

Revista Buriti

V.03 N.1 2020

Direito
Sociedade
Sustentabilidade

Geda - Grupo de Estudos
em Direito de Águas
UEA

ISSN 2595-6795



HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL: O RECONHECIMENTO DO DIREITO EXTERNO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

APPROVAL OF FOREIGN SENTENCES IN BRAZIL: THE RECOGNITION OF FOREIGN LAW AND THE CONFLICT OF JURISDICTION

Marcos Douglas da Silva Lopes¹

Denison Melo de Aguiar²

Resumo: O estudo a seguir tem como objetivo expor como ocorre o processo de homologação de uma sentença proferida por jurisdição estrangeira no Brasil, seu requerimento, suas formas de citação no exterior, a importância da cooperação dos estados internacionais para o andamento do processo, o reconhecimento de um direito adquirido no exterior, além de trabalhar questões como o conflito de jurisdição e aplicação dos estudos em situações práticas já consolidadas por meio da jurisprudência em conformidade com lei, doutrina e os princípios gerais do Direito. O estudo toma como base o emprego dos métodos indutivo, que trabalha baseando-se na experiência já existente, por meio de casos já solucionados. E o método dialético, utilizado quando os fatos devem ser interpretados dentro do contexto social em que estão inseridos, nesse método quando se encontra contradições, elas se transcendem desenvolvendo novas contradições cuja solução deverá ser buscada. Por fim, o resultado obtido por meio deste estudo permite afirmar que, o Brasil pode a depender do caso, homologar sentença proferida por estado internacional, respeitando o direito adquirido e coisa julgada, mas como firmado jurisprudencialmente deverá haver respeito e harmonia em consonância com o direito brasileiro.

Palavras chave: Homologação; Processo; Conflito de jurisdição; Casos; Sentença.

Abstract: The purpose of this study is to explain how the process of homologation of a sentence handed down by a foreign jurisdiction in Brazil, its application, its forms of citation abroad, the importance of the cooperation of the international states for the progress of the process, the recognition of A right acquired abroad, in addition to working on issues such as conflict of jurisdiction and application of studies in practical situations already consolidated through jurisprudence in accordance with law, doctrine and general principles of law. The study is based on the use of inductive methods, which works based on existing experience, through cases already solved. And the dialectical method, used when the facts are to be interpreted within the social context in which they are inserted, in this method when contradictions are found, they transcend themselves by developing new contradictions whose

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Contato: mdsl.dir@uea.edu.br.

² Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gérias (PPGD-UFMG). Clínica de Direito dos animais da Universidade do Estado do Amazonas (YINUAKA-UEA). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9956374214863816> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203> Contato: denisonaguiarx@hotmail.com.

solution should be sought. Finally, the result obtained by means of this study allows to affirm that, Brazil can depend on the case, homologate a sentence pronounced by international state, respecting the acquired right and *res judicata*, but as established in its jurisprudence there must be respect and harmony in consonance With Brazilian law.

Keywords: Homologation; Process; Conflict of jurisdiction; Cases; Verdict.

INTRODUÇÃO

A homologação de sentença estrangeira é uma questão delicada quanto a sua análise, posto que não existe um Direito universal, os sistemas jurídicos ao redor do mundo adotam diferentes formas, isso em resultado das influências econômicas, culturais e sociais de cada nação, o sistema jurídico brasileiro busca sempre que possível preservar os direitos adquiridos por meio do sistema normativo estrangeiro, todavia por respeito a ordem jurídica brasileira nem sempre isso será cabível.

Quanto a competência, quando uma sentença proferida por um magistrado na justiça estrangeira de acordo com as circunstâncias precisar surtir efeitos em âmbito da jurisdição brasileira, a competência para realizar a homologação tornando essa sentença válida no estado brasileiro será do Superior Tribunal de Justiça conforme o texto constitucional em seu artigo 105, II.

Entretanto, em certos casos podem surgir problemáticas, como por exemplo, o que aconteceria se uma cidadão brasileiro se casasse no Brasil e se divorciasse nos Estado Unidos, e logo após, ele(a) voltasse a residir no território brasileiro, por acaso ele(a) teria que requerer a homologação do divórcio pelo STJ ou já seria considerada uma pessoa divorciada? Se uma pessoa se casasse com duas pessoas no Brasil cometendo bigamia, mas um dos casamentos fosse anulado pela lei estrangeira onde a pessoa passou a residir, essa anulação seria reconhecida pelo Brasil por meio de homologação? E se um indivíduo de origem árabe casado com várias mulheres decidisse residir no Brasil? Ele continuaria casado com todas mesmo a lei brasileira proibindo a bigamia? Essas e outras questões serão abordadas nestes artigos.

Neste sentido, o objetivo desta pesquisa foi descrever a homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, na perspectiva do reconhecimento do direito externo e o conflito de competência. Assim sendo, se propõe fazer uma relação entre a competência e reconhecimento de Direito externo no sentido de como essas homologações de sentenças no Brasil, se relacionam com os Direitos de outros países e nações, de maneira que possa se sintetizar as teorias do Direito aplicados à estes casos concretos. Vale salientar que esta pesquisa é muito importante, pois evidencia como o Brasil, através destas homologações se

relaciona com outros modelos de Direito, que não o Pátrio, neste sentido, o Direito brasileiro começa a reconceituar e adaptar em próprio sistema para melhor se relacionar com outras nações.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa. Dessa forma, foi-se coletada informações que se buscou descrever o instituto da homologação de sentença, a partir do ordenamento jurídico Brasileiro, evidenciando as modificações e motivações deste instituto. Logo, a pesquisa qualitativa empregada neste artigo, pôde proporcionar a evidência do perfil destas homologações no Brasil.

As técnicas utilizadas envolvem pesquisa bibliográfica. Inicialmente, foi feito o levantamento bibliográfico de leis que envolvem os temas centrais e adjacentes neste artigo; após, levantamento bibliográfico de livros sobre a temática; por conseguinte, levantamento de artigos científicos e por fim, pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça. Esta pesquisa se centrou, em especial na pesquisa jurisprudencial.

2. UMA DISTINÇÃO SISTEMÁTICA

Nos sistemas jurídicos pelo mundo há os que oferecem reciprocidade em relação a decisões estrangeiras, permitindo que em sua seara jurídica aquela sentença proferida no exterior possa exercer seus efeitos validamente dentro de seu território, e há aqueles sistemas jurídicos que tomando por base inicial a decisão estrangeira realizam uma deliberação para verificar se poderá ser permitido que os efeitos dessa decisão possam se fazer presente em âmbito nacional, o sistema brasileiro se encontra em um estado compatível com o segundo sistema apresentado, o STJ pratica uma deliberação analisando se há elementos do direito nacional que possam impedir a adequação da questão ao âmbito nacional e então a homologação que permitirá que a decisão estrangeira surta efeitos no Brasil.

3. O REQUERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO

Para dar início a ação de homologação deverá o advogado da parte autora peticionar eletronicamente, a petição será direcionada ao presidente do Superior Tribunal de Justiça, a ação requer que sejam pagos os custos processuais do feito. No art. 963 do NCPC se encontram os principais requisitos para se ajuizar uma ação de homologação, por exemplo, não ofender a coisa julgada brasileira, e não conter manifesta ofensa a ordem pública.

O STJ poderá realizar expedição de carta rogatória para citação do requerido, caso este se encontre morando fora do Brasil, mas se a parte passiva encontrar-se residindo no país, então proceder-se-á a citação por carta de ordem para que possa ofertar manifestação no processo.

Caso seja necessária a citação por carta rogatória, esta deverá ser traduzida por um tradutor juramentado em uma junta comercial, no art. 260 NCPC encontram-se os requisitos para carta rogatória.

NCPC. Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz;

Além desses requisitos também são analisados acordos internacionais em que o Brasil faça parte. Via de regra a carta rogatória não produz custos em relação a sua expedição, entretanto no país estrangeiro a citação poderá gerar uma determinada taxa, por essa razão o autor da ação no Brasil deverá indicar alguém de seu conhecimento que resida no país de destino da carta, para que assuma a responsabilidade do pagamento.

Nos casos em que o autor for hipossuficiente e por esta razão acabar beneficiado pela justiça gratuita, a coordenadoria da corte especial poderá arcar com a tradução da carta. Após realizadas as traduções necessárias deverão ser entregues até três cópias a Coordenadoria da Corte Especial, então ela é encaminhada para o Ministério da Justiça para ser enviada ao país destinatário. Após ser cumprida no país estrangeiro o Ministério da Justiça devolverá essa carta ao STJ. Depois de recebida, o ministro presidente emitirá um despacho para que seja feita intimação da parte autora para que esta assuma a responsabilidade pela tradução das informações registradas em relação a intimação e se ocorreu seu devido cumprimento.

4. A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO ENTRE ESTADOS PARA EXPANSÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Há muito tempo o homem deixou de ser sedentário e tornou-se nômade, a partir dessa mudança migrando de território para território, depois estado por estado, o desenvolvimento social, político e econômico passaram a impor cada vez mais normas que regulassem essa transação territorial (RAMOS, 2015, p.424.).

Essa nova realidade colaborou para o desenvolvimento de órgãos que ajudam os países a se conectarem de forma que possa haver uma amplitude nas relações jurídicas. Essa

expansão jurídica permite que pessoas que vivem sob distintas jurisdições realizem contratos ou outros meios que promovam uma relação jurídica. Entretanto, quando houver necessidade da prática de um relevante ato processual, nessa forma de relação jurídica a prática e cumprimento do ato acaba por se tornar mais complexa e onerosa, ainda mais quando uma das partes não deseja cumprir.

Surge para elucidar questões como essa, a colaboração entre os estados, por meio desta cooperação internacional será possível o cumprimento efetivo de sentenças proferidas no exterior e cumprimento de sentenças nacionais no país estrangeiro, além disso, as provas também são um outro elemento que com a colaboração internacional pode se tornar mais facilmente solucionada nos casos em que o Brasil precise coletar uma prova que se encontre em outro país, ou o país estrangeiro necessitar de uma prova que se encontra no Brasil. A justiça torna-se melhor administrada com a cooperação internacional e os estudos para melhorias das relações internacionais, promovendo segurança jurídica e maior efetividade da tutela jurisdicional do estado (MACHADO, 2007, p.02.).

5. HOMOLOGAÇÃO UMA QUESTÃO DE RECONHECIMENTO

Antes de adentrar no mérito do mundo prático da homologação de sentença estrangeira, cabe ressaltar mais detalhes necessários ao pelo entendimento. O reconhecimento da sentença proferida no exterior é o foco central quando se fala em homologação de sentença estrangeira no Brasil, pois quando uma sentença é proferida seja no Brasil ou no exterior a intenção é que esta possa surtir efeitos dentro de seu âmbito jurisdicional, caso isso não seja possível porque o alvo daquele ato jurídico está em outra jurisdição, nada pode ser feito sem que haja o reconhecimento do ato por ela.

Muitos ordenamentos jurídicos permitem que haja o reconhecimento de uma sentença proferida em país estrangeiro, desde que esta não desrespeite a ordem jurídica, os bons costumes ou a ordem pública do país que realizará a homologação. Desta forma, os estados colaboram para que haja um relacionamento internacional harmônico entre si.

Apesar de muitos países ligados ao direito positivo praticarem a homologação cada uma a sua maneira, nem sempre os estados aceitam decisões judiciais tomadas em outros países em toda a sua plenitude, como explica Rodrigues Machado (2007, p.10.) Na Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca não ocorre o reconhecimento das decisões judiciais de jurisdições estrangeiras, não há como realizar a execução da sentença já que esta fica obstada.

Um intrigante exemplo é o Reino Unido, o país tal como os anteriormente citados não homologa sentenças estrangeiras, todavia uma diferença crucial é que o Reino Unido toma a sentença estrangeira como um fundamento válido para ser utilizado na instauração de uma nova ação que será regida sob as leis da sua jurisdição

Algo que se aproxima do exemplo acima é o que ocorre na França, nesse país diferentes dos anteriores, ele não descarta a sentença estrangeira, entretanto ela sofre uma desvalorização, pois ela passar por uma análise e revisão, ao final é proferida uma nova sentença que substitui a original.

O Brasil não descarta ou desvaloriza a sentença proferida no exterior desde que não viole os requisitos previstos na lei brasileira, em especial a ordem pública, que é representada pelo conjunto de normas essenciais à convivência nacional, conforme entendimento firmado por Maria Helena Diniz (1999, p.366).

A finalidade maior da homologação de justiça estrangeira no Brasil é tornar efetivo aquilo que é compreendido com justo e certo, ou seja, a melhor forma de justiça, tudo de forma que a soberania nacional não seja mitigada e de forma subordinada ao poder judiciário.

No Brasil ocorre uma limitação durante a homologação da sentença alienígena, enquanto outros estados optam por não reconhecer a sentença estrangeira, e quando reconhecem a desfiguram com novas deliberações adentrando em questão de mérito, no Brasil visando uma boa convivência internacional com outros estados soberanos, ao ser examinado pelo STJ um pedido de homologação de sentença estrangeira o tribunal superior não analisa a questão de mérito, ele apenas analisa se a sentença não compreende algo que viole os preceitos do direito nacional, “LINDB.Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Portanto, entende-se que a análise do juízo nacional é limitada apenas a observação da autenticidade dos documentos e cumprimentos dos requisitos estabelecidos na resolução nº 9 do STJ, além do disposto no Art.17 da LINDB.

6. HOMOLOGAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Para expor a aplicação prática exemplificando como pode ocorrer a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça de uma sentença proferida no exterior será utilizada uma Sentença Estrangeira Contestada no STJ, a SEC nº 7.804 - US (2014/0213753-6) que foi

interposta ao STJ em 2014, mas cujo julgamento final ocorreu em 2015 tendo como ministro relator Humberto Martins.

No caso apreciado o matrimônio foi contraído no Rio de Janeiro, mas o divórcio foi nos Estados Unidos com sentença proferida pela corte de Nova Jérsei, ocorreu uma sentença estrangeira de divórcio consensual, a homologação brasileira foi requerida por um dos cônjuges cujas informações pessoais não foram reveladas pelo superior tribunal, a princípio tentou-se proceder a citação da outra parte por meio de carta rogatória empreendendo todos os procedimentos detalhadamente explicados anteriormente, entretanto restou-se infrutífera a tentativa de citação.

Em determinado momento a Defensoria Pública da União que se manifestou no processo como curador especial da parte requerida alegando preliminar de nulidade, quando em seguimento a nova tentativa se procedeu a citação por edital, esse argumento era fundado no pressuposto de que, não obstante tenha havido carta rogatória, a requerente poderia empregar maior esforço para localização da outra parte, como por exemplo contato via redes sociais. O argumento não foi acolhido uma vez que, ficou devidamente comprovada a tentativa de citação obedecendo a todos os procedimentos, e ainda assim o resultado foi infeliz, o que autorizou a citação via edital. O STJ firmou entendimento jurisprudencial que nega preliminar de nulidade quando fica claro que houve todas as tentativas formais de citar a parte requerida.

O Ministério Público Federal em consonância com o pedido da autora, se manifestou no sentido de pedir o deferimento da homologação tendo em vista o cumprimento dos requisitos legais para citação do requerido. O ministro Humberto Martins relator do caso em questão registrou em seu voto que a citação por edital procedeu de maneira correta e lícita uma vez que, não se sabia o paradeiro do requerido, além disso, em relação aos argumentos do Ministério Público de que a autora poderia citá-lo via internet ou redes sociais, o casal não tinha filhos nem patrimônio em comum, e antes do divórcio permaneceram dezoito meses separados, a autora ainda tentou citar a outra parte por noventa dias, portanto os esforços empregados já se mostraram suficientemente onerosos permitindo que se procedesse a citação via edital. Por fim, o ministro reconhece a competência do tribunal internacional que proferiu a sentença de divórcio que, já havia transitado em julgado conforme expresso na tradução juramentada que acompanhou a peça, logo ela encontrava-se em harmonia com a resolução do STJ nº 9/2005, assim como nos artigos 15 e 16 da LINDB, o ministro encerra deferindo o pedido de homologação. A corte especial do Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido por unanimidade.

No caso apresentado caso a parte autora de alguma forma conseguisse realizar a citação do requerido e ele não se manifestasse no processo, este poderia sofrer os efeitos da decretação de revelia, mas nesse caso a parte requerida não teve como receber a citação, não obstante tenham sido empregados todos os meios legais para o ato por três meses, como isso não poderia obstar ou prolarar ainda mais o processo o STJ reconheceu a validade do direito adquirido pela parte requerente, o que resultou no deferimento do pedido.

7. CASO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO E CONFLITO DAS JURISDIÇÕES

Nem todos os casos que apresentem pedido de homologação de sentença estrangeira terá um final feliz para o autor como ocorreu no caso anterior. Uma questão já conhecida é quando uma sentença brasileira é ratificada ou refeita no todo ou em parte pelo juízo estrangeiro, mas qual o posicionamento brasileiro em relação a essa mitigação exterior de sua soberania? É o que se cumpre analisar no caso jurisprudencial a seguir.

A Sentença contestada nº 1303 JP 2006_0008671-0, que teve como relator o ministro Fernando Gonçalves apresenta um caso de bigamia. A princípio a bigamia se caracteriza quando uma pessoa realiza o ato de casar-se com outra pessoa sem ter se divorciado do casamento anterior, a bigamia é um crime tipificado expressamente no Art. 235 do Código Penal, que determina que: “Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena - reclusão, de dois a seis anos”.

Pelo que se pode resumir do caso, o requerente casou-se com a requerida Della Karla Barrozo Honnibeny em 25 de julho de 1992 na cidade de Piracicaba- Estado de São Paulo, após o casamento as partes resolveram residir no Japão. Depois de alguns meses a requerida veio a admitir que já havia se casado antes com outra pessoa e com o nome de Dora Barrozo, esse casamento havia sido realizado na cidade de Eduardo Gomes Rio Grande do Norte tendo como noivo Masahiko Hara com quem teve três filhos.

Após os fatos mencionados, foi ajuizada ação para anulação do casamento com participação dos contraentes em todos os atos do processo, o Tribunal de Família de Ôtsu homologou acordo reconhecendo a nulidade do segundo casamento, portanto este seria inválido. Entretanto, como o casamento foi realizado no Brasil, um país do exterior seria incompetente para decretar nulo tal feito, foi exatamente essa uma das alegações da Procuradoria-Geral da República, pois reconhecer essa decisão internacional seria uma violação à lei de introdução as normas do Direito Brasileiro, nos termos de:

“LINDB.Art.7º,§1º: Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração”.

É fato que a bigamia representa motivo para nulidade do matrimônio contraído, ainda que a legislação japonesa apresente esse mesmo entendimento, a ação deveria ter sido proposta no estado brasileiro, já que o casamento originalmente foi oficializado sob a luz da lei brasileira, por ela deveria ser invalidado em razão da nulidade.

Não é cabível um juízo estrangeiro ainda que voltado ao direito de família adentrar no mérito de ato jurídico oficializado no Brasil, menos ainda, anular os efeitos desse ato baseando-se na lei estrangeira, já que o ato foi praticado fundado na lei brasileira, isso se torna incoerente ainda pelo fato de um dos cônjuges ser brasileiro.

O ministro Teori Zavascki em seu voto invocou o Art.7º,§1º da Lei de Introdução ao Código Civil, ele afirmou que essa norma não trata de competência internacional para julgar a causa, o que significa dizer que a lei brasileira não seria a única competente para julgar o caso, mas a indicada para isso, o ministro decide pelo indeferimento do pedido de homologação acompanhando o voto do relator, Zavascki vota pelo indeferimento não porque a lei brasileira fosse a competente, mas por ter sido aplicada anulação da lei japonesa e não da brasileira.

Em observação ao voto do ministro Teori Zavascki, com vênica cabe aqui afirmar que, embora o ministro tenha feito uma apropriada afirmação, de que se deveria aplicar a lei brasileira porque essa regeu o matrimônio em sua origem é de fato discutível quanto ao ponto relativo a competência, pois segundo o ministro Zavascki o caso em si não trataria de uma questão de competência, entretanto, pode-se discordar parcialmente com o ministro, pois conforme expresso no Código de Processo Civil, Título II, Capítulo I, que trata sobre os limites da jurisdição nacional verifica-se: “Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”.

O caso analisado não trata exclusivamente a respeito de qual lei deve ser aplicada, mas também, se um estado internacional poderia modificar o ato praticado por outro estado soberano, com base nisso verifica-se uma questão de competência.

Tratando-se de competência para dissolução de casamento brasileiro, o Brasil pelo entendimento firmado na lei e pela jurisprudência é o único competente para prática de tal ato jurídico. Entretanto, o caso apresentado trouxe uma questão problemática ao STJ, quando se tentou primeiramente o desfazer do matrimônio por meio de lei estrangeira em detrimento da brasileira. Um resultado distinto e mais célere poderia ter sido gerado com a adoção de duas

alternativas, a primeira seria buscar a anulação do segundo casamento no Brasil, como a lei brasileira regeu a celebração do matrimônio a princípio ela poderia declara-lo nulo sem tanta onerosidade como ocorreu no caso. A segunda alternativa poderia ser pleitear anulação do casamento no Brasil e no Japão, como no Brasil não se reconhece a ocorrência de litispendência internacional poderia haver a anulação do casamento no Brasil e no Japão, sem que fosse necessário adentrar numa concorrência jurisdicional, pois cada país teria anulado individualmente perante sua jurisdição, resultando em um reconhecimento individual.

Assim, se determina que:

Art.24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira reconheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Todavia, com isso uma gama de outras possibilidades poderia surgir, como a anulação brasileira ser homologada do Japão, o Japão por suas razões não homologar requerendo que se iniciasse o processo de anulação sob sua lei, entre outras possibilidades jurídicas que resultariam sempre em um processo de maior onerosidade, o que poderia não vir a acontecer caso fosse praticada a primeira alternativa.

Porém, ao optar pela jurisdição brasileira para anular o casamento pautando-se nas razões apresentadas e dependendo dos fatos que não foram narrados no caso, outras problemáticas surgiriam, como por exemplo, a falsidade ideológica praticada, uma vez que, a mulher casou duas vezes com nomes e maridos distintos, isso ainda ensejaria mais um crime, a bigamia, todavia existiria a possibilidade disso não vir a ser apreciado, pois o processo perderia sua direção adentrando no mérito de elementos fora da sua finalidade.

8. HOMOLOGAÇÃO DE CASAMENTO ÁRABE NO BRASIL *VERSUS* CULTURA MONOGÂMICA BRASILEIRA

O tópico “homologação de casamento árabe no brasil” não é considerado um problema em si, a não ser quando, adentrando-se na questão verificar-se que se trata de um cidadão de origem árabe casado com várias mulheres. Na jurisprudência brasileira não se encontra informações de casos que tenham ocorridos na prática, mas o que aconteceria se um indivíduo árabe casado com mais de uma mulher tentasse requerer a homologação dos seus casamentos

junto a suas esposas no STJ? A resposta para essa questão pode ser preliminarmente que, ele não conseguiria, já que o Brasil não permite a bigamia. Entretanto, não se trata apenas da lei, mas outros elementos devem ser entendidos para se compreender em plenitude a razão da bigamia ser criminalizada no Brasil e em outros países, por isso, antes de adentrar no mérito da questão é cabível fazer algumas ponderações acerca do tema.

A monogamia é entendida como o relacionamento de um único indivíduo com outro, seja do mesmo sexo ou sexo apostado, durante a vida ou determinados períodos ao longo dela. Engana-se quem pensa que só existe uma forma de monogamia, pois ela pode ser civil, social e sexual, há quem alegue a existência de uma monogamia genética, entretanto estudiosos entendem que esta estaria internamente presente na monogamia sexual.

A monogamia civil é a que comumente se fala, ela traz a ideia de que o casamento deve ser entre duas pessoas, sem um terceiro envolvido no relacionamento. Essa forma de monogamia é a invocada quando se verifica o crime de bigamia, se a monogamia é o preceito que estabelece que o casamento é vínculo matrimonial somente entre dois sujeitos, a bigamia que seria um casamento com alguém que já é casado violaria esse vínculo, pois o indivíduo casado estaria trazendo um terceiro à relação preventiva.

A monogamia social trata-se de dois sujeitos que vivem juntos e se ajudam na subsistência, simplesmente dois indivíduos unem-se formando um casal. Essa forma de monogamia é vista quando namorados decidem morar juntos ou contraem união estável.

A monogamia sexual é quando dois indivíduos são parceiros sexuais exclusivos um do outro, cabe salientar que, nessa forma de monogamia caso um dos parceiros encontre um terceiro como parceiro sexual traindo o parceiro anterior, pela lei brasileira não será crime, é o que ocorre em casos de traição, o cônjuge encontra um parceiro fora do casamento com quem passa a se relacionar, mas quando é descoberto via de regra não incorreu em crime algum. É nessa forma de monogamia que se inclui a chamada monogamia genética, ela ocorre por exemplo, quando o filho do casal apresenta o DNA apenas dos dois membros daquele casal, todavia quando ocorre uma infidelidade e o filho é criado pelo casal, mas apresenta o DNA de um deles e de um terceiro, isso já poderia ser considerado como uma bigamia genética.

A monogamia pode se tornar algo ainda mais detalhada, a monogamia social também chamada pelos antropólogos como marital pode-se classificar em algumas categorias, como:

- a) Casamento único: Aquele que ocorre uma vez para toda a vida;
- b) Casamento com uma pessoa de cada vez: Quando uma pessoa se divorcia para então contrair um novo casamento com outro parceiro, é crucial o elemento do divórcio, do contrário mesmo que os indivíduos

estejam separados será considerado bigamia, como visto no caso abordado anteriormente;

c) Monogamia em série: Ocorre quando após a morte de um dos cônjuges, o cônjuge sobrevivente contrai novo casamento.

Pode-se entender que os dois últimos estão intimamente ligados ao ponto de serem considerados muitas vezes como um só.

Em países como a Arábia Saudita um homem pode casar com quantas mulheres quiser, desde que possa sustentar todas elas. Já em outros como Estados Unidos e Brasil proíbem a relação matrimonial que vá além da monogamia. Alguns indivíduos tentam se aproveitar sempre que surge alguma lacuna na lei como ocorreu em um caso quando o tabelionato de Tupã (São Paulo) lavrou escritura de união estável após a declaração de um homem e duas mulheres, como a bigamia que configura crime se aplica a cônjuges no casamento o tabelionato aceitou realizar essa união por entender que a união estável não seria contemplada pela lei, mas é claro que essa união poderia ser invalidada.

Por fim, quanto ao árabe casado com mais de uma mulher e residindo no território nacional, pode-se entender que, como no Brasil adota-se a monogamia, o reconhecimento do casamento com mais de uma mulher não seria possível, uma vez que, seria um atentado a segurança jurídica e os preceitos firmados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo em países que aceitam a bigamia e poligamia relacionamentos oficializados tem se tornado cada vez menos frequente, pode-se dizer que esses países têm aos poucos caminhado para monogamia. Percebe-se que, pelo estudo até aqui exposto, um homem casado com duas ou mais mulheres não conseguiria reconhecimento legal para essa união, então a única alternativa cabível seria requerer a homologação da união matrimonial com somente uma mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se com base nos estudos trabalhados que, a homologação de sentença estrangeira no Brasil é um procedimento com grau de onerosidade elevado. Neste, não se trata de um procedimento simples, especialmente, quando se trata de decisões firmadas por jurisdições que adotam preceitos jurídicos distintos do brasileiro. O que colabora em certos casos para o indeferimento do pedido de homologação.

Posto deste modo, o que pode ser considerado uma decisão justa ou correta em determinada jurisdição internacional, pode ao mesmo tempo ser considerada atentatória a

jurisdição brasileira. Entretanto, é importante salientar que quando possível o direito brasileiro buscará por meio de atuação interpretativa e integrativa preservar o direito adquirido e a coisa julgada.

Casos que possam ser interpretados em consonância com as normas jurídicas nacionais como no exemplo do primeiro caso podem ser considerados procedentes, porém reiterando o entendimento anterior, se a decisão do estado estrangeiro viola de alguma forma os preceitos estabelecidos pela lei, jurisprudência e outros elementos jurídicos do direito brasileiro, esta não será homologada, cabendo assim seu indeferimento.

E, decorrência de que os sistemas jurídicos ao redor do mundo adotam diferentes forma, há de se considerar outros fatores que podem influir nas decisões de homologação ou não das sentenças estrangeiras, considerando as relações dos países envolvidos no caso concreto com o Brasil. Estes fatores podem ser econômicos, culturais e sociais de acordo com cada nação, onde o sistema jurídico brasileiro, deve procurar preservar os direitos historicamente constituídos no ordenamento jurídico Brasileiro, em relação aos direitos nas mesmas condições, por meio do sistema normativo estrangeiro. Portanto, há de se pensar sobre a viabilidade e no que se diz respeito a ordem jurídica brasileira.

Por isso, há de se usar parâmetros claros a partir do ordenamento jurídico brasileiro, em relação aos sistemas jurídicos estrangeiro, num processo de adaptação e resiliência, sem que haja violação dos Direitos protegidos no Brasil. Um dos parâmetros que podem ser utilizados é a competência, insculpido no ordenamento, de acordo com o STJ, conforme o artigo 105, II, da Constituição.

No caso destacado sobre o cidadão brasileiro se casasse no Brasil e se divorciasse nos Estado Unidos, dentro do contexto de que voltasse a residir no território brasileiro. Ao se questionar, se este(a) teria que requerer a homologação do divórcio pelo STJ ou já seria considerada uma pessoa divorciada; se uma pessoa se casasse com duas pessoas no Brasil cometendo bigamia, mas um dos casamentos fosse anulado pela lei estrangeira onde a pessoa passou a residir, essa anulação seria reconhecida pelo Brasil por meio de homologação; e se um indivíduo de origem árabe casado com várias mulheres decidisse residir no Brasil; ele continuaria casado com todas mesmo a lei brasileira proibindo a bigamia. A resposta a todas estas indagações seria seguir o ordenamento jurídico brasileiro, como parâmetro de resolução de possíveis conflitos aparentes ou não entre os sistemas jurídicos diversos.

Destaca-se a o fator cultural deve ser respeitado, vale-se de que nas relações culturais entre o Brasil e outros países, há uma relação de que são sistemas diferentes e não de que estes sistemas são uma melhor do o outro, ou de que possa ter um sistema mais civilizado que

outro. O sentido relacional está em se apreender que estes sistemas devem ser respeitados, mas que em suas relações pode-se ter em co-criação, no entanto, na prática ocorre o indeferimento de casamento que não sejam do modelo brasileiro.

Neste sentido, o casamento deveria ser o resultado da manifestação de vontade igual entre dois ou mais nubentes, de acordo com a vontade os envolvidos, no entanto, em outras culturais estes são feitos de mais diversas maneiras, por exemplo, casamentos “arranjados”. No Brasil, só haverá esta homologação caso, esteja de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, noutros termos, dos valores e bons costumes do Brasil, baseados no machismo e conservadorismo latino-americano e que não haja ofensa à soberania nacional. Neste diapasão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina algumas exigências para o cumprimento e reconhecimento dos matrimônios realizados no exterior, no Brasil.

Há, sem sombra de dúvidas, uma invasão do Estado na vida privada. Não cabe ao Estado a determinar como as famílias serão constituídas, ao mesmo tempo, que fazer esta tarefa legal do ordenamento jurídico não seja fácil, em especial, quando se trata de diversos questionamentos sobre a temática, onde o legislador brasileiro, doutrinadores e juristas deverão saná-las, a fim de aplicar maior justiça aos casos em concreto. É neste momento que as relações podem ou não ser frutíferas, fato é que, o STJ decide em não homologar casamento poligâmico, por exemplo, como uma tendência valorativa da aplicação da lei.

Portanto, tanto a legislação brasileira como o STJ, podem estar ocasionando certa injustiça aos estrangeiros que venham a residir no país. Não há de se citar somente em casamentos “arranjados”, mas em casamentos que tenham a volição e a vontade dos envolvidos sem vício de consentimentos ou de quaisquer outras naturezas, mas que sejam, matrimônios culturalmente constituídos, neste sim, há violação de direitos de constituir família, que não no padrão monogâmico brasileiro. Sendo que, se não for no modelo brasileiro, não se admite de forma regular, sem essa imposição cultural brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 28 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. SP:Saraiva, 1999, 5ªed.,p.366.

MACHADO, Maria Olivia. **Do Cabimento de Recurso Extraordinário frente à homologação de sentença estrangeira**. Tese de mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais. Universidade Católica de São Paulo,2007.

NORONHA, Isabela Motta. **Poligamia dá cadeia?** Artigo disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/poligamia-da-cadeia/>> Acesso em: 29 abr. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo**. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 3, Nº5; Marzo 2015; pp.423-446. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-do-direito-internacional-privado-e-consagra%C3%A7%C3%A3o-do-conflitualismo>> Acesso em: 25 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Homologação de sentença estrangeira**. Informativo Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Advogado/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Vitrine/Cartas-Rogat%C3%B3rias-e-Senten%C3%A7as-Estrangeiras> Acesso em: 27 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença Contestada nº 1303-JP (2006/0008671-0)**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/802653/sentenca-estrangeira-contestada-sec-1303-jp-2006-0008671-0/inteiro-teor-13804646>> . Acesso em: 23 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença Contestada nº 7.804 - US (2014/0213753-6)**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191268104/sentenca-estrangeira-contestada-sec-7804-ex-2014-0213753-6>> Acesso em: 22 abr.2019.

O TRATAMENTO DA HANSENÍASE NO BRASIL E O RACISMO AMBIENTAL

THE TREATMENT OF LEPROSY IN BRAZIL AND ENVIRONMENTAL RACISM.

Karen Rosendo de Almeida Leite¹

Resumo

O presente artigo faz relação entre as políticas públicas brasileiras de isolamento espacial, social e ambiental dos portadores de hanseníase, com os conceitos de racismo ambiental e institucional. A pesquisa aborda a política sanitária brasileira a partir de 1920 que importou no isolamento em colônias agrícolas dos portadores da doença mencionada e sobre os impactos dessa política na injusta distribuição do espaço urbano e do acesso dessa população ao direito à cidade, bem como relaciona a construção do espaço urbano com os interesses hegemônicos da lógica de produção capitalista. A metodologia utilizada foi revisão bibliográfica. A pesquisa aponta a necessidade de uma maior discussão sobre a construção do espaço urbano bem como uma maior democratização na elaboração e aplicação das políticas públicas de ocupação do solo.

Palavras-chave: Hanseníase. Racismo Ambiental. Justiça Espacial.

Abstract

Firstly, the research approaches themes of spatial, social and environmental debate of leprosy patients, the concepts of environmental and institutional racism. The research addresses a Brazilian health policy from 1920 that is not part of the agricultural colonies of the disease carriers and about the impacts of politics on social injustice. Distribution of urban space and access of this population to the right to the city, as well as relates the construction of the urban space with the hegemonic interests of the logic of capitalist production. An issue has been reviewed bibliographically. The research points out a great discussion about the construction of urban space as a great democratization in the elaboration and application of public policies of land occupation.

Keywords: Leprosy. Environmental Racism. Space Justice.

¹ Doutoranda em Direito e Justiça pela UFMG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA. Procuradora de Meio Ambiente do IPAAM. Professora Universitária. Karen_leite@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O artigo pretende explorar um tema pouco abordado e discutido no Brasil, que é o racismo ambiental. O recorte temático escolhido é o dos portadores de mal de Hansen, isolados por meio de políticas públicas sanitárias, especialmente a partir da década de 1940.

O exílio imposto pelo Estado Brasileiro aos portadores de hanseníase, em especial através de políticas públicas a partir da década de 40, que se tratava basicamente de isolar os doentes em colônias afastadas dos centros urbanos e das respectivas famílias, lhes tirava a identidade, uma vez que deixavam de ser conhecidas por seus nomes de batismo e passavam a ser identificadas por números, em tratamento similar aos recebidos nos campos de concentração da 2ª guerra mundial.

Da mesma forma, o tratamento brutal e preconceituoso por parte do próprio Estado e da sociedade gerou o início de uma nova ordem social na qual experimentaram sofrimentos de toda sorte, bem como, desrespeito aos direitos humanos básicos previstos na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e vários outros direitos previstos nas legislações vigentes à época.

Um indivíduo portador de hanseníase sofre as representações sobre a doença que, permanece no ilusório popular desde a antiguidade, tais como, as ligadas à “doença que faz cair partes do corpo”.

Como não havia nenhum tipo de tratamento até meados do século XX, as mutilações eram muito comuns, e devido ao horror que as pessoas mutiladas causavam, estas eram isoladas do convívio social.

Muitas representações geraram um conceito sobre a hanseníase, vista como castigo divino, e o doente era considerado uma pessoa suja, contaminada, mutilada, que causava medo e deveria ser evitada (BAIALARD, K.S, 2007).

O presente artigo faz relação entre as políticas públicas brasileiras de isolamento espacial dos portadores de hanseníase com os conceitos de racismo ambiental.

O conceito de racismo ambiental nasceu nos Estados Unidos na década de 1980 relaciona-se à exposição desproporcional de grupos raciais a problemas ambientais. Sua evolução se amplia para abarcar o menor acesso desses grupos ao meio ambiente e recursos ambientais. Assim a noção de ambiente é ampliada para incluir acesso a bens e recursos ambientais, como a terra, a água, energia e espaços verdes e incorporar aspectos de mobilidade e desenho urbano (SOUZA, 2015, p-13).

O racismo institucional, por sua vez, diz respeito a políticas públicas que produzem discriminação e distribuição desigual para membros da sociedade de ônus, de forma intencional

ou não, bem como os argumentos que justificariam esse tratamento desigual e sua possível justificação, mediante a ponderação entre os direitos fundamentais de um grupo específico, perante o restante da sociedade, como se dá no caso do isolamento dos portadores de hanseníase.

É importante perceber a dimensão social das políticas públicas sanitárias de isolamento de doentes que sempre afetam e prejudicam os grupos mais vulneráveis, como os portadores do mal de Hansen.

1. A HANSENÍASE E AS POLÍTICAS DE ISOLAMENTO

A hanseníase é uma doença infectocontagiosa de evolução crônica que se manifesta principalmente por lesões cutâneas, com diminuição de sensibilidade térmica, de forma dolorosa e tátil. Tais Manifestações são resultantes da ação do *Mycobacterium leprae* (M. leprae), agente causador da doença de Hansen, em acometer células cutâneas e nervosas periféricas. Durante os surtos reacionais, vários órgãos podem ser acometidos, tais como: olhos, rins, suprarrenais, testículos, fígados e baço. Podem ocorrer deformidades e incapacidades de olhos mãos e pés com a evolução da doença (MEDINA, 2004, p-103).

Alguns eventos no cenário mundial são importantes para contar a história da hanseníase e evidenciar as razões pelas quais esta, vai ganhando contornos e rumos diversos.

Em 1894, na Noruega, o médico Gerhard Armauer Hansen define o agente etiológico da doença. A primeira conferência internacional sobre a lepra, realizada em 1897, em Berlim, é outro evento que merece ser mencionado e que influenciou fortemente as práticas e o tratamento da “lepra” e/ou hanseníase (PANDYA, 2003, p-89).

O movimento sanitário da década de 1910, não tinha, inicialmente, colocado a lepra como um problema nacional, contudo, com os dados alarmantes do crescimento da doença nos estados, a partir da década de 1920 a lepra passa a exigir uma política específica para o seu combate (CABRAL, 2013, p-85).

Durante vários séculos, os indivíduos foram abandonados, vivendo em um ambiente com total privação de suas necessidades básicas o que acabaria por leva-los à morte. Quando internados nos hospitais-colônias, perdiam o contato com o mundo externo, recebendo somente a visita do médico uma vez por ano (GARCIA, 2001, p-209).

A mácula e o preconceito, associados à doença ameaçadora e fatal do passado, permanecem no imaginário da sociedade remetendo os indivíduos ao tabu da morte e

mutilações, acarretando grande sofrimento psíquico aos portadores com sérias repercussões na vida pessoal e profissional.

1.1 AS POLÍTICAS BRASILEIRAS NO COMBATE AO MAL DE HANSEN E O ISOLAMENTO ESPACIAL

Atualmente a humanidade vem vivenciando transformações que proporcionam a internalização e compreensão dos erros, permitido corrigir a história. A chamada política de combate à hanseníase, que perdurou durante muitos anos em nosso país, não se resumiu àquelas pessoas que foram isoladas nos leprosários.

O início do século XX é marcado pela estruturação de uma política nacional de saúde pública com a criação do departamento nacional de saúde em 1920, sob a direção de Carlos Chagas. Em 1923 é publicado o Decreto 16.300, que aprovou o regulamento do departamento nacional de saúde e adotou, entre outras importante medidas, normas relativas à profilaxia especial da lepra. Este Decreto estabeleceu de modo geral e compulsório a internação em colônias agrícolas, sanatórios, hospitais e asilos de toda e qualquer pessoa diagnosticada com a doença, o caráter compulsório da medida importava na sua execução a despeito da vontade do doente, adulto ou criança (LAGES, 2011, p-28).

A segregação em colônias agrícola importava em um apartamento definitivo do doente do convívio familiar e social. Abrangendo homens, mulheres, crianças e idosos, a medida era adotada independentemente de qualquer aspecto relevante da vida do doente, importando em uma rígida restrição ao contato com parentes, impedindo a manutenção dos laços familiares, assim como o exercício do trabalho ou profissão (LAGES, 2011, p-29).

Ao analisar a proporcionalidade da separação entre pais e filhos sadios, não era imprescindível no eventual contágio, já que havia outros meios menos radicais e severos dessa separação, abalando a base familiar das pessoas envolvidas, comprometendo seu bem-estar e seu psicológico emocional.

Assim sendo não houve um equilíbrio entre as medidas sanitárias restritivas adotadas em conjunto com o pretendido resultado que visava alcança, e a impetuosidade a vários direitos fundamentais e humanos. As institucionalizações de políticas sanitárias de combate à

hanseníase possibilitaram verificar como a mesma foi concebida no interior da burocracia estatal, com uma finalidade muito simples: a erradicação da doença.

Por outro lado, na perspectiva atual, o grande erro da política adotada ao longo do século passado e que atingiu milhares de brasileiros, foi o de não considerar seus destinatários como sujeitos de direitos fundamentais, mas, apenas como instrumento de uma política baseada no interesse público (LAGES, 2011, p -32).

Em 1941, foi publicado em 02 de abril o Decreto n. 3.171, que reorganizou o departamento nacional de saúde criando o departamento nacional da lepra. O referido decreto editado com fundamento no artigo 180 da Constituição Brasileira de 1937, e que atribuía ao presidente da república poder de legislar sobre todas as matérias de competência da união, promoveu uma centralidade das atribuições administrativas em matéria de saúde no âmbito federal (CAVALIERI E COSTA, 2011, p -3).

No governo Vargas (1930-1945), sob a reclusão compulsória, os doentes eram tratados com medicamento fitoterápico. A partir de 1945, com o progresso da indústria químico-farmacêutica, dissemina-se o uso da sulfona e alguns pacientes terão alta médica. Em 1959, com a adoção desse medicamento pela "Campanha Nacional Contra a Lepra", extinguiu-se a internação em "leprosários". Somente em 1962, entretanto, pela aprovação do Decreto nº 968, de 7 de maio, o isolamento é oficialmente extinto (CAVALIERI E COSTA, 2011, p -4).

Uma política sanitária desumana se consolida com premissas do estado totalitário, que edita o decreto lei sob o n. 610/1949, um ano depois do início da declaração universal de direitos humanos, determinando a mais dura pena ao convívio familiar: a separação compulsória aos filhos de hansenianos, ignorando por completo os tratados internacionais violando os direitos humanos e à dignidade humana.

O disposto no decreto lei, acima mencionado, no que se refere aos filhos de portadores de hanseníase em seus artigos:

“Art. 15. Todo recém-nascido, filho de doente de lepra, será compulsória e imediatamente afastado da convivência dos pais. ”

“Art. 16. Os filhos de pais leprosos e todos os menores que convivam com leprosos serão assistidos em meio familiar adequado ou em preventório especial. ”

Apesar disso, muitos doentes permaneceram internados e isolados. Esta política de internação compulsória só acabou de fato em 1986, quando foi recomendada a transformação de alguns "leprosários" em hospitais gerais.

Na década de 1970, a Organização Mundial da Saúde-OMS recomendou o emprego da poliquimioterapia (PQT), e desde o início dos anos 1980, a doença vem sendo tratada em regime ambulatorial. Apesar de o tratamento dispensar a internação, algumas ex-colônias mantêm ainda moradores denominados "internos" até hoje (CAVALIERI E COSTA, 2011, p-3-4).

Isolamento espacial ou físico é a ausência de contatos ocasionada por fatores segregadores de caráter geofísico, esses fatores e a distância entre as comunidades funcionam como isolantes, quando os meios de comunicação e os transportes de que dispõe a comunidade são rudimentares (LAKATOS, 2006, p -11).

Isolamento espacial foi exatamente a situação imposta pelas políticas públicas brasileiras aplicadas aos portadores de mal de Hansen, isolando essas populações em colônias distantes dos centros urbanos e sem acesso a serviços públicos básicos e de qualidade.

Insta mencionar que tais políticas públicas eram apoiadas por grande parte da população à época, que era favorável a instalação desses verdadeiros guetos com escopo de higienização social, já que a mácula dos portadores da doença não era algo desejável ao convívio dos não portadores.

2. RACISMO AMBIENTAL E O IMPACTO NA VIDA DOS PORTADORES DE HANSENÍASE

A expressão racismo ambiental cunhada nos Estados Unidos, se espalhou pelo mundo e tem sido desenvolvida por profissionais de mais variadas disciplinas. Significa dizer que práticas racistas, voluntárias ou involuntárias, são um fator de determinação das condições ambientais a que estão submetidos grupos vulnerabilizados, em razão de alguns fatos conferidor de identidade, a exemplo de raça, classe social, gênero, origem racial ou renda, no que diz respeito ao desenvolvimento e aplicação de políticas ambientais (SOUZA, 2015, p.35).

A política pública sanitária brasileira institucionalizada nada mais é do que uma política de isolamento socioespacial, eivada de verdadeiro racismo ambiental e que prejudicou toda uma população do acesso à dignidade e ao próprio direito à cidade.

Para o sociólogo Robert Bullard, diretor do Environmental Justice Resource Center, Atlanta (EUA), o racismo ambiental tem uma correlação direta entre a exploração da terra e a exploração das pessoas (mencionado em LOPES, 2014, p. 2).

A situação das políticas públicas brasileiras de combate à hanseníase configura verdadeiro exemplo de população isolada espacialmente, vítima de processos de gentrificação, excluídos do processo de participação política e em desvantagem econômica, vivendo verdadeira situação de invisibilidade social.

Quando o poder público define, por meio de suas políticas, em que ambientes os grupos de indivíduos, como os portadores de hanseníase, podem dispor, significa exercer controle direto sobre os mesmos, sua qualidade de vida, o acesso desses grupos à cidade e a recursos ambientais e aparelhos públicos.

O racismo ambiental gera segregação e torna insustentável o acesso ao espaço geográfico a comunidades vulnerabilizadas, como os portadores do mal de Hansen, em razão de pertencimento a determinado grupo. Trata-se de mecanismo que produz estranhamento e gentrificação e excluem uma parte da população da proteção social e jurídica a que deviam ser destinatários, os colocando em posição de inferiorização dentro da hierarquia social.

O reconhecimento do racismo ambiental, discutido como conceito autônomo – ainda que compreendido como uma forma de injustiça ambiental – acaba por colocar em evidência a necessária análise dos fatores raciais nas situações de injustiça, visto que, uma abordagem predominantemente classista acabaria por encobrir e naturalizar o racismo em nossa sociedade. Para nós, significa dizer que ainda que o racismo e as questões raciais possam não ser a base de análise de todas as situações em que se identifica a ocorrência de injustiça ambiental, haverá certamente aquelas que serão incompreensíveis sem a sua consideração (PAES E SILVA, 2012, p. 5).

Racismo institucional, por sua vez, serve para definir o racismo ambiental com dimensão institucional.

O conceito de racismo institucional, refere-se a políticas institucionais que, sem o suporte da teoria racista, produz consequências desiguais para os membros das diferentes categoriais raciais ou grupos societários.

A noção de racismo institucional explica a operação pelo qual uma dada sociedade internaliza a produção de desigualdades em suas instituições. A ideia é que os aparatos institucionais das sociedades se encontram a serviço dos grupos hegemônicos que os criam e fazem com que funcionem reproduzindo o sistema que lhe dá significado e existência, criando resultados raciais injustos (SOUZA, 2015, P-52).

Pesquisas demonstram que o racismo ambiental e o racismo institucional se inter-relacionam, resta clarividente que as políticas públicas brasileiras de isolamento em colônias dos portadores de hanseníase não objetivava como fim primordial arruinar a vida desse grupo social, ao mesmo tempo, que em nome de higienização social e interesses hegemônicos de uma maioria privilegiada, perpetuou processos de gentrificação afastando esse grupo de acesso a recursos ambientais e ao próprio gozo efetivo do direito à cidade e aos aparelhos públicos pertinentes, a que o restante da população tinha acesso.

O quadro até agora retratado exige que nos posicionemos, construindo alternativas e estratégias para apoiar esses grupos em sua luta por uma vida digna e pelo exercício da cidadania ativa à qual têm direito. É fundamental que, sem esquecer as problemáticas existentes nas grandes cidades, consigamos garantir igual visibilidade para os casos de Racismo Ambiental que atingem as populações tradicionais, cujas vozes são de diferentes formas silenciadas, quando não deturpadas.

Para isso, é necessário que as injustiças ambientais por elas sofridas e aquelas que atingem as populações urbanas sejam entendidas como parte de uma luta contra um inimigo comum: um modelo de desenvolvimento desumano, que se pauta pela ganância e pelo preconceito, na sua busca insaciável de mais exploração e mais lucro. E essa luta requer a articulação e a cumplicidade de todos – populações atingidas, movimentos sociais, academia e ONGs – em torno de um projeto de sociedade mais humano e mais justo (PACHECO, 2008, p. 5).

O espaço foi construído, modelado politicamente, de forma que, se o espaço é um produto social e político, é possível agir sobre o espaço para garantir que sua produção seja mais igualitária e inclusiva, o que legitima uma discussão acerca de justiça espacial.

A mais clássica teorização sobre justiça social é a de John Rawls (apud GERVAIS-LAMBONY, 2014, p. 118) cuja definição de justiça baseia-se na equidade, simultaneamente procedimental e distributiva, julga-se o caráter da decisão, que, deve ser o mais favorável possível aos mais fracos.

Os movimentos de justiça ambiental surgem quando comunidades vulneráveis que não tem acesso a recursos ambientais suficientes decidem lutar pela promoção de mudanças benéficas no espaço social que ocupam (SOUZA, 2015, p. 39).

A justiça ambiental, de outra parte, sinaliza o caráter socialmente desigual das condições de acesso à proteção ambiental, que ganha força a partir da década de 90, construindo uma visão alternativa à preponderância da modernização ecológica, alterando a configuração do movimento ambientalista e sendo vistos até, por alguns, como potencialmente capazes de vir a liderar um novo ciclo de estratégias de mudança da sociedade.

O movimento por justiça ambiental constituiu-se nos Estados Unidos a partir de uma articulação entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis. Desde o fim da década de 60, surgiram uma série de embates contra condições inadequadas de saneamento, contaminação química residencial e laboral e disposição indevida de lixo tóxico e perigoso (ACSERLALD, 2004, P. 28).

Assim, o conceito de justiça ambiental parte da existência de contextos de discriminação e desproporcionalidade na exposição aos riscos e gravames ambientais, e volta-se às reivindicações daqueles que sofrem injustiças pela alteração desse quadro (SOUZA, 2015, P. 13).

A noção ampla de ambiente abriga, assim, espaços urbanos que criam disparidades pela falta de serviços ambientais ou pela não oferta de equipamentos urbanos suficientes.

A noção de justiça do movimento por justiça ambiental comporta três dimensões: igualdade na distribuição do risco ambiental, reconhecimento da diversidade dos participantes e das experiências em comunidades afetadas e a participação no processo político que cria e gere a política ambiental, o que geraria uma justiça plural e unificada (SCHOLOSBERG, 2004, P.23).

Nesse sentido, a noção de justiça ambiental deve ser entendida como resultado de um processo de tomada de decisões democráticas e inclusivas a respeito das políticas ambientais e de distribuição espacial nas cidades.

2.1 A NATURALIZAÇÃO DAS DESIGUALDADES E A GENTRIFICAÇÃO

O termo gentrificação é a versão “aportuguesada” de *gentrification* (de *gentry*, “pequena nobreza”), conceito criado pela socióloga britânica Ruth Glass (1912-1990) em *London: Aspects of Change* (1964), para descrever e analisar transformações observadas em diversos bairros operários em Londres.

Desde seu surgimento, a palavra tem sido amplamente utilizada em estudos e debates sobre desigualdade e segregação urbana, assim como nos estudos sobre patrimônio, nos mais diferentes domínios: sociologia, antropologia, geografia e arquitetura, além de planejamento e gestão urbana, economia e estudos urbanos em geral (ALCÂNTARA, 2018, P. 1).

Desde então, o conceito de gentrificação foi problematizado e aplicado a diversas situações de revitalização urbana pelo mundo, incluindo novas formas de substituição social no território, novos atores e novos espaços (RÉRAT, 2010, p. 336), dando origem a disputas teóricas e práticas sobre seu conteúdo.

O discurso “regenerativo” da gentrificação no âmbito de políticas de valorização da imagem do espaço urbano, ainda que vise à fixação da população já existente, a modernização do tecido econômico, o aumento do emprego e o crescimento econômico; a verdade é que não deixa também de funcionar como mecanismo de legitimação do poder instituído e da mobilização de grande investimento público que, em última análise, é desviado do auxílio aos mais carenciados, funcionando como subsídio aos mais ricos (Bancos, instituições financeiras, grandes grupos econômicos e de construção civil, empreendedores, governantes, etc.).

Parte-se da dedução preliminar de que na sociedade capitalista o conjunto de leis que a rege é necessariamente burguês (sob o domínio das classes dominantes) e existe para servir os interesses do capital e não da maioria social.

O mesmo pode ser dito do Estado, que, mesmo sob o disfarce liberal e formalmente voltado para o interesse de toda a sociedade, representa particularmente sob este modo de produção a dominação da “classe burguesa”, isto é, dos grupos de maior estatuto social e econômico e dos interesses do capital.

No contexto de reestruturação urbana que produz cidades altamente fragmentadas – no sentido de disjunção do tecido social - se insere a gentrificação como processo de elitização de determinadas áreas com a substituição da população tradicional por moradores com maior poder aquisitivo a partir de seu desenvolvimento, com incremento de infraestrutura e/ou requalificação urbana.

Os desafios apresentados pela crise ecológica global e as amplas desigualdades na distribuição sócio espacial das cidades, com uma necessária distribuição mais justa e igualitária dos espaços urbanos, aparelhos públicos e ônus ambientais, sobretudo às comunidades vulnerabilizadas, demandam uma urgente transformação política por cidades mais justas, bem como por uma democratização das mais-valias urbanas, distribuindo parte do lucro obtido por meio de investimentos estatais em aparelhos urbanos às comunidades atingidas por esse

processo de gentrificação, bem como, ocupação dos vazios geográficos e produção de cidades mais compactas.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humano podem ser definidos como direitos fundamentais (SOUZA, 2015, p.82).

A inscrição do direito ao meio ambiente sadio no rol de direitos fundamentais em vários ordenamentos jurídicos, inclusive na Constituição Federal de 1988, como requisito necessário ao adequado desenvolvimento humano e a dignidade, trata-se ainda, de um compromisso político de adoção de postura de políticas públicas sociais e ambientalmente igualitárias, afastando a instituição do racismo ambiental e institucional.

Como já visto, a construção do espaço urbano é um fenômeno decorrente de escolhas políticas, não se trata de um processo que ocorre de forma natural, e esse processo, continuamente, afasta a população pobre dos espaços privilegiados do ponto de vista ambiental e de aparelhamento público, focando investimentos públicos em espaços ocupados por populações privilegiadas economicamente, causando higienização social e periferização dos vulneráveis, incluídos neste contexto, os portadores de hanseníase.

Para Souza (2015, p.94) o compromisso estatal deverá se materializar em ações concretas, democráticas e transparentes e em parceria com as comunidades envolvidas que deem posição de centralidade à justiça espacial e ambiental.

A identificação desse racismo ambiental e a restrição de direitos de comunidades específicas, como os portadores de mal de Hansen, deve fazer parte da fase inicial da adoção de medidas políticas que deverá necessariamente ouvir a população envolvida antes de impor políticas públicas que impliquem em isolamento ou qualquer tipo de restrição de direitos.

Souza (2015, p.94-95) aponta uma série de mecanismos que podem ser utilizados no combate ao racismo ambiental, como uma educação ambiental e cidadã, prevenção de riscos ambientais e ações afirmativas com escopo de corrigir distorções históricas, como as provocadas pelo Estado brasileiro por meio do isolamento social da população hanseniana enquanto política pública estatal.

Os movimentos de justiça ambiental também tem elaborado seu discurso, em torno do direito à cidade, que pode ser pensado a partir das diretrizes gerais contidas no estatuto da cidade, tais como, gestão democrática do desenvolvimento urbano, ordenação do controle e uso do solo, justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização e proteção do meio ambiente em todos os seus aspectos (natural, artificial, do trabalho e cultural).

Resta claro que as políticas públicas sanitárias adotadas pelo Estado Brasileiro a partir da década de 1920, em relação aos portadores de hanseníase, nada mais foram do que políticas de gentrificação, que causaram isolamento sócio espacial, racismo ambiental e negação a esta população de dignidade e do direito à cidade, vez que se viram em uma situação de colônias agrícolas totalmente desprovidas de estrutura e sem aparelhos públicos suficientes, caracterizando por si só, um caso típico de racismo institucional, que se perpetuou até a década de 1980, apesar de já haverem alternativas sanitárias viáveis que diferiam desse isolamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta por justiça ambiental e igual distribuição dos ônus e mais-valias do processo de urbanização ensejou o surgimento de aparatos normativos, como o estatuto das cidades e a constituição federal de 1988, que subsidiam princípios de justiça socioespacial e ambiental.

A questão da justiça espacial está diretamente ligada às noções de justiça ambiental e justiça social. Como podemos construir espaços urbanos verdadeiramente justos, se não somos capazes de democratizar a política de ocupação urbana e tampouco fazer uma justa distribuição dos ônus e bônus da urbanização? Como podemos construir cidades justas onde os ônus ambientais recaem de forma mais contundente sobre populações vulnerabilizadas?

Precisamos refletir que as escalas espaciais são politicamente construídas e, portanto são mutáveis, precisamos escapar da naturalização da gentrificação e das desigualdades na distribuição do espaço urbano.

Os movimentos por justiça ambiental se espalharam pelo mundo inteiro, entretanto, geralmente, envolvem comunidades negras e sua negação institucional de direitos. Tais movimentos perpassam ainda pela adequada compreensão dos mecanismos de racismo ambiental e institucional, completamente aplicáveis às políticas brasileiras sanitárias isolacionistas.

O espaço, segundo Lefebvre é o percebido, o concebido e o vivido, e segundo este autor o espaço concebido é frequentemente influenciado pela lógica capitalista que privilegia interesse dos donos do capital, que reproduzem no meio urbano seus interesses hegemônicos. Precisamos agir no sentido de proporcionar mais justiça espacial levando em conta o caráter múltiplo do próprio espaço.

Importa ainda que sejamos capazes de identificar condutas como a do Estado Brasileiro que, por meio das políticas públicas sanitárias, configuram verdadeiros casos de racismo ambiental e institucional, isto porque afastam de toda uma classe ou categoria da população,

identificada por portar determinada enfermidade, do acesso a recursos ambientais, aparelhos públicos e do próprio gozo pleno do direito à cidade.

Considerando historicamente as políticas sanitárias de isolamento espacial dos hansenianos, precisamos analisar a situação tomando por base os direitos humanos, os direitos fundamentais envolvidos, o próprio direito à cidade e ações coletivas de tutela desses direitos. Importa considerar ainda que essa política isolacionista reproduziu desigualdades históricas que ensejam a ampliação da noção de ambiente para abarcar a noção de justiça ambiental.

Tivemos toda uma parcela da população brasileira cujo direito à cidade foi historicamente negado, sendo afastadas do convívio urbano por meio de políticas sanitárias onde foram isoladas em colônias agrícolas, totalmente desprovidas dos aparelhos públicos básicos e sem acesso ao convívio social e familiar.

Importa enxergar tais movimentos como escolhas políticas e sociais e não como movimentos naturais de ocupação do espaço urbano, as cidades são construídas com bases em escolhas daqueles que ocupam o poder e que geralmente representam uma minoria hegemônica que ocupa esses espaços políticos.

Ambiente, urbanização e racismo são elementos chaves para compreender a segregação espacial e ambiental e as políticas que não só causam como perpetuam a segregação de determinada comunidade vulnerabilizada.

É preciso enfrentar a questão do racismo ambiental por várias frentes, primeiramente, jogando luz ao problema através de pesquisas aprofundadas sobre a temática e através de outros instrumentos como reparação judicial, reconhecimento da segregação pelo poder público, bem como uma democratização na elaboração e implementação de políticas públicas que importem na construção de um espaço urbano mais justo, igualitário, equilibrado com a justa distribuição das mais-valias urbanas.

REFERÊNCIAS

ACSERALD, Henri. Justiça Ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas. In: HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. P. 23-39.

ALCÂNTARA, Maurício Fernandes de. 2018. "**Gentrificação**". In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia. Disponível em: < >

BAIALARDI, Kátia Salomão. “O estigma da hanseníase: relato de uma experiência em grupo com pessoas portadoras”. *Hansenologia Interationalis*, v.32, n.1, p. 27-36, 2007.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: editora saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto 3.171, de 02 de abril de 1941**, reorganiza o departamento nacional de saúde, do ministério da educação e saúde, e da outras providencias. disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislação/listatextointegral.action?id=8181&norma=1832>, acesso em 01 de julho de 2019.

CABRAL, Dilma. “**Lepra, medicina e políticas de saúde no brasil (1894-1934)**”. Editora Fiocruz: Rio de janeiro, 2013.

CAVALIERI, Ivonete Alves de Lima. COSTA, Suely Gomes. ***Isolamento social, sociabilidades e redes sociais de cuidados***. Physis vol. 21, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-7331201100020000>

GARCIA, José Ricardo Lopes. “Entre a “loucura” e a hanseníase: interfaces históricas da práticas e políticas instituídas”. *Hanseneologia internationalis*, v. 26, n. 1, p. 14-22, 2001.

GERVAIS-LAMBONY. Philippe. A justiça espacial, experiências e pistas de pesquisa. In: CARLOS, Fani Alessandri; ALVES, Glória; PÁDUA, Rafael Ribeiro. **Justiça espacial e o Direito à Cidade**. São Paulo: Contexto, 2017. P.117-130.

LAGES, Cintia Gabarini. **Direitos humanos e saúde pública: a história do tratamento da hanseníase no Brasil**, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d46e1fcf4c07ce4a>> acesso em 1º de julho de 2019.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

LOPES, Sheryda. **Entendendo o racismo ambiental**. Disponível em <<https://fase.org.br/pt/informe-se/noticias/entendendo-o-racismo-ambiental/>> acesso em: 01 de julho de 2019.

MARCIEL, Laurinda Rosa. **“Em proveito dos sãos, perde a Lázaro a liberdade” uma história das políticas públicas de combate à lepra no brasil (1941-1962)**”. Tese (doutorado em história), Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

MEDINA, Norma; BRASIL, Mitie Tada; MARZLIAK, Mary Lise; LAFRATTÁ, Tanya; VIETH, Hannelore. **“Vigilância epidemiológica das incapacidades oculares em hanseníase”**. Hansenologia Internationalis, n. 29, v. 2, p. 01- 165, 2004.

PACHECO, Tânia. Publicado em: SRH (org.). **Justiça pelas Águas: enfrentamento ao Racismo Ambiental**. Salvador: Superintendência de Recursos Hídricos, 2008. p.11-23.

PAES E SILVA, Lays Helena. **« Ambiente e justiça: sobre a utilidade do conceito de racismo ambiental no contexto brasileiro »**, *e-cadernos CES* [Online], 17 | 2012, colocado online no dia 01 setembro 2012, consultado a 01 julho 2019. URL : <http://journals.openedition.org/eces/1123> ; DOI : 10.4000/eces.1123.

PANDYA, SHUBHADAS, THE FIRST; INTERNATIONAL LEPROSY, conference, Berlin, 1837: **THE POLICICS OF Segregation**. História, ciências, saúde-Manguinhos, v.10, p. 161-177, 2003.

RÉRAT, Patrick et al. **New Forms of Gentrification: Issues and Debates**. Population, Space and Place, n. 16, 2010. Disponível em: <http://www.interscience.wiley.com>. Acesso em 24 de novembro de 2015.

SANTOS, Danielle Breia dos. **“Hanseníase e preconceito: uma relação intrínseca”**. Rio de janeiro, 2006.

SOUZA, Arivaldo Santos de. **Direito e Racismo Ambiental na diáspora Africana: promoção da justiça Ambiental através do Direito**. Salvador: EDUFBA, 2015.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS COMO UM INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

MEDIATION OF SOCIAL ENVIRONMENTAL CONFLICTS AS AN INSTRUMENT OF SOCIAL PACIFICATION

Mauro Augusto Ponce de Leão Braga¹

Louise Oliveira Braga²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a mediação de conflitos socioambientais, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos, como um instrumento de pacificação social. Diante disso, o problema a ser abordado é: A mediação é um instrumento capaz promover a pacificação social nos conflitos socioambientais? Assim, o questionamento realizado nesta pesquisa justifica-se levando em consideração que toda sociedade é marcada por conflitos e que a solução dos mesmos não é tarefa exclusiva da jurisdição. Com isso, buscou-se expor acerca dos conflitos socioambientais, para tanto, apresentou-se uma abordagem geral dos conflitos sociais, elucidando sobre os conflitos socioambientais e suas características particulares. Almejou-se, ainda, abordar os contornos atinentes à mediação como um meio alternativo de resolução de conflitos, examinando-se as diferentes formas de resolução de conflitos, dentre elas, a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. Por derradeiro, intencionou-se apresentar a mediação de conflitos socioambientais como um instrumento de pacificação social, observando-se a implementação da Política Pública de tratamento de conflitos pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução n. 125/2010, a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Dessa forma, conclui-se que a mediação possibilita e favorece a comunicação entre as partes envolvidas no conflito, pois é, dentre os meios alternativos de resolução dos conflitos, aquele que está pautado na autonomia da vontade das partes e na busca do consenso por intermédio de um terceiro, denominado mediador, no propósito de lograr no diálogo uma solução ofertada pelas próprias partes, inclusive, no campo dos conflitos socioambientais. A metodologia utilizada nesta pesquisa, quanto aos meios, foi desenvolvida mediante os métodos dedutivo e descritivo, através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito Socioambiental, Mecanismos de Resolução, Mediação, Pacificação Social.

ABSTRACT

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Cândido Mendes Ipanema, Mestre e Doutor em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (RJ) e Pós Doutor em Processo Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: mauro-braga@uol.com.br.

² Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Educacional Ambiental (DEA), Advogada. E-mail: louisebraga.adv@gmail.com.

This research aimed to analyze the conceptual development of the principle of the pursuit of happiness, and the main nuances of its relationship with the fundamental right to a healthy quality of life, which guarantees the “minimum vital floor” necessary for each person to achieve their happiness projects. With that, we sought to talk about the diversity and conceptual scope of the term happiness, with an explanation of the main theoretical developments on the subject, and the consequent positivization of the right to the search for happiness in several international constitutions and documents. It was also aimed at verifying the way in which the right to happiness appears before the Federal Constitution of 1988, through the use of hermeneutic techniques, and how the higher courts have recognized the principle of the search for happiness in their decisions. Finally, the intention was to highlight the axiological framework of the fundamental right to quality of life and its effectiveness through the principle of the pursuit of happiness. It is concluded that the principle of the pursuit of happiness effective the healthy quality of life, by requiring it as essential in the establishment of a “minimum content” necessary for each person to be dignified, and thus, to achieve their happiness. The methodology used in this research, regarding the means, was developed through the deductive, descriptive and qualitative method, through bibliographic, doctrinal and jurisprudential analysis. As for the purposes, the research was qualitative.

KEYWORDS: Socioenvironmental Conflict, Resolution Mechanisms, Mediation, Social Pacification.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a mediação de conflitos socioambientais como um instrumento de pacificação social. Diante disso, o problema a ser abordado na presente pesquisa é: A mediação é um instrumento capaz promover a pacificação social nos conflitos socioambientais?

O questionamento realizado nesta pesquisa justifica-se levando em consideração que toda sociedade é marcada por conflitos e que a solução dos deles não é tarefa exclusiva da jurisdição. Dessa forma, a mediação é dos meios alternativos o que mais vem crescendo no Brasil, sobretudo, por promover um diálogo entre as partes e um sentimento de mútuo entendimento, ambos voltados para a cooperação estratégica na resolução do conflito.

Com isso, buscou-se expor sobre os conflitos socioambientais, para tanto, apresentou-se uma abordagem geral dos conflitos sociais, elucidando sobre os conflitos socioambientais e suas características particulares.

Almejou-se, ainda, abordar os contornos atinentes à mediação como um meio alternativo de resolução de conflitos, examinando-se as diferentes formas de resolução de conflitos, dentre elas, a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição.

Por derradeiro, intencionou-se apresentar a mediação de conflitos socioambientais como um instrumento de pacificação social, observando-se a implementação da Política Pública de tratamento de conflitos pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução n. 125/2010, a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Quanto à metodologia aplicada na presente pesquisa, esta se realizou por meio dos métodos dedutivo e descritivo, tendo em vista que possibilitam que o investigador chegue do conhecido para o desconhecido com uma margem pequena de erro.

Do ponto de vista dos procedimentos técnicos adotados, a pesquisa foi bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, baseando-se em dados extraídos de livros, artigos, pesquisas realizadas sobre o tema, sites e textos que mostrem, comprovem e forneçam informações válidas nos alcances dos objetivos do trabalho.

Ademais, a forma de abordagem do problema foi realizada por meio da pesquisa qualitativa, uma vez que não se vão medir dados, mas sim interpretados.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

O enredo humano, desde os tempos mais remotos até os dias atuais é marcado por conflitos, pode-se dizer que eles já existiam antes mesmo da formação das escolas de pensamento na Grécia antiga (BARBANTI JR, 2002, p. 1). Isso porque a convivência em sociedade é marcada pela coexistência de diversos interesses, estes nem sempre convergentes e que, frequentemente, causam conflitos de interesses, cada vez mais constantes, sobretudo, na área ambiental (SARTORI, 2011, p. 91).

Nesse sentido, Simmel (1983, p. 122) afirma que toda interação entre homens é uma sociação, a contrário senso, considera-se como dissociação o ódio, a inveja, a necessidade, o desejo. É a partir da dissociação que surge o conflito - uma das mais vivenciadas interações sociais.

Historicamente, os nômades tinham espaço ilimitado e recursos naturais manejáveis. Nessa época, não existiam castas, classes sociais, estados ou hierarquias formais, por isso, as relações humanas não eram complexas. Com a revolução agrícola, as comunidades passaram

de nômades a sedentárias, os mais impetuosos apossaram-se das terras férteis e dos animais, acumularam fortunas e poder, por consequência, fizeram da violência um verdadeiro recurso desse poder (VASCONCELOS, 2008, p. 21-22).

Dada as mais variadas circunstâncias históricas, sociais, culturais, econômicas e intersubjetivas houve uma evolução do conflito, nos tempos modernos, os conflitos manifestam-se de maneira diferente ao que eram no passado (CASTRO, 2017; NASCIMENTO, 2001).

Em lições sobre a cidadania, Dahrendorf (1992, p. 44) enfatiza que “um dos mais importantes desenvolvimentos que acompanharam a ascensão da modernidade foi a criação da nação-estado”. Dessa forma, hoje em dia, sob a égide dos Estados Democráticos de Direito, o modelo hierárquico unilateral perdeu espaço, as elites tradicionais não possuem mais o monopólio da inovação e do poder, e isso se deu em virtude das novas tecnologias da informação, graças a elas a grande massa populacional se comunica mais facilmente e têm acesso ao conhecimento (VASCONCELOS, 2008, p. 25).

Na pós-modernidade em que se vive atualmente, a comunicação e os elementos do consumo configuram o olhar do ser humano para si mesmo e para o próximo (BRAGA NETO, SANTANA e FARIA, 2018, p. 14).

Além disso, é cada vez mais frequente a discussão sobre a problemática ambiental, uma vez que o homem vem construindo uma consciência ecológica, repensando o mero crescimento econômico e buscando alternativas de preservação do meio ambiente (SARTORI, 2011, p. 90). Dessa forma, Silva (2009, p. 20) define o meio ambiente como a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as duas formas”.

Para Sampaio e Braga Neto (2007, p. 32) o conflito é “um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas”. Nessa perspectiva, Guilherme (2018, p. 36) afirma que:

Quando se tem a presença de duas partes coabitando um mesmo espaço ou, ainda que distantes, interagindo de algum modo entre si, é possível que esses dois universos pensam para um mesmo lado, fazendo resplandecer um todo harmônico e homogêneo. Porém, na prática, isso não é o que geralmente ocorre. É mais comum que eventualmente as pessoas transpareçam posições diferentes, ainda que não completamente antagônicas entre si, mas que guardem distinções.

Por sua vez, os conflitos ambientais podem ser entendidos como aqueles que se manifestam em razão às lutas entre interesses opostos que disputam o controle dos recursos naturais e o uso do meio ambiente comum. São conflitos multilaterais, sendo uma das partes necessariamente a sociedade enquanto titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio (ERNANDORENA, 2012, p. 20), haja vista, a prescrição do art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sobre o tema, Theodoro (2005, p. 54) afirma que os principais problemas ambientais geradores dos conflitos socioambientais são:

A finitude e eventual escassez de alguns bens (petróleo, água potável, peixes), a poluição atmosférica e aquática, a contaminação por substâncias tóxicas, a extinção de espécies e a redução de seus habitats naturais, a aceleração da propagação de graves doenças infecto-contagiosas (além da nova descoberta de doenças desse tipo), a perda ou esterilização dos solos agrícolas por causa de práticas predatórias, os males dos grandes monocultivos agrícolas, o desmatamento, o efeito-estufa, a fragilização da camada de ozônio, os riscos da tecnologia nuclear, as ameaças à biodiversidade e assim com relação a quase todos os recursos naturais.

Dessa forma, segundo Soares (2010), na análise da relação entre conflitos e ambiente, duas premissas devem ser adotadas: a primeira diz respeito aos objetos constituintes do ambiente, inclusive, os aspectos culturais e históricos. A segunda refere-se à diferença entre problemas, impactos e conflitos ambientais.

Nesta linha, Trentin e Pires (2012, p. 148) afirmam que muitos conflitos socioambientais ocorrem pela disputa do uso de determinados recursos naturais e mencionam que os conflitos tem origem por paradoxos:

Pois o mundo tem enfrentado intensas transformações técnico-científicas, em que se engendram fenômenos de desequilíbrios ecológicos e que, caso não haja uma remediação ou uma prevenção, tendem a sufocar e externar perigo para a vida no ambiente.

De fato, o conflito não se concebe da noite para o dia, ele é derivado de um ciclo. Na fase de iniciação, existe a manifestação de uma vontade contrária a de *outrem*, dessa forma, as partes procuram a busca de equilíbrio do poder – que pode favorecer uma ou outra parte. Quando uma das partes busca produzir uma mudança a seu favor e em desfavor da outra, há a ruptura do equilíbrio e o surgimento do conflito (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p. 31).

Assim, de acordo com Ernandorena (2012, p. 20) os conflitos ambientais podem ser subdivididos em duas vertentes:

(a) os conflitos de uso, nos quais ocorre uma disputa entre particulares ou destes com o Poder Público, em relação a determinado bem ou recurso ambiental; e (b) os conflitos entre empreendedores, públicos ou privados, que intentam a exploração dos recursos naturais, e a sociedade civil, que defende sua preservação ou conservação.

Para Bertolla (2017, p. 393) “a história da civilização é a história da evolução dos modos encontrados pelo homem para resolver seus conflitos”. Ao longo do tempo, a capacidade do ser humano de apreciar e interceder em episódios de conflitos cresceu (BARBANTI JR, 2002, p. 1).

Sobre como solucionar os conflitos socioambientais, Trentin e Pires (2012, p. 148) destacam que estes:

São inerentes à própria formação do modelo atual da sociedade, ou seja, a gestão desses conflitos revela carência em grupos de excelência formados em mediação. É importante verificar alternativas negociáveis para conflitos socioambientais, dando ênfase ao uso dos recursos naturais.

Assim sendo, existem três formas de manejo dos conflitos, a saber: a gestão de conflitos, a transformação de conflitos e a resolução de conflitos.

Na gestão de conflitos, visa-se mais a efetividade dos resultados do que a elucidação do conflito. Na transformação de conflitos, compreende-se o conflito como forma de luta não violenta em favor da justiça social, assim, busca-se criar requisitos para que as diferenças estruturais sejam encaradas com o objetivo de desenvolver um processo de reconstrução e reconciliação social de longo prazo (VARGAS, 2007, p. 194-195).

Na resolução de conflitos, este é entendido como consequência da insatisfação das necessidades humanas, assim, a resposta para solucioná-lo está na criação ou desenvolvimento de ações que visem à satisfação. Dessa forma, pretende-se com a resolução viabilizar processos que erradiquem os conflitos, abrangendo formas mais processuais do que coercitivas, como por exemplo, a consulta com terceiros e o diálogo entre as partes (VARGAS, 2007, p. 194-195).

2 A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Vistas as principais nuances que circundam os conflitos socioambientais, necessário se faz analisar, no presente tópico, a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos.

Entretanto, antes de adentrar especificamente ao objeto do vertente tópico, faz-se imprescindível apresentar em linhas gerais os meios de resolução de conflitos, que se classificam, basicamente, em três espécies: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Nas civilizações primitivas quem pretendesse alguma coisa e tivesse sua pretensão resistida por *outrem* haveria de, com sua própria força, ser capaz de conseguir a satisfação do seu direito, isso porque não havia um Estado capaz de garantir o cumprimento de direitos e nem normas gerais e abstratas impostas por este aos particulares. Esse regime denomina-se autotutela (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 27).

No Brasil, a autotutela é repelida e definida como crime, sendo autorizada apenas em casos excepcionais, isso porque o Estado Democrático de Direito é comprometido com a paz social (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 136).

Neste sentido, o direito exerce na sociedade um papel de ordenador, não existe sociedade sem direito. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 25), o papel do direito é o “de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor conflitos que se verificarem entre seus membros”.

Assim, quando há um conflito, este somente pode ser resolvido pelas duas outras formas. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 136) “há heterocomposição quando um *terceiro resolve* a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes. Há autocomposição quando as *próprias partes* resolvem seus conflitos”. São exemplos de heterocomposição, a jurisdição comum e a arbitragem e são exemplos de autocomposição, a mediação e a conciliação.

Vale ressaltar que, em 2015 com o novo Código de Processo Civil, consagrou-se no Brasil o sistema de Justiça Multiportas, admitindo-se além da heterocomposição judicial e arbitral, a autocomposição por intermédio da conciliação e da mediação para a promoção da tutela dos direitos (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 141).

Nessa linha, é o que se extrai do art. 3º e parágrafos do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). O parágrafo 1º aponta que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”. Por seu turno, o parágrafo 2º estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Já o parágrafo 3º determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes,

advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A respeito dessa temática, o art. 139, inciso V do novo CPC ordena que o juiz deve, a qualquer tempo, promover a autocomposição com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Semelhantemente, o art. 21, §4º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) determina expressamente que o árbitro ou o tribunal arbitral, no início do procedimento, procedam à tentativa de conciliação entre as partes. Assim sendo, os mecanismos alternativos de resolução de conflitos são basicamente: a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Dessa forma, a conciliação consiste na atuação de um terceiro entre as partes com a intenção de persuadi-los à autocomposição, esse sujeito sugere-lhes soluções que os conduz a se comporem de forma amistosa. Pode ser uma conciliação extraprocessual, antes do processo e com o intuito de evitá-lo ou pode ser endoprocessual, originada no curso do processo (DINAMARCO e LOPES, 2016, p. 32).

O conciliador não tem relação com nenhuma das pessoas envolvidas, ele deve ser imparcial e objetivar harmonizar as partes e monitorar as negociações, podendo expor propostas e indicar opções que facilitem o meio oferecido. Com efeito, destaca-se que a conciliação é adotada em conflitos em que os litigantes não possuam vínculo emocional afetivo, ou seja, não sejam conflitos de relações contínuas, um bom exemplo são os conflitos patrimoniais como colisão de veículos, dívidas, relações de consumo (VALÉRIO, 2016).

A tendência da conciliação é ser célere, pois na maioria dos casos, limita-se a uma reunião entre as partes e o conciliador, na qual elas se conscientizam de que o acordo é a melhor solução, uma vez que evita futuros litígios. Com esse propósito, o acordo advindo da conciliação visa tão somente pôr fim às demandas – judiciais ou extrajudiciais (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007).

Por seu turno, a arbitragem representa o julgamento do conflito por um terceiro escolhido consensualmente pelas partes, denominado árbitro. As partes podem optar pela arbitragem antes mesmo do litígio, por meio da cláusula compromissória ou depois do aparecimento da questão controvertida, pelo compromisso arbitral (DINAMARCO e LOPES, 2016; VALÉRIO, 2016).

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) exclui dessa forma de resolução, os direitos indisponíveis e determina que qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes pode

ser o árbitro. Segundo o art. 31 do referido diploma, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Valério (2016) assim reflete, em linhas gerais, que a arbitragem “tem, por virtude, a informalidade e a opção das partes envolvidas no conflito poderem estabelecer as regras e indicar, por sua livre vontade, a pessoa que deve decidir a matéria posta em questão”.

Dos meios alternativos, a mediação é o que mais tem se destacado no Brasil. Segundo Braga Neto (1999, p. 115) a mediação é uma técnica de resolução de conflitos não-adversarial na qual “duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória”.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Dessa forma, a mediação ocorre quando, por intermédio de um terceiro, denominado mediador, as partes em conflito expõem o seu problema, são atentamente escutadas e indagadas, dialogam construtivamente e buscam reconhecer os interesses e necessidades em comuns (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

Sobre os direitos que podem ser objeto da mediação, o art. 3º da Lei de Mediação prescreve que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Sobre o tema, Braga Neto, Santana e Faria (2018, p. 24) afirmam que “a mediação serve para qualquer tipo de conflito”.

Assim, a mediação pode ser judicial ou extrajudicial. De acordo com o art. 21 da Lei de Mediação, será extrajudicial quando for realizada de modo privado através de uma carta-convite e sem a mediação do judiciário. Por sua vez, ocorrerá a mediação judicial, segundo o art. 24 da Lei de Mediação, quando esta realizar-se em sessões pré-processuais ou processuais na esfera do poder judiciário.

No que tange aos princípios da mediação, eles são os preceitos que nortearão os mediadores e as partes. Dessa forma, o procedimento deve ser norteado pela: autonomia da

vontade das partes, imparcialidade do mediador, confidencialidade, boa-fé, informalidade, oralidade, isonomia entre as partes e busca do consenso.

Em síntese, pode-se dizer que a mediação tem caráter voluntário, que valoriza a autonomia da vontade das partes e a boa-fé. Conta com o auxílio de um mediador, que por sua vez, deve ser um terceiro imparcial e de confiança dos mediados. Tudo o que for discutido no âmbito de uma mediação, não pode ser revelado a terceiros estranhos ao procedimento. É um procedimento predominantemente oral, simplificado e que proporciona às partes igualdade de oportunidades (BOMFIM e SANTOS, 2018, p. 41-43).

3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS COMO UM INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Conforme a abordagem até então desenvolvida na presente pesquisa, observa-se que a solução de conflitos não é incumbência exclusiva do Poder Judiciário, que possui somente o monopólio da jurisdição e não da justiça, em virtude disso, os meios alternativos de resolução de conflitos tornaram-se fundamentais na solução de desavenças e no acesso a uma ordem jurídica justa e mais célere (BOMFIM e SANTOS, 2018, p. 45).

Neste sentido, Guilherme (2018, p. 34-35) sustenta que:

De todo modo, o caminho do exclusivismo estatal na resolução de conflitos deixou de ser lógico tendo em vista a saturação da via judicial, em virtude da dificuldade do aparelho estatal em conseguir dar conta de resolver inúmeros litígios que com o tempo passaram a se avolumar nos cartórios judiciais do País. Não obstante, outras modalidades de se dirimir litígios foram se mostrando igualmente ou por vezes até mais eficazes e passaram a ser mais bem aceitas por pessoas físicas e entidades.

Uma das tendências da mediação é atenuar e suprimir as tensões, criando uma relação de compreensão e confiança entre as partes, evitando o dessabor que muitas vezes acompanha uma decisão judicial, seja para o vencido ou para o vencedor. Dessa forma, usualmente utiliza-se a mediação para a resolução de conflitos de relações continuadas, nas quais a comunicação é algo quase impossível (VALÉRIO, 2016).

Dessa forma, percebe-se que os conflitos socioambientais são caracterizados por serem de extrema urgência e importância coletiva, nesse sentido, Martins e Carmo (2015, p. 23) afirmam que:

Os conflitos ambientais devem ser considerados como prioritário dentro dos sistemas jurídicos, ou seja, a previsão de meios de solução de conflitos desta natureza deve ser tratada pelos ordenamentos jurídicos como bens relevantes e, portanto, é necessário que prevejam formas eficazes de solucionar as contendas.

No Brasil, percebe-se uma valorização crescente da mediação, principalmente, por esta se mostrar um procedimento mais célere (DINAMARCO e LOPES, 2016, p. 31). De fato, tal assertiva é corroborada com realização da Política Pública de tratamento de conflitos pelo CNJ por meio da Resolução n. 125/2010 e pelo advento do novo Código de Processo Civil, que positivou a mediação e a Lei n. 13.140/2015, intitulada de Lei de Mediação.

Bomfim e Santos (2018, p. 40) observam que se as partes estão “a dialogar, a expor seus anseios, a agirem de modo colaborativo e participativo, diz-se que o objetivo da mediação foi alcançado. Se desse procedimento decorre um acordo, podemos afirmar que as duas partes ganharam”.

Nesta linha, Guilherme (2018, p. 71) destaca que:

A partir da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, em linhas gerais, a mediação é tida como instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, que tem como finalidade reduzir a judicialização dos conflitos de interesses e, por consequência, o número de recursos e execuções de sentenças.

Ao contrário da conciliação, a mediação não pretende simplesmente obter um acordo, na verdade, o importante é alcançar a satisfação dos interesses e das necessidades das partes, por isso, na mediação é aconselhável à promoção de encontros preparatórios ou entrevistas pré-mediação (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

Assim, o papel do mediador é muito importante, pois ele deve explicar para as partes o procedimento, bem como os princípios que o fundamentam e estão previstos no art. 2º da Lei de Mediação, também deve explanar que apesar das controvérsias existentes, ambas as partes podem ser beneficiadas (VALÉRIO, 2016).

Portanto, por não ser o acordo o objetivo principal da mediação, quando as partes o firmam, em regra, há o cumprimento espontâneo deste, uma vez que sobreveio do querer dos mediados, logo, o nível de descumprimento de acordos frutos de mediações é baixíssimo. Assim, nota-se que em todo o procedimento da mediação, a autonomia da vontade se faz presente (BOMFIM e SANTOS, 2018, p. 43).

Segundo Ernandorena (2012, p. 26), a mediação ambiental iniciou-se nos Estados Unidos em 1970, encontrando-se atualmente como uma prática arraigada, inclusive, com Lei Federal encorajando o seu uso. No Brasil, o princípio da indisponibilidade do meio ambiente tem afastado o seu emprego.

Além disso, a delimitação feita pelo art. 225 da Constituição Federal, no que se refere à incumbência do Poder Público em solucionar os conflitos ambientais, à primeira vista, pode mostrar-se também como um óbice à transação entre particulares no âmbito das questões ambientais (CÂMARA, 2015, p. 172).

No entanto, como dito no tópico anterior, de acordo com o art. 3º da Lei de Mediação, os direitos indisponíveis que permitem transação podem sim ser objeto de mediação quando em eventual conflito. Assim, é necessário rememorar acerca da capacidade de transação prevista no art. 840 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) que dispõe que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

Nesta linha, o parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 125 do CNJ determina que incumbe ao Poder Judiciário “antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação (...)”.

Outrossim, os conflitos ambientais devem ser resolvidos da forma mais rápida possível, sob pena de se ferir os direitos humanos fundamentais e de tornar ineficaz as normas ambientais, ante a irreversibilidade dos bens ecológicos (MARTINS E CARMO, 2015, p. 5). Como bem destacam Martins e Carmo (2015, p. 5), “em geral, os conflitos socioambientais apresentam uma real necessidade de solução imediata e efetiva, e não podem ficar à mercê do Estado e de uma possível prestação ineficaz do Poder Judiciária, muitas vezes excessivamente moroso”.

Evidencia-se, ainda, que a mediação ambiental está longe de preconizar uma flexibilização da proteção ambiental, esta, na verdade, gera espaços propícios pautados pelo diálogo (ERNANDORENA, 2012, p. 26). E diferente de outros mecanismos de solução de conflitos, a mediação pode e deve ser amplamente utilizada nas desavenças oriundas de relações complexas. Devendo, dessa forma, ser utilizada no contexto ambiental, uma vez que a “correspondência do ser humano com o meio ambiente existe desde a criação do mundo e assim perdurará, caracterizando uma relação contínua” (CÂMARA, 2015, p. 174-175).

Ademais, é possível, inclusive, vislumbrar o balanceamento entre o desenvolvimento socioeconômico e a preservação do meio ambiente com o emprego das estratégias da mediação ambiental. Vale ressaltar que, ambos são valores igualmente relevantes e tutelados constitucionalmente (ERNANDORENA, 2012, p. 26).

Portanto, a mediação favorece a reaproximação das partes, com o intuito de que elas possam através do diálogo solucionar seus reais conflitos e demonstrar seus verdadeiros interesses. A pacificação é justamente a proposta do diálogo que vai conduzir para a solução do conflito, ou seja, a paz é fruto da gestão do conflito a partir do que a mediação preconiza: o diálogo, o reconhecimento dos interesses de cada parte e a perspectiva de que as diferenças podem e devem coexistir simultaneamente (BRAGA NETO, SANTANA e FARIA, 2018, p. 26).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa pôde constatar que o convívio em sociedade é notadamente assinalado pela concomitância de inúmeros interesses, que frequentemente entram em conflito, inclusive, no âmbito ambiental. Dessa forma, os conflitos socioambientais são entendidos como aqueles que se exteriorizam devido às lutas entre interesses divergentes que concorrem no controle dos recursos naturais e no uso do meio ambiente comum a todos os indivíduos e à coletividade.

Além disso, observou-se que dentre os meios alternativos de resolução de conflitos, a mediação é o que mais vem se destacando no Brasil, sobretudo, por se apresentar extremamente efetiva no gerenciamento de conflitos sociais. Assim, esta ocorre quando um terceiro, denominado mediador, é escolhido pelas partes para auxiliá-las na resolução de uma determinada controvérsia.

Dessa maneira, são as próprias partes que acham as soluções para os seus problemas, pois o mediador através de suas técnicas e métodos baseados nos princípios da mediação, apenas as estimula a obter uma solução consensual e satisfatória para ambas.

Ademais, restou evidenciado que é através da mediação, que as partes retomam o diálogo em busca da solução para a sua controvérsia. Assim, é possível que com a comunicação,

as partes retomem relações já desacreditadas, uma vez que a mediação promove um ambiente mais saudável e de aproximação entre as partes.

Outrossim, neste trabalho também foi possível identificar que a mediação está apta a solucionar os conflitos socioambientais, principalmente, por se mostrar como um meio de solução mais rápido e eficaz do que o Poder Judiciário, sendo, ainda, capaz de pacificar dois direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988: o desenvolvimento econômico e o meio ambiente.

Por todo o exposto, conclui-se que a mediação tem como intuito principal reaproximar as partes, resgatar a comunicação entre elas e promover a pacificação social. Sendo a paz, o fruto da gestão do conflito a partir do diálogo, da constatação dos interesses coexistentes e do alcance do consenso e da compreensão recíproca, inclusive, na seara ambiental.

REFERÊNCIAS

BARBANTI JR, O. Conflitos socioambientais: teorias e práticas. In: **I Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade**, Indaiatuba, SP., Novembro 2002. Disponível em: <http://anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/dimensoes_socio_politicas/CONFLITOS%20SOCIOAMBIENTAIS%20-%20TEORIAS%20E%20PR%C1TICAS.PDF>. Acesso em: 31 out. 2019.

BERTOLLA, L. M. D. A. Os meios consensuais de administração de controvérsias e o código de processo civil/2015: a ampliação do acesso à justiça sob a ótica da teoria da ação comunicativa. In: **XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília - DF**, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 31 out. 2019.

BOMFIM, A. P. R. D.; SANTOS, E. R. D. Mediação extrajudicial: uma realidade anterior ao marco legal da mediação. In: GRAMACHO, A. P.; VASCONCELOS, P. F. (orgs.). **Coletânea de estudos em mediação e arbitragem do I fórum nacional de mediação e arbitragem**. Salvador: Artepoesia, 2018. p. 31-47.

BRAGA NETO, A. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Â. **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

BRAGA NETO, A.; SANTANA, K. D. O. G.; FARIA, M. D. L. C. S. Mediação de conflitos e o operador do direito na pós-modernidade. In: GRAMACHO, A. P.; VASCONCELOS, P. F. (orgs.). **Coletânea de estudos em mediação e arbitragem do I fórum nacional de mediação e arbitragem**. Salvador: Artepoesia, 2018. p. 11-30.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília – DF: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília – DF: Congresso Nacional, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília – DF: Congresso Nacional, 1996.

CÂMARA, L. M. A mediação como solução de conflitos ambientais. **Revista Themis.** Fortaleza, v. 13, p. 169-180, 2015.

CASTRO, L. F. V. D. **A mediação como um direito fundamental na solução de conflitos.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2017. 156p.

CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

DAHRENDORF, R. **O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade.** São Paulo: Edusp, 1992.

DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C. **Teoria geral do novo processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

ERNANDORENA, P. R. Resolução de conflitos ambientais no Brasil: do patriarcal ao fraternal. **Estudos Sociais**, México, v. XX, n. 40, p. 11-30, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572012000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 10 dez. 2019.

GUILHERME, L. F. D. V. D. A. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, N. L. A.; CARMO, V. M. D. Mediação de conflitos socioambientais: uma alternativa à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Catalana de Dret Ambiental – RCDA**, Espanha, v. VI, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.rcda.cat>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

NASCIMENTO, E. P. D. Os conflitos na sociedade moderna: uma introdução conceitual. In: BURSZTYN, M. (org.). **A difícil sustentabilidade**: política energética e conflitos ambientais. Rio de Janeiro: Editora Garamond Ltda., 2001, p. 47-56.

SILVA, J. A. D. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMMEL, G. **A natureza sociológica do conflito**. In: MORAES FILHO, Evaristo (org.). Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, *et al.* São Paulo: Ática, 1983.

SOARES, S. I. D. O. **Mediação de conflitos ambientais**: um novo caminho para a governança da água no Brasil. Curitiba: Juruá, 2010.

THEODORO, S. H. **Mediação de conflitos socioambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

TRENTIN, T. R. D.; PIRES, N. S. S. Mediação socioambiental: uma nova alternativa para a gestão ambiental. **Direito em Debate**, Unijuí, ano XXI, n. 37, jan./jun. 2012.

VALÉRIO, M. A. G. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social. **Revista de Direito Privado**, v. 17, n. 69, set. 2016.

VARGAS, G. M. Os conflitos sociais e o sócio-ambientais: proposta de um marco teórico e metodológico. **Sociedade & Natureza**, Uberlândia, n. 19, p. 191-203, dez. 2007.

VASCONCELOS, C. E. D. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

A (IM) POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DA PRELIMINAR DE APELAÇÃO IMPUGNANDO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IMPUGNADA POR AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA TAXATIVIDADE MITIGADA

THE (IM) POSSIBILITY OF SUBMITTING THE PRELIMINARY OF THE APPEAL IMPUGNATING THE INTERLOCUTORY DECISION IMPUGNED BY A DAMAGE TO AN UNKNOWN INSTRUMENT PURSUANT TO THE ABSENCE OF THE APPLICATION REQUIREMENTS OF THE MITIGATED RATE THEORY

Bernardo Silva de Seixas¹
Lorena de Castro Fernandes²

RESUMO

A temática deste artigo é o sistema recursal previsto no CPC/15. A delimitação do tema abordará as consequências do não conhecimento do Agravo de Instrumento por ausência de aplicação da teoria da taxatividade mitigada e o princípio da unirrecorribilidade recursal. Tem como objetivo central analisar a possibilidade de interposição da apelação para impugnar decisão interlocutória já impugnada por meio do agravo de instrumento não conhecido por ausência dos requisitos para aplicação da teoria da taxatividade mitigada. A problemática que fundamenta o trabalho é sobre a possibilidade de interposição impugnando decisão interlocutória já impugnada por agravo de instrumento não conhecido. A metodologia aplicada será o hipotético-dedutivo, com exame da doutrina especializada e jurisprudências inerentes ao tema. Por fim, buscar-se alcançar uma resposta adequada ao tema, eis que de grande importância prática para a aplicação do direito processual civil.

PALAVRAS-CHAVE: Processual Civil. Princípios Processuais. Recursos. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada.

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/Bauru. Especialista em Processual Constitucional e Garantia de Direitos pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito da Universidade Federal do Amazonas e do CIESA. Professor de Graduação em Direito da UFAM e CIESA. Advogado licenciado. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com

² Discente do Curso de Direito do CIESA. E-mail: lorenacastroo0407@gmail.com

ABSTRACT

The theme of this article is the appeal system provided for in CPC / 15. The delimitation of the theme addresses the consequences of the lack of knowledge of the interlocutory appeal due to the lack of application of the mitigated taxation theory and the principle of appeal appeal. Its central objective is to analyze the possibility of filing an appeal for interlocutory decision already contested by means of an interlocutory appeal not known for failures in the application requirements of the mitigated taxation theory. The problem that is based on or works on is the possibility of interposition challenging an interlocutory decision already challenged due to an interlocutory appeal. The applied methodology will be the hypothetical deductive, with examination of the specialized doctrine and jurisprudence inherent to the theme. Finally, try to get an adequate response to the topic, which is of great practical importance for the application of civil procedural law.

KEYWORDS: New Code of Civil Process. Civil Procedure. Mitigated Taxativity. Principle the Unirrecorribility.

INTRODUÇÃO

Em 2015 foi promulgada a Lei 13.105/2015 que modificou substancialmente o processo civil aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo instituído substanciais mudanças, seja com a inclusão de um sistema de decisões vinculantes mais amplo, seja disciplinado novos institutos - como o negócio jurídico processual -, seja modificando o sistema recursal brasileiro, onde houve sensíveis modificações no recurso de agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinava que o recurso de agravo de instrumento era o meio adequado para impugnar todas as decisões interlocutórias, com exceção das decisões que extinguem o processo com ou sem julgamento de mérito, eis que essas são consideradas sentenças e, ainda como são hodiernamente, são impugnadas via apelação.

Dessa forma, o Agravo de Instrumento era utilizado em sua grande maioria como um incidente meramente protelatório, fato que ampliava a morosidade processual, infringindo o princípio da celeridade e dificultando a prestação jurisdicional de maneira eficaz.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) visando reduzir o número de agravos de instrumentos nos tribunais e restringir as suas hipóteses de incidência modificou regras basilares deste instrumento recursal, limitando os seus requisitos de admissibilidade e possibilitando a sua interposição em regra, somente nos casos previstos de forma taxativa no artigo 1.015 do CPC.

Porém, nenhuma regulamentação legal é capaz de abranger todos os fatos jurídicos, sejam material ou processual, sendo que o art. 1.015, CPC, se demonstrou insuficiente para regulamentar todas as hipóteses processuais decididas via decisão interlocutória pelos órgãos jurisdicionais, sendo um dos principais exemplos a ausência de recurso para impugnar decisão do juízo que se declara incompetente para apreciar a demanda.

Portanto, este trabalho tem como temática o recurso de agravo de instrumento e sua regulamentação pelo CPC. Ainda, o recorte metodológico deste trabalho estudará especificamente a jurisprudência desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da teoria da taxatividade mitigada e as implicações de adoção desta tese com as demais normas processuais aplicadas ao Agravo de Instrumento.

Assim, esta temática se justifica pela necessidade de compatibilizar o entendimento do STJ com, por exemplo, o princípio da unirrecorribilidade recursal, pois é possível que haja incompatibilidade do precedente criado pelo Tribunal Superior com a principiologia específica do sistema recursal brasileiro.

Assim, mediante a escolha do tema, de sua limitação e da justificativa, as problemáticas que orientam o trabalho são: A interposição de apelação para impugnar decisão interlocutória já impugnada por agravo de instrumento não conhecido por ausência de taxatividade mitigada afronta o princípio da unirrecorribilidade? A interpretação é uma maneira de solucionar demandas que envolvam omissão constitucional e legal frente à taxatividade mitigada do recurso de agravo de instrumento? No que consiste o princípio da unirrecorribilidade das decisões?

Como objetivo geral deste trabalho se buscará examinar o não conhecimento da taxatividade mitigada do recurso de agravo de instrumento frente às questões processuais urgentes e que possibilitem riscos ao resultado do processo, diante do princípio da unirrecorribilidade das decisões.

Por sua vez, os objetivos específicos são identificar as formas de não conhecimento do recurso de agravo de instrumento em virtude da ausência de taxatividade mitigada, analisar o uso da interpretação extensiva ou analógica diante da consequente taxatividade mitigada do recurso e destacar o princípio da unirrecorribilidade das decisões.

Diante das problemáticas apresentadas e dos objetivos que esse texto se propõe se aplicará o método hipotético-dedutivo, que parte de uma abordagem, geral para uma mais específica, para se chegar a uma conclusão que responda as problemáticas apontadas como norteadoras deste trabalho.

Observando a metodologia aplicada o trabalho se encontra estruturado em três tópicos, onde, primeiramente, se aborda a temática referente aos princípios processuais de forma genérica para após se debruçar sobre os princípios processuais específicos do sistema recursal brasileiro, discorrendo, principalmente, sobre o duplo grau de jurisdição, taxatividade e unirrecorribilidade recursal.

Após, se discorrerá sobre o recurso de agravo de instrumento na sistemática do CPC/2015 e sobre a teoria desenvolvida pelo STJ a respeito do princípio da taxatividade mitigada, onde se permite, desde que preenchido os requisitos criados no precedente do STJ, a interposição do agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no art. 1.015, CPC.

Por fim, o derradeiro tópico irá se debruçar sobre uma situação hipotética, porém possível de ocorrer na atual dinâmica do agravo de instrumento que é a situação do agravo de instrumento não ser conhecido por ausência de aplicação da teoria da taxatividade mitigada e a possibilidade ou não de se impugnar a decisão interlocutória via preliminar de apelação, já que o princípio da unirrecorribilidade impede a interposição de vários recursos para julgar um mesmo pronunciamento judicial.

1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Os princípios norteiam o sistema jurídico, com a finalidade de proporcionar às normas infraconstitucionais um parâmetro no qual devem se basear, levando sempre em consideração a supremacia da Constituição Federal.

Logo, pode-se dizer que uma das funções dos princípios é a colmatação das lacunas que eventualmente possam existir em um ordenamento jurídico, uma vez que é impossível ter regulamentação jurídica para todos os fatos jurídicos.

Dessa forma, os princípios servem como um instrumento de orientação e adequação das normas infraconstitucionais, servindo como uma forma de auxiliar o intérprete nas aplicações das normas, prevalecendo em certos casos, estes, em relação às normas.

Diante disto, o ordenamento jurídico vigente, concede demasiada importância aos princípios quando estipula no artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657 de 24 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942), chamada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que na ausência de lei, o juiz poderá utilizar os princípios gerais do direito com a finalidade de garantir um resultado para o problema em questão.

Os princípios podem ser genéricos que se aplicam a todos os ramos do direito, assim como específicos para determinado ramo jurídico, assim, em virtude dos limites deste trabalho, somente se abordará os princípios aplicáveis ao direito processual civil.

Nesse sentido, primeiramente, é necessário abordar o conceito dos princípios gerais processuais que possuem maior relevância para este estudo, para em seguida explanar os princípios aplicáveis à fase recursal, com a finalidade de proporcionar uma melhor compreensão do assunto deste ensaio.

Assim, elege-se o princípio do contraditório e ampla defesa, princípio do devido processo legal e o princípio da inafastabilidade da jurisdição como os princípios iniciais para compreensão da matéria.

O princípio do contraditório e ampla defesa visa garantir às partes litigantes que se utilizem de todos os meios processuais cabíveis para garantir a sua defesa em procedimentos administrativos e processos judiciais, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.". Nesse sentido, é importante discorrer que apesar destes princípios serem geralmente abordados em conjunto, eles possuem algumas diferenças.

O princípio do contraditório tem como objetivo primordial, garantir com que as partes utilizem de todos os meios recursais existentes no ordenamento, para garantir a sua defesa, logo, observa-se que este princípio confere maior destaque aos termos processuais, à instrumentalidade do processo.

Conceitua o doutrinador Enrico Liebman (1980, p. 111), que:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida.

Na mesma linha de pensamento, o princípio da ampla defesa, tem como finalidade proporcionar que os litigantes utilizem de todos os argumentos que possuem para garantir a alegação de todos os fatos que possibilitem a sua defesa, utilizando todos os meios processuais cabíveis que o princípio do contraditório aduz.

Verificado os princípios da ampla defesa e contraditório, aborda-se o princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal é previsto no artigo 5º, inciso LIV, CF/88 que dispõe:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

É considerado um direito fundamental e visa proporcionar às partes litigantes as garantias constitucionais de que o processo seguirá todas as suas etapas, saliento que conforme o art. 60, IV, §4º, CF/88 este princípio tem caráter de cláusula pétrea, portanto, não pode ser modificado, revogado ou restrito.

Assim, Seixas e Souza (2014, p. 7) mencionam

Assim, é possível afirmar que o princípio do devido processo legal é um meio indispensável para a realização dos direitos fundamentais do indivíduo na seara processual, representando além da ideia de um procedimento, as formas instrumentais adequadas para que o Estado possa, por meio da jurisdição, dar a cada um o que lhe pertence.

Verifica-se que este princípio possui demasiada importância, pois se constitui como sendo a base, o pilar de todos os outros princípios, uma vez que garante aos litigantes um processo justo, contendo contraditório e ampla defesa, paridade entre as partes, juiz imparcial e elaboração de uma sentença justa.

Em seguida, o artigo 5º, inciso XXXV, CF/88 (BRASIL, 1988) menciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante o acesso à justiça com a finalidade de postular um direito, ou uma ação preventiva ou reparatória.

Porém, diante do congestionamento do Poder Judiciário, para fazer jus à apreciação, é necessário que a parte detentora da pretensão preencha determinados requisitos, que são as chamadas condições da ação, como por exemplo: legitimidade ad causam, interesse de agir e pedido, ademais, saliento que este direito é subjetivo, uma vez que essa provocação do Poder Judiciário não tem como finalidade garantir uma resposta favorável, contudo visa promover uma resposta à ação.

Analisados os princípios processuais gerais, parte-se para a análise dos princípios recursais.

1.1 Princípios Recursais

Ao analisar os princípios processuais gerais que mais se enquadram na temática deste artigo, como o princípio do contraditório e ampla defesa, o princípio do devido processo legal e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constatou-se a importância desses para o processo civil, vez que se encontram tanto na Constituição Federal quanto no CPC, orientando toda a aplicação e interpretação das normas jurídicas processuais.

Por sua vez, os princípios recursais tem como parâmetro basilar o princípio do duplo grau de jurisdição, onde diante da impugnação voluntária, as partes demonstram o seu inconformismo com a decisão que vai em sentido contrário aos seus interesses.

Dessa forma, é importante destacar os principais princípios recursais, tais como o princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da taxatividade recursal, princípio da primazia do julgamento de mérito e por fim o princípio da unirrecorribilidade das decisões.

O princípio do duplo grau de jurisdição também configura-se como sendo parte do rol de princípios gerais do direito, aplicado, portanto, para todos os ramos, não se limitando apenas ao Direito Processual Civil.

Nessa toada, cito que para Pinho (2016, p. 851).

Visando assegurar a justiça das decisões judiciais sem, no entanto, sacrificar a segurança jurídica, prevê a lei, com base no princípio do duplo grau de jurisdição, a possibilidade de realização de dois ou mais exames sucessivos das decisões. Em regra, o ordenamento restringe-se a permitir a provocação do reexame das decisões judiciais, dentro de limites e de acordo com certas exigências preestabelecidas.

Este princípio está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, onde há previsão que as partes litigantes em um processo judicial ou administrativo, podem utilizar de todos os meios de recursos existentes com a finalidade de garantir o seu contraditório e ampla defesa.

Por conseguinte, o princípio da taxatividade recursal, que conceitualiza que somente podem ser utilizados os recursos previstos em lei, ou seja, as partes não possuem discricionariedade para criar novas formas recursais, limitando-se a utilizar somente os recursos previstos no ordenamento jurídico, dessa forma todos os tribunais do país seguem nesse sentido a decisão do STJ (BRASIL, 2020).

Registre-se que o Código de Processo Civil, em seu art. 994, consagrou o Princípio da Taxatividade, segundo o qual são cabíveis somente os recursos expressamente previstos em Lei Federal. [...] 2. Segundo os princípios da legalidade e da taxatividade, respectivamente: (I) não há recursos sem que a Lei Federal ou a Constituição Federal os estabeleça; e (II) só existem os recursos que forem previstos por essas vias. 3. O

fato de o ordenamento jurídico não vedar expressamente o uso de determinado meio de impugnação não autoriza que o jurisdicionado possa dele se valer, à míngua de expressa prescrição.

Cabe demonstrar também que quando se trata de Direito Processual Civil, eles estão estabelecidos no artigo 994 do CPC/2015, vejamos:

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
I - apelação;
II - agravo de instrumento;
III - agravo interno;
IV - embargos de declaração;
V - recurso ordinário;
VI - recurso especial;
VII - recurso extraordinário;
VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
IX - embargos de divergência.

Dessa forma, verifica-se que as partes somente podem demonstrar inconformismo com a decisão proferida, através de recursos existentes no ordenamento jurídico, fazendo jus ao princípio da taxatividade recursal sem olvidar dos mecanismos autônomos de impugnação - denominados de sucedâneos recursais - que visam julgar os pronunciamentos judiciais, porém não se enquadram no tipicidade legal dos recursos.

Saliento também que deste princípio, surge o princípio da singularidade, que consiste em vedar com que as partes tenham o poder de escolher livremente sobre qual recurso utilizar, dessa forma, este princípio define que para cada ato judicial passível de impugnação, existe um recurso adequado, restringindo o uso de mais de um recurso para recorrer de uma mesma decisão.

Para Seixas e Thamay (2019, p.180) "Com fins didáticos, o princípio da singularidade recursal que se instrumentaliza no requisito de admissibilidade recursal disciplina que para cada pronunciamento do juízo deve haver um recurso específico".

Analisado o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da taxatividade, passa-se a explanar sobre o princípio da primazia do julgamento de mérito.

Este princípio consiste em possibilitar o julgamento de mérito recursal concedendo o suprimento de erros materiais, ou seja, vícios processuais sanáveis, dessa forma dispõe o artigo 4º do CPC/2015 que a solução integral do mérito deve ser obtida em um prazo razoável, visando sanar vícios processuais que não contenham erros grosseiros.

Assim, o CPC/2015 aduz no parágrafo único do artigo 932 que cabe ao relator declarar a inadmissibilidade de um recurso, devendo conceder um prazo para que a parte consiga sanar o vício, esse prazo é de 5 (cinco) dias.

Analizado os principais princípios do sistema recursal brasileiro, passa-se a análise do princípio da unirrecorribilidade das decisões, que é imprescindível para atingir o objetivo deste ensaio.

1.2 Princípio da Unirrecorribilidade das Decisões

Demonstrado os principais princípios recursais vigentes no ordenamento jurídico atual, é imprescindível conceder um destaque maior para o princípio da unirrecorribilidade das decisões, vez que este é o epicentro do assunto deste artigo.

A princípio, é previsto no ordenamento jurídico desde o Código de Processo Civil de 1939, mais precisamente na segunda parte do artigo 809, que estabelece a faculdade das partes poderem variar de recurso dentro do prazo legal, não se admitindo usar ao mesmo tempo mais de um recurso para impugnar uma mesma decisão.

Este princípio orienta que as partes utilizem um único recurso para impugnar um determinado pronunciamento, ou seja, para cada decisão proferida pelo Poder Judiciário há um recurso específico a ser utilizado com a finalidade de demonstrar o seu inconformismo e anular ou modificar a decisão jurisdicional.

Assim, por exemplo, verifica-se que da sentença, cabe apelação conforme dispõe o artigo 1.009, CPC ou que da decisão interlocutória, cabe agravo de instrumento, previsto no art 1.015, CPC e incisos do mesmo diploma legal, entre outros.

Na doutrina, é pertinente a colocação de Didier Jr. e Cunha (2016, p. 110)

De acordo com essa regra, não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um. [...], a interposição de mais de um recurso contra uma decisão implica inadmissibilidade do recurso interposto por último. Trata-se de uma regra implícita no sistema recursal brasileiro

Dessa forma, os Tribunais Superiores se alinham com a doutrina majoritária, no sentido de que ocorre a preclusão consumativa em casos de interposição simultânea de mais de um recurso contra uma mesma decisão, ocasião em que apenas o primeiro poderá ser conhecido, conforme se verifica na jurisprudência do STJ (BRASIL 2018).

AGRAVOS INTERNOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES. SEGUNDO E TERCEIRO AGRAVOS NÃO CONHECIDOS. PRIMEIRO AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. A interposição de dois recursos pela mesma parte e contra a mesma decisão impede o conhecimento do segundo recurso, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade das decisões [...].

Porém, os recursos exigem que as partes cumpram determinados requisitos para demonstrar o seu inconformismo com a decisão proferida e assim possam utilizar da via recursal, sendo denominado de requisitos de admissibilidade.

Nesses termos, é o entendimento de Amorim (2017, p. 1.605)

Para que o mérito de uma demanda seja julgado, o juiz precisa anteriormente analisar os pressupostos processuais e as condições da ação, considerados genericamente como pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito. No âmbito recursal, existe o mesmo fenômeno, devendo o órgão julgador fazer uma análise aspectos formais do recurso para só então, superada positivamente essa fase, analisar o mérito recursal.

Contudo, a doutrina majoritária entende que há requisitos de admissibilidade extrínsecos e intrínsecos, onde os requisitos extrínsecos estão ligados com o modo de recorrer e os intrínsecos são inerentes ao ato recursal, ou seja, ao poder de recorrer.

Dessa forma, tem-se como requisitos extrínsecos, a tempestividade, preparo e a regularidade formal. Com relação aos requisitos intrínsecos, pode-se citar o cabimento, a legitimidade, o interesse em recorrer, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

Posto isto, o cabimento no caso do recurso de Agravo de Instrumento, está estampado no rol do art. 1.015, CPC que possui as suas hipóteses de interposição do recurso.

Ocorre que desde a entrada em vigor do CPC/2015, os juristas de todo o país se deparam com situações que fogem do rol do artigo 1.015 do e que devido às particularidades do caso em discussão não podem esperar até a sentença para serem decididos ou impugnados via preliminar de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, CPC.

Visualizando esta problemática, o STJ por meio do REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, decidiu ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, para que este recurso também possa ser interposto quando houver casos que demandem urgência e o recurso de apelação seja ineficaz.

Acontece que há seguinte situação: o que se considera casos que demandem urgência? Como verificar no exame do conflito apresentado em segunda instância se o recurso de apelação será ineficaz? Se houver a impugnação via agravo de instrumento e este não for conhecido é possível reiterar o inconformismo via preliminar de apelação?

A doutrina não define, a jurisprudência também não, isso ocorre em virtude de haver inúmeros acontecimentos no cotidiano que podem ser considerados urgentes, eis que é uma cláusula aberta que permite inúmeras interpretações, logo, não há como a lei ou a jurisprudência

definir o que é urgente e o que não é, restando ao órgão julgador analisar a pretensão recursal e as provas para constatar a situação de urgência e suposta ineficácia do recurso de apelação.

Contudo, há uma problemática quando ocorre a interposição do recurso de agravo de instrumento, não dotado dessas hipóteses de exceção do rol taxativo do artigo 1.015, CPC.

Isto se dá em virtude do contraste do princípio da unirrecorribilidade das decisões, com o disposto no artigo 1.009 §1º do CPC, que permite a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis.

As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Porém é necessário analisar se é possível recorrer novamente de questões já impugnadas no recurso de agravo de instrumento não conhecido ante a ausência de preenchimento dos requisitos da taxatividade mitigada, ou seja, quando houve a criação do precedente que permitiu a interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas do art. 1.015, CPC, não se estabeleceu as consequências do seu não conhecimento e a possibilidade ou não de interposição da apelação quando já se agravou da decisão interlocutória.

Ora, se for se for aplicado o princípio da unirrecorribilidade das decisões, que conforme mencionado anteriormente visa proporcionar a cada decisão um único recurso, não podendo as partes utilizar de mais de um recurso para impugnar uma mesma decisão, não se poderá impugnar a decisão interlocutória via preliminar de apelação, nos termos do art. 1.009 §1º do CPC, pois o agravo de instrumento já foi interposto e não conhecido por ausência dos requisitos da taxatividade mitigada.

Dessa forma, fica demonstrado que há um evidente conflito entre o disposto no CPC, o princípio da unirrecorribilidade das decisões e a decisão do STJ, que somente analisou a questão da possibilidade de interposição do agravo de instrumento fora da hipótese do art. 1.015, CPC, mas não disciplinou como proceder quando o recurso for interposto e não for conhecido por ausência dos pressupostos da taxatividade mitigada e a posterior interposição do recurso de apelação.

2 AGRAVO DE INSTRUMENTO E A TAXATIVIDADE MITIGADA

Conforme demonstrado no tópico antecedente, há uma possível incompatibilidade entre o não conhecimento do agravo de instrumento por ausência dos pressupostos de taxatividade mitigada e o princípio da unirrecorribilidade recursal, onde pode gerar a impossibilidade de utilização da preliminar da apelação para impugnar a decisão interlocutória já impugnada por agravo de instrumento.

Aprofundando essa questão, faz-se necessário entender o conceito do recurso de agravo de instrumento, assim como a teoria desenvolvida pelo STJ.

2.1 Do Agravo de Instrumento

Inicialmente, o agravo de instrumento é o recurso cabível quando a finalidade for impugnar uma decisão interlocutória. Entende-se que decisão interlocutória é aquela decisão que não põe fim à fase cognitiva do processo, mas que tem como finalidade apreciar uma questão judicial que será analisada antes da prolação da sentença.

Assim, dispõe o art. 203, §2º, CPC que decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1. Dessa forma, percebe-se que o pronunciamento judicial que não se configure como sentença, ou seja, que não coloque fim ao processo, é uma decisão interlocutória, dessa forma, desfruta de uma natureza residual.

No que tange ao entendimento doutrinário, conceitua Didier Jr, Braga e Oliveira (2016, p. 314)

Decisão interlocutória é, de acordo com o §2º do art. 203, todo pronunciamento com conteúdo decisório que não se enquadre na definição de sentença. Melhor seria que dissesse: é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório que não põe fim à fase do procedimento em primeira instância. [...]

Como todo pronunciamento judicial, a decisão interlocutória tem um recurso específico, que é chamado de agravo de instrumento.

O novel Código de Processo Civil trouxe significativas mudanças para o recurso de Agravo de Instrumento, isto se deu em virtude do antigo código do ano de 1973, prevê, duas espécies impugnação de decisão interlocutória, a primeira, chamada de agravo retido, que foi retirada do ordenamento jurídico e a segunda espécie, chamada de agravo de instrumento, que permanece até os dias atuais.

A modificação se deu em virtude do CPC, 1973 prevê de forma abrangente que toda decisão interlocutória que eventualmente causasse prejuízo irreparável ou lesão grave às partes, poderia se utilizar do recurso de agravo de instrumento com a finalidade de demonstrar o

inconformismo com a decisão que não poderia esperar até a sentença para ser impugnada via apelação.

Ocorre que essa abrangência em possibilitar o uso do recurso em qualquer decisão interlocutória, ocasionava uma morosidade demasiada no processo, impedindo com que ele atingisse o seu objetivo, que é dar uma solução à demanda, infringindo o princípio da celeridade processual.

Dessa forma, o CPC, 2015 regulamentou essa abrangência e delimitou o uso do recurso de agravo de instrumento somente para as hipóteses previstas no art. 1015, CPC, classificando o rol deste artigo como taxativo.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário

Porém desde a promulgação do CPC/2015, verificou-se a impossibilidade de limitar o uso do agravo de instrumento somente para os casos previstos no artigo 1.015, CPC em virtude de vários acontecimentos processuais que exigiam uma apreciação antecipada pelo Poder Judiciário, mas que não se encaixam no rol do art 1.015, CPC e nem poderiam esperar até o final do processo para serem analisados.

2.2 Da Tese Desenvolvida pelo STJ

Diante da impossibilidade do art. 1.015, CPC prevê todas as hipóteses de cabimento ao Agravo de Instrumento, o Superior Tribunal de Justiça por intermédio do REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520 ambos da Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Decidiu que o rol do artigo 1015 do CPC é taxativo, porém possui uma taxatividade mitigada, possibilitando a interposição do agravo de instrumento quando demonstrado o risco de dano grave, ou seja, quando houver urgência em fatos que não podem esperar até a sentença para serem decididos, assim como ausência de eficácia da impugnação via preliminar de apelação.

Em primeiro momento, essa solução é desenvolvida no âmbito do RESP n. 1.696.396 tendo recebida o nome de taxatividade mitigada (BRASIL, 2018):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência. 9- Recurso especial conhecido e provido.

A tese da utilidade recursal perfaz-se da seguinte forma: se o recurso adequado para impugnar decisão interlocutória não agravável – preliminar de apelação – não for útil ao interesse do recorrente, poderá se agravar a decisão interlocutória. Somando-se ao primeiro critério, o recorrente deverá comprovar a situação de urgência para que seu recurso seja admitido pelo órgão julgador de segunda instância.

Nesse sentido, cita-se Seixas e Thamay (2019, p. 192):

A construção jurisprudencial é interessante, pois cria dois critérios para a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias em situações alheias ao art. 1.015, CPC, baseando-se em dois critérios cumulativos quais sejam: a utilidade recursal do agravo de instrumento e a urgência do fato jurídico impugnado no recurso.

A proposição fixada pelo STJ e de observância obrigatória por todos os órgãos judiciais do Brasil, desde sua publicação em 19 de dezembro de 2018, tendo em vista que a decisão foi proferida em sede de recurso especial repetitivo, deve ser objeto de reflexões, ante ao impacto que irá causar nas relações jurídicas processuais.

Primeiramente, os argumentos de utilidade do recurso de agravo de instrumento e inutilidade do recurso de apelação com preliminar de impugnação da decisão interlocutória é passível de diversas interpretações casuísticas, fato que ocasiona insegurança jurídica, da mesma forma, como entende a relatora, que os métodos interpretativos de extensão e analogia.

Seixas e Thamay lecionam ainda que (2019, p. 192):

o segundo requisito, a urgência da situação fática, torna, ainda mais, o dispositivo aberto, cedendo à oportunidade do interessado a utilização do agravo de instrumento em qualquer decisão interlocutória que lhe causar prejuízo. Por fim, caso prevaleça o entendimento defendido pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, há a criação de mais um requisito de admissibilidade recursal ao agravo, qual seja: a verificação da necessidade de analisar a existência da utilidade do recurso de apelação e da urgência do inconformismo recursal.

A definição da tese se baseia não na taxatividade que impossibilita qualquer tipo de interpretação do dispositivo, mas, segundo critérios de utilidade do recurso interposto imediatamente após a prolação da decisão interlocutória e da urgência, permitiria a utilização do agravo de instrumento fora das hipóteses legais, não com base em interpretações analógicas ou extensivas, as quais, segundo a relatora, não teriam segurança jurídica, vez que não haveria certeza sobre as hipóteses de cabimento do recurso, permitindo uma abertura em demasia, fato não desejado pelo legislador.

Nessa perspectiva, cabe analisar a viabilidade jurídica de impugnação em preliminar de Apelação de assuntos rejeitados em agravo de instrumento em virtude da ausência de

taxatividade mitigada, analisando o princípio da unirrecorribilidade e eventual esgotamento da recorribilidade diante de uma possível preclusão consumativa.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DA PRELIMINAR DE APELAÇÃO IMPUGNANDO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IMPUGNADA POR AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA TAXATIVIDADE MITIGADA

Examinado o conceito do recurso de agravo de instrumento e o significado da taxatividade mitigada, que é uma novidade processual atribuída pelo STJ, é necessário resolver a questão que motivou este trabalho.

Ora, quando ocorrer o não conhecimento do agravo de instrumento em virtude da ausência de taxatividade mitigada, tem-se que analisar que eventual proibição de recorrer em preliminar de apelação sobre aspectos já impugnados e não conhecidos em virtude da ausência de taxatividade, acarreta um cerceamento de defesa e violação expressa da norma constitucional, principalmente ao duplo grau de jurisdição e ao princípio da primazia do julgamento com mérito.

Esta violação se caracteriza mais precisamente quando se observa a letra do artigo 5º, LV da Carta Magna, onde conforme já mencionado, dispõe que nos procedimentos administrativos e processos judiciais é assegurado o contraditório e ampla defesa por intermédio de todos os meios e recursos inerentes.

Dessa forma, percebe-se que a impossibilidade de recorrer em preliminar de apelação em virtude do princípio da unirrecorribilidade contraria a Constituição Federal, assim como também o princípio do contraditório e ampla defesa e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Além do mais, sob a perspectiva da primazia do julgamento de mérito, um princípio processual não pode limitar o exercício da pretensão recursal em ver analisado o mérito, vez que é este que importa para solução do conflito apresentado pelas partes.

Deste modo, há de haver uma ponderação no que tange ao princípio da unirrecorribilidade das decisões e o direito de defesa, o direito de ter o mérito do recurso apreciado e o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, admitindo, excepcionalmente, a interposição da preliminar de apelação mesmo já tendo ocorrido a interposição do agravo de instrumento e este não tenha sido conhecido.

Outrossim, é necessário haver uma interpretação extensiva do dispositivo que regulamenta a interposição da preliminar de apelação, para conceder não somente essa possibilidade de recorrer em preliminar de apelação dos assuntos que não são passíveis de agravo

de instrumento, mas também, para aqueles assuntos que já foram impugnados em agravo de instrumento, porém não foram conhecidos, em virtude da ausência de taxatividade mitigada, perfazendo-se uma compatibilização entre as regras vigentes e o precedente desenvolvido pelo STJ.

Isto se dá pelo motivo do artigo 1009 §1º do CPC conceituar a possibilidade desta forma de impugnação de uma maneira geral, não especificando uma regulação para a hipótese analisada neste ensaio.

É certo que o CPC entrou em vigência antes da decisão que confere taxatividade ao agravo em determinados casos, logo, não tinha como definir que esta aplicação se restringiria somente para o rol taxativo do artigo 1015.

Portanto, é mais um motivo pelo qual deve ser dada a interpretação extensiva a este artigo, possibilitando que as questões já impugnadas e não conhecidas por falta de taxatividade, sejam recorridas novamente, em preliminar de apelação, observando-se que o recurso não conhecido em virtude da ausência de taxatividade mitigada, também configura-se como uma forma de não cabimento de agravo de instrumento, logo, não poderá ocorrer a incidência da preclusão.

Dessa forma, não admitir a impugnação em apelação de assuntos que não são dotados de taxatividade mitigada do agravo de instrumento, ofende o acesso à prestação jurisdicional, que constitui um pilar do estado democrático de direito, uma vez que contraria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da primazia do julgamento de mérito, vai em sentido contrário também à legislação complementar, que é o Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 1009 §1º.

Ainda, reforça o argumento ora defendido a possibilidade de interpretação sistemática do Código de Processo Civil que permite aos Tribunais Superiores, art. 1.029, § 3º, CPC, mitigar os rigores dos requisitos de admissibilidade para analisar o mérito do recurso especial e extraordinário.

Logo, se é possível aos principais tribunais do país, com fundamento no princípio da primazia do julgamento com mérito, superar meros aspectos processuais para definir definitivamente o mérito do recurso, deve-se permitir que o órgão de segunda instância supere o princípio da unirrecorribilidade para analisar a questão decidida em decisão interlocutória.

Por fim, fica constatado que existem mais argumentos jurídicos a favor da interposição de impugnação em preliminar de apelação de assuntos já impugnados e não conhecidos em virtude da ausência de taxatividade mitigada do agravo de instrumento, do que que argumentos que vão contra, tendo, portanto que haver uma ponderação entre todos esses princípios mencionados,

combinados com a legislação complementar e o princípio da unirrecorribilidade das decisões, sendo, dessa forma, este tipo de impugnação, uma exceção ao princípio da unirrecorribilidade.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou responder uma questão processual hipotética, qual seja: a possibilidade de manejo da preliminar de apelação para impugnar uma decisão interlocutória onde já houve a interposição de um agravo de instrumento não conhecido por ausência de preenchimentos dos requisitos da teoria da taxatividade mitigada.

No decorrer do trabalho foram abordados a questão da principiologia processual, seja aquela aplicada a todos os institutos do processo civil, bem como aqueles específicos do sistema recursal, em especial o princípio da unirrecorribilidade recursal.

Após, se abordou a questão referente ao pronunciamento jurisdicional denominado decisão interlocutória, assim como o instrumento recursal que permite sua impugnação - o agravo de instrumento - e, por fim, a teoria do STJ que mitigou o art. 1.015, CPC e permitiu a interposição deste recurso fora das hipóteses previstas em lei.

No entanto, ao se fixar a tese jurídica houve uma consequência não abordada pelo STJ que foi se o não conhecimento do Agravo de Instrumento impossibilita ou não a utilização da preliminar de apelação.

Buscando uma resposta para este questionamento, o terceiro tópico se debruçou sobre os princípios processuais e recorrendo ao método de interpretação extensiva, defende-se a possibilidade de utilização da preliminar de apelação, mesmo que já se tenha interposto o agravo de instrumento e este não tenha sido conhecido por ausência dos requisitos da teoria desenvolvida pelo Tribunal Superior.

O argumento que fundamenta a possibilidade de interpretação extensiva do art. 1.009, §1º, CPC se baseia, principalmente, no princípio da primazia do julgamento com mérito.

Ora, se de um lado há uma impossibilidade de manejo da apelação em virtude do princípio da unirrecorribilidade recursal e de outro lado o princípio da primazia do julgamento do mérito, neste conflito de princípios processuais deve se aplicar aquele que cumpre com a função primeva do Poder Judiciário que é resolver os conflitos de interesse.

Importante, por fim, frisar que o próprio legislador mitigou os rigores da admissibilidade recursal para que os Tribunais possam analisar o mérito dos recursos, tendo como principal exemplo o art. 1.029, § 3º, CPC que permite ao Ministro do STF ou STJ superar

algum vício de admissibilidade recursal para analisar o mérito do recurso especial e extraordinário.

Assim, defende-se a criação de uma exceção ao princípio da singularidade para permitir que mesmo tendo ocorrido a interposição do agravo de instrumento, seja possível a utilização da preliminar de apelação para se analisar na segunda instância o conflito de interesses das partes e julgar a pretensão recursal, ultrapassando-se as questões de admissibilidade recursal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 25 abr. 2020

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 Abr. 2020

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 25 abr. 2020.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 26 Abr. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.821.793/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Dje: 22/08/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AGRAVO+DE+INSTRUMENTO%22+E+%22TAXATIVIDADE+MITIGADA%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em : 06 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.696.396. Diário de Justiça eletrônico: 19.12.2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AGRAVO+DE+INSTRUMENTO%22+E+%22TAXATIVIDADE+MITIGADA%22&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 06 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.704.520/MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Corte Especial, Diário de Justiça Eletrônico: 19/12/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AGRAVO+DE+INSTRUMENTO%22+E+%22TAXATIVIDADE+MITIGADA%22&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em : 06 abr. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil : Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Salvador : Juspodivm, 2016.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *APUD* MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório ? Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980.

NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil. 9º ed. Bahia: JusPodium. 2017

SEIXAS, Bernardo Silva de Seixas; THAMAY. Rennan Faria Krüger. O Entendimento Jurisprudencial do Agravo de Instrumento. Pará. Congresso Nacional do CONPEDI BELÉM-PA. 2019.

SEIXAS, Bernardo Silva de Seixas; SOUZA. Roberta Kelly Silva Souza. A Importância do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal para o Efetivo Acesso à Justiça no Brasil. v.9. Porto Alegre. Cadernos do Programa de Pós Graduação. Direito/UFRGS. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo : Processo de Conhecimento, Cautelar, Execução e Procedimentos Especiais. 3º ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

REDE DE TECNOLOGIA SOCIAL PARA O DESENVOLVIMENTO DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS LOCAIS: UM ELEMENTO PROMOTOR DE CONCRETUDE DO IDEAL DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

SOCIAL TECHNOLOGY NETWORK FOR THE DEVELOPMENT OF LOCAL INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS: AN ELEMENT THAT PROMOTES THE CONCRETENESS OF THE IDEAL OF ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY

Pedro Cintra Machado¹

Erivaldo Cavalcanti e Silva filho²

RESUMO

O trabalho desenvolve a necessidade da criação de uma rede de tecnologia social fazendo um contraponto entre a teoria de Garrett Hardin com a de Elinor Ostrom. Para tanto, apresenta uma alternativa para sua aplicação local. A metodologia utilizada dois a descritiva crítica, a qual utilizou a literatura acerca do tema como fonte de desenvolvimento do texto. Portanto, a teoria de Hardin é visivelmente não é plausível para as redes tecnológicas

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade ambiental; Rede de tecnologia social; Tragédia dos comuns.

ABSTRACT

The paper develops the need for the creation of a social technology network, establishing a counterpoint between Garretti Harden's and Elinor Ostrom's. Therefore, it presents an alternative for local arrangements implementation. The methodology relayed upon two critical descriptive, based on the literature on the topic as a source of development of the text. Therefore, Hardin's theory is clearly not plausible for technological networks

¹ Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

² Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA) e do Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas (PPGD-UFAM). Membro do Grupo de Estudos de Direito de Águas (GEDA). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7170-0213>.

2595-6795.

KEYWORDS: Environmental sustainability; Social technology network; Tragedy of the commons.

INTRODUÇÃO

A partir da década de 1960, se intensificaram os debates acerca do evidente panorama de degradação ambiental subjacente ao crescente processo de industrialização, o que motivou a discussão do tema na Conferência de Estocolmo, de 1972. Os limites planetários à escalada global dos mecanismos de consumo dos recursos naturais disponíveis, além do acúmulo de subprodutos advindos dos processos de produção, precisavam ser definidos.

Um dos eventos que sensibilizaram fortemente a opinião pública mundial foi a ocorrência da Doença de Minamata, no Japão, em 1956. Naquela ocasião, a cidade de Minamata sofreu uma intensa contaminação por mercúrio, proveniente de descartes industriais em sua baía. Centenas de pessoas adoeceram devido ao consumo de peixes contaminados, algumas falecendo em razão das complicações advindas da intoxicação (SILVA, 2017, p. 50).

A tese da necessidade de imprimir uma harmonização entre o modelo de desenvolvimento econômico ocidental e a cartilha ecológica começou a tomar forma naquele cenário. Surge o conceito de desenvolvimento sustentável, fortemente influenciado pelo movimento pioneiro do eco-desenvolvimento, promovido por Strong em 1973, cujas bases para o modelo ideal deveria compreender: a) a satisfação das necessidades básicas; b) a solidariedade com as gerações futuras; c) a participação da população envolvida; d) a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente em geral; e) a elaboração de um sistema social garantindo emprego, segurança social e respeito a outras culturas, e f) programas de educação (BRÜSEKE, 1995, p. 16).

Em 1983, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente emitiu um documento referencial para o conceito em questão, que ficou conhecido como Relatório Brundtland, em alusão ao nome da primeira ministra norueguesa, Gro Harlem Brundtland, que presidia aquela agenda. Neste documento, o desenvolvimento sustentável foi definido como “O desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (BRUNDTLAND, 1987).

2595-6795.

Produziram-se, em seguida, vários outros documentos em âmbito internacional que trataram do desenvolvimento sustentável, merecendo relevo a Conferência do Rio de 1992 e o Protocolo de Quioto de 1997.

Em 1994, Elckington desenvolveu o conceito de “Triple Bottom Line”. Este conceito pugna pelo chamado tripé do desenvolvimento sustentável, composto pelos aspectos ecológicos, sociais e econômicos (ELKINGTON, 2013 e 1998). Tal abordagem da definição do desenvolvimento sustentável, agregado ao aspecto intergeracional explicitado no Relatório Brundtland, permitiu a sua sedimentação e reconhecimento internacional entre o rol de Direitos Humanos.

Com efeito, o Direito ao desenvolvimento sustentável foi positivado em documentos internacionais que tratam de Direitos Humanos e também em várias constituições nacionais, como a Constituição Brasileira de 1988, que em seu art. 170, inciso VI, estrutura a ordem econômica fundada no trabalho e na livre iniciativa, sem prescindir da “defesa do meio ambiente”.

Entretanto, é marcante o indelével embate entre o modo de produção do capitalismo extrativista e os princípios norteadores do desenvolvimento sustentável.

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função delas (SILVA, 2005, p. 789).

A dissonância existente entre o modo de produção capitalista e a sustentabilidade ambiental reside nos problemas relacionados à tecnologia convencional (TC). Esta busca maximizar a produtividade entendendo-a como uma função do trabalho e do capital, como é ilustrado pela

2595-6795.

equação de Cobb-Douglas, comumente usada em modelagem industrial (ZELLNER, OKMENTA e DREZE, 1966).

A TC maximiza a produtividade em relação à mão-de-obra ocupada. Na realidade, o indicador de produtividade que correntemente se utiliza é enviesado, não é um indicador neutro. A tecnologia social implica que se esteja sempre considerando mais produtiva uma empresa que diminui o denominador da fração produção por mão-de-obra ocupada. Assim, por exemplo, se uma empresa consegue diminuir a mão-de-obra numa proporção maior do que diminuiu sua produção, ela se torna mais “produtiva”. Não importa se o que fez foi “enxugar” o pessoal mediante uma reorganização do processo de trabalho que possibilita que um mesmo trabalhador tenha de desempenhar uma tarefa antes realizada por dois (DAGNINO, 2004, p. 3).

Deste modo, pode-se inferir que um dos problemas relacionados ao modo de produção capitalista correlaciona-se com a sua base tecnológica. Sendo assim, foram realizadas novas proposições de paradigmas tecnológicos substitutivos, dentre os quais figura a chamada tecnologia social (TS).

O conceito de tecnologia social, em contraposição à tecnologia convencional, descende de outro conceito, denominado tecnologia apropriada (TA). Esta última muito difundida no meio acadêmico nas décadas de 1960 e 1970, encontrou resistência com a recrudescência do pensamento neoliberal por volta da década de 1980.

O conceito de tecnologia apropriada não é unívoco, nas palavras de Buarque, pode-se dizer que,

(...) o conceito de tecnologia apropriada (em suas diferentes interpretações) tem a sua origem na *reconsideração do aspecto social no desenvolvimento econômico*, na busca do bem-estar para o conjunto da população e em uma perspectiva de desenvolvimento autossustentado e de longo prazo. Estes são os objetivos gerais (aparentemente irrefutáveis) que se procura integrar a um dado modelo tecnológico, e a uma certa organização dos processos produtivos. A tecnologia representa, nesse sentido, um ponto de convergência e harmonização de diferentes variáveis econômicas, sociais, ecológicas e culturais, um vetor de estilos de desenvolvimento, um instrumento para alcançar os objetivos gerais de bem-estar social, justiça, equidade e desenvolvimento independente (BUARQUE, 1983, p.71).

As tentativas de desenvolvimento das tecnologias apropriadas singraram na comunidade científica, ainda que sujeitas a fortes objeções. O marcado engajamento social da proposta constitui

2595-6795.

óbice à uma pretensa neutralidade da ciência. Esta visão está superada, entretanto, pelo que se sabe hodiernamente a respeito da não existência de tal categoria chamada ciência neutra.

É emblemática a implementação, por exemplo na Índia, dos chamados “*Grassrupt Innovations*”, há mais de 30 anos. Estes foram concebidos como “um projeto orientado a pesquisar e resgatar os conhecimentos tecnológicos dos setores vulneráveis da sociedade” (GUPTA, 2003, p. 28). A proposta, de enfoque inclusivo, busca resgatar agentes econômicos vulneráveis, habilitando-os à atividade econômica por meio da adoção de tecnologias de baixo custo, incluindo práticas sustentáveis, desenvolvidas no seio da própria comunidade local.

A tecnologia social surge e desenvolve-se nesse cenário, com a reafirmação da cientificidade do modelo de desenvolvimento de tecnologias apropriadas. Nesse contexto, os papéis da produção de conhecimento e da necessidade de inovações, cativaram a comunidade universitária, algumas entidades da sociedade civil e, menos frequentemente, administrações públicas locais. Dito isso, pode-se definir tecnologia social como: “a TS compreende produtos, técnicos e/ou metodologias reaplicáveis, desenvolvidas em interação com a comunidade e que reapresentam efetivas soluções de transformação social” (OTTERLO, 2009, p. 42).

No Brasil, por iniciativa do Banco do Brasil, foi criado o Banco de Tecnologias Sociais, cujo repositório apresenta vários modelos que atendem os requisitos explicitados, especialmente a inclusão social e a sustentabilidade. Como ilustração pode-se citar o sistema de recuperação florestal nomeado “Ecologia Criativa”, uma iniciativa de Miyawaki, que desenvolveu técnicas simples e de fácil manejo para viabilizar o plantio de mudas de aproximadamente 50 a 70 espécies, como o Cumaru (*Dipteryx spp.*), Andiroba (*Carapa guianensis*), Mata-mata (*Lecythis coreacea*) e Cedro Rosa (*Cedrela orata*) (MATTOS, n.d.).

Como se observa na tabela abaixo é evidente a contraposição entre as tecnologias convencionais empregadas majoritariamente pelo capital extrativista e as chamadas tecnologias sociais.

Tabela 1.

Diferenças relevantes entre as tecnologias convencionais e as tecnologias sociais

<i>Tecnologias convencionais</i>	<i>Tecnologias sociais</i>
----------------------------------	----------------------------

São poupadoras de mão de obra	São inclusivas, possibilitando o ingresso de indivíduos em condições de vulnerabilidade
É alienante (não permite acesso direto do produtor, senão de forma segmentar)	Menor atomização da produção. Métodos de uso comum, com técnicas desenvolvidas frequentemente no seio de comunidades autóctones
Hierarquizada (existe a figura do proprietário/acionista)	Distribuição mais equânime dos resultados
Monopólio de grandes empresas e corporações	Empreendimentos de pequeno ou médio porte. Agentes econômicos locais.
Padrões orientados pelo mercado	Padrões de produção voltados para a subsistência e melhoria da qualidade de vida dos integrantes e das comunidades próximas

Fonte: Elaborada pelo autor, 2019.

1 GOVERNANÇA AMBIENTAL NO BRASIL E O DILEMA DA TRAGÉDIA DOS COMUNS.

Os modelos de governança ambiental em todo o mundo foram influenciados em larga medida pelo chamado paradigma da tragédia dos comuns. Para Hardin (1968), a governança de bens comuns, dentre os quais o meio ambiente, requer a apropriação destes por atores públicos ou privados. Caso os recursos ambientais não sejam apropriados de alguma maneira, a tendência de maximização do resultado levada a cabo por cada um dos agentes que exploram tais recursos os levará inexoravelmente ao esgotamento completo.

Por outro lado, assume Hardin que a apropriação dos bens, seja ela pública ou privada, limitará as ações dos agentes que os exploram, devido ao interesse conservacionista do detentor do direito de propriedade, uma vez que ele estabelecerá institutos e regras buscando promover a sustentabilidade, evitando assim que qualquer um dos agentes efetue uma sobre-exploração predatória.

Tal paradigma, por óbvio, justifica a tutela dos bens comuns pelo estado, especialmente quando a conservação de tais bens não constitui um papel relevante, a priori, a partir da lógica da

2595-6795.

produção econômica. Alguns economistas costumam chamar essa circunstância de falha de mercado (DE CAMPOS, 2009, p. 287).

No Brasil, conforme explicitado no art. 3º, II e III da Constituição Federal, estão definidos, dentre os objetivos fundamentais da República, a promoção do desenvolvimento nacional e a da redução de desigualdades. Por outro lado, no art. 170 é possível consignar a dimensão da necessidade de conciliar esse desenvolvimento com a defesa do meio ambiente hígido, alçado à categoria de direito fundamental nos termos do art. 225 da citada Carta.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao poder público e à coletividade** o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2019).

A despeito do compartilhamento de responsabilidade do poder público com toda a sociedade civil, como explicitado no caput do art. 225 da CFB, o Estado Brasileiro exerce um protagonismo relevante, uma vez que produz normas para a determinação dos limites da atividade econômica, bem como detém a prerrogativa do uso da força.

O arcabouço normativo que constitui as instituições de proteção ao meio ambiente, entretanto, tem um aspecto dual. A rigor, no mais das vezes, o ideal conservacionista prevalece nas ações do governo brasileiro, o que caracteriza um forte viés antropocêntrico na política de meio ambiente. Outras vezes, prevalece o aspecto preservacionista, despreocupado com a inserção social das medidas tomadas (SIQUEIRA, 2004, p. 4).

Ademais não conseguem atingir o objetivo proposto, como a definição de grandes proporções de reserva que na Amazônia legal, quando em região de florestas, pode atingir 80%.

Em recente trabalho Oliveira e Bacha (2003), demonstram empiricamente, através da estimação de um modelo linear, em que a medida do cumprimento da Reserva Legal, a incapacidade do mecanismo de Reserva Legal em resistir a pressão antrópica, ou seja, demonstraram empiricamente sua ineficácia. Segundo esses autores a Reserva Legal “existe” onde não há pressão antrópica sobre a base de recursos naturais e “não existe” onde há pressão. Ou seja, o mecanismo de Reserva Legal mostrou-se, até aqui, incapaz de atingir seus objetivos (SIQUEIRA, 2004, p. 13).

Portanto, é possível questionar o paradigma de Hardin, demonstrando que as duas soluções que propõe não são ideais em nenhuma medida. Ainda que o Estado procure apresentar-se como legítimo representante do interesse público e busque canais democráticos para estabelecer um regime probó de governança, o frequente distanciamento entre os gestores e órgãos públicos da realidade local onde será efetivamente explorado o bem comum, torna difícil a implementação de métodos adequados para a otimização do desenvolvimento econômico simultâneo à preservação do bem comum ambiental.

É bem verdade que a legislação brasileira avançou bastante em matéria de questões ambientais, como quando insere canais democráticos no processo de licenciamento ambiental, materializado na realização de audiências públicas, por exemplo. Entretanto, tal participação popular é limitada à fase inicial da concessão da licença ambiental. Ademais, tais audiências são municiadas com os documentos Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), que são produzidos às expensas do empreendedor. Sendo assim, ainda que seja proclamada a independência da equipe multidisciplinar que elabora tais documentos, o conflito de agência é evidente. Senão vejamos:

No Brasil, muitos Rimas são elaborados de forma burocrática, apenas para atender à exigência de que um documento com esse nome seja apresentado. É muito comum que sejam feitos de maneira apressada, cortando parágrafos ou seções inteiras dos estudos de impacto ambiental. Esses Rimas certamente não atendem ao objetivo de comunicação com o grande público. Há, contudo, exceções cada vez mais frequentes. Alguns proponentes preparam e imprimem centenas de exemplares de resumos dos Rimas, para promoverem uma verdadeira divulgação do projeto. Há resumos de poucas páginas com ilustrações abundantes, como foi o caso do projeto de dragagem do canal de Piaçaguera, em Cubatão, São Paulo. Tal iniciativa não pode ser confundida com a preparação de folhetos promocionais, que podem explicar o projeto, mas basicamente procuram defendê-lo. Outro enfoque, ainda raro, é preparar um Rima mais atraente para a leitura, como foi feito para a usina hidrelétrica de Tijuco Alto, na divisa do Paraná e São Paulo (SÁNCHEZ, 2015, p. 439).

2 O DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIAS SOCIAIS DE NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS A PARTIR DA CONTRIBUIÇÃO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI).

As tecnologias sociais, como visto alhures, referem-se a diversas implementações de modos e técnicas de produção, dentro de um espírito colaborativo, cujo alvo é promover sustentabilidade ambiental, baixos custos de produção e inserção social.

Tais incrementos de tecnologia podem se dar em várias dimensões do processo produtivo, desde as ferramentas utilizadas até as formas como os indivíduos se organizam para realizar o trabalho nas comunidades locais, ou seja, de que forma tais indivíduos elaboram o arcabouço institucional que possibilita ao mesmo tempo a sua coesão e a melhoria do processo produtivo.

Esse artigo objetiva concentrar a análise justamente nessa última categoria de tecnologia social, ou seja, como se constroem arranjos institucionais locais que possibilitam a concretização dos vetores de uma nova tecnologia social: sustentabilidade, inclusão social e baixos custos de produção.

Entendem os autores que, nos últimos tempos, a maior contribuição nessa seara se deu com os trabalhos elaborados pela Ostrom, os quais a levaram a conquistar o Prêmio Nobel de Economia em no ano de 2009.

Ostrom realizou uma extensa pesquisa empírica, alinhada com a corrente de pensamento econômico denominada Nova Economia Institucional (NEI).

A maioria dos analistas anteriores a Ostrom, assumiram que somente a apropriação privada ou uma intensa regulação governamental poderia afastar a sobre-exploração e a degradação dos recursos comuns, como as áreas de pesca. Ostrom demonstrou que comunidades podem produzir resultados superiores à regulação estatal exclusiva ou à propriedade privada quando os limites aos utilizadores e aos recursos são claramente definidos e que o monitoramento compartilhado do grupo e a observância às regras produzem fortes normas sociais e procedimentos para dar-lhes eficácia (MENARD, 2014, p.575)³

³ Tradução livre do autor.

Em frontal oposição à tese de Hardin, Ostrom demonstrou por meio de modelos matemáticos e estatísticos que as conclusões de suas pesquisas empíricas evidenciam certas características de alguns arranjos institucionais comunitários muito superiores às duas propostas apresentadas no paradigma da tragédia dos comuns, quais sejam a apropriação dos bens comuns por algum agente privado ou o estabelecimento de uma forte regulação estatal.

A construção de uma rede de tecnologia social a partir de uma iniciativa do Estado brasileiro, em regime de cooperação com entidades da sociedade civil organizada, como as que compõem o terceiro setor, poderia viabilizar e difundir o conhecimento adquirido com as pesquisas de Ostrom, o que representaria o fortalecimento inclusivo de comunidades locais no processo de exploração de bens comuns de forma sustentável.

Em virtude dos achados de suas pesquisas, Ostrom sugere algumas características aos arranjos produtivos locais capazes de promover adicional sustentabilidade ao modelo de exploração dos bens comuns, dentre elas, pode-se enumerar os seguintes:

1) limites bem definidos – clareza das regras para incentivar a cooperação e evitar as externalidades; 2) equivalência entre custos e benefícios – benefícios associados ao recurso de uso comum na proporção das contribuições; 3) acordos de escolha coletiva – participação da maioria na elaboração e modificação das regras; 4) monitoramento confiável - para que não haja desconfiança por parte dos usuários; 5) sanções graduadas – de acordo com a gravidade da violação, estimulando quem infringiu as regras a voltar a obedecê-las; 6) mecanismos de resolução de conflitos – que exponham os conflitos e sejam conhecidos pela comunidade; 7) reconhecimento mínimo dos direitos – o direito dos usuários criarem as próprias regras deve ser reconhecido pelo governo local ou federal; 8) empreendimentos aninhados – quando os recursos de uso comum são parte de um sistema maior, a intervenção do governo é necessária no sentido de coordenar a interdependência entre as unidades maiores e menores (OSTROM, 1990, p. 102).

Por outro lado, a implementação de tais arranjos presume a capacidade de articulação de tais indivíduos, a partir de modelos bem definidos. Esta capacidade poderia ser fomentada a partir de uma Rede de Tecnologias Sociais.

Neste sentido, a parceria com as universidades regionais ou mesmo com órgãos governamentais de auxílio e fomento à produção poderia estabelecer um modelo de difusão de informações que facilitasse o acesso de lideranças das comunidades locais, interessadas em

2595-6795.

desenvolver algum potencial produtivo regional conectado à exploração dos recursos naturais comuns (CAVALCANTE, 2011).

Assim a Rede de Tecnologia Social (RTS) poderia compartilhar todos esses aspectos relacionados a produção servindo-se das facilidades contemporâneas de difusão de informação a um custo bem reduzido e com grandes agilidade e proficiência.

CONCLUSÕES

Como visto, a tecnologia relacionada ao modo de produção pode ser um elemento promotor de sustentabilidade, agregando não apenas o aspecto ambiental propriamente dito, mas também o aspecto social, conforme a doutrina do Triple Bottom Line de Eckington.

A implementação de várias propostas de tecnologias sociais tem sido realizada. Estas propostas podem incluir não apenas aspectos técnicos, relacionados à tecnologia de construção ou de utilização de ferramentas otimizadas, mais baratas e acessíveis que os modernos mecanismos da indústria convencional, mas também aspectos relacionados às tecnologias de gestão e de conformação de novos arranjos produtivos.

Dentre estas tecnologias sociais de gestão e de conformação dos arranjos produtivos sustentáveis, é valiosa a contribuição de Ostrom, filiada à corrente neo-institucionalista da economia, a respeito da forma como determinadas comunidades locais, a partir de arranjos bem definidos e caracterizados pela autogestão, são capazes de promover uma maior sustentabilidade da exploração dos bens comuns. Além disso, as conclusões de Ostrom são perfeitamente amoldáveis aos requisitos das chamadas tecnologias sociais.

Tais resultados são melhores do que aqueles apresentados tanto pela apropriação privada dos bens comuns, como também pela intervenção estatal irrestrita com fulcro na conservação dos bens comuns *pari passu* promovem a inclusão social das comunidades locais no processo produtivo, como elabora Hardin.

A esse respeito, é preciso verificar que a inclusão de tais pessoas acrescenta uma camada adicional nos esforços de proteção ao meio ambiente, uma vez que elas são as maiores interessadas na higidez daquele meio, bem como na possibilidade de usufruir de forma mais perene dos recursos

2595-6795.

naturais comuns, o que eventualmente não ocorreria com pessoas sem nenhum vínculo com a região, como os agentes públicos da burocracia estatal, ou os acionistas do capital privado.

Dada as dimensões continentais do território brasileiro, para que tais objetivos fossem implementados, seria necessário que as comunidades locais e regionais dispusessem de meios idôneos para ampla difusão das informações e para o compartilhamento das experiências locais.

Por fim, vislumbra-se e propõe-se a implementação de uma verdadeira Rede de Tecnologias Sociais, a um custo baixo, dadas as características atuais das ferramentas disponíveis.

REFERÊNCIAS

BUARQUE, Cristóvam. **Tecnologia apropriada:** una política para la banca de desarrollo de América Latina. Lima: Asociación Latino-Americana de Instituciones Financieras de Desarrollo, 1983.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Our Common Future:** United Nations, 1987. Disponível em http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ie/se/pp/EnCom15/28Nov/SustDev/HELD_SustDev_UNECE_EnComm15_2006_c.pdf. Acesso em: 28.abr.2020.

BRÜSEKE, Franz Josef. **Desenvolvimento e natureza:** estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 1995. Disponível em <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Brasil/dipes-fundaj/uploads/20121129023744/cavalcanti1.pdf#page=15>. Acesso em: 28.abr.2020.

CAVALCANTE, P. Descentralização de políticas públicas sob a ótica neoinstitucional: uma revisão de literatura. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1.781-1.804, nov.-dez. 2011.

DAGNINO, Renato et al. A tecnologia social e seus desafios. **Tecnologia social:** uma estratégia para o desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Banco do Brasil, v. 1, p. 187-210, 2004. Disponível em <http://files.inclusao-e-desenvolvimento-soc.webnode.com/200000052-ef41bf039b/A%20tecnologia%20social%20e%20seus%20desafios.pdf>. Acesso em: 28.abr.2020.

2595-6795.

DE CAMPOS, Humberto Alves. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização (substituída pela Revista de Direito Internacional)**, v. 5, n. 2, 2009. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/702/572>. Acesso em: 28.abr.2020.

ELKINGTON, John. Partnerships from cannibals with forks: The triple bottom line of 21st-century business. **Environmental quality management**, v. 8, n. 1, p. 37-51, 1998. Disponível em <https://stuff.mit.edu/afs/athena/course/2/2.813/www/readings/TripleBottomLine.pdf>. Acesso em: 28.abr.2020.

ELKINGTON, John. Enter the triple bottom line. In: **The triple bottom line**. Routledge, 2013. p. 23-38. Disponível em <http://kmhassociates.ca/resources/1/Triple%20Bottom%20Line%20a%20history%201961-2001.pdf>. Acesso em: 28.abr.2020.

GUPTA, Anil K. et al. Mobilizing grassroots' technological innovations and traditional knowledge, values and institutions: articulating social and ethical capital. **Futures**, v. 35, n. 9, p. 975-987, 2003. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.4.8604&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 28.abr.2020.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/c850/b8dae97c91d3325d95586a8a15a0afc4c25e.pdf>. Acesso em: 28.abr.2020.

MATTOS, Josiane da Silva Souza. **Sistema Miyawaki de Restauração de Ecossistema na Amazônia**: Transforma Rede de Tecnologias Sociais. Disponível em <https://transforma.fbb.org.br/tecnologia-social/sistema-miyawaki-de-restauracao-de-ecossistemas-na-amazonia>. Acesso em: 28.abr.2020.

MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. The future of new institutional economics: from early intuitions to a new paradigm?. **Journal of Institutional Economics**, v. 10, n. 4, p. 541-565, 2014.

2595-6795.

Disponível em
https://www.researchgate.net/profile/Claude_Menard2/publication/269872668_The_Future_of_New_Institutional_Economics_From_Early_Intuitions_to_a_New_Paradigm/links/5873f68208ae6eb871c66c1c/The-Future-of-New-Institutional-Economics-From-Early-Intuitions-to-a-New-Paradigm.pdf. Acesso em: 28.abr.2020.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OTTERLO, Aldalice et al. **Tecnologias Sociais: Caminhos para a sustentabilidade**. Brasília/DF: s.n, 2009. Disponível em
https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/125273/mod_folder/content/0/Livros/rts_caminhos.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 28.abr.2020.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental**. 2.ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rafaela Rodrigues da et al. Convenção de Minamata: análise dos impactos socioambientais de uma solução em longo prazo. **Saúde em Debate**, v. 41, p. 50-62, 2017. Disponível em https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042017000400050. Acesso em: 28.abr.2020.

SIQUEIRA, Ciro Fernando Assis; NOGUEIRA, Jorge Madeira. O novo Código Florestal e a reserva legal: do preservacionismo desumano ao conservacionismo politicamente correto. In: **Congresso brasileiro de economia e sociologia rural**. 2004. p. 1-20. Disponível em <http://www.sober.org.br/palestra/12/08O387.pdf>. Acesso em: 28.abr.2020.

ZELLNER, Arnold; KMENTA, Jan; DREZE, Jacques. Specification and estimation of Cobb-Douglas production function models. **Econometrica: Journal of the Econometric Society**, p. 784-795, 1966. Disponível em
https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/91919/Kmenta-Specification_Estimation_Cobb-Douglas.pdf?sequence=1. Acesso em: 28.abr.2020.

A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO

THE INEFFECTIVENESS OF PROTECTIVE MEASURES IN FEMINICIDE

Graziele Lopes Ribeiro¹

Mariana Aguiar da Rocha Faria²

RESUMO

O presente trabalho traz como pano de fundo a análise da efetividade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, no que se refere à prevenção dos crimes de violência contra a mulher no ambiente familiar, tendo como objetivo a preservação da integridade física e psicológica feminina. Nesse contexto, relata-se o histórico da violência contra a mulher, estudando desde a cultura machista de submissão feminina até os direitos de igualdade e proteção conquistados. No desenvolver do estudo, delinea-se o feminicídio, suas características e singularidades para então se abordar as medidas protetivas da lei 11.340/2006. Ao final, abordam-se as principais políticas públicas de proteção a mulher como forma de prevenir e erradicar esse tipo de violência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; Feminicídio; Violência Doméstica; Medidas Protetivas; Efetividade.

ABSTRACT

The present work has as a background the analysis of the effectiveness of the protective measures provided for in the Maria da Penha Law, with regard to the prevention of crimes of violence against women in the family environment, with the objective of preserving the physical and psychological integrity of women. In this context, we report the history of violence against women, studying from the male culture of female submission to the rights of equality and protection conquered. In the development of the study, femicide is outlined, its characteristics and singularities, so that the protective measures of Law 11.340 / 2006 are addressed. In the end, the main public policies to protect women are addressed as a way to prevent and eradicate this type of violence.

KEYWORDS: Maria da Penha's law; Femicide; Domestic violence; Protective measures; Effectiveness;

¹ Doutoranda em Direito Constitucional, Mestre em Direito Internacional Econômico, graduada em direito com estudos de pós-graduação em direito. Professora de graduação e pós-graduação. Advogada. Email: grazielelopesribeiro@hotmail.com

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas - CEULP/ULBRA; email: mary-rochafaria@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a efetividade das medidas protetivas após a promulgação da Lei Maria da Penha e a Lei 13.104/2015, em função do agravante penal incluído na legislação vigente, visando a efetiva proteção a mulher, principalmente pela crescente divulgação dos casos de feminicídio através dos meios de comunicação, observando o histórico e o desenvolvimento social no Brasil da violência contra a mulher para chegar à contemporaneidade com as devidas análises da atual situação no país.

A estrutura patriarcal pela qual a sociedade brasileira organiza-se está conformidade com Portugal, país colonizador, este possui maioria da população enraizada na cultura católica, sendo extremamente patriarcal, estabelecendo uma hierarquia entre homens e mulheres, conferindo ao sexo feminino um papel social de submissão, com o objetivo de garantir através de violência psicológica ou física.

O feminicídio no Brasil é um problema social decorrente da violência contra a mulher, tipificando este quando uma mulher se torna vítima de homicídio apenas em razão de pertencer ao sexo feminino, então o feminicídio somente se consumará estando presentes a violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Observa-se como um dos principais aspectos da personalização do feminicídio a inserção como homicídio qualificado através do dispositivo legal supracitado, trazendo assim avanço considerável no ordenamento jurídico brasileiro na proteção quanto à integridade da mulher.

A Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio tem como objetivo diminuir os índices dos assassinatos contra o sexo feminino, entretanto deve-se analisar se realmente está ocorrendo real redução nos índices de atentados contra a vida das mulheres e se está ocorrendo a devida proteção mediante ao sexo feminino através do agravamento da legislação vigente.

Nesse aspecto o estudo, analisa a violência doméstica sob o enfoque da violência de gênero e forma de proteção para as vítimas na legislação vigente. A partir da abordagem que se estruturou o trabalho observa-se que não está se tratando de forma singular a violência, mas sim de uma sociedade inteira que convive com este problema todos os dias, pois os danos gerados para as vítimas de violência doméstica e familiar podem ser irreversíveis, tanto para elas, quanto para suas famílias, principalmente os filhos, que possuem uma tendência muito grande de repetir, quando adultos, aquilo que tiveram como exemplo de seus pais.

O índice de mulheres ceifadas continua considerável e em exponencial crescimento, buscando evitar que essas mortes aconteçam, foi criada a qualificadora do feminicídio no tipo penal do homicídio, agravando a pena daquele que praticar o crime prevalecendo-se da relação doméstica e familiar vivida.

1 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Iniciando a discussão quanto a violência contra a mulher, devemos conceituar e conhecer o sistema patriarcal, sua formação e o conceito inicial, ao qual tem a figura feminina como submissa, dependente e suscetível a todas as vontades dos homens, sejam pais, irmãos ou cônjuges.

Segundo Aguiar (2000, p. 303), “Patriarcado é um dos conceitos que vem despertando grande produção na literatura intelectual feminista recente e que também tem ocupado um lugar central no pensamento social brasileiro.”

Na história mundial observa-se a formação de diversas sociedades atuais no regime patriarcal, onde destacam-se os países colonizados ou formados na religião cristã, onde os homens foram sempre considerados os provedores de suas casas e as mulheres tratadas de forma submissa, como ocorreu na formação da República Federativa do Brasil ao ser colonizada em um formato extrativista pelos portugueses, país predominantemente Católico Apostólico Romano na época.

Para Lustosa (2016, p. 27),

O patriarcado não só constituiu as relações patriarcais de gênero, mas também impôs os padrões culturais patriarcais. Esses padrões são formados por comportamentos e pelo repasse de conhecimentos de geração para geração que reforçam a subordinação/dominação do homem sobre a mulher.

Observa-se então claramente a ocorrência de violências contínuas voltadas ao gênero feminino com o desenvolvimento histórico e social da humanidade enquanto esta encontra-se constantemente em papel de inferioridade e submissão, onde as violações podem ser de diversas naturezas, como a violência física, psicológica ou também a dependência financeira. A violência contra a mulher encontra-se em destaque na sociedade atualmente, principalmente pelos altos índices observados nos crimes de gênero, em grande parte estes ocorrem no ambiente doméstico, entretanto a violência contra a mulher não é um fato inovador na sociedade, podendo verificar seus primórdios em todo o mundo contemporâneo.

A diferenciação de tratamento entre gêneros está intrinsecamente relacionada com a história da humanidade, podendo ser apontados diversos acontecimentos através das gerações ou períodos históricos estando presente por todos os continentes, em alguns com maior vigor e entre outros com maior liberalidade, entretanto existindo geralmente a figura de submissão sobre o sexo feminino, seja por patrono, marido ou pelos pais e familiares consanguíneos.

Então Rodrigues (2016, p. 9),

É notório que a desigualdade de gênero é um dado social verificável em todas as sociedades do mundo, quer as ocidentais quer as orientais. Neste ponto, a nível comparativo, por mais profundas que sejam as diferenças culturais e religiosas observadas nos diversos agrupamentos humanos, um aspecto em comum entre eles é o modelo patriarcalista de organização social.

Observa-se a diferenciação de gêneros em diversas culturas, sejam estas orientais ou ocidentais, contemporâneas ou da antiguidade, alternando-se apenas a forma e a intensidade de tratamento do sexo feminino, contudo sempre visando a repressão de direitos essenciais para o desenvolvimento individual do ser humano, tentando influenciar continuamente a mulher para uma posição de submissão, devido ao regime patriarcal enraizado nos princípios sociais, distorcendo a moral da sociedade de forma natural.

Para Lustosa (2016, p. 12),

A história, em sua maior parte, sempre inferiorizou as mulheres e as colocou em uma posição de subordinação/dominação. Os fatores que sedimentaram essas condições são questionáveis e envolvem diversas teorias. A esse sistema de opressão sofrido pelas mulheres denomina-se patriarcado, e nele os homens exercem uma posição de poder sobre elas e há uma divisão do espaço público/privado, no qual o primeiro pertence aos homens e o segundo as mulheres.

Contudo com a evolução social e o desenvolvimento dos ideais patriarcais, iniciou-se a transformação do pensamento humano acerca da igualdade de gênero, entretanto de forma extremamente tardia, exemplificando através do pensamento ainda extremamente patriarcal apresentado por Rousseau no século XVII, época em que era pregada a igualdade como base da constituição francesa, como também seu contemporâneo Immanuel Kant, apresentados abaixo.

A compreensão dos fatores históricos, econômicos e sociais são necessários para a interpretação correta quanto ao surgimento e as ocorrências dos crimes contra a mulher, principalmente ao feminicídio, neste momento então será apresentado o desenvolvimento

do direito penal brasileiro visando compreender o cenário ao qual estão inseridas as mulheres no Brasil. Observa-se atualmente o destaque do feminicídio na sociedade, onde os meios de veiculação de informações como mídias tradicionais e redes sociais constantemente apresentam situações onde a mulher tenha sido objetivo de agressões ou homicídio pelo simples fato de seu gênero feminino, entretanto deve-se atentar que esta ocorrência não é apenas atual.

De acordo com Meneghel e Portella (2017, p. 3079),

O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade.

Então conforme apresentado pelos autores acima, o conceito de feminicídio está presente na sociedade mundial a algumas décadas, entretanto o mesmo não vem sendo tratado com o devido vigor, muitas vezes sendo considerado como homicídio em sua forma ordinária, deixando vulneráveis diversas mulheres, onde poderia ser evitado o crime contra a vida destas. Iniciou-se recentemente esse movimento de combate referente a violência de gênero no direito positivado, podendo destacar a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015), devendo ser discutido quanto a este tipo de violência de forma conclusiva.

2 RELAÇÃO DO FEMINICÍDIO E AS MEDIDAS PROTETIVAS

Atualmente o feminicídio encontra-se em discussão constante na sociedade brasileira, principalmente nos meios de comunicação como as redes sociais e os telejornais, exigindo uma análise jurídica e social de forma a aprofundar a efetividade e a real necessidade desta lei e como efetivamente proteger as mulheres de crimes de gênero.

No Código Penal Brasileiro (CPB) atualmente o feminicídio está localizado no art. 121 (homicídio simples), § 2º (homicídio qualificado) “, inciso VI (feminicídio), “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino” e atualmente é considerado como crime hediondo, diferente do homicídio simples, principalmente quanto às possíveis penas aplicadas, devido à sua gravidade, o homicídio em sua forma simples

possui pena de reclusão de 6 à 20 anos enquanto o feminicídio está estipulado no Código Penal Brasileiro (CPB) entre 12 e 30 anos de reclusão.

No ano de 2015, viu-se outro momento importante desse contexto tomar lugar – a sanção da Lei nº 13.104/2015, que instituiu a qualificadora do feminicídio no Código Penal Brasileiro e em seguida à aprovação, veio a sanção pela Presidenta da República, sob a declaração: “Não aceitem a violência dentro e fora de casa. Denunciem, e vocês terão o Estado brasileiro ao seu lado” (PRADO, 2015).

Então com este marco extremamente importante no combate ao feminicídio na sociedade brasileira, observa-se a devida consideração da gravidade e da lenta reação social e jurídica mediante ao elevado número de atentados à vida de mulheres apenas por seu gênero, observados diariamente na mídia atual, entretanto sendo ainda desconsiderados diversos casos que se encontram sem o devido reconhecimento da natureza destes crimes, prejudicando a devida efetividade da Lei nº 13.104/2015.

Os meios de comunicação são essenciais para o pleno desenvolvimento da democracia, embora, às vezes possuam uma postura antidemocrática ao exigirem a edição de leis penais extremas e acabam defendendo a abolição de direitos e garantias fundamentais, consagradas na Carta Magna, compreendendo que o problema da criminalidade estaria solucionado bastando um truque de mágica (DOROTEU E ANDRADE, p. 18, apud GOMES, 2013, p. 99).

Segundo Bauab e Nato (2017, p. 127),

Apesar dos avanços na legislação, após diversas lutas e movimentos, a Carta Magna aliada à lei infraconstitucional n.º 11.340/06 não conseguiram erradicar a violência contra a mulher. Fato é que a evolução da sociedade brasileira não acompanhou a evolução dos dispositivos legais. Neste cenário, surge em 2015 uma nova lei (Lei n. 13.104/15) que busca reprimir de forma mais gravosa os casos de violência doméstica contra a mulher.

Com o dinamismo da informação atualmente, essa é repassada de forma indiscriminada e disseminada através do país em um curto período de tempo, fazendo com que surjam radicalismos constantes, salientando o equilíbrio como fator essencial para o ordenamento jurídico de qualquer Estado democrático.

Ocorre que o legislador não se atentou para o fato que não é usual encontrar no abstrato da mente do sujeito ativo que o motivo do crime tenha sido a condição feminina da vítima, mais difícil ainda é encontrar o elemento probatório deste (JUNIOR E FRAGA, 2016, p. 19 apud FILHO, 2015).

Então ao analisar existe extrema dificuldade na constatação de motivo discriminatório contra a mulher devido a sua natureza de gênero, por estar intrínseco ao autor do crime de homicídio, ou seja, este é subjetivo e não pode ser observado pelo magistrado responsável ou pelo tribunal do júri ao efetuar a análise do réu, como por exemplo, meios de execução.

Enquanto Bauab e Nato (2017, p. 131),

Como já abordado, a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06) constituiu um marco histórico na luta pela igualdade entre gêneros, em face ao desdém e a violência velada e legalizada por tantos anos contra a mulher. Sem dúvidas, a violência contra as mulheres já diminuiu significativamente, mas a Lei do Feminicídio (Lei n.º 13.104/15) vem demonstrar que ainda existem casos gravíssimos contra elas e, pelo simples motivo de serem mulheres, ou seja, em razão do gênero; desta forma a última lei apela, com maior repressão e rigidez do que a anterior, mas não deixa de ser produto da primeira.

Explanou-se então claramente sobre a diversificação entre os dispositivos penais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro ligados diretamente a violência contra a mulher, podendo constatar de forma mais clara o crime contra o gênero feminino nos casos reincidentes, onde torna-se explícito a motivação do crime, contudo existindo diversos casos onde o agravante é aplicado apenas após ceifar-se a vida.

Então salienta-se na diversificação quanto ao feminicídio estar ligado apenas a questão de gênero e sua diversificação histórica apresenta anteriormente, impossibilitando analogias e interpretações convergentes quanto a transexualidade, ou interpretação visando outra forma discriminatória.

Segundo Bauab e Nato (2017, p. 131),

Em curto prazo, as leis enchem as cadeias e o judiciário de processos, mas resolvem parcialmente o problema, em longo prazo, espera-se uma mudança de mentalidade, uma reeducação social e cultural, cumulada com a erradicação do machismo e a diferença de gêneros, todavia é preciso manter o realismo, entendendo-se que o feminismo terá de atuar muito ainda, que muitas mulheres terão que queimar seus sutiãs até se obter um resultado satisfativo.

Conclui-se que a aplicação da Lei 13.104/2015, busca reduzir de forma imediata a violência contra mulher, entretanto de forma insignificante quanto ao total de casos, principalmente se analisado à longo prazo, deve-se buscar a aplicabilidade de medidas públicas inerente a conscientização social, buscando alterar a cultura atual, como também atingir formas de prevenção efetiva como as medidas protetivas.

Deve-se observar que o feminicídio é uma patologia social, onde o Estado em responsável por contê-lo e combatê-lo buscando métodos para efetuar reduções de forma exponencial, beneficiando a sociedade como um todo, pois estas mulheres são filhas, esposas, mães, irmãs e avós.

Para Meneghel e Portella (2017, p. 3078),

Dados do Mapa da Violência no Brasil mostram taxas ascendentes de mortes femininas por agressão no período de 1980-2010 e coeficientes de mortalidade que passaram de 2,3/100.000 para 4,8/100.000, representando um aumento de 111% no período. Atualmente, o Brasil ocupa o 5º posto em escala mundial, ficando abaixo apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia. [...] É provável que no crescimento das taxas observado nesse período estejam operando de modo articulado elementos da subordinação de gênero e raça e da situação socioeconômica em contextos de criminalidade urbana, o que cria uma nova condição de vítima para as mulheres. Uma parcela considerável dos feminicídios ocorridos no Brasil, nos últimos anos, relaciona-se à dinâmica do tráfico e do uso de drogas e aos homicídios sexistas.

Então ao observar e realmente constatar a efetivação de caso concreto de feminicídio o Estado tem por obrigação agravar a avaliação do crime ocorrido, evitando atenuá-lo através de outros crimes, como no caso de feminicídio, pois caso a diligência devida não esteja de acordo com a necessidade social, ocorrerá incentivo indireto a outros agressores, refletindo inconscientemente no âmbito social.

Então Dorigon e Dias (2017, p. 10),

Todavia sabe-se que é dever do Estado dar a real efetividade e fiscalizar a aplicação das leis, mas ocorre que o Estado é falho e não garantidor das leis já existentes, por isso criam-se cada vez mais leis e não ocorre a devida punição. Gize-se que além do combate referente às agressões ocorridas, é imprescindível a necessidade de mecanismos para a ocorrência da proteção efetiva, a assistência e a garantia de direito das mulheres, que integram às políticas públicas, visto que já são suficientes os meios existentes para a punição ao feminicídio.

O Estado possui deveres cruciais desde a prevenção mediante a sociedade a longo prazo até o dever de garantir justa e eficaz reparação através de julgamento para isso devem ser implantadas políticas públicas sustentáveis, garantindo o exercício de forma segura quanto aos componentes ligados ao poder judiciário e o acesso a justiça das vítimas ou de suas famílias.

Acompanhadas as medidas sociais também deve ser adotado o devido amparo as vítimas nos serviços de saúde públicos, como o atendimento adequado quanto buscando

a cura das feridas físicas e psicológicas, fazendo com que as vítimas ressocializem-se com maior facilidade.

Para Souza (2015, p. 10),

Junto com diversas esferas dos três poderes do governo brasileiro, promove debates, campanhas e ações coletivas. Realizou, por exemplo, no ano de 2014, fóruns de discussões entre juristas e promotoras brasileiras. Uma das pautas de debate, direcionada ao Ministério Público Brasileiro, incluía “A tipificação do feminicídio como forma qualificada de assassinato no Código Penal e adaptações na legislação brasileira para adoção do Modelo de Protocolo Latino-americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero”.

Observa-se então exemplos do exercício quanto ao papel do Estado, demonstrado de forma geral e posteriormente buscando trazer a realidade regional ao qual estamos localizados, ou seja, existe uma comoção nacional quanto a necessidade do acolhimento destas vítimas, buscando maximizar a efetividade das medidas protetivas diante da situação de risco das vítimas de forma preventiva.

3 A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas possuem o objetivo de realizar a proteção da integridade física e psicológico da mulher mediante abusos ocorridos no ambiente familiar, atenta-se a necessidade dessa proteção ser necessária, sendo realizada principalmente de forma preventiva, haja a vista a inefetividade destas medidas de forma corretiva após danos graves causados a mulher, pois mesmo que essa seja não venha ao óbito, ainda pode ter danos causados para a perpetuidade.

Segundo Santana e Piedade (2017, p. 9),

As medidas protetivas constituem uns dos meios mais assecuratórios contemplados pela lei Maria da Penha para manutenção do respeito à integridade dos direitos humanos das mulheres, com fins de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar. Apesar de ser utilizada quando já houve a lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado, resguardam direitos e detêm a continuidade da agressão, devido entre outros, a emergência na concessão da tutela requerida pela ofendida ou pelo Ministério Público. Assim, o reconhecimento de sua credibilidade pode ser demonstrada na procura das mulheres para valer-se dessas medidas.

Observa-se que as medidas protetivas foram implementadas no Brasil em acompanhamento com a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, esse fato é reconhecido como grande avanço quanto aos direitos femininos e ao combate de

crimes de gênero, podendo afastar o parceiro do convívio familiar, buscando garantir segurança para as mulheres.

Podemos concluir que atualmente existem dois eixos responsáveis por garantir o acesso das mulheres aos seus direitos e garantias, o primeiro é a educação acerca do tema, ou seja, deve ocorrer a divulgação acompanhada de conscientização, dos programas de atendimento humanizados e até mesmo das medidas protetivas em diversos níveis, a que pode recorrer caso a sua denúncia a coloque em risco. (SOUZA, REIS e RIBEIRO, 2020, p. 77),

Constata-se a importância da construção comunitária de conhecimento para manter as mulheres em segurança, como também a necessidade de sensibilização e atendimento humanizado dos profissionais envolvidos nos processos de inquérito, atendimento médico e judicial, quanto a constatação de periculosidade do agressor, em diversos casos existe a complexidade em ser constatado devido ao vínculo afetivo familiar, necessitando da realização da observância das autoridades a qualquer sinal para a implantação de medidas protetivas.

Compreende-se então as medidas protetivas como essenciais no combate a violência contra a mulher e na evolução de seus direitos diante da sociedade, buscando a igualdade de direitos entre homens e mulheres e findar a violência em ascensão relativa ao crime de gênero que ocorre principalmente pela impunidade observada na sociedade, então as medidas protetivas podem ser aplicadas como forma de garantir que seja preservada a saúde física e mental das mulheres, seus filhos, familiares e testemunhas.

Segundo Souza, Reis e Ribeiro (2020, p. 85),

Deste modo, a Lei Maria da Penha, prevê as medidas protetivas de urgência dada pelo poder judiciário a fim de garantir a integridade psicológica da mulher na situação de violência, promovendo o afastamento do agressor da vítima, em 48 horas. Causar dano emocional a saúde da mulher é crime tutelado por esta Lei.

As medidas protetivas de urgência possuem caráter imediato, desburocratizando assim os pedidos de auxílio ao poder público que eram judicializados com tempo de resposta extenso quando comparado a necessidade de atendimento, pois ao período em que estaria em avaliação o agressor poderia ter realizado danos inestimáveis ou até ceifado a vida de mulheres vítimas de agressão doméstica, desta forma, realiza-se o atendimento em tempo hábil com as medidas de urgência evitando maiores danos a estas mulheres.

Ainda de acordo com Souza, Reis e Ribeiro (2020, p. 62),

Após muita resistência e descaso com as mulheres/vítimas, vislumbrou-se a necessidade – através de medidas que puniram o Brasil em decorrência do referido descaso – da criação da Lei 11.340/06 – a famosa Lei Maria da Penha; Lei esta que é fruto de muito sofrimento e persistência de uma, dentre incontáveis vítimas, que não desistiram de buscar a tutela de seus direitos e proteção que é dever do Estado fornecer.[...] A referida Lei tem como função prevenir e punir a violência doméstica cometidas contra gênero feminino no âmbito doméstico. Violência que se subdivide em várias formas, sendo elas: violência psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Compreende-se como avanço inestimável a promulgação da Lei nº 11.340/2006 para o ordenamento jurídico brasileiro e para o direito das mulheres, garantindo direitos líquidos e certos constitucionais sendo sua saúde física e mental essenciais para a sobrevivência, contudo necessidade de legislação especial para tratar com maior atenção as mulheres que deixam de ser ouvidos pela sociedade fundada em princípios patriarcais.

Então a implantação das medidas protetivas foram de suma importância para os avanços sociais relativos a proteção e aos direitos da mulher, visando compreender melhor ao qual contexto essas medidas estão inseridas deve-se atentar a Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha e sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro e para o desenvolvimento social.

Para Carneiro e Fraga (2012, p. 382),

O juiz, por sua vez, ao analisar o expediente com as medidas protetivas da Lei n. 11.340/2006, num prazo também de 48 horas, determinará o afastamento do agressor do lar, entre outras medidas, se assim o entender, podendo as mesmas ser concedidas de imediato. É fundamental que o policial, ao efetuar o registro desse tipo de ocorrência, informe à vítima sobre as garantias que a Lei Maria da Penha lhe concede, explicando as condutas das quais o agressor ficará impedido de realizar, caso as medidas protetivas de urgência sejam deferidas pelo juiz.

Observa-se diversas medidas efetivas implantadas no direito positivo, inclusive através da Lei Maria da Penha, visando garantir a integridade da mulher e com o objetivo de afastar o agressor do convívio familiar em até 48 horas, como a retirada do porte de arma de fogo e a dissolução do vínculo matrimonial, buscando proporcionar a agilidade necessária para preservar a saúde da mulher vítima de agressão.

O STJ decidiu que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, observados os requisitos para concessão podem ser pedidas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da

existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. (SATANA E PIEDADE, 2017, p. 9),

Enquanto Souza, Reis e Ribeiro (2020, p. 191), afirmam,

O Superior Tribunal de Justiça compreende que o descumprimento da medida protetiva da Lei Maria da Penha não configura o crime de desobediência, para a Corte não configura o crime quando o agressor desatende a ordem se houver previsão legal de sanção civil, administrativa ou processual penal para o descumprimento sem que a lei ressalve a sanção criminal.

Nota-se a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para decidir sobre as transgressões de medidas provisórias realizadas pelo agressor, em alguns casos esta transgressão não configura crime, podendo ser realizadas medidas brandas para o ressarcimento desta determinação.

Segundo Carneiro e Fraga (2012, p. 378),

A Lei n. 11.340/2006 prevê que os juizados poderão contar com uma equipe multidisciplinar que será composta por uma rede de profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Nas comarcas onde esses ainda não tenham sido criados, os crimes devem ser julgados nas varas criminais. A lei também proíbe a aplicação de penas pecuniárias e pagamentos de cestas básicas.

A Lei Maria da Penha tornou-se um reconhecimento aos direitos humanos, desta forma o Estado precisa proporcionar atendimento multidisciplinar e humanizado para garantir que as vítimas sejam amparadas de forma adequada, assim a luta pelos direitos humanos vem crescendo e é extremamente importante para o desenvolvimento social a igualdade, seja em função de cor, raça, religião gênero, tornando-se essencial para o futuro da humanidade.

Para Souza, Reis e Ribeiro (2020, p. 62),

Infelizmente, a Lei 11.340/06 não traz a erradicação da violência e o fim das injustiças sofridas pelo gênero feminino, mas vislumbra esperança e avanço frente à sociedade sobre cultura patriarcal, implantando a noção de que as mulheres – gênero feminino – não são objetos pertencentes ao homem, e sim seres humanos que merecem ser tratadas com dignidade, respeito e com seus direitos resguardados.

A Lei Maria da Penha foi um marco de extrema importância para proteger os direitos das mulheres de forma integral no Brasil, evitando diversas violências sofridas no ambiente doméstico, contudo os índices de violência doméstica e familiar contra a

mulher ainda encontra-se altos, a Lei nº 11.340/06 trouxe diversos benefícios para estas vítimas, fazendo com que pudessem recuperar suas vidas.

A Lei Maria da Penha trouxe diversos avanços para a sociedade, mas para que realmente haja efetividade na aplicação das medidas protetivas, deve ocorrer a conscientização social de que a mulher não é um ser desigual ou inferior ao homem e não deve aceitar as agressões de qualquer gênero, em conjunto com a elevação fiscalização, assim, além de buscar reduzir os índices de violência doméstica, pode-se evitar a ocorrência do feminicídio, o real crime de gênero.

Ainda segundo Carneiro e Fraga (2012, p. 390),

Como essas vítimas estão extremamente fragilizadas emocionalmente, uma coação do agressor para que desistam da representação que ofereceram no momento do registro de ocorrência, ou, ainda, a promessa de que irá mudar e os fatos que antes aconteciam não se repetirão são suficientes para a desistência, explicando, assim, o alto número de registros policiais e, na mesma proporção, as renúncias das vítimas em prosseguir com o processo.

Observa-se então a fragilidade da vítima em relação a dependência do agressor em diversos pontos, principalmente por possuir vínculo afetivo e filhos compartilhados, desta forma, o agressor muitas vezes utiliza destes fatores para manipular a mulher vítima de agressão, fazendo com que desista do processo judicial.

Para Carneiro e Fraga (2012, p. 370), “Apesar disso, o crescente número de casos de violência contra a mulher em suas relações domésticas e afetivas promove inquietações sobre a aplicabilidade e eficácia da Lei n. 11.340/2006.”

Com o objetivo de que as medidas protetivas sejam efetivas, assim como as políticas públicas criadas, deve elevar-se a fiscalização da sua aplicação, pelo poder público e por meio da Segurança Pública, quando for aplicada alguma medida de proteção para a vítima, proporcionará a segurança de que efetivamente será protegida e não volte para retaliações.

Segundo Santana e Piedade (2017, p. 21),

A eficácia dessas medidas não depende apenas da interpretação de como aplicar seus institutos, para atingir os fins constitucionais pretendidos pela Lei Maria da Penha, mas de alternativas para além da punição e de natureza complementar as medidas protetivas.

Necessita-se que seja realizada comunicação de massa para a conscientização da sociedade de que a mulher não deve ser submissa ao homem e deve ser tratada como

igual, com respeito e sem inferiorização ou qualquer tipo de agressão, respeitando os direitos humanos de forma integral.

Enquanto Souza (2015, p. 10) explana,

Num ranking de 83 países, o Brasil ocupa uma posição pouco recomendável, sendo o 5º país onde morrem mulheres em grandes proporções e efetivamente, apenas El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil nesse quesito. Nesses 83 países analisados, a taxa média foi de 2,0 homicídios por 100 mil mulheres. A taxa de homicídios femininos do Brasil resulta 2,4 vezes maior que a taxa média internacional. São claros indicadores de que nossos índices são excessivamente elevados, considerando o contexto internacional. Assim, para combater tal realidade de violência contra o gênero feminino, são várias as ações que o escritório nacional da ONU Mulheres no Brasil vem desenvolvendo.

Conforme apresentado na abaixo, com o passar dos anos se compararmos os anos de 1980 a 2010 as taxas de homicídios de mulheres no Brasil aumentaram, nos últimos 30 anos o percentual aumentou em 100%. A taxa de 2,3% passou para 4,6%. Isto quer dizer que mesmo com as medidas legislativas para suprimir a violência, está ocorrendo um aumento exponencial, assim devem ser tomadas medidas sociais de médio a longo prazo para erradicar a violência, pois o enrijecimento da legislação de forme isolada está sendo inefetivo.



Conquanto Meneghel e Portella (2017, p. 3082),

Para o monitoramento dos feminicídios em um território é preciso dispor de informações fidedignas. No Brasil, as declarações de óbito que fazem parte do Sistema de Informação de Mortalidade/DATASUS

não contêm dados referentes à causa do crime, sendo impossível classificar as mortes femininas por agressão, como feminicídios ou feminicídios, já que não contam com informação referente ao agressor e à intencionalidade do evento. Outros documentos que se referem aos óbitos femininos por agressão, mas não os tipificam são os prontuários de serviços de emergência, laudos periciais e inquéritos periciais, porém o acesso é restrito, o manuseio é difícil e podem demandar um longo espaço de tempo até sua conclusão.

Percebe-se o crescimento graduado nos casos de feminicídio e absurda localização do Brasil junto ao *ranking* mundial de países quanto a totalidade de casos de feminicídio, desta forma, retiramos a devida conclusão da necessidade de melhorias de urgência como a promulgação da Lei nº 13.104/2015.

Conforme apresentado na tabela abaixo, podemos observar a evolução dos direitos inerentes a mulher diante do desenvolvimento social, como observado todos extremamente recentes, iniciando no século XX até o ano de 2015 quando ocorreu a promulgação da Lei nº 13.104/2015 que trouxe o feminicídio como qualificadora penal do homicídio para o CPB.

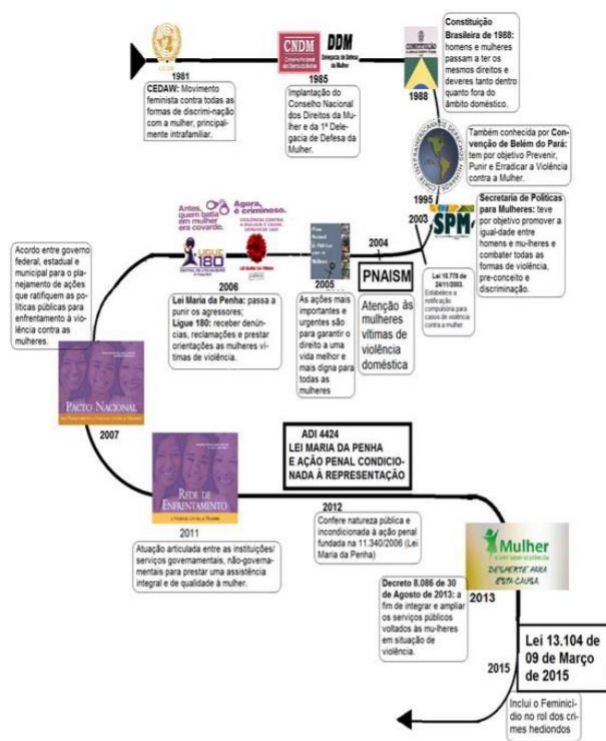


Figura 1. Linha do tempo dos marcos e dispositivos legais para o combate à violência contra a mulher no Brasil, de 1981-2015.

De acordo com o Gráfico 1, existe a predominância da alta referente as taxas de homicídio na região norte e nordeste com crescimento considerável entre os anos de 2015 à 2017 e consequentemente um crescimento compatível com a representatividade dos crimes de gênero, podendo citar como agravantes os Estados do Pará, Acre, Ceará,

Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Rio Grande do Norte, conforme apresentado no Gráfico

2.

Gráfico 1:

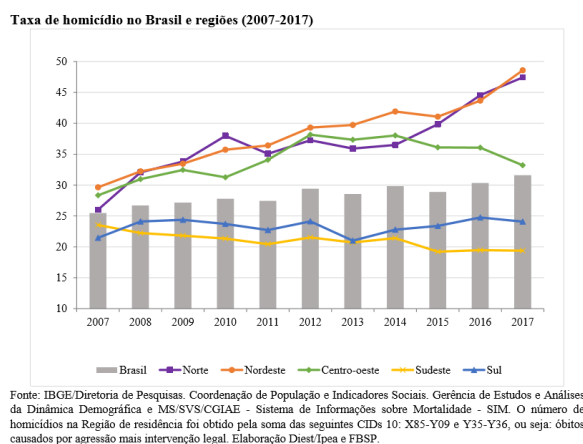
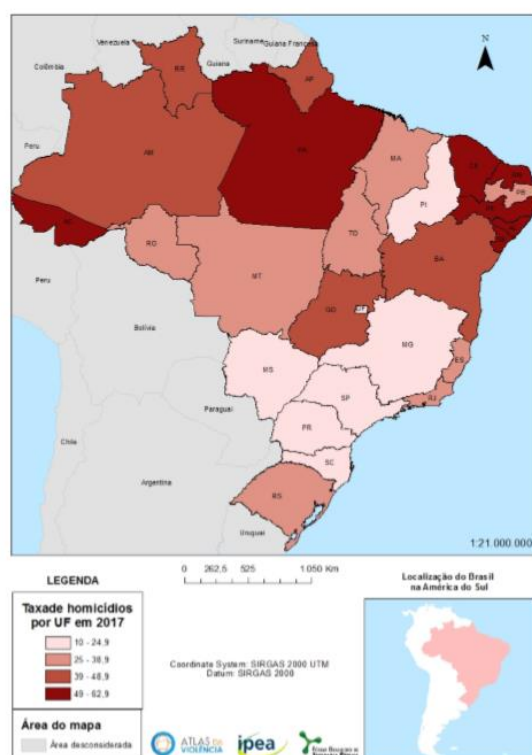


Gráfico 2:

Brasil: taxas de homicídios por UF (2017)



e: IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises Dinâmica Demográfica e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. O número de icídios na UF de residência foi obtido pela soma das seguintes CIDs 10: X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos ados por agressão mais intervenção legal. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Assim, conclui-se pela necessidade de desenvolvimento de uma nova consciência social transformadora, para que os instrumentos legais existentes para o combate a violência de gênero, em especial as medidas protetivas, se tornem mecanismos efetivos de proteção e prevenção às agressões contra mulheres, e os abusos físicos e psicológicos,

hoje suportado no ambiente doméstico, social ou de trabalho, possam um dia fazer parte de um triste passado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a Lei Maria da Penha possui importância ímpar no desenvolvimento dos direitos humanos no Brasil, principalmente como avanço em relação a igualdade das mulheres e a erradicação da violência doméstica no Brasil, funcionando como um dos mecanismos de proteção à violência doméstica, em especial contra mulher, principalmente em razão dos altos índices de violência registrados contra essa parcela da população.

Diversos casos de violência doméstica contra mulher acabam terminando em sua morte, recentemente quando ocorre este crime de gênero foi aprovada a Lei nº 13.104/2015, também conhecida como Lei do Feminicídio, que consiste no assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher, é punido com maior rigor.

Tornou-se necessária a criação de medidas governamentais a fim de proteger as vítimas de crimes relacionados com a violência doméstica e familiar, assim como para preveni-los e erradicá-los. A Lei 11.340/06 foi um dos avanços na busca pela proteção dos direitos da mulher pois, entre outras medidas, aumentou as penas aplicadas ao agressor, assim como, definiu outras formas de violência doméstica e familiar, como a violência moral e a psicológica.

Notou-se também a regionalização do homicídio e consequentemente do feminicídio no Brasil, ocorrendo o aumento dos casos de homicídio nos últimos anos, principalmente nas regiões norte e nordeste e com alguma redução nas regiões Sul e Sudeste e Centro-Oeste, levando em consideração a aplicabilidade da legislação em todo o território nacional, o fator que será realmente determinante para ocorrer a erradicação da violência de gênero é a disseminação da informação.

Assim, encerra-se este trabalho lançando a reflexão sobre a efetividade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, tendo em vista que estas medidas foram um grande passo criado para proteger as mulheres, mas no entanto, ainda se está longe de solucionar o problema e se faz necessária uma mudança social, tanto do homem, quanto da mulher, a fim de eliminar a discriminação existente entre os gêneros, assim como uma mudança política, para que haja uma maior fiscalização da aplicação das leis.

Neste sentido, percebe-se que a Lei Maria da Penha trouxe grandes avanços para a sociedade, mas para que realmente haja efetividade das medidas protetivas trazidas por ela, além de haver uma grande conscientização da sociedade, de que a mulher não é um ser desigual ou inferior ao homem e não deve aceitar as agressões quietas, deve haver uma maior fiscalização da aplicação da Lei.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Neuma. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. **Sociedade e estado**. Brasília, v. 15, n. 2, p. 303-330, Dec. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922000000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 5 abr. 2020.

BAUAB, Leticia Filgueira. NATO, Daniel Fernandes. A Lei do Feminicídio e a Lei Maria da Penha como Efetividade a curto prazo na luta pela igualdade de gênero e do feminismo no Brasil. **Rev. Estudos Legislativos**, Porto Alegre, ano 11, n. 11, p. 111-134, 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK-EwjCub6i7rnqAhWjLLkGHZMwAKsQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fsubmissoes.al.rs.gov.br%2Findex.php%2Festudos_legislativos%2Farticle%2Fdownload%2F224%2Fpdf&usq=AOvVaw2SnPfv3XxWOZRFp-RYOWzf Acesso em: 23 abr. 2020.

CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 110, p. 369-397, Jun 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 mar 2020.

DORIGON, Alessandro. DIAS, Nayara Garcia. **Feminicídio** - Somente A Modificação Da Norma Tem Poder De Diminuir As Mortes De Mulheres? 2017. Disponível: <https://jus.com.br/imprimir/62823/feminicidio-somente-a-modificacao-da-norma-tem-poder-de-diminuir-as-mortes-de-mulheres>. Acesso em: 23 mar. 2020.

DOROTEU, Leandro Rodrigues. ANDRADE, Nayane Santos de. Inclusão da qualificadora “feminicídio” no ordenamento jurídico brasileiro: necessidade ou populismo penal? **Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade**, v. 6, n. 2, 2015. Disponível em:

<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/508> Acesso em 20 mar. 2020.

IPEA, FGSP. **Atlas da Violência 2019**. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo. 2019 Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf Acesso em: 12 mar. 2020.

JUNIOR, Elcio Gomes Santos. FRAGA, Carneiro Thaís. **O feminicídio** (Lei nº 13104, de 9 de março de 2015) **no ordenamento jurídico brasileiro como norma penal simbólica**, 2016. Disponível em: <http://esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/download/110/122>. Acesso em: 30 abr. 2020

LUSTOSA, Amanda Santos. **Feminicídio: A relação entre o gênero e a violência**. Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, set. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002903077&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 mar. 2020.

PRADO, Débora. Conquista: com sanção presidencial, feminicídio é tipificado no Código Penal brasileiro, 2015. **Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/conquista-com-sancao-presidencial-feminicidio-e-tipificado-no-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 13 mar. 2020.

RODRIGUES, Annelise Siqueira Costa. **Feminicídio no Brasil**: uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda. 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/4840> Acesso em: 15 abr. 2020.

SANTANA, Selma P. de. PIEDADE, Fernando O. Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06. **XII Seminário Nacional Demanda Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, UNISC. 2017. Disponível em:

<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/16939/4150>
Acesso em: 20 mar. 2020.

SOUZA, Emilly Lázaro da Silva. REIS, Graziela. NEIDE, Aparecida Ribeiro. **Violências Institucionais**. 1ª ed. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico. 2020.

SOUZA, Sarah Oliveira de. A atuação da ONU Mulheres nos casos de feminicídios. **Anais do III Seminário de RI**. Caruaru, 2016. Disponível em <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/205/1/SOUZA.%20A%20atua%C3%A7%C3%A3o%20da%20ONU%20Mulheres%20nos%20casos%20de%20feminic%C3%ADdios.pdf> Acesso em 24 abr. 2020.

OS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER INDÍGENA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

REFLECTIONS IN BRAZILIAN LEGAL ORDER ON DOMESTIC VIOLENCE AGAINST INDIGENOUS WOMEN IN THE BRAZILIAN CRIMINAL SYSTEM

Cyntia Costa de Lima¹

Ilana Rates Pinheiro²

RESUMO

A violência doméstica indígena se encontra diante da análise neste artigo científico em busca de apresentar os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro sobre a violência doméstica contra a mulher no contexto das comunidades indígenas com o objetivo em corroborar com a abrangência dessas comunidades no Brasil e sobre a dificuldade de coleta de dados, informações, sanções e de abrangência das políticas públicas voltadas para conferência do que ocorre no interior dos povoados indígenas. A abrangência do tema se faz no sentido de verificar de forma geral o que ocorre com a violência doméstica indígena, restringindo-se na análise voltada para a apreciação de produção acadêmica científica que passou a coletar dados e referências sobre os pontos ressaltados na política de enfrentamento contra a violência doméstica a partir da Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. O objetivo foi explorar se há a possibilidade de verificar a efetivação das políticas públicas no interior das comunidades indígenas e no atendimento dos direitos das mulheres, de forma a trazer melhor amparo da legislação e da aplicação perante o Poder Judiciário estatal nos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas. Enfrentamento. Análise. Abrangência.

ABSTRACT

Indigenous domestic violence is faced with the analysis in this scientific article in an attempt to present the reflections in the Brazilian legal system on domestic violence against women in the context of indigenous communities in order to demonstrate the scope of these communities in Brazil and the difficulty of collection of data, information, sanctions and the scope of public policies aimed at assessing what occurs within indigenous peoples. The scope of the theme is aimed at verifying in a general way what happens with indigenous domestic violence, being restricted in the analysis focused on the appreciation of academic scientific production in data collection and references on the points highlighted in the policy of confrontation against domestic violence based on Law 11.340 / 2006, the Maria da Penha Law. The objective was to explore whether there is a possibility of verifying the effectiveness of public policies within indigenous communities and in the fulfillment of women's rights, in order to bring better support for legislation and enforcement before the state Judiciary in specific cases.

Keywords: Policies. Coping. Analyze. Coverage.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas- UEA . Professora de Graduação em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas- CIESA e da Devry/ Martha Falcão. E-mail: cyntia.costa.lima@gmail.com

² Discente do Curso de Direito do CIESA. E-mail: ilanarates@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Neste estudo sobre o tema da violência doméstica indígena se demonstrará a partir da delimitação do tema acerca de analisar os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro sobre a violência doméstica contra a mulher nas comunidades indígenas dentro da sistemática no sistema penal brasileiro, além de verificar com a problemática e a efetivação das políticas públicas voltadas para informação, coleta de dados e aferimento de condições que se encontram as mulheres nos locais desses povoamentos indígenas.

A metodologia utilizada foi pautada em uma análise qualitativa em revisão bibliográfica, consultando as doutrinas em direito constitucional, direitos humanos, direito e processo penal, referências sobre o desenvolvimento das comunidades indígenas, além da revisão documental, pautando-se em legislações nacionais, tratados internacionais de direitos humanos e jurisprudências.

Em um primeiro momento, em busca de cumprir um dos objetivos específicos do estudo, o primeiro capítulo se pautou em apreciar de forma geral as comunidades indígenas no Brasil a fim de apresentar a distribuição total, rural e urbana da população, correlacionando o tema com as legislações infraconstitucionais e com a Constituição Federal de 1988 sobre a tratativa dos povos indígenas no ordenamento nacional, finalizando sobre a análise da proteção dos direitos dos povos indígenas nos tratados internacionais de direitos humanos os quais o Brasil faz parte.

A seguir, diante do cumprimento também dos objetivos específicos, apresentou-se como pauta em análise a violência contra as mulheres no Brasil em um panorama geral de verificação, além da discussão sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 2006, e as políticas públicas de combate à violência doméstica indígena especificamente.

Para finalizar o estudo, em busca de responder a problemática e a delimitação do tema se há real efetividade dos direitos das mulheres indígenas no Brasil, o trabalho se baseou em consultar a produção acadêmica no sentido dos casos registrados nas comunidades indígenas e nas pesquisas sobre o entendimento e enfrentamento do problema no interior delas, de forma a se abranger também sobre o procedimento adotado para apurar a violência doméstica indígena dentro do Poder Judiciário, analisando julgados, chegando ao fim diante da verificação das determinações da aplicação da Lei Maria da Penha dentro dos povoamentos indígena.

1 AS COMUNIDADES INDÍGENAS NO BRASIL

Neste primeiro capítulo serão apresentadas: (i) dados de concentração e localidades de áreas indígenas no Brasil e a proteção que a Constituição (BRASIL, 1988) destaca, bem como,

(ii) a participação do país nos tratados internacionais de direitos humanos sobre o tema das comunidades e seu amparo legislativo.

1.1 Contexto de Análise Sobre as Comunidades Indígenas no Brasil

O estudo a se pautar sobre a violência doméstica indígena, se volta para a inserção dos conceitos iniciais que circundam a ampla comunidade indígena existente no Brasil atualmente de forma a disponibilizar dados que foram coletados, em um sentido sucinto, a fim de apresentar a abrangência dos povos indígenas no país e a necessidade de se alcançar a proteção, igualdade e respeito dentro das disposições de cada comunidade e cada núcleo formado por todo o território brasileiro, sem exceção.

A importância dessa inicial apresentação se faz no sentido também de criticar os órgãos de coleta de dados no Brasil que se revelam como um déficit de dados que não são atualizados desde meados do ano de 2010, e após dez anos, tem apresentado a mesma morosidade.

A importância de dados e de coleta das informações sobre as comunidades refletem a possibilidade de se instaurar melhores políticas públicas e centros de observância e proteção à dignidade da pessoa humana e de respeito aos princípios que são inseridos na Constituição Federal de 1988, como será visto ao longo do presente estudo sobre a violência doméstica e o respeito à figura da mulher também no interior dessas comunidades.

Dentre do que se tem com o estudo que foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), retira-se como atribuição dos dados coletados até o ano de 2010, última pesquisa realizada pelo instituto, verifica-se que a proporção de comunidades indígenas concentra-se na maior parte do Norte do país, enquanto nas regiões litorâneas que circundam a região Nordeste e Sudeste.

Acerca do termo a ser utilizado, dentre a pesquisa correlatada que atribuiu qual a melhor colocação do uso da linguagem para referência à comunidade indígena, também é visto entre outros termos: silvícolas, aborígenes ou autóctones como se fossem sinônimos correspondentes aos índios, como demonstra Anjos Filho (2009, p. 272), quando menciona sobre o sentido de que não se revela necessariamente como os termos exatos e mais rigorosos que podem se voltar para a definição.

Silvícola, em sentido estrito, designa uma pessoa que nasceu ou que habita a selva, e, portanto, não possui uma identidade absoluta com a palavra índios, considerando que nem todas as pessoas que nascem ou habitam a selva são índios, bem como que muitos índios não nasceram e não vivem atualmente na floresta. Aborígene e autóctone, de sua vez, concernem a pessoas que são encontradas no seu lugar de origem. (...). Porém, nem sempre ocorrerá coincidência entre aborígene ou autóctone e índio, pois em uma miríade

de situações as pessoas originárias de um lugar não terão ascendência pré- colombiana.

De toda a forma, o autor ainda passa a explicar que a noção vinculada à palavra “índios” passou a ganhar novos contornos no Direito Internacional e tornou a designar sobre todos os povos que descendem de habitantes originários de um país ou região geográfica na época em que houve a colonização ou estabelecimento de fronteiras atuais de um Estado.

Por sua vez, o que destaca Luciano (2006, p. 29) se retrata sobre a denominação do “índio” ou “indígena” como um significado que aborda aquele que é nativo, natural de um lugar.

Foi assim que os habitantes encontrados nesse novo continente receberam o apelido genérico de “índios” ou “indígenas” que até hoje conservam. Deste modo, não existe nenhum povo, tribo ou clã com a denominação de índio. Na verdade, cada “índio” pertence a um povo, a uma etnia identificada por uma denominação própria, ou seja, a autodenominação (...).

Para todos os efeitos, o uso do termo “comunidades” ou “povos” indígenas será o que destinará para definir os povos nativos e naturais os quais habitam as áreas rurais ou urbanas sobre a descendência e orientação das comunidades indígenas brasileiras, formando suas próprias sociedades, culturas e meios alternativos de uma sociedade em geral, definidas como de forma genérica para todas as comunidades que se constituem diante dessa identidade conjunta e de união das população indígenas as quais possuem as atribuições de direitos que serão exploradas no presente estudo.

Destaca-se que não se defende que os índios sejam iguais e tampouco semelhantes, mas sim, compartilham do mesmo interesse comum, principalmente sobre os direitos coletivos e autonomia sociocultural.

Luciano (2006, p. 33) ainda destaca:

A decisão qualificada tomada pelos povos indígenas do Brasil quanto à valorização positiva da denominação genérica de índio ou indígena, expressa por meio do termo parente, simboliza a superação do sentimento de inferioridade imposto a eles pelos colonizadores durante todo o processo de colonização. É notório que a qualificação estratégica dada à categoria social e política destes termos tenha impulsionado a emergência das reafirmações de identidades étnicas particulares de cada povo com força e clareza nunca antes vistas, ou seja, enquanto a denominação índio ou indígena era negada pelos povos indígenas por ser pejorativa e desqualificadora, as identidades étnicas particulares também eram negadas ou reprimidas.

Importante frisar que Anjos Filho (2009, p. 279) defende que não haverá descaracterização da condição de indígena se os mesmos realizarem interações com membros da sociedade urbana e realizarem comportamentos desta sociedade dominante.

Há um destaque sobre a cultura “estranha” realizada sobre os indígenas, na medida que ela não é estática, havendo apenas o contato interétnicos sem qualquer risco de desaculturação.

1.2 A Constituição Federal de 1988 e Legislação Infraconstitucionais Sobre a Tratativa dos Povos Indígenas no Brasil

A Constituição (BRASIL, 1988) surge como título maior de análise que trouxe a proteção jurídica conferida aos povos indígenas, inclusive e com maior repercussão no que confere o direito à propriedade pública e privada reconhecida sobre as terras que tradicionalmente ocupam, de acordo com o parágrafo sexto do artigo 231, porém, segundo Mendes e Branco (2016, p. 326) a exceção é verificada quando for de interesse público da União e o que constar em Lei Complementar.

O texto constitucional, portanto, torna-se essencial para que seja garantida a propriedade aos povos indígenas de forma adequada e coerente, tratando ainda sobre a definição dos institutos jurídicos e de respeito à segurança jurídica como é o caso de conceituar o que são terras indígenas, o respeito a um devido processo legal administrativo sobre a demarcação das terras entre outras.

Ainda sobre as determinações constitucionais, Agra (2018, p. 853) informa que a miscigenação das várias raças e culturas influenciaram a diversificação de toda a ramificação que forma a cultura brasileira, e assim, no que se presencia a partir do artigo 215, §1º, o Estado deverá proteger e incentivar todas as expressões culturais especialmente por possuírem maior dificuldade de desenvolvimento em razão da carência de recursos.

A Constituição também traz como uma das funções institucionais do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses dos índios, no entanto, enquanto não forem integralizados ao processo civilizatório, passam a ser considerados como hipossuficientes e, portanto, deveram ter amparo judicial pelo parquet.

No que se refere à tratativa infraconstitucional, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) foi criada através da Lei nº 5.371 (BRASIL, 1967), e que traz a autorização para instituir a fundação possuindo patrimônio próprio e personalidade jurídica para atender as necessidades da comunidade.

Mais adiante, verifica-se a existência do Estatuto do Índio, presente na Lei nº 6.001 (BRASIL, 1973) possuindo sessenta e oito artigos, trata sobre diversos assuntos voltados para os direitos civis e políticos, a assistência e a tutela, registro civil, condições de trabalho, sobre as terras, bens, educação e cultura, e crimes contra os índios.

1.3 Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas em Tratados de Direitos Humanos Internacionais

A universalidade dos direitos humanos é definida, dentro do estudo de Agra (2018, p. 194) como o acatado de direitos que passam a ser destinatários a todos os seres humanos pelo simples fato de serem considerados imprescindíveis para o convívio harmônico da sociedade, como é o caso do direito dos trabalhadores, dos grupos individualizados, e principalmente, dos direitos indígenas que abrangem os habitantes autóctones brasileiros.

Nesta seara, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Povos Indígenas e Tribunaís foi adotada em 27 de junho de 1989, entrando em vigor no campo do direito internacional no ano de 1991, e o Brasil, ratificou em 2002, por meio do Decreto nº 5.051/2004 e que foi revogada pelo Decreto 10.088/2019 consolidando a ratificação da OIT.

Assim, de acordo com as informações coletadas na obra de Ramos (2018, p. 326), até o ano de 2017 o tratado possuía apenas vinte e sete Estados-parte, e vários países que possuem populações indígenas expressivas passaram a não ratificá-lo como a Austrália, Canadá e outros.

Importante mencionar que por se tratar de um tratado em direitos humanos, por sua vez, não houve a aprovação pelo Congresso Nacional diante do rito especial que prevê o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), porém, possui força supralegal na hierarquia normativa interna dentro da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal sobre a estatura normativa dos tratados de direitos humanos.

Com efeito, é a única convenção internacional que está em vigor e que se volta especificamente para os direitos dos povos indígenas, possuindo o foco especial voltado para a igualdade e o combate à discriminação.

Posteriormente, no ano de 2007, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração das Nações sobre os Direitos dos Povos Indígenas com o voto de cento e quarenta e três Estados, Galvis (2017, P. 5) considerou como um passo histórico, pois estabeleceu regras mínimas para a sobrevivência, dignidade e bem-estar dos povos indígenas.

No próximo capítulo, portanto, chegando-se a outro objetivo específico da pesquisa, se pautará em analisar a violência contra a mulher no Brasil e a verificação das legislações e doutrinas neste sentido.

2 GÊNERO, VIOLÊNCIA E CRIME CONTRA AS MULHERES

Nesta seção tratar-se-á sobre a análise acerca da violência contra a mulher, mais especificamente a doméstica balizada pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) sob a ótica de mulheres indígenas. Destacando, no primeiro momento, a respeito do cenário da violência contra a mulher no Brasil, abordando sua problemática no ordenamento jurídico. E por fim, serão analisadas as políticas públicas de combate a este tipo de violência contra a mulher indígena no

interior das comunidades.

2.1 A Violência contra a mulher no Brasil

Dentro do contexto que se verifica sobre a violência contra a mulher no Brasil, o conjunto utilizado naturalmente parte desde os primeiros registros sobre as formações das sociedades de pessoas até o que se tem com a perpetuação sobre as violências ocorridas dentro dos ambientes domésticos na atualidade.

Por esta forma, apresenta-se um panorama sobre a violência contra a mulher no país em razão dos aspectos de tratativa da doutrina, de forma a demonstrar qual é a situação, em um contexto geral, sobre a situação que ainda perpetua no Brasil.

No tocante, a violência está cada vez mais conceituada como um fenômeno social que atinge governos e populações globais ligados ao local, público e privado, e que passa a ser conceito em constante mutação, vez que várias das atitudes e dos comportamentos são considerados como formas de violência contra a mulher.

Como explica Jesus (2010, p. 7-8), nas sociedades onde possuem as formas de definição voltadas para o gênero feminino de forma tradicional e que passam a se referir à esfera familiar e à maternidade, demonstra-se que a referência fundamental que se pauta a construção social do gênero masculino passa a ser visto como a atividade voltada para a esfera pública, sendo essa figura a que agrega valores materiais e que é este gênero o provedor da renda familiar.

No entanto, explica que atualmente dentro dessas mesmas sociedades, as mulheres são maciçamente a força de trabalho e estão também presentes no mundo público, e a violência reflete a tradicional divisão de espaços.

Como definição do que é a violência contra a mulher, Ramos (2018, p. 384) informa que a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida também como a Convenção de Belém do Pará de 1994, surge em resposta à situação de violência contra as mulheres que existe no continente americano, possuía até 2017, trinta e dois Estados-partes, e os países que não ratificaram foram somente os Estados Unidos, Canadá e Cuba.

No Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 foi promulgada essa convenção e que no interior do texto, no artigo 2, demonstra o que se entende como violência contra a mulher:

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica. a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de

saúde ou qualquer outro local; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (BRASIL, 1996)

E assim, o mesmo texto traz que a violência será qualquer ação ou conduta que se baseie no gênero, de forma a causar a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, seja ele no âmbito público ou no âmbito privado.

As determinações sobre a violência contra as mulheres ainda são asseveradas por Jesus (2010, p. 8), com a explicação de que é um dos fenômenos sociais mais denunciados no mundo e no Brasil que ganharam somente visibilidade nas últimas décadas:

Devido ao seu caráter devastador sobre a saúde e a cidadania das mulheres, políticas públicas passaram a ser buscadas pelos mais diversos setores da sociedade, particularmente pelo movimento feminista. Trata-se de um problema complexo, e seu enfrentamento necessita da composição de serviços de naturezas diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede. A integração entre os serviços existentes dirigidos ao problema, entretanto, é difícil e pouco conhecida.

O autor explica que as políticas públicas devem ser voltadas para os diversos setores da sociedade, particularmente sobre o movimento feminista e que não exclui dessa análise, a partir da problemática de tratativa no presente estudo, sobre a violência doméstica indígena, e assim, enfrenta-se as demandas de naturezas diversas diante de um trabalho que deverá abranger todos os serviços que existem para atendimento correto e orientação da sociedade de forma geral.

2.2 Aplicabilidade da Lei Maria da Penha

Dez anos depois da publicação da Convenção de Belém do Pará (INTERNACIONAL, 1996), é publicada a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), acrescentando ao artigo 61 a alínea “f” do Código Penal (BRASIL, 1940) a circunstância agravante em cometer delitos mediante violência contra a mulher, na forma da lei específica, aplicável a todos os crimes de lesão corporal.

Segundo Jesus (2014, p. 257) as formas sobre a violência contra a mulher, que poderá ser física, sexual, psicológica, moral e patrimonial, circunda a Lei Maria da Penha que atendeu de maneira enfática as recomendações da Convenção de Belém do Pará (INTERNACIONAL, 1996), e sobre a incidência da circunstância agravante do artigo 60 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940) que é genérica para os crimes sobre a prática no âmbito doméstico ou familiar, a expressão sobre a violência abrange, além de outras formas, a violência física e a moral sob grave ameaça.

E ainda complementa:

Compreende-se no âmbito da unidade doméstica, o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. No que concerne à violência familiar, esta abrange a cometida no seio da comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por

afinidade ou por vontade expressa. Inclui-se na agravante a família substituta e aquela formada por um casal de homossexuais femininas que se consideram unidas por vontade expressa. Além disso, de ver-se que o inciso III concede relevância ao afeto na conceituação da família (JESUS, 2014, p. 256-257).

Portanto, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Dessa forma, como Dezem (2016, p. 108) explica é importante entender o âmbito de aplicação da lei, no sentido de que será qualquer violência de homem contra a mulher que incidirá a aplicação da Lei Maria da Penha, e sim, somente a incidência quando estiver nos termos do artigo 5º da lei quando se tratar da ação ou omissão baseada no gênero e que cause lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial.

A aplicabilidade então se refere ao âmbito da unidade doméstica, devendo ser compreendida como o espaço em que convivem as pessoas, possuindo ou não vínculo familiar, podendo ser inclusive esporadicamente agregadas.

Essas relações pessoais que são enunciadas no artigo 5º da Lei Maria da Penha não dependem de orientação sexual, como a jurisprudência passou a entender que haverá incidência da Lei também em casos em que as vítimas sejam mãe, neta, esposa, companheira e amante, conforme julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015)

(...) 2. A Lei Maria da Penha objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar que, cometida no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, cause-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial. 3. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele.

Insta mencionar que de acordo com a expressa disposição legal, não irá incidir para os casos de violência doméstica a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nº 9.099/95, o artigo 41 expressamente passou a estabelecer os crimes praticados com a violência doméstica e familiar, e de todo o modo, previsivelmente, o artigo gerou controvérsia que acabou sendo levada ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012) para desmistificar sobre a afirmação na ADC nº 19/DF e ADI 4424/DF entendendo que seria ação pública incondicionada quando se refere ao crime de lesão corporal leve resultante de violência doméstica.

AÇÃO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LESÃO CORPORAL. NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Considerações” (BRASIL, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também editou a súmula 542, afirmando que a ação penal que se relaciona com o crime de lesão corporal que resulte da violência

doméstica contra a mulher será pública incondicionada. No mais, Dezem (2006, p. 108) conclui que para todos os demais crimes não se altera a ação penal, esteja o crime abrangido pela Lei Maria da Penha ou não.

De acordo com Pasinato (2011, p. 119) a partir das pesquisas efetuadas sobre a popularidade e o debate político que foi mobilizado em torno das ocorrências da violência contra mulher, de forma a problematizar e contribuir para a aplicação da lei de forma efetiva trouxe limites que são enfrentados para a concretização da proteção dos direitos das mulheres.

Sobre esses aspectos, as discussões, de acordo com a autora, trouxeram o reconhecimento desta legislação como uma verdadeira política pública, mas para que seja efetiva é preciso que o empenho gastado entre governo e sociedade seja também presente.

2.3 Políticas Públicas de Combate à Violência Doméstica Indígena

A principal característica no Brasil sobre a população se mostra perante a heterogeneidade cultural, como bem retrata Guimarães (2007, p. 45) em afirmar que no Brasil vivem grupos indígenas que ainda não foram contatados e ainda permanecem inteiramente isolados do restante da população, até populações de indígenas semiurbanos que estão plenamente integrados às econômicas regionais.

As dificuldades em lidar com essas comunidades mais afastadas refletem no difícil acesso dos órgãos públicos e ações governamentais poderem investigar os crimes e informarem a razão da persecução penal

As políticas públicas que foram mencionadas na Convenção de Belém do Pará (INTERNACIONAL, 1996) retratam o dever do Estado e da forma que devem velar as autoridades, funcionários, pessoal, agentes e instituições públicas para cumprir as obrigações e deveres que foram inseridos neste texto, de forma que deverão atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra as mulheres em todo o território nacional.

Mais adiante, demonstra-se a obrigação do Estado em adotar medidas para que exijam do agressor que se abstenha em fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou colocar em perigo a vida da mulher em qualquer sentido que atente contra a integridade física e psicológica.

Não obstante, ainda terá o Estado a obrigação de estabelecer procedimentos jurídicos que sejam devidamente justos e eficazes para incluir as medidas de proteção voltadas para a mulher vítima de violência doméstica para que tenha um julgamento oportuno e acesso aos procedimentos.

De acordo com Piovesan e Pimentel (2011, p.108) dentro do escopo sobre o âmbito de proteção às comunidades indígenas, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) as

Resoluções do Conselho de Direitos Humanos nº 11/2 de 2009 e nº 14/12 de 2010 sobre *Accelerating efforts to eliminate all forms of violence against women*³, trazem, sobre a demanda que os Estados devem estabelecer e fortalecer sobre os mecanismos para prevenir a violência contra a mulher e no âmbito doméstico, como é o caso das comunidades indígenas

Em outro estudo, analisado pelo professor Pereira (2008, p. 10) se verifica o que se tem com os agentes públicos externos que se inferem no âmbito doméstico das comunidades indígenas acerca das atribuições que pouco a pouco foram inseridas no interior delas, mencionando a atividade feita na comunidade Kaiowá sobre a intensificação das ações de políticas públicas nas áreas da educação, saúde, assistência social, realocando configurações de modo a explicar as consequências que podem ocorrer quando da prática do crime.

No tocante correspondente a uma forma geral de análise das comunidades indígenas, Zimmermann (2015, p. 113), explica que a observância e o controle da própria sociedade indígena contribuem diante dos crescentes índices de violência contra a mulher, demonstrando um processo de vulnerabilidade que são perceptíveis dentro dos conflitos de gênero e que as mulheres passam a ser triplamente vitimizadas.

3 EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS MULHERES INDÍGENAS E A APLICABILIDADE DA LEI DA PENHA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Finaliza-se este estudo com o capítulo a se tratar da efetividade dos direitos das mulheres indígenas e a aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), no interior das comunidades indígenas quando se verifica a falta de acesso à informação e as dificuldades enfrentadas para se chegarem às formas de investigação, sanção e conscientização sobre as condutas tomadas pelas tradições e determinações dos povos indígenas.

3.1 Casos registrados em Comunidades Indígenas

Apesar de existir a produção e coleta de dados no Brasil para a verificação dos índices de violência domésticas a fim de que se implementem políticas públicas e medidas mais abrangíveis sobre as sanções e investigações em território nacional, é possível verificar que os dados não retratam a realidade do país quando se refere aquilo que vivenciam as mulheres indígenas no interior das comunidades, pois são escassos os dados quantitativos encontrados sobre esse fenômeno. Por este motivo, neste momento serão apresentadas as produções científicas e acadêmicas que se pautaram em tratar sobre os casos que ocorrem dentro das comunidades

³ Tradução: Acelerar os esforços para eliminar todas as formas de violência contra as mulheres

indígenas no Brasil quando se fala da violência contra a mulher em ambiente doméstico.

Em uma primeira análise, passa-se a verificar o estudo de Barros e Torres (2010, p. 2) em analisar a comunidade Santeré-Mawe no Município de Parintins, segunda maior cidade localizada no Amazonas, verificando que a relação com o fenômeno migratório que ocorreu dos povos indígenas entre os anos de 1970 a 1980 trouxe o aumento das demandas sobre a produção e estabelecimento no Estado em busca de enfrentar as dificuldades passadas pela comunidade.

A coleta de dados das autoras ressaltou que o município possui uma população de 622 indígenas, dentre eles, 327 são homens e 295 são mulheres, e 100% são índios Santeré-Mawé, concentrando o período de janeiro a abril de 2010, com o escopo de observar e identificar a violência doméstica e quais os tipos de violências que as mulheres dentro da comunidade enfrentavam.

Assim, a pesquisa avultou que diferente do que se entende a partir da definição de violência doméstica que foi conceituada pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), as mulheres indígenas na comunidade entendem de forma diferente o que se refere à violência doméstico apresentando seu desconhecimento, apenas limitando-se ao conhecimento através da força. Sugerindo as autoras que as Delegacias da Mulher voltem seus serviços também para esta área de concentração.

Em outro estudo realizado por Bascom (2014, p. 43) que trouxe a coleta de dados utilizando como a apreciação de perguntas através de um questionário para várias comunidades indígenas de São Marcos no Município de Boa Vista em Roraima.

A autora teve como objetivo verificar a percepção geral dos entrevistados sobre o tema ligado à violência doméstica, percebendo que há uma constância entre uma comunidade e outra, pois o que prevaleceu na pesquisa foi o entendimento das pessoas dentro da comunidade que violência doméstica seria a agressão física, envolvendo tapas, violência sexual, puxões de cabelos, gritos e palavrões.

É compreensível a escolha de “gritos e palavrões” para encabeçarem o ranking de violência doméstica na forma de agressão verbal, ao se considerar o contexto cultural das etnias Macuxi e Wapixana, integrantes da subárea cultural da Guiana Ocidental. O processo civilizatório desses povos é perpassado pelo controle social do grupo no cuidado com a forma de tratamento com os outros integrantes da comunidade, bem como com o não indígena.

Continua Bascom (2014, p. 44) diante do amplo estudo que foi projetado, no sentido de que se buscou coletar dados para investigar e aplicar a efetividade da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) na localidade em torno de Boa Vista, em Rondônia, e neste patamar, pode ser visto que mesmo ao se verificar progressos na legislação, as mudanças não são suficientes para

que se ocupem resultados satisfatórios atrelados às mulheres indígenas.

Destacou-se que o alcoolismo está inserido dentro nas comunidades indígenas como uma das maiores causas de atitudes agressivas dentro do ambiente doméstico.

No texto também ressaltado por Rosa (2017, p. 1), trouxe a pesquisa enfatizada pelo levantamento da Secretaria de Segurança Pública que no Mato Grosso do Sul, Estado que possui a segunda maior população indígena no Brasil, os casos de violência contra as mulheres indígenas aumentaram em 495%, e em 2010, o número de agressões eram contabilizadas em 104 agressões físicas, saltando para os dados de 2014 para 619 agressões que foram reportadas.

Como destacado o aumento dos números de violência se dá pela dificultosa ação e coleta de dados das autoridades competentes para a proteção, tornando-se uma “violência invisível”.

3.2 Procedimentos Adotado para Apuração dos Casos de Violência Doméstica Indígena

Dentro do que pode ser visto nos julgados no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário ressaltar que há alguns poucos julgados que mencionam se tratar de violência doméstica no contexto das comunidades indígenas, determinando que a maioria das discussões se pautam na forma de aplicação da sanção que recaem em razão da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), além disso, neste escopo será apreciado no sentido de verificar o entendimento acerca da aplicação do contexto da violência doméstica indígena e a aplicação da lei em razão dos procedimentos a serem adotados.

O primeiro a se analisar foi o recurso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020) que se pautou em violência doméstica entre filho contra a sua genitora, requerendo a prisão preventiva do réu e que se restou prejudicado o julgamento por já ter sido expedido o alvará de soltura do réu. O que demonstra que no contexto das comunidades indígenas, não somente entre marido e mulher, mas como se faz na comunidade em geral no Brasil, ocorre violência doméstica também voltada entre filho e genitora.

Em outra seara de análise, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2019), na apelação nº 70078481249 RS, houve a discussão sobre a forma de se aplicar o julgamento que recai às tradições presentes nas comunidades indígenas em razão de violência doméstica com lesões corporais e se esse julgamento dentro da comunidade indígena seria mantido em face da condenação pelo Poder Judiciário.

Diante do inteiro teor do julgado, há o depoimento do réu:

Tocante à autoria, o réu, ao ser interrogado, declarou que era capitão da reserva indígena, ocupando, também, a função de agente de saúde da comunidade do Capinzal. Asseverou que não recordava do fato, pois estava embriagado. Não obstante, disse que foi preso na cadeia indígena em razão do acontecimento. Indagado pelo Magistrado,

disse que, conforme o erro cometido, há possibilidade de condenação na comunidade. Referiu que, após ter sido julgado pelo Cacique, ficou preso por oito dias. Ao ser questionado pela defesa, acrescentou que vivia em união estável com a vítima há mais de vinte anos e que o episódio relatado foi isolado.

Porém, o que se percebeu pelo julgado na Terceira Câmara Criminal do Tribunal do Rio Grande do Sul, é que não merece o acolhimento da tese, no seguinte sentido:

Destaco, outrossim, que não merece acolhimento a tese defensiva absolutória devido ao réu já ter sido punido no âmbito e conforme os costumes indígenas, nos termos do artigo 57 do Estatuto do Índio, o que faria com que eventual aplicação de pena com base no Código Penal acarretasse *bis in idem*. E isto porque, muito embora haja corrente jurisprudencial que entenda que o artigo 57 do Estatuto do Índio traga implícita vedação à punição dupla, o que afastaria a aplicação da lei penal, no caso dos autos sequer foi comprovado que o réu tenha sido julgado, condenado e punido por sua Tribo.

Requerendo que mesmo que se aplique o entendimento do artigo 57 do Estatuto do Índio (BRASIL, 1977) sobre a vedação a essa punição tanto dentro da comunidade como no exterior diante do Poder Judiciário, deve ser devidamente comprovada a partir da necessidade de se demonstrar para afastar a aplicação da lei penal. E por esta forma, julgou a apelação improcedente.

Sob outro enfoque, verificou-se a discussão no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (BRASIL, 2017) por meio do Recurso em Sentido Estrito nº 0003247-48.2011.8.13.0686 sobre o que se suscitou a respeito da abrangência e transferência da apuração do crime de violência doméstica no interior da comunidade indígena para a Justiça Federal. Porém, como bem foi entendido, o crime se pauta na hipótese de crime comum, ocorrido então dentro da relação doméstica entre o agressor e a vítima e que não tem fundamento se pautar em transferência para a competência federal no sentido que não se versam sobre os direitos indígenas coletivamente considerados, mas sim, trata-se de uma seara de análise voltada para a aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

E assim, nesta forma de análise, é possível ser constatado a partir dessa breve verificação dos julgados no Brasil sobre a tratativa voltada para aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), no interior das comunidades indígenas quando ocorre a violência contra a mulher, no sentido de que se deve respeitar o trâmite usual do Poder Judiciário, a partir da apuração e da persecução penal definida em lei quando não há comprovação de que o réu foi devidamente sancionado dentro da comunidade indígena em análise.

Em outro enfoque, também se verificou que os casos sobre as violências domésticas em povoados indígenas não se referem à competência da Justiça Federal, pois não abrangem os direitos coletivos, porém, mantém-se sob a competência da Justiça Estadual para apuração.

3.3 Aplicação da Lei Maria da Penha no Interior das Comunidades

O que se percebeu, a partir dos estudos que foram retratados anteriormente, é que dentro do que se tem nos municípios e nas localidades onde possuem a instalação das comunidades indígenas é que não há o acesso ao instrumento de denúncias e de proteção das mulheres dentro ou ao redor dessas comunidades.

Isso reflete com o estudo que foi relatado anteriormente das mulheres Sateré-Mawé que apesar do município em que estão localizadas possuírem a Delegacia de Defesa dos Direitos das Mulheres, as mulheres que residem em Parintins não acessam o local como uso de instrumento e denúncia, e ainda, afirmaram Barroso e Torres (2010, p. 8) que ainda que mesmo a Delegacia sendo o único instrumento que possuiria para o atendimento das mulheres no município, o local conta com uma população indígena apreciável, e a questão étnica, criticam as autoras, não é considerada por nenhuma instituição dos instrumentos de registros das violências domésticas.

Nesta oportunidade, é preciso assinalar que existe um déficit sobre a configuração dos instrumentos que permitam a implementação de políticas de conscientização e melhor investigação por apreço das Delegacias de Defesa dos Direitos das Mulheres, encontrando o distanciamento com essas obrigações estatais.

Diante do que se tem também com a obra de Bascom (2014, p. 56), verifica-se que mesmo a partir da coleta de dados em busca de melhoria por efetivar a aplicação da Lei Maria da Penha nas comunidades indígenas, “o Brasil (...) em termos de garantia a todas as mulheres no país (Maria da Penha), não conseguiu mudar de forma substancial a cultura da ‘normalidade’ da violência doméstica contra a mulher”, asseverando que a falta de políticas públicas voltadas para as mulheres nas comunidades indígenas as fragilizam e que poderiam ser inseridas de forma positivas para a contribuição que sejam cada vez menos vulneráveis a essas situações.

A autora Rosa (2017, p. 1) avultou que se trata de uma violência invisível quando se referem aos dados registrados em razão da violência doméstica indígena, afirmando que os casos reportados não são genuinamente os que realmente acontecem nas comunidades indígenas, afirmando que os dados carecem em terem melhores qualificações e mais efetivas atividades em aplicação de políticas públicas no interior dos locais em que estão os povos indígenas, e neste sentido, asseverou a fragilidade dos dados que passa a dificultar a percepção da autoria das violências nos territórios mais tradicionais.

Nesta oportunidade, os limites da Lei Maria da Penha dentro das comunidades indígenas não se pautam sobre uma limitação e aplicação às pessoas que incorrem na violência doméstica, mas sim, se volta para a falta de acesso à informação e a dificuldade geográfica, já que a maioria das comunidades são instaladas em distantes locais, e que nunca chegam as devidas denúncias.

A organização própria das comunidades indígenas se ressalta no sentido de uma

organização diferente das cidades, e assim, de acordo com Rosa (2017, p. 3), muitos entendem que a Lei Maria da Penha não se aplica à realidade de muitas das mulheres que estão inseridas nas comunidades indígenas.

O direito a ter uma vida sem violência se pauta sobre um dos objetivos do movimento feminista brasileiro, todavia, durante o processo de construção da Lei Maria da Penha, de acordo com Fonseca (2015, p. 90), ressaltou que não houve a efetiva participação do segmento importante das mulheres indígenas para que fossem efetivas as pautas sobre o enfrentamento a violência doméstica que ocorre em contextos das comunidades indígenas.

Discutiu, portanto, que a análise dos relatórios que foram extraídos da FUNAI, órgão oficialmente responsável pela promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil, permitiu a reflexão e proteção dos direitos dos povos indígenas, permitindo refletir sobre a necessidade que se volta para adquirir respostas mais eficientes voltadas para a problemática da violência doméstica indígena.

Um dos desafios, de acordo com a autora, se pauta no sentido da interculturalidade e na construção dos direitos das mulheres a uma vida sem violência, com amparo:

O que se propõe, assim, é que o Direito seja reconhecido como fruto das articulações sociais pelo fim de realidades de opressão que se dão por meio de um diálogo intercultural entre diversos grupos de oprimidos e oprimidas (...). Uma situação importante que aponta para a complexidade deste problema é a realidade de violência que as mulheres indígenas vêm denunciando que as atinge não somente em contexto interétnico (entre “brancos” e “indígenas”), mas também intra-étnicas como violências conjugais, além de outras práticas discriminatórias como matrimônios forçados, a prática de doar filhas a outras famílias e violação das meninas (FONSECA, 2015, p. 90-92).

Como resposta e resultado à problemática, é possível também se amparar dentro da obra de Fonseca (2015, p. 93), afirmando que não somente a população do Brasil é dada de forma homogênea, mas também as mulheres dentro dos espaços culturalmente diferentes também são, de forma a defender que impor somente às mulheres indígenas que tenham uma perspectiva ocidental e colonial sobre as determinações não se pauta como forma de enfrentamento à violência doméstica dentro das comunidades.

Elucida que o desafio se ajustaria, a partir da compreensão de que a violência que a mulher sofre não pode ser homogênea dentro da realidade de cada uma delas, deverá ser compreendido a partir do ramificado complexo sobre os objetivos e as alterações que devem prosseguir a partir de políticas públicas inteligentes e eficazes voltadas para a informação, conscientização e melhor enfrentamento sobre os casos já relatados de violência doméstica indígena.

CONCLUSÃO

A explanação do artigo se pautou no sentido de apreciar a violência doméstica diante dos reflexos no ordenamento jurídico brasileiro acerca das ocorrências no interior das comunidades indígenas no país a fim de verificar, diante da problemática inserida, se há efetividade dos direitos das mulheres indígenas e a aplicabilidade da Lei nº 11.340, de 2006, a Lei Maria da Penha no contexto dessas comunidades.

Diante do que se explanou inicialmente, o trabalho se pautou sobre o contexto geral que as comunidades indígenas são diversas e estão em todo o território nacional a partir da consulta em artigos científicos e trabalhos que foram voltados para o exame de diversas comunidades no Brasil em busca de apresentarem o contexto da aplicação e efetividade do entendimento sobre o que é violência doméstica para os povos indígenas.

Neste sentido, dada toda a exploração do tema, conclui-se que é dificultosa a abrangência das políticas públicas que se voltaram para conscientizar, informar e investigar o que se tem com a violência doméstica indígena nos locais mais afastados e que pouco possuem com contatos com a população geral.

Também nesta mesma seara, a determinação sobre formas de abranger a aplicação da Lei Maria da Penha se torna intrincada a partir do mesmo enfrentamento que se tem em identificarem o que se entendem como violência doméstica dentro das comunidades indígenas de forma a se considerar que seria preciso criar políticas públicas que sejam abrangentes, inclusive, para essas comunidades para garantir os direitos das mulheres e maiores proteções nestes locais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ANJOS FILHOS, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestrado em Direito, 2009.

BARROSO, Milena Fernandes; TORRES, Iraildes Caldas. *Significado da violência doméstica para as mulheres Santeré-Mawe de Parintins – Amazonas*. São Paulo: Diásporas, Diversidades e Deslocamentos, vol. 9, 2010. Disponível em http://www.fg2010.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1278285247_ARQUIVO_Artigo-Mulheressatere-maweeosignificadodaviolenciaFinal.pdf. Acesso em 25 maio. 2020.

BASCOM. Raimunda Gomes Damasceno. *Mulheres indígenas em situação de violência doméstica e a aplicação/efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília: Universidade de Brasília,

Curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça, 2014. Disponível em https://bdm.unb.br/bitstream/10483/13036/1/2014_RaimundaGomesDamascenoBascom.pdf. Acesso em 25 maio. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 12 maio. 2020.

_____. *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 maio. 2020

_____. *Decreto nº 5.051*, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 12 maio. 2020.

_____. *Decreto nº 10.088*, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em 12 maio. 2020.

_____. *Lei nº 6.001*, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 12 maio. 2020.

_____. *Lei nº 5.371*, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5371.htm. Acesso em 12 maio. 2020.

_____. *Decreto nº 1.973*, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em 20 maio. 2020.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 20 maio. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 310154 RS 2014/0312171-3*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 20 nov. 2014. Publicado em 26 nov. 2014. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153671588/habeas-corpus-hc-310154-rs-2014-0312171-3>. Acesso em 20 maio. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 fev. 2012. Publicado em 31 jul. 2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 20 maio. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9 fev. 2012. Publicado em 31 jul. 2014. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342756/acao-direta-de->

inconstitucionalidade-adi-4424-df-stf. Acesso em 20 maio. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em habeas corpus nº 125029 MS 2020/0063411-3. Rel. Min. Laurita Vaz.* Julgado em 29 abr. 2020. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/838419955/recurso-em-habeas-corpus-rhc-125029-ms-2020-0063411-3?ref=serp>. Acesso em 25 maio. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3ª Câmara Criminal). *Apelação Criminal nº 70078481249 RS. Rel. Sérgio Miguel Achutti Blattes.* Julgado em 20 fev. 2019. Publicado em 19 mar. 2019. Disponível em <https://rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687395810/apelacao-crime-acr-70078481249-rs?ref=serp>. Acesso em 25 maio. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Criminal). *Recurso em Sentido Estrito nº 0003247-48.2011.8.13.0686 MG. Rel. Jaubert Carneiro Jaques.* Julgado em 3 out. 2017. Publicado em 13 out. 2017. Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509457554/rec-em-sentido-estrito-10686110003247001-mg?ref=serp>. Acesso em 25 maio. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FONSECA, Livia Gimeses Dias de. *A construção intercultural do direito das mulheres indígenas a uma vida sem violência: a experiência brasileira*. Coimbra: Hendu, vol. 6, n. 1, 2015. Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/2474/2652>. Acesso em 25 maio. 2020.

GALVIS, Maria Clara. *Manual para defender os direitos dos Povos Indígenas*. Brasil: DPLF, 2017.

GUIMARÃES, Liliana A. M; GRUBITS, Sonia. *Alcoolismo e violência em etnias indígenas: uma visão crítica da situação brasileira*. São Paulo: Psicologia & Sociedade, vol. 19, n. 1, jan./abr. 2007. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/psoc/v19n1/a07v19n1.pdf>. Acesso em 20 abr. 2020.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006*. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Distribuição total, rural e urbana da população indígena no Brasil*. Brasília: IBGE, 2010. Disponível em <https://indigenas.ibge.gov.br/apresentacao-indigenas.html>. Acesso em 12 maio. 2020.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, LCED, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PASINATO, Wânia. *Avanços e obstáculos na implementação da Lei nº 11.340/2006*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Levi M. *A criança kaiowa, o fogo doméstico e o mundo dos parentes: espaço de sociabilidade infantil*. Minas Gerais: 32º Encontro da ANPOCS, 2008.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil*. In. CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSA, Ana Beatriz. *Por que a violência contra as mulheres é tão difícil de ser combatida no Brasil*. Brasília: Mobilizadores, 2017. Disponível em <http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Texto10jan.pdf>. Acesso em 25 maio. 2020.

ZIMMERMANN, Tânia Regina. *Relações de gênero e violência contra mulheres indígenas em Amambai – MS (2007-2013)*. Porto Alegre: Espaço Ameríndio, vol. 9, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/0f96/4e7cf304e2f90cb40bdfb378d4e5eefab27a.pdf>. Acesso em 20 maio. 2020.

PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO AMBIENTAL: UMA LEITURA A LUZ DO DIREITO EDUCACIONAL AMBIENTAL

ENVIRONMENTAL LAW PRINCIPIOLOGY: A READING IN THE LIGHT OF ENVIRONMENTAL EDUCATIONAL LAW

Guilherme Wellington Pessoa de Farias¹

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de fazer uma leitura dos Princípios do Direito Ambiental e sua aplicação através da educação ambiental, tendo como base atender os objetivos da Constituição Federal. O meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável é essencial a vida do ser humano, e como muito bem foi imposto pelo legislador brasileiro na Constituição Federal de 1988 é obrigação do poder público e da coletividade o dever de preservá-lo para a presente e futura geração. Acreditamos que uma das formas mais eficientes do Estado garantir a preservação do Meio Ambiente no que tange as futuras gerações seja através da Educação Ambiental. Por fim será possível observar se os princípios do Direito Ambiental estão garantindo a proteção constitucional do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A metodologia utilizada nesta pesquisa é a do método dedutivo e, quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica e documental e, quanto aos fins, a pesquisa é qualitativa.

PALAVRAS CHAVE: Princípios; Meio Ambiente; Constituição Federal

ABSTRACT

This research aims to read the Principles of Environmental Law and its application through environmental education, based on meeting the objectives of the Federal Constitution. The ecologically balanced and healthy environment is essential to human life, and as the Brazilian legislator in the 1988 Federal Constitution very well imposed it, it is the duty of public authorities and the community to preserve it for the present and future generation. We believe that one of the most efficient ways for the State to guarantee the preservation of the Environment with respect to future generations is through Environmental Education. Finally, it will be possible to observe whether the principles of Environmental Law are guaranteeing the constitutional protection of the environment for present and future generations. The methodology used in this research is that of the deductive method and, as for the means, the research is bibliographic and documentary and, as for the ends, the research is qualitative.

KEY WORDS: Principles; Environment; Federal Constitution

¹ Mestre em Direito Ambiental pela UEA – Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Público pela UEA – Universidade do Estado do Amazonas. Discente do curso de Ciências Contábeis da UFAM – Universidade Federal do Amazonas. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8248553481508625>. E-mail: guilhermefarias92@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O mundo começou, após a Segunda Guerra Mundial, a ter percepção que o uso predatório dos recursos naturais acarretava a degradação Ambiental, pensamento este ligado as manifestações contrárias ao totalitarismos e ao uso da bomba atômica. Em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, foi elaborado durante a Conferência das Nações Unidas a Declaração do Meio Ambiente, um conjunto de 26 princípios, que influenciaram diretamente na construção do capítulo que trata sobre Meio Ambiente na Constituição Federal Brasileira de 1988, entre os quais podemos destacar, Infoescola (2018 apud FARIAS, 2019, p. 21):

Princípio 19 – É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, dirigido seja às gerações jovens, seja aos adultos, o qual dê a devida atenção aos setores menos privilegiados da população, a fim de favorecer a formação de uma opinião pública bem informada e uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade para com a proteção e melhora do meio em toda a sua humana dimensão.

O Art. 225 da CF/88 é o ponto central mas não é o único dispositivo constitucional a tratar sobre Educação Ambiental no Brasil, se tem um verdadeira arcabouço Jurídico disciplinando a matéria dentro do Estado democrático de Direito. De forma que para se ter mais embasamento no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), apresenta ainda como princípio fundamental:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] omissis
III- a dignidade da pessoa humana;

Portanto, o fundamento da dignidade da pessoa humana carrega em seu cerne o direito a educação ambiental, como assentado no primeiro dispositivo da Magna Carta é dever do estado e seus entes federativos oferecer educação ambiental a todos, não podendo ser de maneira diversa uma vez que a efetivação da educação ambiental em um país tão extenso e desigual é uma tarefa que necessita do compromisso de todos. Tal entendimento está disposto ainda no artigo 205 da Constituição Federal de 1988.

1 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Diante das contínuas e complexas relações humanas, o homem busca através da ciência jurídica respostas para os seus questionamentos da vida moderna e para atender esse dinamismo social o Direito, em especial o ambiental, busca fundamentar seu ordenamento em princípios, como também sua aplicabilidade ao meio ambiente.

Destacamos as palavras de Melo e Lustosa (2013, p.31), por consideramos a melhor definição dos princípios do Direito Ambiental:

Os princípios de direito são diretrizes, alicerces de valor genérico que embasam, condicionam e orientam o ordenamento jurídico, ou seja, são o seu fundamento. Os princípios possuem conexões entre si, assim como com todas as demais normas, formando um conjunto harmônico que impede que o ordenamento seja uma série de fragmentos desconexos.

Dessa forma, verifica-se que os princípios jurídicos desempenham papel importante, podendo auxiliar na interpretação de outras normas jurídicas, possibilitar a integração de lacunas e servir de padrão para se verificar a validade de leis. No âmbito do direito ambiental, eles servem ainda para balizar a atuação do Estado em relação à tutela do ambiente.

Os princípios são objeto de estudo nuclear que baseiam todos os ramos da ciência jurídica, utilizados desde o momento da construção do ordenamento até a efetivação social das regras jurídicas. Desempenham através do seu valor amplo e universal o norte interpretativo capaz de dar coesão a todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico do Estado brasileiro.

Sampaio, Wold e Nardy (2003, p. 45) define princípios do Direito como:

Princípios são enunciados deôndicos que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico (princípios formais e materiais). Denominam-se também princípios as normas técnico-operacionais do sistema jurídico que orientam mais diretamente as operações estruturais sistêmicas (princípios funcionais ou operacionais). Uns e outros podem vir expressos ou implícitos. Em sistemas jurídicos que valorizam exageradamente a fonte legislativa de direito quase nada sobra escondido por trás das palavras. Outras vezes, por conveniência e flexibilidade, deixam de ser explicitados, embora componham a rotina e práxis jurídicas... mesmo que a sanha legiferante seja intensa, é da natureza dos princípios o mundo não escrito.

Nessa perspectiva, os princípios além de vetores norteadores, responsáveis pela coesão e pela validade ordenamento jurídico, possibilitam regular determinada situação, onde exista uma lacuna legislativa, podendo esta ser completada de forma sistemática.

Uma vez tendo uma definição preliminar acerca de princípios jurídicos, se faz oportuno mencionar que princípios não se confundem com as regras, uma vez que ultrapassam a própria regra; no entanto essa diferenciação é polêmica já que princípios e regras são normas, ao passo que ambos indicam um dever ser.

Segundo Alexy (2008, p. 88-89), pontua como diferenciação entre princípios e regras:

À determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento – por meio de diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.

Podemos observar essa diferenciação no cumprimento, enquanto existe a obrigatoriedade de ser feito o que exatamente está escrito na regra, por outro lado existe a prescrição de um dever ser por parte dos princípios que são muitas das vezes atendidos de forma diversa dependendo do caso concreto.

Com a finalidade de esclarecer qualquer conflito que reste ainda acerca da natureza conceitual de princípios e com intuito de engradecer esse trabalho científico, podemos contar com a definição de Dworkin (2009, p. 57):

Somente as regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem.

Por tanto, a compreensão acerca dos princípios jurídicos é ponto de partida para todos os ramos do Direito, aqui colocamos em destaque o Direito Ambiental, visto que se trata de uma matéria que gera direitos ao mesmo tempo que deveres ao Estado e a toda a coletividade afim de se preservar o meio ambiente hígido para as presentes e futuras gerações. Podendo ser destacado o princípio da Participação e o princípio da Informação, fundamentais para a efetivação da Educação Ambiental.

2 O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

O Princípio da participação é uma importante ferramenta das ações sociais coletivas, capaz de disseminar a responsabilidade que inicialmente pertencia somente ao Estado para todos os entes individuais que compõem a sociedade; o princípio em tela teve seu primeiro destaque ainda no final do século XX, na conferência de Estocolmo na Suécia, com a presença de 113

chefes de Estados, realizada com o intuito de preservar a qualidade do meio ambiente diante das mudanças ambientais e os graves acidentes ambientais que aconteceram no planeta Terra até o final daquele século, o princípio da participação é consequência da educação ambiental, segundo Melo e Lustosa (2013, p. 118):

A participação é consequência da informação e da educação ambiental, pois estas formam, estimulam e ampliam a consciência no que diz respeito aos valores ambientais. A educação ambiental é a base das demais, pois somente a partir dela é que se possibilita que o cidadão exerça sua cidadania com plenitude.

Com o intuito de demonstrar a importância do princípio da participação em relação a temática ambiental, vinte anos depois da conferência de Estocolmo, uma nova conferência sobre o meio ambiente e desenvolvimento, voltou a destacar o princípio da participação que ficou conhecida como ECO-92, resultou no princípio de n. 10, Infoescola (2018 apud FARIAS, 2019, p. 25) com a seguinte redação:

A melhor maneira de se tratar a questão ambiental é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações disponíveis a todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

O caráter participativo é da natureza humana, característica essa potencializada nos meios sociais onde o Estado incentiva, através do seu ordenamento jurídico, a integração de todos os indivíduos as ações de políticas públicas, construindo desta forma o Estado Democrático Participativo de Direito, dispondo a Educação Ambiental como o meio ideal para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a integração social, ratificado pela necessidade constitucional em se preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, condição está imputada não somente à figura do poder estatal mas estendido a toda a coletividade.

É imprescindível a participação popular em todos os processos de políticas públicas ambientais, aqui não se restringe à colaboração coletiva na execução final das referidas políticas, mas sim desde o momento das suas elaborações, entendimento este que encontra

previsão na legislação infraconstitucional, como expresso nos objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental. Quando se fala sobre o princípio da participação voltado para o ramo do Direito Ambiental não se pode deixar de abordar a educação ambiental como instrumento de colaboração social, sendo o indivíduo detentor de um direito a um meio ambiente hígido mas ao mesmo tempo tendo o dever de colaborar para a preservação do mesmo, somente sendo possível através das políticas públicas voltadas a promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, o princípio da participação é destacado por Melo (2008, p. 51):

Decorrem ainda do princípio da participação a informação e educação ambientais, como assegura o inciso VI do parágrafo 1º do art. 225 da constituição, dispondo que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público promover educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para preservação do meio ambiente. Cabe, assim, aos órgãos públicos, em todas as esferas de poder e governo da educação ambiental ao povo, em todos os seus aspectos, inclusive no ensino básico, porque o meio ambiente equilibrado é direito difuso de uso comum do povo e a sua degradação atinge toda a sociedade.

Desse modo, se faz necessário por parte inicial do Estado chamar para si a responsabilidade sobre a obrigatoriedade de combater a atual situação de analfabetismo ambiental dos cidadãos seja qual for o ambiente em que estejam inseridos (escolas, universidades, trabalho ou até mesmo no meio ambiente familiar). A educação ambiental deve romper as barreiras das salas de aulas, somente assim será possível, através da educação contínua e disseminada nos meios sociais, uma contribuição real para o surgimento de uma consciência participativa produtora de um meio ambiente comum sadio para as presentes e futuras gerações e mais que participantes sejam agentes capazes de levar e multiplicar os conhecimentos ambientais.

A Educação Ambiental deve estar presente em todos os níveis de ensino, e por isso, justifica Sirvinskas (2017, p. 87):

Analfabetismo ambiental – o cidadão não conhece o ciclo da vida e dos recursos ambientais. Muitas pessoas têm nível superior e até pós-doutorado, mas não possuem a mínima noção do que se passa à sua volta. (...) Precisamos, diante disso, combater essas modalidades de analfabetismo, em especial o último, caso contrário, não conseguiremos resolver os grandes problemas ambientais.

3 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

O princípio da informação está ligado diretamente ao princípio da participação de forma que esses dois conceitos trabalham em conjunto dentro do sistema complexo da educação ambiental, uma vez que sem o acesso a informação com qualidade não se pode querer formar uma coletividade participativa que tenha por objetivo comum a preservação do meio ambiente, gerando um ciclo onde a informação deve levar a um maior número de participantes, quanto maior a coletividade envolvida maior será a quantidade de informação disseminada nos meios sociais, sempre tendo como preocupação a qualidade da informação acerca das questões envolvendo o meio ambiente. A educação ambiental está diretamente ligada com os princípios da informação e da participação, segundo Melo e Lustosa (2013, p. 118):

A informação efetiva a educação, nos termos do art. 225, § 1º, VI, da CF/1988, que determina que, para assegurar a efetividade do direito à informação ambiental, incumbem ao poder público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do ambiente”.

Demonstrado a ligação umbilical entre esses dois princípios, é importante compreender que a informação não é uma palavra que expressa um único significado qualitativo. Para melhor entendimento acerca da matéria destacamos as palavras do Canotilho (1993, p.17-18):

O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de difundi-las sem impedimentos, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto o direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos.

A informação é considerado um direito fundamental dentro do Estado Democrático brasileiro, previsão essa contida nos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXIII; no entanto, apesar de ser considerado como essencial dentro da democracia e mesmo estando presente na norma superior constitucional, existia por grande parte da população muita dificuldade em ter acesso a informações públicas consideradas básicas sobre o meio ambiente, o que somente mudou após a legislação infraconstitucional, lei federal nº 10.650, de 16 de abril de 2003 (Brasil, 2003) que dispõe sobre o acesso a informação pública

aos dados ambientais existente nos órgãos e entidades que compõem o sistema nacional do meio ambiente.

O direito à informação está estreitamente ligado ao exercício da cidadania, visto que a informação possibilita ao ser humano repensar a sua realidade social, temos por direito a informação, segundo Milaré (2004, p. 342-343):

Surge como significativo conquista da cidadania para a participação ativa na defesa de nosso rico patrimônio ambiental. Aliás, o direito à informação é um dos postulados básicos do regime democrático, essencial ao processo de participação da comunidade no debate e nas deliberações de assuntos de seu interesse direito. (...) De fato, o cidadão bem informado dispõe de valiosa ferramenta de controle social do Poder. Isto porque, ao ser deparar com a informação e compreender o real significado da Questão Ambiental, o ser humano é resgatado de sua condição de alienação e passividade. E, assim, conquista sua cidadania, tornando-se apto para envolver-se ativamente na condução de processo decisório que hão de decidir o futuro da humanidade sobre a Terra.

O princípio da informação está intimamente atrelado com os princípios democráticos e sobre tudo com a participação coletiva de toda sociedade como fiscais e colaboradores das políticas públicas voltadas para a educação ambiental, diante das dimensões geográficas do Estado brasileiro, somente com a contribuição de todos se pode alcançar efetividade na elaboração e execução de medidas protetivas ao meio ambiente face as peculiaridades de cada região do Brasil.

A Lei Federal n. 6.938/81 (Brasil, 1981) que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente é um desses exemplos de legislação infraconstitucional tendo por núcleo os tratados internacionais, trouxe em sua redação pela primeira vez a importância da disponibilidade da informação ambiental por parte dos órgãos públicos em todas as esferas:

Art. 6º - Os Órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, assim estruturados:(...)

§3º Os órgãos centrais, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.

Não se pode deixar de mencionar que esse primeiro marco legal acerca da informação ambiental sofria de grande limitação devido a sua redação, visto que não possibilitava o acesso a informação pública a todos mas somente as pessoas legitimamente interessadas, esse entrave normativo permaneceu por vários anos até a edição da Lei Federal n. 10.650, de 16 de abril de

2003 (Brasil, 2003), que democratizou o acesso às informações ambientais públicas, tornando-a acessível a todos.

Todos devem ter acesso às informações ambientais, esse direito que por muitos é desconhecido se dá em grande parte por falha do Estado, que deveria incentivar o maior número de pessoas a conhecer e a pensar o lugar onde vivem e com isso compreenderem toda complexidade que envolve o meio ambiente em que estão inseridas, transformando-se em agentes que contribuem com a melhoria do meio ambiente.

Somente com um verdadeiro comprometimento do Estado em planejar e executar políticas públicas voltadas para a implementação de uma educação ambiental com qualidade acessível ao maior número de pessoas será possível alcançar o desenvolvimento da consciência comum capaz de movimentar a coletividade a agir de forma ativa pela preservação ambiental.

4 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

O princípio da prevenção desempenha um importante papel na efetivação do direito ambiental, uma vez que trabalha com base nas medidas preventivas ao dano ambiental, este que em muitos casos depois de ocasionado é irreparável. A prevenção deve ser considerada em toda atividade em que os riscos ao meio ambiente sejam concretos e conhecidos, sendo dever do causador do dano e do poder público tomar todas as medidas preventivas possíveis afim de que se possa reduzir o impacto ao meio ambiente, logo causando o menor reflexo possível ao ser humano.

O princípio da prevenção no Direito Ambiental é definido segundo Machado (2016, p.119), como sendo:

O dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente vem sendo salientado em convenções, declarações e sentenças de tribunais internacionais. Prevenir é agir antecipadamente, evitando o dano ambiental. Deixa de se prevenir por comodismo, por ignorância, por habito de imprevisão, por pressa e pela vontade de lucrar indevidamente. (...)

A importância atinente a prevenção ao dano ambiental, se mostra como no que tange ao dano como a medida reparava mais eficaz em sede de matéria ambiental, nesse sentido colabora, Rodrigues (2005, p. 203):

Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela

impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam.

Durante a década de 80, o mundo começou a se dar conta da importância da preservação do meio ambiente, percepção resultada dos constantes problemas de poluição presente nos centros mais desenvolvidos e que muitas das vezes não tinham como ser reparados pelo poder público e foi neste momento que os países europeus tomaram consciência da necessidade da prevenção.

O princípio da prevenção é reconhecido em várias convenções internacionais como na Declaração de Estocolmo:

Princípio 6

Deve-se pôr fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais que liberam calor, em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não possa neutralizá-los, para que não se causem danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a poluição.

A Declaração do Rio de Janeiro, em 1992, conhecida como ECO-92, também destacou o princípio da prevenção em seu enunciado de número 14, onde determinava que os Estados deveriam cooperar entre si com a finalidade de prevenir a transferência para outros países de qualquer substância ou até mesmo atividade com potencial de causar degradação ao meio ambiente.

O princípio da prevenção ainda se encontra presente em diversos acordos internacionais sobre meio ambiente assinado pelos integrantes do bloco econômico do Mercosul, como no capítulo I, art. 3º, b do Acordo-Quadro (2009, p. 90-91):

Apontam para a necessidade de prevenir e evitar na origem as transformações prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Todos esses comportamentos dependem de uma atitude do ser humano estar atento ao seu meio ambiente e não agir sem prévia avaliação das consequências. O direito positivo internacional e nacional irá traduzindo, em cada época, através de procedimentos específicos, a dimensão do cuidado que se tem com o presente e o futuro de toda forma de vida no planeta.

Como temática central desse trabalho científico não é possível deixar de relacionar a importância do princípio da prevenção à questão da educação ambiental, estando previsto na Política Nacional de Educação Ambiental, lei federal nº 9.795/99 em seu artigo 3º, VI, trazendo o direito a todos a educação ambiental, como um processo educativo amplo onde a sociedade

deve manter-se vigilante à formação de valores e atitudes que visem contribuir para a prevenção, identificação e soluções para os diversos problemas ambientais.

5 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Não existe na doutrina um consenso sobre em qual momento histórico houve o surgimento do princípio da precaução da forma como é conhecido internacionalmente atualmente dentro do Direito Ambiental, mas grande parte dos autores remetem seu surgimento à década de 1960 na Alemanha quando vários problemas ambientais tomaram conta daquele país. Outros porém atribuem o surgimento do princípio da precaução ao ano de 1970, quando na Alemanha surgiu a preocupação com emissão de gases ao meio ambiente e nesta última data marca o início da difusão do princípio da precaução no direito internacional.

O princípio em tela desempenha atualmente um dos papéis mais importante dentro dos mecanismos de defesa do meio ambiente hígido, uma vez que diferente de qualquer outro instrumento que procura reparar ou ao menos mitigar o dano causado, o princípio da precaução trabalha no sentido de evitar ao máximo qualquer dano ao meio ambiente mesmo diante da ausência de certeza científica.

Foi durante a conferência ECO-92, realizada na cidade do Rio de Janeiro que o maior número de países assinou o acordo internacional, em que previa o princípio da precaução em sua redação (UNEP, 2019):

Princípio 15

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não será utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O Princípio da precaução não deve ser confundido como pertencente a uma corrente ambientalista extrema, por ser aplicado diante da mínima possibilidade científica sobre a ocorrência do dano, muitos autores consideram tal princípio como um entrave no desenvolvimento econômico, mas o que realmente torna diferenciado o referido princípio é a possibilidade de maiores investimentos em pesquisas que mitiguem o potencial degradador da ação antrópica ao meio ambiente.

Diante de um princípio tão rígido se faz de extrema importância a participação do poder público na aplicação e fiscalização para que se possa cumprir sua função em defesa da

preservação do meio ambiente, entendimento este acompanhado por parte da doutrina, como o posicionamento de Silva (2004, p. 84-85):

O princípio da precaução pode, portando, ser definido como uma nova dimensão da gestão do meio ambiente na busca do desenvolvimento sustentável e da minimização dos riscos. Diante dos progressos tecnológicos das sociedades contemporâneas, o princípio da precaução busca implementar uma lógica de segurança suplementar que vai além da óptica preventiva e questiona a razão do desenvolvimento das atividades humanas, em função de uma melhora qualitativa de vida para o homem, no presente e no futuro. Ele constitui o fio condutor da lógica da proteção ambiental, da defesa e da preservação do meio ambiente para as gerações presentes e vindouras.

A doutrina tem entendido que a precaução, ante a possibilidade de qualquer dano ambiental, seja a melhor ferramenta para evitar novos desastres ambientais, o benefício da dúvida deve sempre favorecer a preservação ambiental, dúvida está comprovada através da ausência de certeza científica, reconhecido dentro da ciência do direito pela expressão “*in dubio pro natura*”.

O princípio da precaução como o princípio da prevenção é resultados da consciência ecológica, segundo Melo e Lustosa (2013, p. 118):

A concretização do princípios da precaução, bem como o da prevenção, deve partir de uma consciência ecológica que só pode ser desenvolvida através da uma política de educação ambiental.

6 PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

A política nacional de meio ambiente em seu artigo 3º segue os termos do princípio do poluidor pagador, uma vez que responsabiliza todos, seja pessoa física ou jurídica, pela atividade desenvolvida que cause ou ainda que seja capaz de causar degradação do meio ambiente.

Nas palavras de Casella; Accioly; Silva (2010, p. 673), temos como finalidade do instituto do poluidor pagador como sendo:

Este princípio visa desincentivar atividade que lucram com a adoção de padrões de qualidade ambiental muito baixos em detrimento de atividades concorrentes que adotem *standards* mais avançados e, por conseguinte, mais custosos. Em vez de atribuir estes custos ao estado, aos investidores ou à própria comunidade internacional, o empreendedor deve integrar esses custos na sua produção.

O princípio do poluidor pagador não tem a finalidade de criminalizar o dano ambiental para que ocorra a recuperação posterior do meio degradado, mas seu real significado é no sentido de afastar todo e qualquer ônus, resultante da prática lesiva ao meio ambiente, da coletividade e dos cofres públicos, em outras palavras somente deve ser responsabilizado a pagar quem deu causa ao dano ambiental.

É oportuno aqui diferenciar pelo menos para fins didáticos, a figura do poluidor-pagador acima definido, do usuário-pagador uma vez que este último mesmo não dando causa ao dano ambiental, deve realizar o pagamento por ser o usuário beneficiado pelo uso dos recursos naturais, aqui se faz necessário trazer o entendimento do professor Machado (2009, p. 66):

Em matéria da proteção do meio ambiente, o princípio usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização. Este princípio tem por objetivo fazer com que estes custos não sejam suportados nem pelos poderes públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador. De outro lado, o princípio não justifica a imposição de taxas que tenham por efeito aumentar o preço do recurso a ponto de ultrapassar seu custo real, após levarem-se em conta as externalidades e a raridade.

Com a aplicação do princípio do poluidor pagador, observa-se uma economicidade aos cofres públicos uma vez que os recursos necessários à recuperação do meio ambiente agora são fomentados pelos próprios causadores do dano ambiental e que os recursos públicos que outrora eram destinado a recuperação do meio ambiente passam a ser destinados para outras áreas sociais, como por exemplo no implemento de políticas públicas voltadas para uma melhor execução da política nacional de educação ambiental.

O princípio do poluidor pagador tem por efeito tornar o mercado mais justo, uma vez que a coletividade deixa de ser sócia do déficit ambiental das empresas poluidoras e estas passam de maneira consciente a integrar o ônus de sua ação degradante ao seu custo de produção, o que tem levado muitos grupos empresariais a repensarem todo o modelo de produção poluente que adotavam.

Para dar maior embasamento ao reflexo da aplicação do princípio do poluidor pagador nas práticas mercantis, destacamos o entendimento do professor Antunes (2005, p. 37):

O princípio do poluidor pagador parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e o uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preço, o mercado não será capaz de refletir a escassez. Em assim sendo, são necessárias políticas públicas capazes de eliminar a falha de mercado, de forma assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais.

Somente através da educação ambiental com qualidade e difundida em todos os meios e camadas sociais, se poderá formar uma maior consciência social que vise a proteção de um bem comum ambiental, aqui quando se fala em um bem ambiental, não mais se restringe às questões do meio ambiente natural, mas de um bem comum universal, através da economicidade dos cofres públicos com questões que devem ser tratadas pelos particulares, que foram os sujeitos responsáveis, o Estado poderá ter mais recursos públicos disponíveis para serem aplicados na educação, saúde, segurança e todas as outras áreas que envolvam os direitos sociais protegidos constitucionalmente e que tanto sofrem por falta de verbas para suas execuções com qualidade para o uso de toda a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado ao longo deste trabalho científico os princípios do Direito Ambiental servem como vetores para aplicação material de todo o Direito garantidor previsto no artigo 225 da Constituição Federal afim de dar efetividade a proteção do meio ambiente, sendo esta matéria destinada em salvaguarda o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, buscando o desenvolvimento social de forma sustentável.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é a do método dedutivo e, quanto aos meios utilizados durante a pesquisa foram selecionados o bibliográfico e o documental e, quanto aos fins, a pesquisa é qualitativa.

Acreditamos que uma das formas mais eficientes do Estado garantir a preservação do meio ambiente no que tange as futuras gerações seja através da Educação Ambiental das presentes gerações estando associada diretamente com a aplicação da principiologia do Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.983, de 31 de agosto de 1981**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL, **Lei da Política Nacional de Meio Ambiente**. Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm, acesso em: 01 jul. 2019.

_____, **Lei de Acesso Público as Informações do SISNAMA**. Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm, acesso em: 10 ago. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. de Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, São Paulo: LTr, 2009.

ESTOCOLMO, Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <http://www.infoescola.com/geografia/agenda-21/>, acesso em: 10 jun. 2018.

FARIAS, Guilherme Wellington. **Análise da Efetividade da Política Nacional de Educação Ambiental, Instituída pela Lei nº 9.795/99, no estado do Amazonas**. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – PPGDA – Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24º ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance**, prescrição. 3º ed. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Sandro Nahmias; LUSTOSA, Thaísa Rodrigues. **Princípios de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 3º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: Parte Geral**. 2º ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris e NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Solange Teles da. **Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científica**. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia. Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIRVINKSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNITED NATIONS DECLARATION. **Rio declaration on environment and development**. Disponível em:
<http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>, Acesso em: 01 set. 2019.

HERMENÊUTICA EM LEGÍSTICA TRABALHISTA DE CRISE

Carla Vidal Gontijo Almeida¹
Analice Cavalcante Pinto²
Josany Keise de Souza David³

RESUMO

A pandemia COVID-19 marca o ano de 2020 e implicou em profundas mudanças e adequações. Este artigo se debruça na reflexividade das emergentes interpretações possíveis quando estamos a falar de legística trabalhista de crise em contexto de pandemia do COVID-19. Pontualmente foram analisadas as interpretações utilizadas nos votos dos ministros do STF quando do julgamento *Ad referendum* da liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363. O debate emergiu ante da existência das tensões entre as normas constitucionais que autorizam algumas alterações de condições de contrato de trabalho somente através de negociações coletivas *versus* a *flexibilização* na condicionante de participação sindical diante das situações de redução proporcional de jornada e salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho existente na MP936/2020. A liminar não foi referendada havendo, portanto, a possibilidade de acordo individual escrito para implementar medidas de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário. O procedimento metodológico empregado no artigo se amparou da análise hermenêutica para discorrer sobre as interpretações emergidas dos principais votos dos principais votos manifestados no julgamento *Ad referendum* da liminar. A liminar não foi referendada havendo, portanto, a possibilidade de acordo individual escrito para implementar medidas de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, firmando ênfase na interpretação que considera concretização da realidade social e valores sociais do trabalho.

Palavras-chave: Legislação trabalhista de crise. COVID-19. Análise hermenêutica.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic marks the year 2020 and implied profound changes and adjustments for a new way of life in society. Notably in labor relations, the reflex is present, reaching the most diverse forms of employment contracts. The legislation that existed at the beginning of the pandemic was obviously not enough and was not prepared to resolve the situations experienced in labor relations in society affected by the pandemic. In the search to regulate the relations that emerged from this new modal, some provisional legislation arose, which we

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito/Universidade Federal do Amazonas. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas no Mestrado Constitucionalismo e Direitos na Amazônia. UFAM Doutora pela PUC MINAS. E-mail carlavidal@ufam.edu.br ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2890-7803> LATTES <http://lattes.cnpq.br/7316819797841294>

² Advogada do escritório Pinto Advogados Associados. Graduação em Direito pelo Ceuni FAMETRO. Graduação em Serviço Social pela UFAM. Pós graduação em Gerontologia Social pela FSDB. E-mail: alice.cavalcantep@gmail.com LATTES <http://lattes.cnpq.br/2827859866066049> ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6382-4862>

³ Advogada Graduada em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Informática na Educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Estado do Amazonas. Professora da Rede Municipal de Ensino na Secretaria Municipal de Manaus/AM. E-mail: davidjosany@gmail.com LATTES <http://lattes.cnpq.br/7828622336508677> ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9741-4239>

understand to be called slump labor legislation. For this study, we originally started with one of the provisional labor measures, namely Provisional Measure 936/2020 of April 1, 2020, which aimed to institute the Emergency Program for the Maintenance of Employment and Income, as well as complementary labor measures to face the state of public calamity due to the coronavirus. Said provisional measure was converted into Law 14,020 of July 6, 2020. This article focuses on the reflexivity of the emerging possible interpretations when we are talking about labor slump in a pandemic context. The interpretations used in the votes of the STF ministers were punctually analyzed when the Ad referendum judgment of the injunction granted in the Direct Action of Unconstitutionality 6363. The debate emerged in view of the existence of tensions between the constitutional norms that authorize some changes to the conditions of employment contract only through collective bargaining versus flexibility in the conditioning of union participation in the face of the proportional reduction of hours and wages and the temporary suspension of the existing employment contract in MP936 / 2020. The injunction was not endorsed, therefore, there is the possibility of an individual written agreement to implement measures to proportionally reduce working hours and wages. The methodological procedure used in the article relied on hermeneutic analysis to discuss the interpretations that emerged from the main votes of the main votes expressed in the Ad referendum judgment of the preliminary injunction. The injunction was not endorsed, therefore, there is the possibility of an individual written agreement to implement measures for proportional reduction of working hours and wages, placing emphasis on the interpretation that considers the realization of the social reality and social values of work.

keywords: Legislation laborite slump. COVID-19. Hermeneutical analysis.

INTRODUÇÃO

*“Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei,
nunca se viu a lei reformar a sociedade”.*
Jean Cruet, *Da vida do direito e da inutilidade das leis.*

O ano de 2020 fica marcado pela Pandemia COVID-19, fixando uma necessária e profunda reorganização do modo de vida em sociedade. Declarada como pandemia no início do ano de 2020, pela Organização Mundial de Saúde, a COVID-19, expressão adequada do inglês *Coronavirus Disese* 2019, causa síndrome respiratória aguda em seres humanos. A doença fez promover o reconhecimento da emergência de saúde pública de importância internacional pelo surto. Ficou então evidente o despreparo e a impotência dos sistemas de saúde existentes. Considerando que a busca por uma barreira farmacológica é vigente, o modo de vida em sociedade precisou se reformular acentuadamente, através de implementação das barreiras não farmacológicas.

No Brasil, ao final do mês de janeiro de 2020, foi promulgado o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, através do decreto n. 10.212/2020, passando-se então a implementação das suas disposições. As medidas não farmacológicas, são operacionalizadas como as ferramentas para o enfrentamento da expansão da pandemia em paralelo a uma busca de uma medida farmacológica eficaz. Neste contexto, e no afã de proteção da coletividade, em 06 de fevereiro de 2020, foi publicada a Lei 13.979/2020. Os danos e prejuízos decorrentes da

pandemia impingiram o reconhecimento do estado de calamidade pública no Brasil, com a publicação do Decreto Legislativo n 6/2020 em 20 de março de 2020.

O contributo de outras normativas se fizeram necessárias para que então se operacionalizem algumas das medidas de enfrentamento ao CODIV-19 indicadas pela Lei 13.979/2020. Notadamente algumas destas medidas, como o isolamento social e a quarentena, impuseram grande impacto nas relações trabalhistas, considerando que no âmbito de suas competências ficou a cargo dos estados e municípios, determinarem a suspensão de atividades e prestações de serviços considerados não essenciais.

Diante da proibição de funcionamento ordinário, diversos seguimentos, enfrentaram muitas dificuldades. O anseio maior de priorização da proteção da coletividade, se sobrepôs as normativas tradicionais que regulamentavam as relações trabalhistas. Neste pormenor, estamos a falar da Medida Provisória n. 936/2020, publicada em 01 de abril de 2020, e posteriormente convertida na Lei n. 14.020 de 06 de julho de 2020. Referida normativa instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispôs sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus.

Com o objetivo de preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública, o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda estabelecido originalmente da MP 936/2020 (Lei 14.020/2020) indicou como medidas, dentre outras, a redução proporcional de jornada e de trabalho e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Os artigos da MP 936/2020 abordaram a temática das medidas de redução proporcional de jornada de trabalho e salário, bem como sobre a suspensão do contrato de trabalho, indicando que a pactuação das mesmas, poderiam se dar através de negociação coletiva, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho e por meio de acordo individual escrito. A medida provisória estabeleceu ainda que quando da celebração de acordos individuais para redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, o respectivo sindicato dos trabalhadores deveria ser comunicado pelos empregadores no prazo de até dez dias corridos contados da data de sua celebração.

A reflexividade proposta neste artigo surge a partir da análise dos votos do julgamento “ad referendum” pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, nos dias 16/04/2020 e 17/04/2020, de uma cautelar deferida em parte na Ação Direta de Inconstitucionalidade. A ADI

6363, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade com relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em face de disposições da MP 936/2020. O Exmo. Sr. Ministro relator, em 06/04/2020, deferiu, em parte, a cautelar, “ad referendum” do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para dar interpretação conforme a Constituição ao § 4º do artigo 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que os acordos individuais deverão ser comunicados pelos empregadores, ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, sendo válidos e legítimos os acordos individuais celebrados na forma da MP 936/2020, os quais produzem efeitos imediatos. Ressalva, contudo, a possibilidade de adesão, por parte do empregado, à convenção ou acordo coletivo posteriormente firmados, os quais prevalecerão sobre os acordos individuais.

No julgamento “ad referendum” da medida cautelar, a base de reflexividade deste artigo circulou nas interpretações aplicadas pelos julgadores diante da existência das tensões emergidas entre as normas constitucionais que autorizam algumas alterações de condições de contrato de trabalho somente através de negociações coletivas, e as disposições da Medida Provisória 936/2020 que por sua vez indicam certa flexibilização na condicionante de participação sindical diante das situações de redução proporcional de jornada e salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho. O presente artigo se propôs então a analisar em digressão as teses de interpretações aplicadas no julgamento, segmentando-as nas que acompanharam o voto do relator na concessão em parte da cautelar e nas que não acompanharam o voto do relator.

O objetivo geral do presente artigo foi analisar as variáveis interpretações que podem ser aplicadas diante da legística de crise surgida no período da pandemia COVID-19. Os selectores empregados se iniciaram pela separação dos votos em dois grupos, um dos que acompanharam a tese do relator para referendar a liminar e os que não referendaram a liminar. Feita essa separação bipartite restaram então como elegíveis as teses de interpretação que confirmam a tensão de julgamentos em legística de crise. Para tanto foram ouvidos os votos e deles extraídos as teses. Por derradeiro, para a classificação das teses nos votos, a metodologia utilizada valeu-se dos seguintes critérios hermenêuticos: relação entre métodos de interpretação constitucional advindos da doutrina e da jurisprudência, ao lado de princípios específicos de interpretação constitucional, sendo mandamentos de otimização conforme classifica Robert Alexy (2015).

O presente artigo se propôs ainda a discorrer sobre uma contextualização da nova legislação trabalhista e sua temporalidade enquanto vigente o estado de calamidade devido ao surto da pandemia COVID-19.

O julgamento do referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6363 foi realizado nos dias 16 e 17 de abril de 2020. A pauta fixada foi separação de poderes, com tema na competência legislativa e subtema em saúde e assistência pública. A discussão originou-se quando a então MP 936/2020 dispôs sobre a possibilidade de acordo individual escrito para implementar medidas de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, se tencionou com a disposição constitucional dos artigos aos artigos 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal, que emanam entendimento de que a redução de jornada ou salário somente seria possível com a participação do sindicato.

No resultado do julgamento referendado na medida cautelar o Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente.

1 A NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Em resposta a esse melindroso quadro, considerando a situação de emergência e o caráter excepcionalíssimo do que se está experimentando na vida em sociedade, tem-se observado premente, a evidência de uma verdadeira legística de crise. Nos referiremos aqui por legística de crise, justamente às espécies legislativas de urgência empregadas como medidas de enfrentamento a pandemia que assola o país. Destacamos que a referida legislação de crise, ou o novo “direito do trabalho de crise” fez nascer a necessidade de se empregar um córtex interpretativo sobre outro prisma. Se reconheceu a necessidade de conjugar valores sociais do trabalho, livre iniciativa, função social da empresa, busca do pleno emprego em prol do princípio da saúde pública e da proteção da coletividade.

Diz-se nova legislação trabalhista porque surge de algo ainda não regulamentado e que tão somente passou-se a conhecer neste tempo pontual, sendo flexibilizado por variadas ramificações da área do Direito, motivados nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como nos princípios gerais da atividade econômica, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Envolto em uma jurisprudência de crise a decisão da medida liminar, se deu com características de mutabilidade e dinamicidade caracterizados em um período não tratado pelo direito positivado.

Corroborando nesta perspectiva, segundo (FINCATO, 2020):

A flexissegurança – conceito segundo o qual pretende-se conciliar dois valores sensíveis e aparentemente antagônicos, a saber, a flexibilidade do mercado e a segurança social dos trabalhadores – parece ser/ou mostrar-se como a única saída às relações de trabalho, em especial às subordinadas. Como resultado, tornaram-se mais leves algumas rotinas e formalidades próprias das relações de emprego – mantendo-se, é claro, os *standards* básicos -, além de se procurar garantir amparo mínimo aos empregados e empregadores que cambalearem diante da catástrofe sanitária”.

Nesse sentido, diversas legislações e decisões não só da seara trabalhista foram lançadas de maneira automática como respostas à calamidade.

Na área cível a relativização dos contratos de aluguéis em virtude da crise financeira, a alteração do regime de visitas em decorrência do distanciamento social e o devedor de dívidas alimentícias não ser preso e sim cumprir em prisão domiciliar são algumas excepcionalidades.

Vejamos, área cível:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. **PRETENSÃO DE REDUÇÃO DOS ALUGUÉIS PELA METADE, FUNDADA NA CRISE FINANCEIRA PROVOCADA PELA PANDEMIA DO COVID-19.** TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PREMATURA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. Para obter a tutela provisória de urgência, deve o autor apresentar elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado (“fumus boni juris”) e, cumulativamente, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (“periculum in mora”). Ausentes os requisitos cumulativos exigidos pelo art. 300 do CPC, correta a decisão que a indeferiu, com observação de reavaliação na marcha processual, depois de formado o contraditório, imprescindível no caso. (TJ-SP - AI: 20847864520208260000 SP 2084786-45.2020.8.26.0000, Relator: Adilson de Araujo, Data de Julgamento: 19/05/2020, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/05/2020)”.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO COM OFERTA DE ALIMENTOS, GUARDA, CONVIVÊNCIA E PARTILHA DE BENS C/C TUTELA DE URGÊNCIA. MAJORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR ARBITRADA. INCOMPORTABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. GASTOS EXTRAORDINÁRIOS. DEVER DE DIVISÃO IGUALITÁRIA ENTRE OS GENITORES. DIREITO DE CONVIVÊNCIA PATERNA. **ALTERAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO. Sobrestamento temporário do direito de visitação estipulado. Durante a ocorrência do período de distanciamento social, imposto pela crise sanitária da COVID-19.** DECISÃO REFORMADA EM PARTE. 1. O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis e deve ater-se ao acerto, ou desacerto da decisão combatida, a qual somente poderá ser reformada, pelo Tribunal ad quem, quando evidente a sua

ilegalidade, arbitrariedade, ou teratologia. 2. Para que o quantum fixado, a título de alimentos provisórios, seja majorado é imprescindível a verificação de que o valor arbitrado pela magistrada está em desacordo com a capacidade financeira do alimentante, bem assim, a necessidade da alimentanda, o que não ficou comprovado, na presente hipótese. 3. Razoável a imposição ao Agravado da obrigação de, além da verba alimentar fixada, arcar com 50% (cinquenta por cento) de eventuais despesas extraordinárias da criança, tais como medicamentos, uniformes e materiais escolares, mediante a comprovação de tais gastos, tendo em vista que é decorrência lógica do dever de prestação alimentar dos genitores, em relação ao filho menor impúbere. 4. Fica mantido o direito de convivência paterna, tal como fixado no juízo de origem (finais de semana alternados, metade do período das férias escolares, feriados e datas comemorativas alternados, dia dos pais e aniversário do pai com o genitor e dia das mães e aniversário da mãe com a genitora), sendo excluída, tão somente, a estipulação de pernoite semanal, na casa do pai, vez que tal medida afeta a rotina da criança, em relação ao seu lar de referência. 5. **Enquanto perdurar o período de distanciamento social determinado pelas autoridades públicas, em especial, a suspensão das atividades escolares, o menor deverá permanecer na companhia e guarda da genitora, com o sobrestamento temporário do direito de visitação aqui estipulado, salvo se, após avaliação do MM. Condutor do feito na origem, o melhor interesse do menor** exigir disposição em sentido contrário, mediante decisão fundamentada do Nobre Julgador a quo. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (TJ-GO - AI: 5028201.90.2020.8.09.0000, Relator: DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, Data de Julgamento: 22/05/2020, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 22/05/2020)”

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR. ARTIGO 5º, INCISO LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL DA IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DE PAGAMENTO. **PRISÃO. CORONAVÍRUS (COVID-19). REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA EM CARÁTER EXCEPCIONAL.** 1. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevê a possibilidade de prisão civil pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. 2. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ emitiu aos Tribunais e magistrados a Recomendação n. 62/2020, objetivando a adoção de medidas preventivas à propagação do Coronavírus (Covid-19) no sistema de justiça penal e socioeducativo, especificando em seu artigo 6º a recomendação de substituir o regime fechado, nos casos de prisão civil, para o de prisão domiciliar, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos. 3. O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, determinou que os presos por dívidas alimentares do Estado do Ceará passem para o regime domiciliar, destacando que, considerando o crescimento exponencial da pandemia em nosso país e no mundo, e com vistas a assegurar efetividade às recomendações do CNJ para conter a propagação da doença, concedo parcialmente a liminar para determinar o cumprimento das prisões civis por devedores de alimentos do estado do Ceará, excepcionalmente, em regime domiciliar. 4. **Restando caracterizada a circunstância excepcional enfrentada pelo País e o mundo em decorrência da pandemia de coronavírus, verifica-se a necessidade de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e da população em geral.** 5. **Ordem concedida, em caráter excepcional, apenas para substituir o regime de cumprimento da prisão civil (fechado) para o domiciliar.** (TJ-DF 07042800620208070000 - Segredo de Justiça 0704280-06.2020.8.07.0000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 06/05/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/05/2020)”.

Na área penal a possibilidade do réu mesmo cumprindo o regime fechado, progredir para o regime domiciliar em decorrência da pandemia.

Vejamos, área penal:

“EMENTA: HABEAS CORPUS” - EXECUÇÃO PENAL - CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR - EXCEPCIONAL SITUAÇÃO CAUSADA PELO COVID-19 - POSSIBILIDADE. Diante do atual contexto de pandemia causado pelo COVID-19 e considerando, ainda, que o paciente, embora esteja cumprindo pena em regime fechado, integra o grupo de risco, sendo maior de 60 anos, necessária a concessão da prisão domiciliar. Providência prevista na Recomendação nº 62 do CNJ e da Portaria Conjunta nº 19/PR-TJMG/2020. (TJ-MG - HC: 10000200336329000 MG, Relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 03/05/0020, Data de Publicação: 07/05/2020)”.

Nessa visão relativizada do judiciário, é possível afirmar que a jurisprudência de crise interpreta a Constituição, de acordo com o caso concreto, dando ênfase à importância de se relativizar e ceder ante algumas circunstâncias.

Nestes novos contornos, a autossuficiência normativa do direito trabalhista deixou de ser vista apenas em relações de trabalho, sendo colocada no centro de discussões por abranger toda a dinamicidade das relações sociais no cenário de pandemia covid-19, implicando em percursos interpretativos advindos de conjunto normativo diretamente afetados pelas modificações da medida provisória, a saber: normas tributárias, previdenciárias, econômicas, sanitárias etc.

Tal circunstância, proporcionou a legislação trabalhista uma nova posição no contexto do trabalho, haja vista ser a raiz elencada a buscar as adaptações razoáveis as situações de excepcionalidade, sendo necessária a convergência das regras com os princípios de maneira que vise a satisfação social.

2 METODOLOGIA

O procedimento metodológico empregado no artigo se amparou da análise dos principais votos manifestados na medida cautelar proposta na MP 936-2020, em sessão plenária por videoconferência transmitidos pelo canal de televisão *TV Justiça Oficial* e pelo canal do Youtube *Oficial do Supremo Tribunal Federal do Brasil* nas datas 16 e 17 de abril de 2020, garantindo a transparência e a publicidade processual durante o período de pandemia.

Preliminarmente, para desenvolver a análise das variáveis interpretações surgidas do julgamento citado, fez-se necessário o acompanhamento dos dez votos dos ministros participantes na medida cautelar proposta na MP 936-2020, assistindo-os. Logo após, foi realizado o *download* dos vídeos reproduzidos na internet para que pudéssemos fazer os

registros das partes principais de cada conteúdo dos votos julgados, possibilitando assim redigir e revisá-los.

Dessa forma, prevaleceu a divisão de votos em dois grupos para dela extrair a identificação das principais teses adotadas para amparar cada voto (acompanhando a liminar ou não). Para tanto, do total de 10 (dez) ministros votantes, verificou-se 6 (seis) teses de interpretação desenvolvidas, nas quais 3 (três) prosseguiram no sentido de referendar a liminar, dentre estas a tese proferida pelo relator e 3 (três) optaram por não referendar a liminar.

Visualizados os seletos empregados pela separação dos votos em dois grupos, um dos que acompanharam a tese do relator ministro Ricardo Lewandowski para referendar a liminar cuja tutela se dava pela obrigatoriedade do aval dos sindicatos nos acordos individuais e coletivos e os que não referendaram a liminar, do qual o ministro Alexandre de Moraes iniciou sendo favorável à manutenção da MP 936-2020, sendo acessória a participação dos sindicatos nos acordos individuais e negociações coletivas.

Assim, a identificação das seis diferentes teses já mencionadas ocorreu em virtude da atribuição da diversidade de critérios hermenêuticos utilizados de maneira particular em cada tese indicada. Confirmando a tensão de julgamentos em legítima de crise ao visar o deslinde da medida liminar proposta.

Para tanto, a metodologia utilizada na análise das teses de interpretação valeu-se de critérios hermenêuticos: relação entre métodos de interpretação constitucional advindos da doutrina e da jurisprudência, ao lado de princípios específicos de interpretação constitucional, sendo mandamentos de otimização conforme classifica Robert Alexy (2015).

De igual modo, corroboraram elegíveis no presente trabalho o método jurídico hermenêutico clássico proposto por Ernest Forsthoff, valendo-se do elemento teleológico, no qual busca a finalidade da norma; método hermenêutico concretizador desenvolvido por Konrad Hesse que parte da Constituição para o problema de acordo com a observação de Gilmar Mendes (2017); o método normativo estruturante de Friedrich Muller destacado por Novelino (2016), cuja interpretação deve verificar o texto da norma, bem como sua concretização na realidade e o método concretista da constituição aberta idealizado por Peter Haberle (2001) ao defender a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes da constituição como consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação constitucional.

Do cotejo se fez a opção por identificar os princípios de interpretação constitucional a partir dos votos, dos quais se fizeram presentes: o princípio da unidade da constituição com a ideia de que não há hierarquia entre as normas da Constituição; o princípio do efeito integrador

correspondente a critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política social; o princípio da concordância prática ou harmonização no qual aborda a inexistência da sobreposição constitucional de um bem sobre o outro e o princípio da força normativa da Constituição no qual se dá prevalência aos argumentos que conduzam a uma eficácia máxima, além de outros que margearam as teses desenvolvidas.

Cumpre-nos registrar ainda que conforme sedimento constitucional explícito, o pedido de cautelar da MP 936-2020 destina-se exclusivamente ao julgamento do Supremo Tribunal Federal quando oriundo da ação direta de inconstitucionalidade 6363 (CF, art. 102, I, alínea “p”). Essa particularidade da decisão da cautelar ocorre com características próprias de julgamento colegiado, cujo desdobramento da técnica de julgamento se dá com os votos a partir do que é proferido pelo relator escolhido, assim os demais ministros votantes tem a opção de acompanhar o relator ou não acompanhar, optando pela divergência.

Novamente esclarecemos que as teses evidenciadas no curso desse artigo se justificam pelos fundamentos jurídico-constitucionais escolhidos destinados a decidir a medida cautelar já anteriormente citada, sendo necessária a utilização do método bibliográfico e consulta à legislações, vez que o presente julgamento demonstrou que a simples subsunção do fato à norma deixou de ser suficiente para assegurar o direito social ao trabalho em tempos de crise.

3 JURISPRUDÊNCIA DE CRISE – ANÁLISE DA DIGRESSÃO DOS VOTOS NO JULGAMENTO “AD REFERENDUM” DA DECISÃO LIMINAR DA MP 936/2020

A natureza da ação que trata o presente artigo, aborda o controle de constitucionalidade difuso, no qual a questão da inconstitucionalidade via controle abstrato das normas, perante o STF, se dá independentemente da existência de um caso concreto.

A jurisdição constitucional brasileira, tradicionalmente difusa, prevê essencialmente as ações constitucionais previstas no artigo 102 da CF e buscam dar uma solução imediata caso ocorra violações de certos direitos fundamentais.

No caso em tela, como a decisão do colegiado teria um impacto em aproximadamente 39,05 milhões de empregados formais existentes (segundo dados CAGED), o relator em liminar deferiu em parte a cautelar, “*ad referendum*” (sujeito à aceitação posterior por parte de um colegiado) do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim entendeu para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho, deverão

ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes.

Com a emergência de uma decisão colegiada, marcaram um julgamento virtual, após a fala de vários *amicus curiae*, representantes das entidades: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, Central Única dos Trabalhadores – CUT, União Geral dos Trabalhadores – UGT, Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB, Força Sindical – FS, Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB, Nova Central Sindical dos Trabalhadores – NCST, Confederação Nacional da Indústria – CNI e Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT o ministro Alexandre de Moraes, abriu divergência quanto a liminar, no qual causou forte influência sobre a decisão dos demais ministros.

Como explicado na metodologia, restaram elegíveis os votos com as teses de interpretação que confirmam a tensão de julgamentos em legislações de crise, nesse sentido, analisaremos no próximo tópico os votos divergentes dos ministros: Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes e os votos que referendaram a liminar dos ministros: Ricardo Lewandowski (relator), Rosa Weber e Edson Fachin.

3.1 TESES DIVERGENTES – NÃO REFERENDARAM A LIMINAR

Das teses que não referendaram a liminar, restaram elegíveis para análise no artigo, a tese dos princípios dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a **tese dos princípios constitucionais do Direito do Trabalho, tese Concretista da Constituição Aberta**.

3.1.1. TESE DOS PRINCÍPIOS DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA

Enfatiza, o ministro Alexandre de Moraes em seu voto, como objeto principal a análise se durante o estado de calamidade pública há possibilidade de acordo de redução proporcional tanto da jornada de trabalho, quanto do salário.

É retratado o impacto do debate sobre dar ao sindicato o **ato jurídico perfeito** (MORAES, 2014, p.89):

É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova.

Realça que a análise deve ser feita de forma teleológica dos dispositivos da Constituição Federal e deve ter como vetores a interpretação (BARROSO, 2006, p. 52):

A interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.

Fica evidenciado que se deve evitar o desemprego, o trabalho é fundamento, é a *ratio* da norma. Valores sociais do trabalho com a livre iniciativa, juntas são mecanismos de manutenção do emprego e renda. Não há conflito entre empregado e empregador e sim convergência para enfrentamento da crise da pandemia (manter o emprego).

A temporariedade e a excepcionalidade foram observadas com o binômio – manutenção do trabalho e renda para subsistência do empregado x subsistência da própria atividade empresarial. Se puser uma condição resolutiva do sindicato trará três condições, a única que ajudará será o sindicato concordar. Nas outras condições de não aceitação não terá segurança jurídica.

3.1.2. TESE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Com base nos princípios constitucionais da moderação, da solidariedade, da saúde coletiva, princípios gerais da economia e sobretudo, o princípio da primazia da realidade, o Ministro Luís Roberto Barroso foi divergente a medida liminar considerando que a realidade fática se encontra margeada pela normatividade, sendo necessária que aquela se sobreponha a esta.

Desse modo, ao versar no sentido de adotar a norma mais favorável ao trabalhador estimando toda a complexidade apresentada frente a uma situação emergencial e transitória, foi reconhecido que o fenômeno covid-19 tem o dever positivo de atender as demandas concretas da sociedade sem esquecer a carga protetiva auferida aos sindicatos, haja vista a sua importância na definição de regras nas relações trabalhistas para a garantia dos direitos fundamentais.

Ressalta-se ainda que os princípios trabalhistas sempre caminharam para a norma mais favorável ao trabalhador, contudo, a própria base constitucional trabalhista neste *hard-case*⁴ se apresenta como meio inadequado e prejudicial a consecução que se destina. Assim sendo, a mitigação legislativa neste cenário de exceção revelou-se imprescindível, frente a impossibilidade material dos sindicatos em atender de forma célere, isonômica e igualitária todos os empregados, vez que não afastar o dispositivo constitucional referente a exigência da liminar seria prejudicial a consecução que se destina a legislação emergencial, bem como os demais dispositivos constitucionais que amparam a proteção ao empregado, o direito ao emprego e a segurança jurídica.

Neste sentido, o voto evidencia a consonância com o método de interpretação constitucional denominado normativo estruturante, idealizado por Friedrich Müller, dado avigorar que norma constitucional é muito mais que o próprio texto contido na Constituição Federal, sendo imprescindível verificar os modos de concretização na realidade social, uma vez que o direito só toma sentido se manifestado em decisões praticas que atendam a realidade social, os fins sociais e as exigências do bem comum como dispõe expressamente no art. 5º da LINDB (NOVELINO, 2016, p. 143)

De pronto, é possível perceber que o entendimento também se recorre da lógica do Princípio da Unidade da Constituição, fundamentando-se sobremaneira ao princípio hermenêutico da concordância prática ou harmonização, nas palavras de Ferreira e Cademartori (2017),

A concordância prática recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual, de acordo com a importância que possui no caso concreto, realizando-se a adequada ponderação. Tal pressuposto, aliás, está associado à ideia de que não há bem ou direito absoluto, daí porque, inevitavelmente, caberá sua proporcional redução em caso de conflito normativo, porquanto não se atribui a uma norma constitucional um significado que acarrete contradição ou negação em relação às demais, o que resultaria em flagrante incoerência constitucional.

Portanto, a sua decisão pauta-se na identificação de um aparente conflito entre a inclusão da negociação coletiva na MP 936-2020, nos termos do art. 8º, inciso III e os direitos dos trabalhadores previstos no art.7º, inciso VI, ambos da Constituição Federal, fixando a tese

⁴ Hard case - essa definição conceituada por Manuel Atienza em sua obra As razões do direito - Teorias da argumentação jurídica (3ª ed., São Paulo: Editora Landy, 2003, p.84) traduz hard case como "os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros. ATIENZA, Manuel. As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Editora Landy, 2003, p-84.

que a simples subsunção do fato à norma é insuficiente para ponderar valores frente a situações emergenciais, frisando que as hipóteses da liminar discutida minimiza a vulnerabilidade do empregado sem frustrar a proteção ao emprego.

3.1.3. TESE CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA

Motivado pela relevância do *leading case*⁵ em discussão, o voto do ministro Gilmar Mendes se deu pela divergência da medida cautelar, cujo fundamento foi margeado pela tese concretista da constituição aberta idealizado por Peter Habermas, o qual defende a necessidade de integração da realidade no processo de interpretação constitucional.

Desse modo, o entendimento do julgador foi de outorgar transitoriamente a negociação coletiva na função pública para dar lugar ao reconhecimento do direito constitucional de crise frente ao pensamento pluralista de perspectivas apontadas no compasso do acordo individual de forma a regulamentar particularidades não previstas na legislação.

Por se tratar de uma questão restrita entre empregado e empregador, fez-se presente a necessidade de dispensar a exigência dos sindicatos corolário direito do princípio protetivo expresso no art. 7º XXVI, CF. Assim, ao operar uma flexibilização à negociação coletiva para aplicar o que for mais favorável ao empregador traça a teoria do conglobamento como forma de relativizar o método baseado em regras de tudo ou nada, tendo como pano de fundo a realidade social.

Nesse sentido, ensina Robert Alexy (2015, p. 91) que:

As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Contextualizado pela força normativa da constituição defendida por Konrad Hesse na qual a interpretação parte da norma para o problema compreendendo a adequação o meio em que às necessidades do conflito atendam a efetividade da tutela do direito para esse período determinado, assegurando o direito social ao trabalho no específico contexto sociolaboral.

⁵ Leading case- Essa definição abordada por Guido Fernando Silva Soares em sua obra *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA* (1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.) ensina que o *leading case* é "uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam" que "cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros".

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.

Cumpre-nos registrar que o ministro votante defende ainda que a norma em discussão conta com bom senso, vez que se propõe sanar o binômio necessidade – utilidade da complexidade temática em um possível elastecimento legislativo em razão de um estado de exceção financeiro.

Como demonstrado nas teses ventiladas, nos votos de Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, que não referendaram a liminar afirmam a disposição contida na redação originária da Medida Provisória 936/2020, para entender que diante da excepcionalidade a participação dos sindicatos não fica como condição *sine qua nom* para que se operem a redução de jornada e suspensão do contrato de trabalho.

3.2 TESES NÃO DIVERGENTES – REFERENDARAM A LIMINAR

As teses analisadas foram a tese do princípio jurídico da interveniência do sindicato nas negociações coletivas, tese do princípio da proporcionalidade e da ponderação de direitos, tese do princípio da garantia do mínimo existencial. Vejamos:

3.2.1 TESE DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA INTERVENIÊNCIA DO SINDICATO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

O relator ministro Ricardo Lewandowski fundamentou seu voto sob a tese do princípio e regra normativa da interveniência do sindicato nas negociações coletivas.

Nessa luz, adotou a medida cautelar proposta, considerando o prestígio constitucional da prevalência do negociado sobre o legislado, sua finalidade protetiva sociolaboral do trabalhador e a coordenação de interesses de empregados e trabalhadores frente a tensão existente entre trabalho e capital, sob a diretriz principiológica do art. 7º, inciso XXVI da Carta magna.

Nesse quadro, ao reforçar a segurança jurídica da intervenção sindical obrigatória, ressaltou que a impossibilidade de negociação nos moldes dos incisos III e VI do art. 8º da CRFB/88 colidiria frontalmente com a regra constitucional, sendo desarrazoado desvirtuar a natureza do sindicato em época de crise.

Dessa exegese, em conformidade com a Constituição considerada, prevê que não seguir o já estabelecido é flexibilizar para pior a situação do trabalhador, afinal o sindicato possui preceito de observância inafastável como legítimo representante das categorias profissionais e econômica.

Com base na própria situação fática, observou-se imprescindível olhar para a participação dos sindicatos na negociação coletiva, harmonizando sobretudo o que consta expressamente na Constituição Federal, de modo que não se pode proferir qualquer decisão com base em valores jurídicos abstratos, mas considerando as consequências práticas refletidas na sociedade como dispõe o art. 20 da LINDB.

Assim sendo, tal medida cautelar se faz prudente por tratar de direitos que envolvem o rol de direitos fundamentais trabalhistas que objetivam a proteção do trabalhador e suas condicionantes às normas de economia, saúde e segurança jurídica já assegurados constitucionalmente. E a participação do sindicato diante de regulamentação temporária não prevista na legislação se faz imprescindível.

Isto posto, em todo o voto, o método de interpretação dado foi pareado no método jurídico ou hermenêutico clássico, em virtude de evidenciar que a Constituição deve ser encarada como lei, valendo-se do elemento teleológico ou sociológico cujo fim é aplicar a lei atendendo às exigências do bem comum e aos fins sociais a que ela se dirige, para servir ao trabalhador, à pessoa humana titular de direitos.

3.2.2 TESE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS

Traça o ponto modal da controvérsia constitucional posta ao exame, analisando basicamente de forma negativa, a possibilidade de acordo individual de empregados e empregadores pactuarem a suspensão do contrato de trabalho e a redução da jornada, com redução proporcional dos salários nos modos previstos no bojo do Programa Emergencial de manutenção de emprego e renda instituído pelo governo federal, é como entende a ministra Rosa Weber.

Nesse sentido, Robert Alexy (2005, pg.573) esclarece que “a ponderação parte de uma estrutura complexa de sub-regras e busca atingir um resultado que encontra respaldo, até mesmo, em uma fórmula matemática”.

Entende que a possibilidade de se afastar o direito coletivo, trata-se de questão de extrema delicadeza, pois dentre os princípios e regras coletivas que integram a Constituição, o trabalhador participar através de seu sindicato seria a solução mais adequada.

3.3.3 TESE DO PRINCÍPIO DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

De acordo com o voto do ministro Edson Fachin, não há possibilidade de acordo individual, somente o acordo coletivo, não crê na possibilidade de se relativizar o grave caso de emergência sanitária. Apreende que medidas urgentes e necessárias devem ser tomadas, mas é imperioso que elas sempre sejam feitas em conformidade com a Constituição.

Ficou destacado que no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais particularmente dentro dos parâmetros estáveis tem que ser observados, mesmo na emergência, os Arts. 2º, 3º, 4º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais que são aplicáveis diretamente ao caso por força do que dispõe o II do Art.5º da CF, princípio da garantia do mínimo existencial.

De acordo com Rawls

O mínimo existencial abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social (1974, pg. 156).

Com base no princípio da representatividade, fica reforçado no voto em comento, que a participação do sindicato se torna indispensável.

Como demonstrado nas teses ventiladas, nos votos de Ricardo Lewandowski (relator), Rosa Weber e Edson Fachin, que referendaram a cautela para dar interpretação em conformidade na CF/88. Afirmam a disposição contida na redação originária da Medida Provisória 936/2020, para entender que diante da excepcionalidade a participação dos sindicatos fica como condição *sine qua nom* para que se operem a redução de jornada e suspensão de contratos.

4 TEMPORALIDADE DAS MODULAÇÕES DE DIREITOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE EXCEÇÃO

Restou fixado na Medida Provisória, hoje convertida na Lei que o prazo se limita ao estado de calamidade a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

CONCLUSÃO

O novo modal de vida em sociedade instalado pela pandemia do COVID 19, impactou sobremaneira as relações trabalhistas. A Lei 13.979/2020 de 06 de fevereiro de 2020, no afã de proteção da coletividade, indicou algumas medidas de enfrentamento ao COVID-19, entre elas o isolamento social e a quarentena. Referem-se a medidas não farmacológicas que estavam disponíveis e possíveis de se operacionalizar como ferramentas para tentar evitar a espalhamento da pandemia, uma vez que a vacina ainda não está à disposição da sociedade.

Deste modo, em 20 de março de 2020 foi publicado o Decreto Legislativo n 6/2020 reconhecendo o estado de calamidade pública. Estas medidas de enfrentamento tiveram reflexos diretos nas relações trabalhistas, pois muitas empresas receberam a determinação de suspensão de suas atividades e prestações de serviços não considerados essenciais pela administração pública. Referida proibição engajou reflexos em seguimentos variados gerando um contexto de muitas dificuldades.

Como as normativas trabalhistas vigentes até então não foram suficientes para tratar deste novo contexto e no intuito prioritário de proteção da coletividade, novas legislações trabalhistas surgiram direcionadas ao novo modal em questão. Notadamente neste artigo a reflexividade foi canalizada para a Medida Provisória 936/2020 de 01 de abril de 2020, já convertida na Lei 14.020 de 06 de julho de 2020. Referida legislação de crise teve como finalidade instituir o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e tratar de medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública em decorrência do corona vírus.

As medidas que mereceram acolhida neste trabalho são aquelas que indicadas como regra na MP 936/2020 autorizavam a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo corona vírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria.

Diante destes dispositivos, o Partido Rede Sustentabilidade ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade em 02 de abril de 2020 (ADI 6363), com pedido cautelar questionando o Artigo 11, parágrafo 4º, da MP 936. Foi deferida liminar estabelecendo que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária

de contrato de trabalho previstos na Medida Provisória (MP) 936/2020 somente seriam válidos se os sindicatos de trabalhadores fossem notificados em até dez dias, de forma a viabilizar sua manifestação sobre a validade do acordo individual nos prazos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O entendimento ventilado pelo Relator foi no sentido de se interpretar o artigo 11, parágrafo 4º da MP 936 segundo a Constituição, esclarecendo que afirmou que a medida cautelar deferida apenas se limitou a conformar referido artigo da medida provisória ao que estabelece a Constituição Federal.

O julgamento *Ad referendum* da liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363 pelo Plenário STF foi designado para o dia 16 de abril de 2020, onde pontualmente se debruça este estudo. Vocacionado a refletir sobre as emergentes interpretações possíveis quando estamos a falar de legislação trabalhista de crise em contexto de pandemia, o presente artigo objetivou analisar as interpretações utilizadas nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento *Ad referendum* de liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363.

O debate emergiu ante a existência das tensões entre as normas constitucionais que autorizam algumas alterações de condições de contrato de trabalho somente através de negociações coletivas *versus* a *flexibilização* desta condicionante de participação sindical diante das situações de redução proporcional de jornada e salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho existente na MP 936/2020.

O procedimento metodológico empregado se amparou da análise hermenêutica para discorrer sobre as interpretações emergidas dos principais votos dos manifestados no julgamento *Ad referendum* da liminar ante uma legislação de crise. Considerando a abertura de voto divergente no julgamento em questão, aplicaram-se a relação entre métodos de interpretação constitucional advindos da doutrina e da jurisprudência, ao lado de princípios específicos de interpretação constitucional, como mandamentos de otimização.

Na baliza das escolha entre interpretação que emergiram dos votos foram utilizados, o método jurídico hermenêutico clássico, método hermenêutico concretizador, o método normativo estruturante e o método concretista da constituição aberta. Desta digressão restaram como elegíveis seis teses de interpretação identificadas em virtude da atribuição da diversidade de critérios hermenêuticos aplicados em cada tese apresentada que confirmam a tensão de julgamentos em legislativa de crise. Por derradeiro, os votos já selecionados foram divididos entre os que referendaram a liminar e os que não a referendaram no julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos dias 16 e 17 de abril de 2020.

Da análise dos votos no julgamento *ad referendum* da decisão liminar na ADI 6363,

acompanhando a abertura da divergência, não referendando portanto a liminar, foram empregadas as interpretações com as teses, que se debruçaram a entender que não haveria que se falar no conflito entre empregados e empregadores, mas sim em uma convergência sobre a necessidade de manutenção da atividade empresarial e do emprego. Segundo o voto que abriu a divergência, ficaram destacadas a excepcionalidade do momento, a razoabilidade da previsão do acordo individual, ante a possibilidade de garantia de uma renda mínima ao trabalhador, preservando-se assim o vínculo de emprego.

Neste diapasão, a exigência de atuação do sindicato, abrindo negociação coletiva ou não se manifestando no prazo legal, geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego. Nos votos divergentes restaram elegíveis a tese dos princípios dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a tese dos princípios constitucionais do direito do trabalho e a tese concretista da constituição aberta. Neste sentido ventila-se o binômio necessidade – utilidade da complexidade temática em um possível elastecimento legislativo em razão de um estado de exceção financeiro.

Noutro giro ficaram elegíveis as teses dos votos não divergentes vencidos que referendaram a liminar, acompanhando o relator e vencidos. Os votos levantaram entendimento da indispensabilidade da comunicação ao sindicato, para que estes se manifestassem sobre a validade de acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho instados na MP 936.

Neste sentido as interpretações editavam o entendimento de que ainda que se admitisse acordo individual, a redução salarial poderia ocorrer somente por negociação coletiva, não se vislumbrando a possibilidade de a regra constitucional ser substituída pela legislação ordinária, diante da previsão no texto da participação sindical em acordos sobre redução salarial. Para fixar a interpretação não divergente foram levantadas a tese do princípio jurídico da interveniência do sindicato nas negociações coletivas, tese do princípio da proporcionalidade e da ponderação de direitos e tese do princípio da garantia do mínimo existência

O Plenário do Supremo Tribunal Federal manteve a eficácia da regra da Medida Provisória (MP) 936/2020, já convertida na Lei 14.020 de 06 de julho de 2020 que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo corona vírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria. A interpretação prevalente na legislação trabalhista de crise se firmou favorável a elevar a prevalência do princípio da saúde pública, da solidariedade, da flexibilização, da preservação do emprego e da função social da empresa, diante do quadro excepcional ocasionado pela pandemia da COVID-19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representatio. International Journal of constitutional Law. Oxford University Press e New York University School of Law, 2005. v. 3. n. 4. p. 573.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Editora Landy, 2003, p-84.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. p. 52.

BRASIL. Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Disponível em:
<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020. Convertida na Lei nº 14.020, de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Nova hermenêutica constitucional e a aplicação dos princípios interpretativos à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal: em busca de limites para a atividade jurisdicional. Volume 22, n. 1 (2017). Disponível em Doi: 10.14210/nej.v21n2.p218-260 - www.univali.br/periodicos. Acesso em: 18 maio. 2020.

CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. 3.ed. Leme: CL Edijur, 2008.

FINCATO, Denise. Direito do Trabalho de Emergência [recurso eletrônico]. Relações trabalhistas em tempos de covid-19: manual de operações para empresas. Biblioteca Nacional. ISBN 978-65-00-03598-8. Porto Alegre: ed. Do Autor, 2020. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/denise-fincato-15863010a_e-book-direito-do-trabalho-de-emerg%C3%Aancia-activity-6671841052422483968-JlE Acesso em: 04/06/2020.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 7.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.103.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016, p.143.

RAWLS, J. A theory of justice. Oxford, Oxford University Press, 1980. p. 156; Musgrave, R.A. Maximin, uncertainty and the leisure trade-off, The Quarterly Journal of Economics, 88 (625), 1974.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direito dos EUA. 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.

TJDF. HABEAS CORPUS: 0704280-06.2020.8.07.0000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, DJ: 06/05/2020. Disponível em: <https://pesquisadje.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TJGO. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 5028201.90.2020.8.09.0000. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho. DJ: 22/05/2020. Disponível em: <http://tjdocs.tjgo.jus.br/pastas/7098>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TJMG. HABEAS CORPUS: 10000200336329000. Relatora: Maria Luíza de Marilac. DJ: 07/05/2020. Disponível em: www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100002003363290002020458143. Acesso em: 18 jun. 2020.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 2084786-45.2020.8.26.0000. Relator: Adilson de Araujo. DJ: 27/05/2020. Disponível em: <http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=14&nuDiario=3049&cdCaderno=11&nuSeqpagina=5141>. Pág. 5141. Acesso em: 18 jun. 2020.

TRABALHO, Ministério do. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho - PDET. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged>. Acesso em: 18 jun.2020.