; et al. *Olhares sobre a realização dos direitos humanos à água e ao saneamento*. Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento. Letra Capital Editora, 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Cidades. 2010. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/. Acesso em: 20 nov. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Produto interno bruto dos municípios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9088-produto-internobruto-dos-municipios.html. Acesso em: 20 nov. 2022.

INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO [IAS]; INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE [IDS]. *Desafios e riscos da implementação do marco legal do saneamento no estado de São Paulo:* análise do PL 251/2021. São Paulo, jun. 2021. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1rAYP7CjlGYSoflctgk0FZbumDrgWjcTH/view. Acesso em: 19 dez. 2022.

INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO**.** *Baixa adesão dos municípios reforça fragilidades do processo de regionalização da gestão do saneamento básico no Estado de São Paulo.* 2022. Disponível em: https://www.aguaesaneamento.org.br/baixa-adesao-dos-municipios-reforca-fragilidades-do-processo-de-regionalizacao-do-estado-de-sao-paulo/. Acesso em: 19 dez. 2022.

INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO. *Especialistas debatem desafios da regionalização em curso nos estados*: diferentes perspectivas sobre os modelos de regionalização em curso nos estados. Equipe IAS, 2022. Disponível em: https://www.aguaesaneamento.org.br/especialistas-debatem-desafios-da-regionalizacao-em-curso-nos-estados/. Acesso em: 20/11/2022.

INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE. *Economia Verde no Brasil:* Contribuições para uma política nacional, 2022.

INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE. *Economia Verde no Brasil:*

Contribuições para uma política nacional. Disponível em: https://www.idsbrasil.org/wp-content/uploads/2022/09/IDS_AgendaEconomiaVerde_2022_final-1.pdf. Acesso em: 03 jun. 2023.

INSTITUTO SAVERR SUSTENTABILIDADE. *Mapeamento da regionalização do saneamento básico no país:* perspectivas e desafios. São Paulo: [s. n.], 2022.
INSTITUTO TRATA BRASIL. *Estudo sobre os avanços do novo marco legal do saneamento básico no Brasil – 2023 (SNIS 2021).* São Paulo. 2023. Disponível em: https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2023/07/Estudo-Completo-Avancos-do-Novo-Marco-Legal-do-Saneamento-Basico-no-Brasil-%E2%80%93-2023-SNIS-2021-V1.pdf. Acesso em: 03 jun. 2023.

JOBIM, A. F. C.; et al. A autonomia municipal na prestação regionalizada de saneamento básico. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 9, no 1, p. 138-166, maio de 2023. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/download/43670/36811/154745. Acesso em: 03 jun. 2023.

LEI FEDERAL. *Decreto nº 11.466, de 5 de abril de 2023.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11466.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

LEI FEDERAL. *Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11467.html. Acesso em: 30 abr. 2023

LOUREIRO, G. K.; FERREIRA, E. J.; COELHO, J. P. S. Prestação regionalizada sim. Regionalização não. FGV - CERI (Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura). 2022. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2022-06/prestacao-regionalizada-e-prestacao-regionalizada-v.2.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

MARRARA, Thiago. Regionalização do saneamento básico no Brasil. *Revista de Direito Ambiental***.** v. 108. ano 27. p. 275-290. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2022. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2023/03/10/18_07_26_221_Regionaliza_o_do_Saneamento_B_sico_no_Brasil.pdf. Acesso em: 20 set. 2023.

MURTHA, N. A.; CASTRO, J. E.; HELLER, L. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. *Ambiente e Sociedade*, v. 18, n. 3, jul. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/asoc/a/3tP56QFRgxQCX84J9zW9cpC/abstract/?lang=pt#. Acesso em: 09 jan. 2023

NAIRANE, D.; FERRAREZE, P. *Plano diretor no estatuto da cidade:* uma forma de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-43, mai. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131832/Plano_diretor_estatuto_cidade.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2023.

OLIVEIRA, Adna Caroline Vale; SILVA, Aline de Souza; MOREIRA, Ícaro Thiago Andrade; Economia circular: conceitos e contribuições na gestão de resíduos urbanos. *Revista de Desenvolvimento Econômico*, Salvador, v. 3, nº 44, p. 273-289, 2019. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/rde/article/viewFile/6386/4005. Acesso em: 22 set. 2023.
PEREIRA, A. *et al*. Economia circular no setor da água e saneamento em Portugal: situação atual e linhas de atuação futura. *Revista APDA,* Lisboa, n. 25, p. 62-69, 2022. Disponível em: https://www.apda.pt/pt/noticia/3668/economia-circular-no-setor-da-agua-e-saneamento-em-portugal/. Acesso em: 22 de set. 2023.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; et al. *Mapeamento da regionalização do saneamento básico no país:* perspectivas e desafios. *Instituto Saverr Sustentabilidade*, 2022.

SABESP. *Regionalização novo marco regulatório*. Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, 2022.

SÃO PAULO. *Lei Estadual nº 17.383, de 05 de julho de 2021.* Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/ Acesso em: 19 dez. 2022.

SÃO PAULO. Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente. *Regionalização Novo Marco Regulatório***.** São Paulo, 2021. Disponível em: https://sigrh.sp.gov.br/public/uploads/documents/

CRH/20821/regionalizacao-marco-saneamento.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.
SNIS. *Sistema Nacional de Informações do Saneamento.* 2020. Disponível em: http://www.snis.gov.br/. Acesso em 10 out. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Brasil). Instituto Rui Barbosa. Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM). *In.*: *Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM)*. [*S. l.*], 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11466.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

WERMUTH, M. Â. D.; NIELSSON, J. G.; TERTULIANO, G. C. — O Brasil ainda é um imenso hospital: movimentos higienistas e antivacina no Brasil – Da incipiente república à contemporaneidade. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. v. 93, n.1, p.350-370 Abr. 2021. Disponível em https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249745. Acesso em 15 dez. 2022.

Recebido em: 27.10.2023
Aprovado em: 01.03.2024
Última versão dos autores: 01.03.2024

Informações adicionais e declarações do autor (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): SILVA, Elisa Inácio da.; BRANCO FILHO, Thelmo.; MALHEIROS, Tadeu. Os imbróglios da prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico dos pequenos e médios municípios das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (PCJ), São Paulo. *JURIS* - Revista Da Faculdade De Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.16198

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Por uma abordagem multidimensional do direito dos desastres frente aos impactos das mudanças climáticas

Flavia Jeane Ferrari [1]
Universidade Paranaense, UNIPAR, Brasil
E-mail: flaviajeane.ferrari@hotmail.com

Antonio Evangelista de Souza Netto [2]
Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Curitiba/PR
E-mail: aesn@tjpr.jus.br

José Laurindo de Souza Netto [3]
Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Curitiba/PR
E-mail: jose.laurindo@unicuritiba.com.br

Resumo: As mudanças climáticas, aliadas ao sistema insustentável de exploração econômica, têm se tornado um desafio cada vez mais complexo e oneroso em todo o mundo, resultando em desastres ambientais recorrentes. No contexto jurídico nacional, o Direito dos Desastres é um ramo recente que enfrenta desafios e falta de integração, priorizando o pós-desastre em vez da prevenção. Este artigo analisa a abordagem multidimensional do Direito dos Desastres como uma perspectiva integrada para lidar com os impactos das mudanças climáticas. O objetivo principal é investigar os aspectos legais vinculados ao Direito dos Desastres, considerando a legislação existente, as abordagens políticas, econômicas e sociais. A compreensão dessas dimensões é crucial para desenvolver estratégias legais que permitam uma resposta integrada e eficiente, bem como a prevenção de desastres. A análise das dimensões políticas, econômicas e sociais reforça a necessidade de integração e cooperação entre esses aspectos para lidar de forma abrangente com os desafios dos desastres naturais decorrentes das mudanças climáticas. A abordagem multidimensional abordada viabiliza a formulação de estratégias mais eficazes, promovendo

1 Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Técnica em Transações Imobiliárias e Bel. Direito. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1064406440921045; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3990-7633; E-mail: flaviajeane.ferrari@hotmail.com

2 Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutor em Direito pela Universitá degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) - Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008). Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8000-7840. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1450737398951246. E-mail: aesn@tjpr.jus.br

3 Estágio Pós- doutorado (2004), junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação - Capes. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998). Juiz Estadual do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, desde 1989. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, desde 2010. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Biênio 2021 - 2022). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8509259358093260; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6950-6128; E-mail: jose.laurindo@unicuritiba.com.br

a justiça e a equidade para todas as pessoas afetadas ou vulneráveis aos desastres. Este artigo adota uma abordagem metodológica baseada em revisão de bibliografia e doutrina para analisar a abordagem multidimensional do Direito dos Desastres no contexto das mudanças climáticas. A fragmentação do Direito dos Desastres, ao enfatizar apenas uma dimensão em detrimento das demais, perpetua as problemáticas socioeconômicas e políticas que alimentam as vulnerabilidades aos desastres.

Palavras-chave: Direito dos Desastres; Abordagem multidimensional; Mudanças climáticas; Prevenção; Vulnerabilidade.

Towards a multidimensional approach to the law of disasters in front of the impacts of climate change

Abstract: Climate change, allied to the unsustainable system of economic exploitation, has become an increasingly complex and costly challenge worldwide, resulting in recurrent environmental disasters. In the national legal context, Disaster Law is a recent branch that faces challenges and lack of integration, prioritizing post-disaster over prevention. This article analyzes the multidimensional approach of Disaster Law as an integrated perspective to deal with the impacts of climate change. The main objective is to investigate the legal aspects linked to Disaster Law, considering existing legislation, political, economic and social approaches. Understanding these dimensions is crucial to developing legal strategies that allow for an integrated and efficient response, as well as disaster prevention. The analysis of the political, economic and social dimensions reinforces the need for integration and cooperation between these aspects to comprehensively deal with the challenges of natural disasters arising from climate change. The multidimensional approach addressed enables the formulation of more effective strategies, promoting justice and equity for all people affected or vulnerable to disasters. This article adopts a methodological approach based on a review of literature and doctrine to analyze the multidimensional approach to Disaster Law in the context of climate change. The fragmentation of Disaster Law, by emphasizing only one dimension to the detriment of the others, perpetuates the socioeconomic and political problems that feed vulnerabilities to disasters.

Keywords: Disaster Law; Multidimensional Approach; Climate Change; Prevention; Vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas e suas consequências há muito deixaram de ser uma hipótese para serem um desafio contemporâneo real e que se torna dia após dia mais complexo e oneroso em todo o planeta. Ao passo que os desastres ambientais se tornam mais recorrentes, o Direito dos Desastres ainda se figura como um ramo recente no contexto jurídico nacional.

Embora avanços significativos tenham sido feitos no âmbito do Direito dos Desastres, especialmente na última década, verifica-se ainda muitos desafios, falta de integrações e uma

ênfase nos pós-desastres em vez da prevenção.

Ocorre que desastres são resultados "de evento adverso decorrente de ação natural ou antrópica sobre cenário vulnerável que cause danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais" (BRASIL, 2020). De tal modo, é imperativo considerar todas essas dimensões no âmbito do Direito dos Desastres, tornando-o um campo interdisciplinar e integrado, especialmente no que tange à prevenção e à elaboração de políticas e estratégias de mitigação das fontes de vulnerabilidade aos desastres.

O objetivo deste artigo é analisar e discutir a abordagem multidimensional do Direito dos Desastres, como uma perspectiva integrada de enfrentar os impactos das mudanças climáticas, considerando diferentes aspectos legais, políticos, econômicos e sociais dos desastres ambientais. Por objetivos específicos, pretende-se: a) Investigar os aspectos legais do Direito dos Desastres, relacionadas aos impactos das mudanças climáticas, analisando a legislação existente; b) Examinar as abordagens políticas e econômicas do Direito dos Desastres, avaliando a pertinência das políticas públicas, aspectos econômicos e danos decorrentes de desastres; c) Analisar as dimensões sociais do Direito dos Desastres, com ênfase às vulnerabilidades.

Frente a intensificação das mudanças climáticas e a crescente ocorrência de eventos extremos, torna-se necessário compreender as dimensões associadas a esses eventos, de modo que sua compreensão permita desenvolver estratégias legais que viabilizem não só uma resposta integrada e eficiente a essas situações, mas especialmente a prevenção das mesmas.

A trajetória desenvolvida para a construção deste trabalho compreende uma revisão bibliográfica relacionada ao Direito dos Desastres. A partir dessas fontes, serão identificados os principais conceitos, princípios e normas jurídicas que fundamentam a abordagem multidimensional proposta.

2. ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL: O DIREITO DOS DESASTRES SOB NOVAS PERSPECTIVAS

Ao tratar de desastres ambientais e do Direito dos Desastres, é primordial compreender inicialmente todas as dimensões abrangidas por esse tipo de evento. Isso inclui não apenas os aspectos físicos, mas também os impactos sociais, econômicos e ambientais que podem resultar dessas ocorrências (ONÓFRIO, 2021). É necessário analisar os fatores de risco envolvidos, como a vulnerabilidade das comunidades, a capacidade de resposta das autoridades e a resiliência dos sistemas socioecológicos.

Imperativo ainda considerar os efeitos a longo prazo, como a reconstrução das áreas afetadas e as medidas de prevenção para evitar futuros desastres. Somente com uma compreensão abrangente de todas essas dimensões é possível desenvolver estratégias eficazes de prevenção, resposta e recuperação diante de eventos catastróficos (ONÓFRIO, 2021; SARAIVA, 2013).

Válido mencionar, nesse contexto, a fala pertinente de João Arriscado Nunes, professor do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, em mesa redonda promovida pela Fundação Oswaldo Cruz: "Não existe propriamente um desastre natural. Em diferentes momentos, existem sempre intervenções humanas, ou de organizações, ou de fatores sociais que levam a uma

catástrofe" (CHEVRAND; MOEHLECKE, 2015, *online*).

2.1 O Direito dos Desastres e a abordagem multidimensional

No decorrer do último século, o mundo tem enfrentado mudanças socioeconômicas e políticas drásticas. Fatores como a industrialização em larga escala, a exploração desenfreada dos recursos naturais, o aumento da população mundial e a falta de regulamentações efetivas contribuíram para a incidência de desastres como poluição, radiação, degradação ambiental e demais eventos extremos.

A obra de Eric Hobsbawm (1995) retrata bem esse cenário, fornecendo um contexto histórico valioso para entender as raízes e as consequências dos desafios ambientais enfrentados na contemporaneidade. É justamente neste contexto em que surge o chamado Direito dos Desastres.

Rehder (2023) destaca que o Direito dos Desastres é uma vertente do Direito Ambiental, concordando com as observações de Carvalho (2015) de que essa área do direito se funda na gravidade e na abrangência dos eventos catastróficos, demandando uma regulamentação sensível aos riscos e incertezas envolvidos.

Segundo Faber e Carvalho (2017), enquanto o direito ambiental foca no gerenciamento de riscos e na prevenção de impactos ambientais, o Direito dos Desastres lida com a exposição ao risco e a reparação dos danos. Ambos os campos são estudados pela ciência ambiental, visando garantir o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, controlando atividades que representem riscos para a vida humana e o meio ambiente (PADILHA, 2010).

Délton Winter de Carvalho contextualiza ambos os campos jurídicos sob a ótica das mudanças climáticas:

> As mudanças climáticas passam a exercer um nexo de ligação a partir do qual o direito ambiental encontra o direito dos desastres [...] o futuro do direito ambiental num contexto de mudanças climáticas apresenta-se ligado intimamente ao direito dos desastres (CARVALHO, 2013, p. 402).

No entanto, a respeito da finalidade do Direito dos Desastres, Marcelo Kokke leciona:

> A responsabilidade ambiental não tem seu ponto de partida na reparabilidade, não tem seu ponto de partida na atribuição de responsabilidade pós-dano, mas sim está enlaçada com fixação de regras e princípios afetos a impedir a própria ocorrência da lesão, o próprio dano. A cisão é profunda. O Direito Ambiental, especificamente **o Direito dos Desastres em sua perspectiva ambiental, laborará com atribuições de responsabilidade para precaução, prevenção e dinâmica de concertação de ações em face do risco** (KOKKE, 2020, p. 194, grifo da autora).

Sob tal perspectiva, o Direito dos Desastres é uma área jurídica que se concentra nas questões legais relacionadas à prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação de desastres naturais e tecnológicos. Engloba um conjunto de normas, leis e regulamentos que visam proteger a vida, a propriedade, o meio ambiente e promover a segurança e o bem-estar das comunidades afetadas ou vulneráveis a desastres.

Quanto ao termo desastre ambiental, especificamente, este abrange uma ampla gama de eventos que podem afetar tanto o meio ambiente quanto os interesses humanos. Da mesma forma, esses eventos não se limitam apenas a fenômenos climáticos, mas também incluem aqueles desencadeados ou influenciados pela atividade humana. Vieira (2021, p. 84), ao abordar a questão conceitual do termo, enfatiza que "o ser humano influência de tal modo o ambiente, que não há como definir um desastre como puramente natural ou como puramente ocasionado por suas mãos".

Nesse sentido, contribuem Derani e Vieira (2014):

> Conceituar o que seria uma catástrofe ambiental torna-se uma tarefa complexa quando se considera que o desastre natural não é simplesmente um acontecimento que resulta de processos naturais da Terra potencialmente perigosos. Vislumbra-se um evento que delineia a concretização de um perigo para os seres humanos, e de alguma forma influenciado pelos próprios, **a partir de uma multiplicidade de fatores**. Fatores estes, conectados principalmente à vulnerabilidade econômica, social, cultural e geográfica dos locais mais afetados pelas catástrofes, em que se pode inferir que "os desastres ocorrem quando os perigos se cruzam com a vulnerabilidade" (DERANI; VIEIRA, 2014, p. 145, grifo nosso).

Essa conexão entre fatores que influenciam na incidência de um desastre indica a necessidade de uma abordagem multidimensional para o direito dos desastres, incorporando uma série de elementos cruciais para garantir uma resposta efetiva e abrangente diante dos danos causados ao meio ambiente e à sociedade. Os danos em questão são inextricáveis, uma vez que os impactos ambientais inevitavelmente resultam em consequências para os seres humanos, em alguma medida.

A compreensão e enfrentamentos efetivos dos desastres climáticos requerem uma abordagem abrangente que transcenda o âmbito legal e incorpore dimensões políticas, econômicas e sociais. Como reflete Marcos Mattedi, essa necessidade:

> [...] refere-se ao caráter multidimensional dos desastres, pois desastres constituem fenômenos que se estabelecem nos pontos de interseção entre o social e o natural. Assim, os desastres naturais podem ser considerados, ao mesmo tempo, fenômenos naturais e fenômenos sociais (MATTEDI, 2017, p. 264)

A abordagem multidimensional é necessária devido à interconexão entre os diversos aspectos dos desastres climáticos. As mudanças climáticas não são apenas eventos ambientais isolados, mas sim fenômenos que afetam diretamente as estruturas políticas, a economia e a sociedade ao todo, além de terem origem igualmente multifatorial e inter-relacionada.

Uma abordagem legal que considere todas essas dimensões é fundamental para lidar de forma eficaz com os impactos das mudanças climáticas. Portanto, a abordagem multidimensional do Direito dos Desastres é necessária para enfrentar abrangentemente os impactos das mudanças climáticas. A interligação das dimensões legais, políticas, econômicas e sociais permite o desenvolvimento de estratégias mais eficazes e sustentáveis para proteger as comunidades e o meio ambiente, promovendo a resiliência diante dos desastres climáticos.

2.2 Aspectos legais do Direito dos Desastres

Como mencionado anteriormente, o Direito dos Desastres é recente no Brasil e vem se constituindo como resposta aos eventos adversos que afetam a população e o meio ambiente. Tais quais suas origens e consequências, o Direito dos Desastres também parte de uma abordagem jurídica interdisciplinar, em particular com o Direito Ambiental, Urbanístico, Penal, Administrativo, Civil, de Contratos e Seguros, o Direito dos Desastres visa coordenar todas as etapas de um evento catastrófico (CARVALHO, 2015).

Délton Winter de Carvalho (2019) ressalta que a independência desse ramo do direito (Direito dos Desastres) é estabelecida por um ciclo de gerenciamento de riscos que abrange desde a prevenção até a reconstrução. Em termos normativos, a autonomia e coesão desse campo são caracterizadas por um sistema jurídico específico, delineado especialmente pelas leis n.º 12.340/2010 e n.º 12.608/2012, além do Decreto n.º 7.257/2010 (revogado pelo Decreto n.º 11.219, de 2022).

A Lei n.º 12.340/2010, que estabelece a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), visa prevenir e responder a desastres. O dispositivo define princípios, diretrizes e objetivos da PNPDEC, além de estabelecer a estrutura e competências do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) (BRASIL, 2010).

A posterior Lei n.º 12.608/2012, que trata da prevenção e mitigação de desastres naturais, estabelecendo diretrizes para a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, define critérios e diretrizes para elaboração de planos de contingência e prevenção, bem como aborda a gestão de riscos e a promoção de estudos e pesquisas nessa área. O artigo 2º da referida lei enfatiza ser "dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre", de modo que "as medidas previstas no *caput* poderão ser adotadas com a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral". E finaliza: "A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco" (BRASIL, 2012).

O Decreto n.º 11.219/2022 regulamentou a Lei n.º 12.608/2012, estabelecendo as diretrizes para as transferências de recursos financeiros da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, condicionadas à disponibilidade orçamentária e financeira. Ele define que as ações são responsabilidades dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, e a União prestará auxílio complementar nesse contexto.

Outros dispositivos também são pertinentes sob a dimensão legal dos desastres ambientais, como a Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Embora não seja exclusivamente voltada para desastres, a lei trata do planejamento urbano e estabelece diretrizes para a gestão do solo urbano, de modo que guarda estreita relação com a prevenção de riscos e a mitigação de desastres em áreas urbanas. Esse aspecto dos desastres foi incluído pela Lei n.º 12.608/2012 no Estatuto da Cidade, lendo-se:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
> VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
> h) a exposição da população a riscos de desastres (BRASIL, 2001).

A Lei n.º 12.608/2012 complementou outros aspectos ao Estatuto da Cidade, como ações de intervenção preventiva e realocação da população em áreas de risco, medidas de drenagem urbana para prevenção e redução de impactos de desastres, além da delimitação de trechos com restrições à urbanização e sujeitos a controle especial devido à ameaça de desastres naturais (BRASIL, 2001).

Também a Lei n.º 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima, é pertinente no contexto, diante das mudanças climáticas. Ela estabelece diretrizes e instrumentos para lidar com os desafios decorrentes das mudanças climáticas, promovendo a mitigação e a adaptação. A lei enfatiza a importância da redução das emissões de gases de efeito estufa, a elaboração de planos setoriais, a criação de instrumentos econômicos e financeiros e a incorporação das mudanças climáticas em políticas públicas e planejamento urbano. Além disso, a lei prevê a criação de um Sistema Nacional de Informações sobre Mudanças Climáticas para embasar decisões relacionadas à prevenção, mitigação e gestão de desastres climáticos (BRASIL, 2009).

Quanto aos planos de ação decorrentes da supramencionada lei, o Decreto n.º 11.367, de janeiro de 2023, institui ações relacionadas à prevenção e controle no desmatamento dos Biomas nacionais (BRASIL, 2023).

Ademais, menciona-se a Lei n.º 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, estabelece penalidades para ações que causem danos ao meio ambiente e a Lei n.º 9.433/1997 (Política Nacional dos Recursos Hídricos), cujo objetivo é promover o uso sustentável e a preservação dos recursos hídricos, garantindo a disponibilidade de água em quantidade e qualidades adequadas para os diversos usos. Ainda a Lei n.º 12.651/2012, conhecida como Novo Código Florestal, além de abordar a conservação das florestas, trata da prevenção de desastres naturais, como deslizamentos e enchentes, através da proteção de áreas de preservação permanente e reservas legais.

Como se vislumbra, até há pouco mais de uma década, leis pertinentes, como o Estatuto da Cidade e a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, não contemplavam adequadamente eventos como enchentes e deslizamentos, sendo esses desastres completamente desconsiderados pelo legislador. Era como se o "direito desastroso" prevalecesse, sem dar a devida importância a essas questões cruciais, como menciona Marrara (2017):

> De 2010 a 2012, porém, muita coisa mudou. Do “direito desastroso”, despreocupado com áreas de risco e omisso quanto a medidas de prevenção de danos resultantes de fenômenos naturais, evoluiu-se gradualmente a um verdadeiro direito dos desastres. Esse conjunto de normas, diretrizes e medidas que disciplinam sistematicamente o tema surge como resposta às incontáveis catástrofes sofridas pela população brasileira nos anos anteriores (MARRARA, 2017, *online*).

Logo, o ciclo de gerenciamento de riscos desempenha um papel crucial no Direito dos Desastres. Como aponta Carvalho (2015), após a ocorrência de um desastre, é necessário iniciar um novo ciclo de aprendizado e implementação de medidas preventivas para evitar futuros eventos semelhantes. Essa abordagem envolve uma avaliação abrangente das falhas estruturais, regulatórias

e de terceiros, bem como a incorporação de medidas preventivas para os próximos eventos.

Os passos desse ciclo incluem a regulação, revisando técnicas e considerando desfazer o que já foi feito, o monitoramento e fiscalização eficientes para evitar falhas nesse processo, e a responsabilização administrativa, buscando sanções efetivas para dissuadir infrações futuras. Essa abordagem holística do Direito dos Desastres visa não apenas reparar danos já ocorridos, mas também antecipar e prevenir riscos, gerando uma proteção mais efetiva para o futuro, considerando as dimensões políticas, econômicas e sociais (FACHINI, 2023).

A implementação de estratégias legais eficazes exige o envolvimento de múltiplos atores, incluindo governos, organizações internacionais, sociedade civil, setor privado e comunidades afetadas.

2.3 Dimensões políticas e econômicas do Direito dos Desastres

Em termos políticos, o direito dos desastres abrange a criação de leis e regulamentos, a alocação de recursos para infraestruturas resilientes e sistemas de prevenção, a coordenação entre diferentes níveis de governo e a colaboração internacional para enfrentar desastres transfronteiriços.

Diante da abordagem política do Direito dos Desastres, Damacena (2017) reflete:

> A injustiça desvelada pelo desastre (consequência da vulnerabilidade) no Brasil, pode ser revertida pela aplicabilidade das orientações normativas de diversos textos legais, com destaque para os que estruturam o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres, e pelo planejamento de políticas públicas específicas e atuariais, voltadas ao respeito de direitos fundamentais e liberdades (DAMACENA, 2017, p. 134).

Diante de uma breve ponderação, o aspecto político do Direito dos Desastres envolve a formulação de políticas públicas e estratégias governamentais para prevenir, mitigar e gerenciar os desastres. Isso abrange a criação de leis e regulamentos que determinem diretrizes claras para a proteção da população e do meio ambiente. Também a dimensão política se encarrega de promover a coordenação entre diferentes órgãos governamentais e níveis de gestão, garantindo uma resposta integrada e eficiente diante dos desastres ou eminência (CARVALHO, 2014).

A perspectiva política também desempenha um papel crucial na alocação de recursos financeiros para a implementação de medidas de prevenção e resposta aos desastres. Isso implica em tomar decisões sobre o orçamento público, priorizando investimentos em infraestrutura, sistemas de prevenção, capacitação de equipes de resposta e estratégias de recuperação pós-desastre. A dimensão política do Direito dos Desastres envolve o equilíbrio de interesses e a tomada de decisões que garantam a proteção da população e a sustentabilidade do Estado (CARVALHO, 2015).

Outro ponto é a participação da sociedade civil no processo de formulação e implementação das políticas relacionadas aos desastres. Por meio do engajamento cidadão, pode-se viabilizar a transparência, a prestação de contas e a construção de uma cultura de prevenção e resiliência coletiva. A participação ativa da sociedade civil fortalece a democracia e contribui para a efetividade das medidas adotadas (DAMACENA, 2017).

A dimensão política do Direito dos Desastres também está ligada à cooperação internacional.

Os desastres naturais não conhecem fronteiras, e a resposta a esses eventos requer uma abordagem global. Por via de acordos e cooperação internacional, os países podem compartilhar experiências, recursos e conhecimentos, fortalecendo a capacidade de resposta e recuperação diante dos desastres (KOKKE, 2020).

Todavia, quando se trata de políticas públicas relacionadas aos desastres ambientais, Marques (2019) recorda que até o presente, a maior parte da legislação e políticas públicas relacionadas aos problemas ambientais são abordadas de maneira isolada e reativa. Para a autora, essa questão se deve à fragmentação da estrutura administrativa.

Diante disso, Marques (2019) e Ruscheinsky, Treis (2019) corroboram que a abordagem interdisciplinar e holística, com ações coordenadas entre diferentes setores do governo, empreendedores, entidades civis e o Ministério Público, é o modelo que deve prevalecer no âmbito político dos desastres, não apenas para lidar com o problema, mas também para preveni-lo.

Pelo viés econômico, é necessário considerar os impactos financeiros dos desastres e das mudanças climáticas. Isso inclui o desenvolvimento de mecanismos de seguro e compensação para indivíduos e comunidades afetadas, a promoção de investimentos em infraestruturas sustentáveis e resilientes, a diversificação econômica para reduzir a dependência de setores vulneráveis e a incorporação de análises de risco climático nos modelos de negócios e tomada de decisão.

Ao relatar a relação entre urbanização e desastres naturais, Nunes (2015) aprofunda-se nas perdas econômicas resultantes desses eventos. A autora explora como o processo de urbanização intensifica a exposição e a vulnerabilidade das áreas urbanas frente aos mais diversos desastres, resultando em impactos financeiros significativos. Nunes (2015) destaca que as perdas econômicas relacionadas a desastres podem ser atribuídas a diversos fatores, como danos à infraestrutura urbana, interrupção de serviços essenciais, perda de propriedades, impacto nas atividades comerciais e produtivas, bem como os custos associados à reconstrução e recuperação pós-desastre.

A autora enfatiza as inundações como eventos complexos, que geram vastas perdas econômicas, acompanhadas de danos e perdas humanas, especialmente por serem eventos com grande recorrência em todo o mundo, especialmente no Brasil:

> As inundações se associam a grandes perdas econômicas, mas também a fome, doenças e óbitos, por dificultarem ou até impossibilitarem práticas agrícolas e favorecerem a proliferação de vetores transmissores de enfermidades, como a dengue. [...] Nas últimas duas décadas, de cada cinco desastres naturais no mundo dois foram inundações; elas responderam por 56% dos afetados, ocupando a quarta posição em vítimas fatais e a terceira em prejuízos econômicos (NUNES, 2015, p. 22).

Nessa linha, deve-se mencionar outro fator que possui um peso significativo de custos nos desastres: o sistema de saúde. Freitas *et al*. (2020) analisaram dados de desastres naturais e seus custos em estabelecimentos de saúde no Brasil de 2000-2015. Dos 15.950 registros analisados, apenas 29,4% continham dados sobre custos e ainda assim esses totalizaram cerca de R$ 4 bilhões. Em relação aos custos por evento, os desastres hidrológicos apresentaram custos 3,2 a 3,6 vezes maiores do que os meteorológicos e geológicos.

De outro viés, o rompimento de barragens, como os casos de Mariana e Brumadinho, resulta em amplas perdas financeiras para as empresas e comunidades envolvidas, além de

impactos negativos na economia local, como paralisação de atividades e queda no turismo. Também as secas, têm impacto devastador na agricultura e pecuária, causando perdas econômicas da ordem de R$ 250 bilhões entre 2013 e 2022[4], incluindo aumento nos preços dos alimentos e redução na renda dos agricultores. Além disso, o Brasil também enfrenta desastres como incêndios florestais, deslizamentos de terra e eventos climáticos extremos, que acarretam custos econômicos significativos.

Desse modo, a dimensão econômica no Direito dos Desastres engloba ações de prevenção e preparação, como investimentos em infraestrutura resiliente e treinamento de pessoal, assim como medidas imediatas de resposta que visam fornecer assistência emergencial e minimizar os danos à infraestrutura afetada. Além disso, abrange a fase de recuperação, que envolve a reconstrução, apoio financeiro e programas de recuperação econômica, bem como a compensação às vítimas por danos físicos e perdas econômicas. A resiliência econômica fortalece a capacidade das comunidades e setores econômicos por meio de estratégias como a implementação de seguros contra desastres, diversificação econômica e investimentos em tecnologias resilientes (CARVALHO, 2015).

2.4 Dimensão social do Direito dos Desastres

Na esfera social, é de extrema importância enfatizar que as mudanças climáticas e as ações humanas irresponsáveis não apenas causam desastres ao meio ambiente, mas também possuem repercussões abrangentes que inevitavelmente afetam as comunidades. Desse modo, é crucial adotar abordagens inclusivas e equitativas para garantir que as comunidades mais vulneráveis sejam protegidas e tenham acesso a recursos e serviços essenciais, protegendo seus direitos fundamentais especialmente em eventos extremos (MANTELLI, 2018).

Dessarte, Mattedi (2017, p. 266) contribui ao âmbito social dos desastres, afirmando que "a gravidade dos desastres naturais quase sempre depende de quem são os indivíduos, da posição que eles ocupam na sociedade e do tipo de sociedade" (MATTEDI, 2017, p. 266).

Mister recordar nesse ponto a definição de vulnerabilidade, como sendo "uma condição resultante de fatores físicos, sociais, econômicos e ambientais ou de processos que aumentam a susceptibilidade de uma comunidade aos impactos de um perigo" (LICCO, 2013, p. 28).

De modo mais aprofundado, Licco (2013) analisa a vulnerabilidade de uma comunidade a desastres a partir de alguns fatores humanos, a mencionar: pobreza; educação; governança; tecnologia; idade e gênero. Para o autor, a pobreza dificulta a capacidade de lidar com eventos extremos e ter acesso a recursos como moradia, infraestrutura adequada, seguro e assistência médica etc. A educação possibilita o acesso a conhecimentos de como evitar e reduzir impactos, ainda que nem todos consigam processar adequadamente as informações, ocasionando em maiores prejuízos em desastres.

A governança diz respeito à promoção de políticas e estruturas administrativas para reduzir vulnerabilidades e apoiar esforços de educação, conscientização e desenvolvimento econômico. Já a tecnologia desempenha um papel relevante na previsão, suporte e recuperação

4 Disponível em: https://www.suinoculturaindustrial.com.br/imprensa/extremos-climaticos-geram-prejuizo-de-quase-r-300-bilhoes-no-campo/20230508-083634-c982. Acesso em: 20 jun. 2023.

de desastres, vinculando-se à riqueza, educação e governança. Indivíduos como crianças e idosos são mais vulneráveis devido à falta de força física, educação e orientação em situações de perigo, enquanto a negligência da idade compromete os esforços de ajuda. Por fim, as mulheres enfrentam maior vulnerabilidade em desastres devido a recursos limitados, marginalização política e responsabilidades familiares (LICOO, 2013).

Diante dessa análise breve, fica evidente que a vulnerabilidade a desastres não pode ser solucionada de maneira unidimensional, pois não possui uma única fonte. Mattedi (2017, p. 181) é enfático ao reforçar que a vulnerabilidade é um cenário construído socialmente, de modo que "sua desconstrução evoluirá a partir de ações planejadas, que englobem um conjunto de decisões dos setores público, privado e coletividade. O descaso diante da vulnerabilidade tem o poder de perpetuá-la".

Embora o trabalho de mitigação das vulnerabilidades requeira a atuação conjunta dos setores público, privado e das próprias comunidades, ele também está intrinsecamente ligado a constante luta contra as desigualdades sociais e econômicas que permeiam o país. Afinal, "os problemas enfrentados por comunidades vulneráveis diante de um evento extremo são reflexo das desigualdades e problemas já existentes no período de normalidade" (MATTEDI, 2017, p. 181).

3. DESASTRES E DIREITO: UMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL

Este artigo adota uma abordagem metodológica baseada em revisão de bibliografia e doutrina para analisar a abordagem multidimensional do Direito dos Desastres no contexto das mudanças climáticas.

Para realizar a revisão, foram consultados os seguintes bancos de dados: SciELO, Google Scholar, repositórios institucionais, legislação vigente, além de livros e publicações pertinentes à temática. A busca das obras foi realizada utilizando-se termos-chave específicos relacionados ao Direito dos Desastres e às mudanças climáticas, incluindo "Direito dos Desastres", "Mudanças climáticas", "Abordagem multidimensional", "Legislação de desastres", "Políticas públicas de desastres", "múltiplas abordagens em desastres".

Para fornecer uma base sólida e atualizada de referências, foram selecionadas obras publicadas no período de 2010 a 2023. Esse intervalo de tempo abrangeu as publicações mais recentes e relevantes sobre o tema, considerando o avanço do conhecimento e as mudanças ocorridas na área ao longo dessa década, exceto por doutrinas, legislação e publicações basilares que retrocedem a esse período. Após a seleção das obras, realizou-se uma leitura cuidadosa e crítica para extrair os principais conceitos, teorias, argumentos e exemplos relevantes para a abordagem multidimensional do Direito dos Desastres no enfrentamento dos impactos das mudanças climáticas.

4. ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL NO DIREITO DOS DESASTRES: PROTEÇÃO E RESPONSABILIDADE

Ao investigar as dimensões legal, política, econômica e social pertinentes ao Direito dos Desastres, foram identificados aspectos cruciais que devem ser considerados na formulação de estratégias eficazes frente aos desastres.

Quanto ao âmbito legal, a revisão da legislação existente sobre desastres e mudanças climáticas revelou que o Direito dos Desastres vem se estruturando deste a última década, em resposta aos incontáveis eventos desastrosos no país. Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro demonstra uma maior receptividade à consideração dos diversos elementos socioambientais que compõem um desastre, como apontam Carvalho e Damacena (2013).

Contudo, Marques (2019) grifa a necessidade de uma maior integração entre os marcos legais existentes. Identificou-se ainda a importância de preencher lacunas e superar desafios, como a falta de coordenação entre diferentes níveis de governo, a necessidade de maior clareza e abrangência nas definições legais e a garantia de mecanismos eficientes de implementação e fiscalização.

No âmbito das dimensões políticas e econômicas, constatou-se que a formulação de políticas que considerem os interesses das partes envolvidas, por meio de mecanismos de participação pública e diálogo com o setor privado, pode representar uma estratégia eficaz para fortalecer a resiliência e prevenção de desastres. Na dimensão econômica, vislumbrou-se a magnitude dos custos e prejuízos gerados pelos desastres ambientais no país, os quais têm se intensificado diante das mudanças climáticas. Válido salientar que os custos não se limitam a empresas privadas ou demais instituições vinculadas ao evento, mas tratam-se se custos que recaem sobre toda a sociedade, principalmente pela perda ou dano de bens particulares, sobrecarga dos sistemas de saúde e prejuízos em atividades econômicas, em geral. Fatores estes que por vezes não são contabilizados e tampouco compensados adequadamente às vítimas – inclusive porque as perdas econômicas e humanas decorrentes de desastres muitas vezes são irreparáveis e/ou irreversíveis, devido às suas dimensões e aspecto intergeracional dos danos, como enfatiza Kokke (2020).

Nesse ínterim, é válido mencionar a reflexão de Carvalho e Damacena:

> Situações como as exemplificadas **requerem uma mudança de postura política, econômica, social e jurídica** [...]. Essa mudança de postura é extremamente difícil, pois a tradição jurídica tem uma autocompreensão do direito como instrumento social de caráter *post factum*. Trata-se de uma forma de decidir a partir de eventos já consumados, utilizando-se do modelo condicional (se..., então), o que restringe o desenvolvimento de uma comunicação que instrumentalize decisões que incluam o horizonte do futuro (CARVALHO; DAMACENA, 2012, p. 84-94, grifo nosso).

De fato, estratégias de compensação, reconstrução e responsabilização são essenciais para o Direito dos Desastres, contudo, diante das perdas imensuráveis, há de ser mister o fortalecimento de políticas eficientes e investimentos em prol da prevenção, considerando todas as nuances da vulnerabilidade.

No que tange às dimensões sociais, a participação efetiva das comunidades afetadas emergiu

como um elemento central para a eficácia das medidas adotadas, como apontado por Damacena (2017). A inclusão das vozes das comunidades locais nos processos de tomada de decisão, por meio de mecanismos participativos, garante que as políticas e ações sejam contextualizadas e atendam às necessidades específicas dessas comunidades. Ademais, o combate às desigualdades socioeconômicas é imprescindível para reduzir agravamentos na vulnerabilidade de determinados grupos a desastres.

Por fim, o Direito dos Desastres deve ser pensado a partir de todas as dimensões implicadas um desastre e não se limitar apenas às perspectivas de reparação ou punição. O Direito dos Desastres deve-se adiantar ao desastre, e não se apresentar somente após o evento, pois deste modo transmuta-se em "direito desastroso", como menciona Marrara (2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos aspectos legais e das dimensões políticas, econômicas e sociais reforça a necessidade de integração e cooperação entre esses setores para lidar de forma abrangente com os desafios apresentados pelos desastres.

Destaca-se, assim, a pertinência de uma abordagem multidimensional no âmbito do Direito dos Desastres para lidar com os impactos também múltiplos decorrentes dos desastres. A integração das dimensões política, econômica e social viabiliza a formulação de estratégias mais eficazes diante das vulnerabilidades associadas aos desastres.

Trata-se de compreender o Direito sob múltiplas perspectivas no contexto de um desastre, e, além disso, de promover a garantia dos direitos fundamentais para todas as pessoas, tendo em vista que a vulnerabilidade aos desastres está enraizada em questões socioeconômicas e políticas que persistem e transgredir esses direitos e afligem a nação.

A abordagem fragmentada do Direito dos Desastres, enfatizando apenas uma dimensão em detrimento das demais, apenas reforça e negligência problemáticas socioeconômicas e políticas que alimentam e perpetuam as vulnerabilidades aos desastres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n.º 10.593, de 24 de dezembro de 2020*. Diário Oficial da União: Brasília, 2020.

BRASIL. *Decreto nº 11.367, de 1º de janeiro de 2023.* Diário Oficial da União: Brasília, 2023.

BRASIL. *Educação em clima de riscos de desastres.* São José dos Campos, SP: Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (Cemaden), 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.* Regulamenta os artigos. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 2001.

BRASIL. *Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.* Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima. Diário Oficial da União: Brasília, 2009.

BRASIL. *Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010.* Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do

Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. Diário Oficial da União: Brasília, 2010.

BRASIL. *Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Dispõe sobre a proteção e a defesa civil, estabelecendo o SINPDEC, o CONPDEC e o FNPDEC, além de definir diretrizes para a PNPDEC. Diário Oficial da União: Brasília, 2012.

BRASIL. *Resposta:* gestão de desastres, decretação e reconhecimento federal e gestão de recursos federais em proteção em defesa. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2017.

CARVALHO, D. W. de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 18, n. 3, p. 397-415, 2013.

CARVALHO, D. W. de. O papel do Direito e os instrumentos de governança Ambiental para prevenção dos desastres. *Revista de Direito Ambiental*, v. 75, p. 45-74, 2014.

CARVALHO, D. W. de. O que devemos urgentemente aprender com o novel Direito dos Desastres. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/delton-winter-devemos-aprender-direito-desastres. Acesso em: 20 jun. 2023.

CARVALHO, D. W. de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica*: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHEVRAND, C. G.; MOEHLECKE, R. *Desastres naturais são fenômenos políticos, dizem especialistas*. Agência Fiocruz de Notícias, 2015. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/desastres-naturais-s%C3%A3o-fen%C3%B4menos-pol%C3%ADticos-dizem-especialistas. Acesso em: 10 jun. 2023.

DAMACENA, F. D. L. A "injustiça" por trás do desastre e o papel do direito na redução da vulnerabilidade. *Atas de Saúde Ambiental*, v. 5, p. 125-156, 2017.

DE FREITAS, V. P.; DE FREITAS, G. P. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DE SÉLLOS KNOERR, V. C.; KNOERR, Fe. G. Sustentabilidade no Paraná agrícola: reflexão jurídica. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 29, p. 418-428, 2012.

DE SOUZA NETTO, A. E.; FERRARI, F. J.; DE LIMA, G. M. Estudo de caso de crimes contra a fauna aquática previstos na Lei n° 9.605/98. *Diálogos Possíveis*, v. 21, n. 1, 2022.

DE SOUZA NETTO, J. L.; GARCEL, A.; GUILHERME, G. C. A sustentabilidade empresarial na prescrição das execuções fiscais como modelo cooperativo processual. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 4, n. 25, p. 134-153, 2019.

DERANI, C.; VIEIRA, L. R. Os Direitos Humanos e a emergência das catástrofes ambientais: uma relação necessária. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 143-174, 2014.

FACHINI, T. *Direito dos desastres*: o ciclo de atuação e suas fases. PROJuris, 2023. Disponível em: https://www.projuris.com.br/blog/direito-dos-desastres-o-ciclo-de-atuacao-e-suas-fases. Acesso em: 18 jun. 2023.

FARBER, D. A.; CARVALHO, D. W. de. *Estudos aprofundados em direito dos desastres*: interfaces comparadas. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

FREITAS, C. M. de *et al*. Desastres naturais e seus custos nos estabelecimentos de saúde no Brasil no período de 2000 a 2015. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, 2020.

HOBSBAWM, E. J. *Era dos Extremos*: o breve século XX: 1914-1991.São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KOKKE, M. Desastres ambientais e o papel do direito. *In*: BRASIL, D. R.; CARVALHO, D. W. de; DA SILVA, R. F. T. *A emergência do direito dos desastres na sociedade de risco globalizada*.

p. 193-210. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

LICCO, E. A. Vulnerabilidade social e desastres naturais: uma análise preliminar sobre Petrópolis, Rio de Janeiro. *Revista de Saúde, Meio Ambiente e Sustentabilidade*, v. 8, n. 1, 2013.

MANTELLI, G. A. S. Dos desastres socioambientais ao direito: fatores aplicáveis e breve quadro jurídico. *Revista DIREITO UFMS*, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 74-95, jan./jun. 2018.

MARQUES, L. Y. *As políticas públicas ambientais no ano dos desastres*. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/direito-ambiental-politicas-publicas-ano-desastres. Acesso em: 10 jun. 2023.

MARRARA, T. *Do "direito desastroso" ao direito dos desastres*. GenJurídico, 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/do-direito-desastroso-ao-direito-dos-desastres/491165141. Acesso em: 15 jun. 2023.

MATTEDI, M. Dilemas e perspectivas da abordagem sociológica dos desastres naturais. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 29, n. 3, pp. 261-285, 2017.

NUNES, L. H. *Urbanização e desastres naturais*. São Paulo: Oficina de Textos, 2015.

ONÓFRIO, V. de M. *Limites e possibilidades da imputabilidade penal em caso de desastres ambientais:* análise de casos à luz do Direito dos Desastres. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

PADILHA, N. S. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro.* Rio de Janeiro, Elsevier, Campus Jurídico, 2010.

REHDER, G. A. C. *Desastres ambientais e os limites jurídicos da responsabilidade penal*. Tese (Curso de Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2023.

RUSCHEINSKY, A.; TREIS, M. Desastre ambiental, atores sociais, políticas públicas e espaços passíveis de participação. *Revista Psicologia Política*, v. 19, pp. 173-198, 2019.

SARAIVA, R. A abordagem comportamental do direito e da economia das catástrofes naturais. *In*: GOMES, C. A.; SARAIVA, R. G. (Coords.). *Actas do Colóquio Catástrofes Naturais*: uma realidade multidimensional. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: ICJP, 2013.

VIEIRA, L. R. *A emergência das catástrofes ambientais e os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

Recebido em: 17.11.2023
Aprovado em: 11.03.2024
Última versão dos autores: 11.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):
FERRARI, Flavia Jeane.; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de.; SOUZA NETTO, José Laurindo de. Por uma abordagem multidimensional do direito dos desastres frente aos impactos das mudanças climáticas. *JURIS* - Revista da Faculdade de Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.16325

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

La automatización de los servicios públicos de protección social: análisis de los riesgos para sus titulares

Beatriz Lourenço Mendes [1]
Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil.
E-mail: beatrizlmendes@outlook.com

Resumen: El ejercicio de derechos en el entorno virtual plantea preocupaciones constitucionales debido a la incapacidad de las Constituciones analógicas para regular las numerosas relaciones en la cibersociedad, con nuevos actores transnacionales. En cuanto a los derechos sociales, el artículo se centra en la responsabilidad del Poder Público en la protección social, analizando la asistencia y *previdência* social. Ante la digitalización creciente de la relación Estado-ciudadano, el trabajo aborda la pregunta: "¿Cuáles son los riesgos para los titulares de derechos al emplear inteligencia artificial en decisiones sobre derechos de *previdência* y asistencia?". Se adopta un enfoque hipotético-deductivo, buscando compatibilizar la inteligencia artificial con los principios del derecho público para proteger los derechos fundamentales. La investigación, de carácter exploratorio y teórico, identifica cinco riesgos: 1) intereses económicos de empresas privadas; 2) la retirada progresiva del Estado en derechos fundamentales; 3) la vigilancia y segregación ciudadana a través de la integración de bases de datos públicas; 4) la simplificación excesiva de la norma en lenguaje algorítmico; 5) la excesiva confianza en sistemas automatizados. Respecto a los riesgos primero, tercero y quinto, se sugiere un marco legal para la inteligencia artificial, similar al que desarrolla la Unión Europea. Sin embargo, se requieren investigaciones más amplias para abordar las consecuencias negativas relacionadas con el segundo y cuarto riesgos.

Palabras clave: Protección social; Estado-administración; automatización; riesgos sociales; derechos fundamentales.

A automatização dos serviços públicos de proteção social: uma análise dos riscos para seus titulares

Resumo: O exercício de direitos no ambiente virtual suscita preocupações constitucionais em razão da incapacidade das Constituições analógicas de regular as inúmeras relações na cibersociedade, com novos atores transnacionais. Com relação aos direitos sociais, o artigo enfoca a responsabilidade do Poder Público na proteção social, analisando a assistência social e a previdência social. Diante da crescente digitalização da relação Estado-cidadão, o artigo aborda a

1 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e pela Universidade de Granada (UGR-ES), foi bolsista CAPES PRINT de novembro de 2022 a abril de 2023, é membro do grupo de pesquisa Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho (GTRATEC-PUCRS) e do grupo Cidadania, Direitos e Justiça (CIDIJUS-FURG). É mestra em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande (FURG - 2019) e graduada em Direito mesma universidade (2017). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2436657287554280. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5050-8716. E-mail: beatrizlmendes@outlook.com

questão: "Quais são os riscos para os titulares de direitos quando se utiliza a inteligência artificial nas decisões sobre direitos previdenciários e de proteção social? Adota-se uma abordagem hipotético-dedutiva, buscando compatibilizar a inteligência artificial com os princípios de direito público de proteção dos direitos fundamentais. A pesquisa, de natureza exploratória e teórica, identifica cinco riscos: 1) interesses econômicos de empresas privadas; 2) afastamento progressivo do Estado nos direitos fundamentais; 3) vigilância e segregação do cidadão por meio da integração de bancos de dados públicos; 4) simplificação excessiva da norma em linguagem algorítmica; 5) dependência excessiva de sistemas automatizados. Com relação ao primeiro, terceiro e quinto riscos, sugere-se uma estrutura legal para a inteligência artificial, semelhante à desenvolvida pela União Europeia. No entanto, é necessária uma pesquisa mais extensa para abordar as consequências negativas relacionadas ao segundo e ao quarto riscos.

Palavras-chave: proteção social; Estado-administração; automatização; riscos sociais; direitos fundamentais.

The automation of public social protection services: an analysis of the risks for their beneficiaries

Abstract: The exercise of rights in the virtual environment raises concerns from a constitutional point of view, given the inability of analogical constitutions to regulate the myriad of relationships established in cybersociety, which is permeated by new transnational actors. With regard to social rights, it is well known that the public authorities are responsible for providing services to society, especially those aimed at the social protection of individuals, such as social assistance and social security, which are the objects of this article's analysis. With the tendency for the relationship between the state and its citizens to develop fully in digital environments, we seek to answer the following question: "Once AI is used in the decision-making process regarding a social security or welfare right, what are the risks to which the holders of these rights are subject?". The hypothetical-deductive approach was chosen, adopting the basic premise of the need to make artificial intelligence in the state compatible with the principles of public law, with the aim of protecting fundamental rights. In terms of objectives, the research is exploratory and theoretical in nature. The main results were the identification of five current risks to the realization of social assistance and welfare rights: 1) the economic interests of private companies in profiting at the expense of the user's navigation; 2) the progressively withdrawn position of the State in relation to fundamental rights; 3) the surveillance, labeling and segregation of citizens based on the integration of the database of public bodies; 4) the oversimplification of the norm by transforming it into algorithmic language and, finally; 5) the extreme reliability of automated systems. With regard to the first, third and fifth risks, it would be possible to foresee that the approval of a legal framework for artificial intelligence, similar to what has been done in Europe, would be an appropriate measure to address these problems. However, further research is also needed to explore possible approaches to help address the negative consequences related to the second and fourth risks.

Keywords: social protection; state-administration; automation; social risks; fundamental rights.

Sumario: 1. Introducción. 2. Tensiones entre la globalización, el Estado y el ejercicio de derechos constitucionales sociales en internet. 3. Los riesgos de la automatización estatal en el contexto de los derechos sociales prestacionales. 4. Marco europeo de inteligencia artificial: la clasificación de sistemas de riesgo elevado y lecciones para la regulación brasileña. 5. Consideraciones finales. Referencias bibliograficas.

1. INTRODUCCIÓN

La creciente implementación de las tecnologías de la información y la comunicación en la denominada cibersociedad[2] exige un amplio y profundizado debate sobre las posibles consecuencias del uso de inteligencia artificial[3] por parte del Estado con respecto a los ciudadanos. Esto se debe a que los Estados Democráticos de Derecho están estructurados de acuerdo con las normas y principios del derecho público, que buscan, principalmente, asegurar el bienestar de la colectividad y preservar la dignidad humana.

Actualmente, las relaciones entre el Estado y la sociedad, sin embargo, están mediadas, directa o indirectamente, por el uso de la internet, que, a su vez, avanza tecnológicamente, desarrollada por compañías tecnológicas transfronterizas[4], que –por pertenecer al ámbito del derecho privado y orientarse principalmente por intereses económicos– ponen en riesgo los elementos que constituyen el Estado moderno tales como el territorio, el pueblo y el propio gobierno, marcado por la autoridad del poder soberano[5].

En el caso específico de los derechos previsionales y asistenciales en el contexto brasileño, estos son considerados derechos sociales cuya efectivización depende de prestaciones materiales positivas[6] del Estado, también conocidos como derechos sociales prestacionales. Esta característica brinda un contorno exclusivo a su propia efectivización, ya que no basta una actitud estatal ausentista, como en el caso de los derechos civiles y políticos[7], sino una obligación intervencionista,

2 La cibersociedad constituye un privilegiado escenario postmoderno en donde podemos visualizar la interconexión y fusión de ciertos componentes arquetípicos con las últimas manifestaciones de la cultura tecnológica. (...)Tal es el caso de la Internet, este espacio social lo denominamos ciberespacio como fenómeno social, una tecnología determinada, un conjunto de hardware y software que permite el intercambio de información digital a un nivel mundial, los cuales constituyen la cibersociedad, donde unos grupos comparten prácticas, valores y una particular visión del mundo, constituyendo comunidades en las que las actividades online constituyen el centro de la sociabilidad y en las que ésta acaba teniendo una enorme relevancia en la identidad global del individuo (SILVA, 2010, p. 103).

3 "Se trata de una tecnología influenciada en gran parte por formatos algorítmicos altamente desarrollados (los propios algoritmos son una especie de IA). El objetivo es crear un procesamiento tecnológico automatizado, con la intención de "reproducir digitalmente estructuras semejantes a las humanas". Se crea una "computadora" con "redes neurales", con "cognición", a fin de volverlo independiente, "para tener mundo" y capacitarlo a resolver problemas o crear". (ADOLFO, WESCHENFELDE, 2020, p. 412)

4 De acuerdo con Shoshana Zuboff (2018, p. 26/27), las cinco principales empresas que dominan internet son: Apple, Google, Amazon, Microsoft y Facebook.

5 Sobre los elementos que constituyen el Estado, ver Malluf (1998).

6 De acuerdo con el constitucionalista Rodolfo Arango Rivandeira (2006, p. 109), "el Estado es el exclusivamente obligado de los derechos sociales fundamentales. (...)Según mi tesis, el objeto de los derechos sociales fundamentales solo puede comprender acciones fácticas positivas del Estado".

7 Algunos autores defienden que todos los derechos, sean civiles, políticos o sociales, demandan actitudes positivas del Estado para concretizarse. Por ejemplo, para preservar el derecho a la vida, se instituyen políticas que criminalizan el homicidio, entre otras herramientas de regulación de los derechos fundamentales.

a través de la cual se pretende dirimir las desigualdades sociales y promover una vida digna para la sociedad en general.

Como título informativo, cabe destacar que en la legislación española no existe una correspondencia para el término "previdência" (o previsión social), que, en la práctica, corresponde a las prestaciones de naturaleza contributiva, mientras que la asistencia social encuentra respaldo en la Constitución hispánica, con el mismo significado de prestaciones de naturaleza no contributiva[8]. En el contexto europeo, la expresión "previdência" encuentra semejanza en el ordenamiento jurídico italiano, a partir del instituto de la *previdenza sociale*[9].

De todas maneras, el fenómeno que se ha observado en los últimos años en lo que corresponde al deber prestacional del Estado, en el caso de los derechos sociales, es el empleo de la inteligencia artificial (en adelante IA) en el proceso de toma de decisión de la Administración Pública al conceder o negar determinada prestación pública, sea como parte del procedimiento o en su totalidad. Algunos sistemas automatizados, por lo tanto, tan solo auxilian los procedimientos administrativos, como en la determinación de inclusión de documentos, mientras que otros evalúan la elegibilidad de personas con respecto a prestaciones de servicios públicos básicos.

Por consiguiente, de la omnipresencia tecnológica surgen algunos cuestionamientos jurídicos y sociales que deben ser estudiados con ahínco. Uno de ellos, específicamente, orientará la discusión del presente artículo: “Cuando sea empleada la IA en el proceso de toma de decisiones acerca de un derecho previsional o asistencial, ¿cuáles son los riesgos a los que se exponen los titulares de tales derechos?” Tras un análisis de las eventuales consecuencias negativas para los ciudadanos, se buscarán soluciones jurídicas en el derecho europeo para minimizar los riesgos encontrados en el proceso de automatización de las decisiones por parte del Poder Público brasileño en lo que respecta a los derechos sociales.

A fin de responder la pregunta ya citada, se optó por emplear el método de abordaje hipotético-deductivo, con la premisa básica de la necesidad de compatibilizar la implementación de la inteligencia artificial en el Estado y los principios del derecho público, con el propósito de proteger los derechos fundamentales. Con respecto a su naturaleza, la investigación es eminentemente teórica. En lo que respecta a sus objetivos, se la considera exploratoria, ya que el estudio del asunto relativo a los derechos prestacionales y a la automatización del Estado está siendo investigado como parte de la tesis doctoral de la autora. Por esta razón, las discusiones presentadas aquí serán reflexiones preliminares que podrán madurar a lo largo de la investigación.

2. TENSIONES ENTRE LA GLOBALIZACIÓN, EL ESTADO Y EL EJERCICIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES SOCIALES EN INTERNET

Uno de los efectos de la globalización es la tensión generada entre el Estado y las instancias de poder supranacional. Esto sucede, principalmente, debido al ritmo frenético con el que se

8 Artículo 41 de la Constitución Española: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

9 Ver ”Instituto Nazionale Previdenza Sociale”. Disponible en https://www.inps.it/it/it/previdenza.html. Fecha de acceso: 14 de septiembre de 2023.

desarrollan las tecnologías, puesto que impide que exista una sistematización normativa simultánea a través de los instrumentos regulatorios del derecho que las acompañe.

Por consiguiente, de acuerdo con el profesor Balaguer Callejón (2022, p. 38), las "Constituciones analógicas" no tienen más la virtud de regular las normas sociales dentro de un determinado territorio, no solo porque solo regulan el "mundo analógico", que hoy en día constituye una parte ínfima de la realidad con la que nos deparamos actualmente, sino también porque ha emergido un nuevo tipo de sociedad en el mundo digital.

La intrínseca relación entre el poder, las cuestiones político-económicas y el propio derecho entran en conflicto cuando entra en juego el elemento de las nuevas tecnologías. Internet no es tan solo un espacio virtual neutro capaz de intermediar las comunicaciones, sino un ambiente en constante disputa de intereses económicos en la mercantilización de datos personales, al mismo tiempo en que se crea un abismo entre quien tiene el poder de la información y quien no lo tiene (ZUBOFF, 2018).

En este sentido, el ejercicio de la ciudadanía en el espacio virtual enfrenta una serie de cuestiones desde el punto de vista jurídico, que van desde el surgimiento de nuevos derechos dignos de protección que, sin embargo, todavía no están positivados, hasta la violación de derechos fundamentales preexistentes. Este artículo pretende ocuparse, no obstante, de las problemáticas que afligen los derechos sociales a la previsión y a la asistencia social.

Mientras que los derechos políticos y sociales integran la primera generación de derechos con respecto al orden de positivación, los derechos sociales corresponden a la segunda generación de derechos, marcando el pasaje del Estado Liberal al Estado Social de Derecho. De esta forma, los derechos sociales se expandieron en constante tensión con las libertades individuales, por intentar cubrir los déficits y omisiones de estas últimas, al igual que el Estado de Bienestar Social, que se dedicó a compensar las insuficiencias del Estado Ausentista (CONTRERAZ PELÁEZ, 1994).

Dicho esto, es necesario delimitar que existen desafíos comunes en el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales en internet[10], pero también existen los riesgos específicos atinentes a los derechos sociales prestacionales, ya que estos últimos exigen una postura activa por parte de los poderes públicos para su propia implementación. Una tendencia que el constitucionalista español Barrilao Sanchez (2016) ha observado en el ámbito del derecho público, es una renuncia por parte de los poderes públicos en proveer directamente los servicios públicos necesarios para garantizar la ciudadanía, relegando tal responsabilidad a los propios particulares, resguardándose, sin embargo, un control previo y posterior, en el nombre del interés público.

En ese sentido, no basta que se asegure un espacio digital democrático en la cibersociedad. Aunque se desconsidere la actuación de las compañías tecnológicas transfronterizas, la garantía formal de libertad e igualdad en internet no brinda automáticamente habilidades digitales[11] a los ciudadanos como para que se obtenga un provecho homogéneo al usarla. Aunque así fuera,

10 Como, por ejemplo, el derecho a la protección de datos y a la información, entre otros.

11 Para Van Dijk y Van Deursen (2014, p. 4), estas habilidades son necesarias para el mejor aprovechamiento del uso de internet, mencionando seis: (habilidad) operacional, formal, de información, de comunicación, de creación de contenido y de estrategia, siendo que las dos primeras están relacionadas con el medio y las cuatro últimas, el contenido.

el Estado, como Administración Pública digital, no pode esquivarse de cumplir los comandos constitucionales cuando existe una obligación de actuar previamente determinada. Tampoco basta que este deber sea solamente cumplido, ya que debe orientarse por los principios de universalidad de cobertura y atención[12] en lo que respecta a los derechos sociales a la asistencia social y a la previsión social.

La implementación del e-Gobierno ha sido vista como uno de los objetivos de la Agenda 2030[13]. De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas (UNITED NATIONS [UN], 2018, p. xxix), el e-gobierno coincide con el Objetivo 16 para el Desarrollo Sostenible, denominado Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, a partir de la comprensión de que el desarrollo del e-Gobierno andará de manos dadas con los principios de la efectividad, transparencia y responsabilidad fiscal y presupuestaria de las instituciones.

Por lo tanto, la tendencia de digitalización el Estado y la generalización del e-Gobierno, fomentada por la ONU, ha permitido utilizar diversos servicios públicos a través de internet. Como ejemplo, se citan las alternativas de consultar certificados, pagar tributos, reservar lugares públicos, solicitar servicios, generar documentos de identificación digitales, entre otros disponibles en el gobierno electrónico brasileño[14]. De forma general, la ONU tiene una postura optimista con respecto a la popularización del gobierno electrónico. Defiende que, desde la primera recopilación de datos, en 2001, los países avanzaron mucho en la oferta de servicios públicos on-line.

A pesar de ello, reconoce las desigualdades digitales preexistentes, como la falta de acceso y las dificultades de conexión, que terminan reproduciendo las desigualdades del mundo analógico. Un ejemplo demostrado por la encuesta de la ONU de 2018 es que los países africanos son los menos desarrollados en materia e-Gobierno, mientras que los países europeos ocupan el ranking de altísimo desarrollo de la plataforma estatal electrónica (UN, 2018, p. xxv).

Sin perder de vista los méritos del empleo de las tecnologías por parte del Estado que, por un lado, desburocratizaron una serie de servicios públicos, al mismo tiempo que permitieron una mayor universalidad[15] de acceso para ciudadanos con dificultades de movilidad o que viven en zonas de difícil acceso a las reparticiones públicas, es necesario señalar también los problemas inherentes al ejercicio de derechos sociales intermediados por plataformas on-line.

Según Perez Luño (2014), la ciberciudadanía y la teledemocracia constituyen un nuevo horizonte para los valores y para el derecho. Sin embargo, al igual que todos los otros avances de la ciencia, de acuerdo con el autor, también tienen su reverso; o sea, los riesgos relativos a la

12 Art. 194. La seguridad social abarca un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previsión y a la asistencia social. Párrafo único. Al Poder Público le corresponde, en los términos de la ley, organizar la seguridad social con base en los siguientes objetivos: I - universalidad de cobertura y atención (Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988);

13 La definición de Agenda 2030 según la ONU es la siguiente: “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo. En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual se establece un plan para alcanzar los Objetivos en 15 años”. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/. Fecha de acceso: dic. 2022.

14 Disponible en: https://acesso.gov.br/. Fecha de acceso: dic. 2022.

15 Es necesario plantear una observación con respecto a la universalidad de acceso a través de internet, ya que la marginalización digital también es un desafío de la cibersociedad, aunque no sea discutida en el presente artículo, es una cuestión tratada más específicamente en la tesis de la autora.

promesa emancipatoria de internet.

Un primer desafío citado por el profesor Francisco Balaguer Callejón (2022) reside en la prevalencia del derecho privado en detrimento del derecho público en el ambiente de las redes. Considerando que los usuarios de internet son tratados a partir de la dinámica de contratos, propias del ámbito del derecho del consumidor, la compatibilización con los derechos constitucionales es desafiadora y demanda una reorganización de todo el sistema de derechos fundamentales en conexión con las nuevas técnicas digitales.

Los algoritmos, por lo tanto, no pueden servir como "título habilitador" de lesión a los derechos digitales –en las palabras del constitucionalista Balaguer Callejón (2022, p. 45)–, y tampoco la Constitución puede negar la realidad oriunda del mundo digital, donde ya se lleva a cabo la mayor parte de las relaciones interpersonales y de las actividades económicas.

Específicamente con respecto al ejercicio de derechos sociales de forma on-line, el procesamiento de los datos de los usuarios por compañías tecnológicas produce un fenómeno denominado "vigilancia", que consiste en el proceso de extracción, minería de datos personales con finalidad lucrativa (ZUBOFF, 2018, p. 203).

De esta forma, cruzando una infinidad de datos personales obtenidos de forma on-line por el big data[16], se traza el perfil del usuario. Por lo tanto, cualquiera que sea el comportamiento desempeñado en el ambiente digital, incluirá un "bagaje" dejado por los rastros digitales. La imposibilidad de mantener el derecho al sigilo en tales casos, acarrea un verdadero estigma y persecución para los ciudadanos que más necesitan la protección social del Estado, como será visto a continuación.

3. LOS RIESGOS DE LA AUTOMATIZACIÓN ESTATAL EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES

A pesar de que el debate sobre la robotización esté en boga actualmente, los llamados sistema de elegibilidad automatizados comenzaron a ser implantados en el Estado a partir de la década de 1990. La automatización del aparato estatal, según Danielle Citron (2007) era una alternativa aparentemente adecuada para cortar gastos, a partir de la disminución de funcionarios en las reparticiones públicas.

De acuerdo con Virgina Eubanks (2017), en 1980, el gobierno de los Estados Unidos recogió, analizó, almacenó y compartió una cantidad excesiva de datos de familias que recibían asistencia pública. Los datos fueron compartidos con otros segmentos estatales, como el Departamento Nacional de Defensa, órgano de asistencia social y tribunales civiles y criminales.

A partir de la construcción y agregación de una base de datos cuyos titulares eran personas beneficiarias de servicios de asistencia social, el aparato estatal estadounidense desarrolló softwares para detectar posibles fraudes, como también para acompañar y vigilar el comportamiento, incluso financiero, de los beneficiarios. Por lo tanto, "el conflicto entre la expansión de los derechos legales

16 "Se refiere a situaciones donde las tecnologías digitales se utilizan para hacer frente a grandes y diversas cantidades de datos y a las varias posibilidades de combinación, evaluación y procesamiento de estos datos por autoridades públicas y privadas en diferentes contextos". (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 16)

de los beneficiarios de asistencia social y la debilitación del apoyo a la asistencia pública quedó resuelto por una ola de herramientas de alta tecnología" (EUBANKS, 2017, p. 32, traducción libre).

La integración de los datos personales de los ciudadanos se ha vuelto una tendencia entre las naciones, a partir de la implementación del e-Gobierno, como una posibilidad de intercomunicación entre los órganos públicos. En Brasil, por ejemplo, el nuevo documento de identidad concentra informaciones tales como datos de la cédula nacional de habilitación, tipo sanguíneo, título electoral, altura, color de ojos, etnia, número de inscripción en el Sistema Único de Salud[17].

De esta forma, defensores de las llamadas high-tech tools defienden que abordajes automatizados en los sistemas públicos aumentan la transparencia y evitan la burocratización, simplificando los procedimientos administrativos, tal como aparenta ser la posición de la ONU sobre el asunto. No obstante, cuando se trata de derechos conquistados por la clase trabajadora y las capas hiposuficientes de la población, Virginia Eubanks (2017) argumenta que las referidas herramientas tecnológicas sirven para que el Estado cree una distancia ética para decidir, a partir de categorizaciones creadas por la inteligencia artificial, quién sería "merecedor" o no de determinada prestación estatal.

Entonces, después de identificar los primeros desafíos para acceder a derechos previsionales y asistenciales en el primer punto, correspondiente al enfrentamiento de intereses de compañías privadas en el ciberespacio, aliada a la tendencia de una postura estatal evasiva, se llega a un tercer riesgo, de acuerdo con el cual las high-tech tools tienen el potencial de comprometer la efectivización de derechos fundamentales sociales a través de un proceso de vigilancia, rotulación y segregación de los titulares de derechos.

La incorporación de los derechos sociales como derechos de ciudadanía fue un largo proceso, cuyo inicio estuvo vinculado a una perspectiva de beneficio estatal en los Estados Absolutistas a las parcelas marginalizadas de la sociedad, en caso de extrema pobreza. No obstante, este paradigma acerca del papel estatal en la lucha contra la desigualdad social fue modificándose paulatinamente hasta que en las sociedades democráticas se consolidó la obligación estatal de garantizar prestaciones sociales, siendo que el "beneficio" antes implementado, después de superar también el Estado Liberal, fue elevado a la categoría de derecho fundamental de todos los ciudadanos. (CONTRERAS PELAÉZ, 1994).

De esta forma, los derechos sociales sufrieron un proceso "desestigmatizador", a partir de la universalización del concepto como derecho de todo ciudadano, a partir del cual usar un servicio público dejó de ser una condición de pobreza y comenzó a ser utilizado indistintamente por todas las clases (CONTRERAS PELAÉZ, 1994), tal como en el caso de hospitales públicos y escuelas públicas. Este movimiento contradice la tendencia actual de la globalización de que las instituciones públicas tengan un banco de datos con interoperabilidad entre ellos. A partir de este almacenamiento, el intercambio de datos entre órganos y entes públicos queda permitido con la finalidad de unificar los datos de cada ciudadano, al mismo tiempo en que se evita exigir documentos de forma innecesaria a los beneficiarios de los servicios públicos.

17 Disponible en: https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/05/20/nova-carteira-de-identidade-veja-perguntas-e-respostas-sobre-o-documento.ghtml. Fecha de acceso: dic. 2022

A pesar de la apariencia totalmente ventajosa de estos sistemas, la retención de datos almacenados puede desencadenar un escenario panóptico, en los términos estudiados por Foucault (2013), a partir de la introyección a sensación de vigilancia, ya que los datos recogidos reflejan el comportamiento de los ciudadanos como consumidores, conductores, dueños de cuentas bancarias, pacientes, etc. Por consiguiente, registros institucionales como delitos o el incumplimiento como consumidor pueden influenciar la toma de decisión automatizada sobre la concesión o denegación de un beneficio social, ya que el perfil trazado por el algoritmo utiliza todos los datos retenidos en el banco, creando un perfil "sospechoso" para el potencial beneficiario. El desarrollo de herramientas tecnológicas que monitoreen y estigmaticen a las personas pobres representa, por lo tanto, un retroceso desde el punto de vista de la consolidación de los derechos sociales.

Agregado a ello, el estudio de Massimo Ragnedda (2017) muestra que los grupos menos favorecidos socioeconómicamente, además de sufrir con la desigualdad social en el mundo analógico, también soportan a menudo el peso de la desigualdad digital, a partir del fenómeno denominado división algorítmica. Vale señalar que personas mayores, desempleadas, jubiladas y pensionistas integran el estrato social que está más sujeto al denominado "empobrecimiento digital", al lado de personas con bajo nivel de educación, individuos que viven en áreas geográficas menos favorecidas y países subdesarrollados.

Por lo tanto, aunque se considere un escenario ideal de pleno acceso a internet en términos de recursos materiales, aun así, no es posible asumir que todos los ciudadanos elegibles a derechos previsionales y asistenciales obtengan provechos relevantes a través de la navegación on-line. "El efecto negativo de la división digital es visible en el capital político, en términos de capacidades limitadas para acceder a informaciones políticas o, entonces, participación limitada o inexistente en actividades del e-gobierno o debates políticos"[18] (RAGNEDDA, 2017, p. 85, traducción libre).

Considerando que el objetivo de los derechos sociales de asistencia social y previsional es justamente que el Poder Público garantice un ingreso básico frente a contingencias que impidan que los ciudadanos suplan sus necesidades básicas y las de sus propias familias, las implicaciones que las limitaciones al ejercicio o incluso supresión de estos derechos de forma on-line pueden tener son sumamente relevantes para el área jurídica y para las políticas públicas, ya que generalmente la forma de implementar estos derechos son a través de estas.

Danielle Citron (2007) también añade al menos otros dos desafíos de la IA aplicados al debido proceso legal. El primero consiste en la codificación de una norma en lenguaje binario. Para que sea viable acceder a un derecho por vía on-line, es necesario el uso de la programación, a fin de convertir determinado mando normativo al lenguaje algorítmico. En dicho proceso, la autora defiende que, al mismo tiempo en que se pierde la individualidad del análisis caso a caso, también el titular del derecho se ve perjudicado a través de una "sobresimplificación" (CITRON, 2007, p. 1262, traducción libre) de la ley.

Por último, es importante destacar también el sesgo de la automatización, que convierte una sugerencia presentada por la IA en una toma de decisión confiable y final. Esto sucede debido a la

18 Texto original: "The negative effects of the digital divide are visible in political capital, in terms of limited capacities to access political information or limited or no participation in e-governance activities or online political debates" (RAGNEDDA, 2017, p. 85).

tendencia humana de confiar en las decisiones tomadas por las máquinas, incluso cuando se sospecha un mal funcionamiento. Este factor, sumado al creciente número de demandas por prestaciones sociales, hace que no existan diferencias entre un sistema completamente automatizado y uno revisado por un ser humano, considerando justamente el sesgo de transmitir la responsabilidad por la toma de decisión a la máquina. (CITRON, 2007)

Después de las consideraciones que se han hecho, se concluye que los derechos de asistencia social y previsional en Brasil están siguiendo, de forma general, el fenómeno de automatización del Estado mencionado en el texto. Se observó primero, una sensible reducción en el plantel de los servidores del Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) [19], tal como lo apunta Citron (2007), seguida por la oferta de los servicios de forma on-line y de un suministro cada vez más escaso de servicios de forma presencial. También se intensificaron los programas de monitoreo para detectar posibles fraudes[20], tal como lo narrado por Eubanks (2017). Vale destacar que este movimiento de robotización está ocurriendo a merced de la aprobación de un marco legal de la IA en Brasil, ya que el proyecto de ley para regular este asunto todavía se encuentra en tramitación[21].

Este contexto de uso de la IA en los servicios públicos a pesar de la legislación al respecto ya está provocando riesgos para los derechos sociales debido al sesgo algorítmico. En Brasil, los canales remotos de atención fueron elegidos como el principal medio de comunicación entre el ciudadano y el Estado desde 2018. Recientemente, softwares de IA están siendo colocados a prueba en el proceso de toma de decisiones de la previsión social y la asistencia brasileñas, medida implementada por una resolución de la autarquía en mayo de 2022[22]. Aunque sea una deliberación muy reciente para medir las consecuencias, de acuerdo con el 27º Boletín Estadístico de la Previsión Social - BEPS[23], el Instituto Nacional del Seguro Social (en adelante INSS) negó cerca de 1,2 millones[24] de beneficios en el primer trimestre de 2022.

Aunque no sea posible afirmar que la automatización del sistema de recursos del INSS sea la única causa de la denegación masiva de beneficios, la notable cantidad de rechazos llamó la atención de juristas y también de los medios. Como respuesta a esa situación, el Tribunal Federal de Cuentas (en adelante TCU, por sus siglas en portugués) condujo una auditoría con el objetivo de evaluar la eficacia, la eficiencia y la transparencia en el procesamiento de recursos, dado el aumento en los casos y en el tiempo necesario para resolverlos.

19 "La Representante de la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores en Salud, Trabajo, Previsión y Asistencia Social (Fenasps), Thaize Antunes, informó que, desde 2015, el 50% de los servidores del INSS salieron del órgano para jubilarse o por otros motivos. El resultado de ello es que hoy estarían disponibles 17 mil servidores para atender a 113 millones de asegurados". Fuente: Agencia Cámara de Noticias. Disponible en: https://www.camara.leg.br/noticias/875000-servidores-do-inss-criticam-reducao-de-pessoal-para-atendimento-da-populacao/. Fecha de acceso: dic. 2022.

20 Ver: Ley n.º 13.846, del 18 de junio de 2019. Instituye el Programa Especial para Análisis de Beneficios con Indicios de Irregularidad, el Programa de Revisión de Beneficios por Incapacidad, entre otras providencias.

21 Proyecto de Ley n.° 2.338, de 2023.

22 Resolución CRPS/SPREV/MTP n.º 4.413, del 12 de mayo de 2022. "Se instituye el grupo de trabajo y el desarrollo de un sistema con el objetivo de automatizar la instrucción procesal de los recursos administrativos dirigidos al Consejo de Recursos de la Previsión Social, por medio del desarrollo en curso de un Robot del BG (GET)".

23 Disponible en: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps012022_final.pdf>. Fecha de acceso: dic. 2022.

24 Esta estimación fue realizada por la autora, a partir de la suma de las negativas referentes a los meses de enero, febrero y marzo de 2022, a partir de la tabla 24 CONCESIONES Y NEGATIVAS DE BENEFICIOS - 2006/2022, p. 49, del Boletín Estadístico de la Previsión Social.

La investigación del TCU corroboró la existencia de una falla algorítmica en el sistema de recursos del INSS. Debido a ello, la respuesta automatizada estándar comenzó a ser negativa frente a cualquier falla, generando casi un 60% de negativas de pedidos. La referida falla incluso contraria la norma[25] que regula los procedimientos administrativos previsionales y asistenciales, y que determina que siempre se ofrezca un plazo de cumplimiento de exigencia para que el solicitante pueda manifestarse frente a la ausencia de documentos o la necesidad de nuevas comprobaciones.

El caso en cuestión exacerba la urgencia de instituir un marco legal de IA en Brasil, ya que la no observancia de procedimientos específicos en los sistemas automatizados puede comprometer una serie de derechos básicos, desde la falta de información sobre la motivación que llevó a determinada toma de decisión hasta el atraso injustificado en la prestación del servicio público. El proyecto de reglamentación de IA en Brasil también establece que cuando se trata de grupos en posición de fragilidad socioeconómica, como personas mayores e individuos con discapacidad, los sistemas de IA deben ser proyectados para permitir que estos individuos entiendan su funcionamiento, como también sus propios derechos con respecto a las entidades de inteligencia artificial (conforme definido en el artículo 7º, párrafo 3º, PL 2338/2023)[26].

Frente a lo expuesto, el profesor de medios y comunicación y especialista en materia de división digital, Massimo Ragnedda (2020) identifica un escenario paradójico. Mientras que las políticas de bienestar social son herramientas dedicadas a asegurar un ingreso mínimo A individuos afectados por su origen social o por casos de fuerza mayor relacionados con la falta de puestos de trabajo o incluso la pérdida de capacidad laboral, estos mismos servicios han migrado al ambiente digital, de modo que los titulares del derecho que más necesitan determinada provisión son los que no tienen acceso a internet o tienen un acceso limitado a ella.

4. MARCO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: LA CLASIFICACIÓN DE SISTEMAS DE RIESGO ELEVADO Y LECCIONES PARA LA REGULACIÓN BRASILEÑA

En el contexto internacional, Europa ha tomado la delantera en la regulación de la IA, aprobación de una propuesta de marco jurídico por el Parlamento, que aún está pendiente de aprobación definitiva a finales de 2023. La próxima fase consiste en la negociación directa para intentar estandarizar la legislación interna de los 27 países miembros del bloque europeo. Esta reglamentación es sumamente necesaria desde dos puntos de vista: la protección de derechos fundamentales con respecto a posibles daños causados por la IA y la mejora de la gobernanza de la legislación vigente en materia de derechos básicos, rumbo a una gobernanza global de los sistemas automatizados.

El abordaje adoptado por el reglamento europeo se basa en la gestión de riesgos que cada sistema de IA puede presentar a los usuarios, clasificándolos en sistemas de riesgo limitado,

25 Art. 227, §3º, de la Instrucción normativa n.º 77, del 21 de enero de 2015:" establece rutinas para agilizar y uniformizar el reconocimiento de derechos de los asegurados y beneficiarios de la Previsión Social, observando los principios establecidos en el art. 37 de la Constitución Federal de 1988".

26 *Projeto de Lei n° 2338, de 2023: Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Disponible en: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Consultado en noviembre de 2023.

elevado e inaceptable. Las prácticas de inteligencia artificial consideradas inaceptables son las que violan frontalmente derechos fundamentales. Los sistemas considerados de alto riesgo son los que presentan amenazas a la seguridad de los derechos fundamentales de los usuarios. Por fin, las prácticas con riesgo bajo o mínimo son las que no presentan grandes consecuencias al ejercicio regular de derechos.

La legislación impone a los modelos de alto riesgo obligaciones específicas para los proveedores y usuarios del sistema, con el objetivo de preservar los derechos y garantías básicas a lo largo de todos los ciclos de vida de los sistemas de IA. Algunas de esas garantías son la supervisión humana de las decisiones tomadas por la máquina, la trazabilidad de los datos, transparencia, calidad de los datos, entre otras. El proyecto europeo de IA refuerza la necesidad de proteger los derechos previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, tales como el derecho a la dignidad humana (art. 1º) y el derecho a la no discriminación (art. 21º)[27].

En lo que se refiere a la automatización de servicios públicos relativos a la protección social, el reglamento no busca ser un obstáculo al empleo de inteligencia artificial por parte del Poder Público; no obstante, limita la actuación de estos sistemas clasificándolos como de elevado riesgo. Por lo tanto, el empleo de IA para evaluar la elegibilidad de una persona de recibir una prestación esencial de asistencia afecta significativamente la calidad de vida de los ciudadanos, ya que una decisión automatizada puede causar la negativa, reducción o revocación de un beneficio social. Además, los ciudadanos que buscan estos servicios a menudo se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente al Estado, algo que puede hacer que falten recursos para cuestionar una decisión que pueda ser injusta.

Existe la posibilidad, por lo tanto, de que estos sistemas infrinjan los derechos fundamentales de titulares, como el derecho a la protección social, a la no discriminación, a la dignidad del ser humano o el derecho de acción. Por este motivo, parece adecuada la herramienta de supervisión humana con respecto a las decisiones denegatorias tomadas por sistemas públicos automatizados de alto riesgo, a fin de minimizar las posibilidades de sesgo algorítmico y de injusticias para con las personas afectadas por ellas.

Como visto en el caso brasileño, las decisiones automatizadas ya están siendo empleadas en sistemas públicos de prestaciones asistenciales y previsionales, que son considerados sistemas de alto riesgo. La supervisión humana, por lo tanto, además de otras herramientas de responsabilización civil, es una medida urgente para preservar los derechos fundamentales preexistentes, como, por ejemplo, las previsiones estipuladas en el reglamento europeo. A pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tenga aplicabilidad en Brasil, todos los derechos previstos en ella que aquí se han mencionado también están protegidos por la Constitución Federal brasileña.

27 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206. Consultado en noviembre de 2023.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El actual artículo buscó revelar, a partir de una investigación exploratoria, algunos problemas relacionados con la implementación de la automatización en el proceso de decisión acerca de derechos previsionales y asistenciales. El objetivo principal consistió en responder el siguiente cuestionamiento: "Cuando sea empleada la IA en el proceso de toma de decisiones acerca de un derecho previsional o asistencial, ¿cuáles son los riesgos a los que se exponen los titulares de tales derechos?".

A partir de ello, el primer punto introdujo algunos desafíos al derecho constitucional en la era de las nuevas tecnologías. Como aspectos principales, se destaca el primero: un desplazamiento del eje central de la Constitución al ámbito del derecho privado, principalmente al derecho civil y del consumidor, a partir de la perspectiva de que el ciudadano de la cibersociedad es un usuario de servicios on-line promovidos por compañías privadas transnacionales, ajenas a las normas de derecho interno de los determinados países y en un espacio transfronterizo.

Aliado al hecho de que las grandes corporaciones tecnológicas son las que dominan las redes, se ha notado un segundo momento: la tendencia de disminución de la actuación del Poder Público, transfiriendo a los ciudadanos –y, como se ha visto, a las máquinas automatizadas– una mayor responsabilidad sobre bienes y servicios que debería providenciar, conforme el comando constitucional de protección social. Desde el punto de vista de la globalización, estos dos factores son identificados como posibles riesgos a la garantía de los derechos sociales aquí abordados.

Más específicamente sobre la propia automatización del aparato estatal, se llegó al tercer riesgo: La integración de la base de datos entre los órganos públicos con el propósito de perseguir y rotular titulares de derechos previsionales y asistenciales constituye una amenaza a los derechos sociales conquistados a duras penas. Concomitantemente y como factor agravante de este aspecto, se identificó que grupos vulnerables a las desigualdades sociales en el mundo analógico tienden a reproducir –e incluso ahondar– las desigualdades digitales en la ciber sociedad.

Por fin, en lo que respecta al debido proceso legal, también cabe recordar dos aspectos finales de singular relevancia para la presente discusión, por lo que el cuarto es: La codificación de la ley en lenguaje algorítmico, cuyas implicaciones hermenéuticas todavía son recientes para que sea posible prever todas las consecuencias para los juristas, académicos y toda la sociedad. Por último, se llega a la quinta objeción, según la cual la perspectiva sesgada asumida por el ser humano de que la decisión tomada por la computadora está libre de fallas, además de la propia dificultad de detectar cómo y por qué sucedió determinada decisión injusta, causa serias preocupaciones para el campo del derecho constitucional, principalmente cuando se tratan de derechos de protección social, destinados a garantizar un mínimo existencial y la dignidad humana.

A partir de la aprobación del marco europeo de inteligencia artificial en Europa, queda entendido que el riesgo de la preponderancia del interés privado en el ambiente digital (primer riesgo), la interoperabilidad posiblemente discriminatoria de datos entre órganos (tercer riesgo), además de las eventuales consecuencias negativas tomadas por el sistema de IA en materia de protección social (quinto riesgo) pueden solucionarse con la aprobación de una legislación brasileña dedicada a preservar derechos fundamentales frente a la automatización del Estado y de

los servicios públicos, especialmente a partir de la revisión humana de las decisiones tomadas por las máquinas.

No obstante, en lo que se refiere a la postura retraída del Estado relativamente a la protección social (segundo riesgo) y a la problemática de sobre simplificación de la ley, transformada en lenguaje algorítmico (cuarto riesgo), se entiende que la mera regulación del entorno digital y de las decisiones tomadas por la IA no es suficiente como para dar respuestas a los referidos problemas. Por lo tanto, dichas cuestiones demandan estudios científicos y multidisciplinarios más profundos, con el propósito de preservar el ejercicio de la ciudadanía, que consiste en la base estructurante del Estado Democrático de Derecho.

Por esta razón, el abordaje desarrollado en el actual artículo, de carácter exploratorio, buscó ante todo responder la pregunta formulada en la introducción, a partir de la identificación de algunos desafíos que los derechos sociales de protección social enfrentan en la ciber sociedad ante la automatización del Estado. Lejos de presentar respuestas definitivas a los riesgos mencionados, el propósito de la autora reside en lanzar al (a la) lector(a) una reflexión sobre los límites de la IA en el ámbito de los derechos sociales, además de contribuir científicamente al estudio del derecho y las nuevas tecnologías.

REFERENCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WESCHENFELDER, Lucas Reckziegel. Direito e Digitalização: uma introdução a partir da obra teoria geral do direito digital–transformação digital–desafios para o direito, de Wolfgang Hoffmann-Riem. *Revista da AJURIS*, v. 47, n. 149, p. 409-418, 2021.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; CÂMARA VILLAR, Gregorio; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; MONTILLA MARTOS, Antonio**.** *Introducción al Derecho Constitucional***.** Undécima Edición. Madrid: Editorial Technos (Grupo Anaya), 2022.

BARRILAO SÁNCHEZ, Juan Francisco. El futuro jurídico de internet: Una aproximación constitucional a la neutralidad de la red. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 26, 2016.

CITRON, Danielle Keats. *Technological due process*. Wash**.** UL Rev., v. 85, 2007.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos Sociales*: teoria e ideologia. Tecnos, 1994.

EUBANKS, Virginia. *Automating inequality*: How high-tech tools profile, police, and punish the poor. St. Martin's Press, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Leya, 2013.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado***.** São Paulo: Saraiva, 1998.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital* – Transformação digital – Desafios para o direito. Tradução por Italo Furhmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014.
RAGNEDDA, Massimo. *Enhancing digital equity*: Connecting the digital underclass. Springer Nature, 2020.

RAGNEDDA, Massimo**.** *The third digital divide*: A Weberian approach to digital inequalities**.** Routledge, 2017.

RIVADENEIRA, Rodolfo Arango**.** *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2006.

SILVA, Alicia Silva. El mundo relacional de la cibersociedad. *Revista Estudios Culturales*, 2010, no 5, p. 89-106.

UNITED NATIONS [UN]. Department of Economic and Social Affairs. *E-government survey 2018*: gearing e-government to support transformation towards sustainable and resilient societies. United Nations: New York, 2018.

VAN DEURSEN, Alexander JAM; VAN DIJK, Jan AGM. *Digital skills*: Unlocking the information society**.** Springer, 2014.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância.* Editora Intrinseca, 2018.

Autora convidada

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** a autora garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): MENDES, Beatriz Lourenço. A automatização dos serviços públicos de proteção social: uma análise dos riscos para seus titulares. *JURIS* - Revista da Faculdade de Direito, 33 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v33i1.16361

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)