



ESMPU

REVISTA

DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

RESMPU

VOLUME 1 · NÚMERO 2 · JUL./DEZ. 2023

ISSN 2965-3061





REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Hindenburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho
VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento
DIRETORA-GERAL

Manoel Jorge e Silva Neto
DIRETOR-GERAL ADJUNTO

Carlos Bruno Ferreira da Silva
SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO, CONHECIMENTO E INOVAÇÃO

Graziane Madureira
SECRETÁRIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Ivan de Almeida Guimarães
SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO

Genésio Ramos Neto
SECRETÁRIO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO



ESMPU

REVISTA

DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

RESMPU

VOLUME 1 • NÚMERO 2 • JUL./DEZ. 2023

ISSN 2965-3061

Brasília, 2024

REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - RESMPU

A *Revista da Escola Superior do Ministério Público da União – RESMPU* é periódico especializado, de natureza técnico-científica, que veicula semestralmente textos inéditos, com a missão de promover o progresso da ciência, do desenvolvimento científico do País e da inovação nos temas afetos ao Ministério Público brasileiro.

EDITORA-CHEFE: Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

EDITOR ADJUNTO: Manoel Jorge e Silva Neto

COMISSÃO CIENTÍFICA: Bruno Leonardo Guimarães Godinho, Denis Aron dos Santos Magalhães, Carillyam Soares Dias, Rosemary de Almeida, Camylla Portela de Araújo, Vinícius Cordeiro Galhardo, Ana Beatriz Menezes de Sá

COMISSÃO EXECUTIVA: Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa, Carolina Soares, Sheylise Rhoden

CAPA: Rossele Curado

PROJETO GRÁFICO: Sheylise Rhoden, Natali Andrea Gomez Valenzuela

DIAGRAMAÇÃO: Natali Andrea Gomez Valenzuela

REVISÃO: Carolina Soares, Davi Silva do Carmo, José Ramos de Queiroz Neto, Sandra Maria Telles

IMPRESSÃO: Gráfica e Editora Qualytá Ltda.

TIRAGEM: 150 exemplares

PERIODICIDADE: semestral

Distribuição gratuita. Venda proibida

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Escola Superior do Ministério Público da União. – v. 1, n. 2 (jul./dez.2023 -).
– Brasília - DF : ESMPU, 2024 -
v. ; 25 cm.

Semestral

Sigla da publicação: RESMPU

Publicado também on-line

ISSN 2965-3061

1. Ministério Público (Brasil) - periódicos. 2. Direito - periódicos. I. Título.

CDD 341.413

Elaborada por Vinícius Cordeiro Galhardo – CRB-1/2840

2024. Todos os direitos reservados.

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS L2 Sul Quadra 603, Lote 22 | CEP 70200-630 | Brasília-DF

www.escola.mpu.mp.br

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDENTE

Carlos Bruno Ferreira da Silva

MEMBROS

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Carlos Manuel de Almeida Blanco de Moraes (Universidade de Lisboa, Portugal)

Francisco Balaguer Callejón (Universidad de Granada, Espanha)

Ibsen José Casas Noronha (Universidade de Coimbra, Portugal)

Lenio Luiz Streck (Universidad Javeriana, Colômbia)

Pierdomenico Logroscino (Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Itália)

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Carlos Henrique Bezerra Leite (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS)

Fabrizio Macedo Motta (Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCMGO)

Floriano Azevedo Marques Neto (Universidade de São Paulo – USP)

Francisco Rezek (Supremo Tribunal Federal – STF)

Gilberto Sturmer (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS)

Juliana Palma (Fundação Getulio Vargas – FGV)

Lucas Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe – UFS)

Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo – USP)

Marilda Silveira (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP)

Paulo Gustavo Gonet Branco (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP)

Reynaldo Soares da Fonseca (Universidade de Brasília – UnB)

Ricardo Maurício Freire Soares (Universidade Federal da Bahia – UFBA)

Sandra Krieger Gonçalves (Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB)

Tarcísio Oliveira de Carvalho Neto (Universidade de Brasília – UnB)

Yone Frediani (Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP)

CONSELHO DE PARECERISTAS

Adegmar José Ferreira (Universidade Federal de Goiás – UFG)

Adriana Campos Silva (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Adriano Marteleto Godinho (Universidade Federal da Paraíba – UFPB)

Alessandra Lehmen (Ordem dos Advogados do Brasil – Rio Grande do Sul – OAB/RS)

Alessandro Geremia (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)

Alexander Cambraia Nascimento Vaz (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)

Ana Carolina Figueiró Longo (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB)

Antonio Henrique Graciano Suxberger (Universidad Pablo de Olavide, Espanha)

Bethania Itagiba Aguiar Arifa (Procuradoria-Geral da República – PGR)

Bianca Larissa Soares de Jesus Roso (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)

Bruna Bastos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)

Carlos Roberto Gomes dos Santos (Universidade Católica de Brasília – UCB)

Ciani Sueli das Neves (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Clara Maria Roman Borges (Universidade Federal do Paraná – UFPR)

Clara Moura Masiero (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)

Cláudia Taís Siqueira Cagliare (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS)

Claudio Smirne Diniz (Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG)

Cleiton Lixieski Sell (Universidade de Burgos, Espanha)
Cleucio Santos Nunes (Universidade de Brasília – UnB)
Cristina Veloso de Castro (Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG)
Dalila Martins Viol (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – MPIL, Alemanha)
Daniella Maria dos Santos Dias (Universidade Federal do Pará – UFPA)
Danny de Castro Soares (Ministério Público da União – MPU)
David Francisco Lopes Gomes (Universidade Nacional de La Pampa – UNLPAM, Argentina)
Edérson dos Santos Alves (Universidade de Salamanca, Espanha)
Éderson Garin Porto (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Edson Medeiros Branco Luiz (Universidade Federal Fluminense – UFF)
Eduardo Bittencourt Cavalcanti (César Freitas Advogados Associados)
Elcio Nacur Rezende (Faculdades Milton Campos – FMC)
Elizete Lanzoni Alves (Escola de Governo Fundação ENA Brasil Santa Catarina – ENA)
Emerson Ademir Borges de Oliveira (Universidade de Marília – UNIMAR)
Emílio Peluso Neder Meyer (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)
Fabio Luiz Gomes (Universidade de Salamanca, Espanha)
Fabiola Vianna Morais (Universidade Federal Fluminense – UFF)
Fabricia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira (Universidade Federal do Ceará – UFC)
Felipe Luciano Pires (Demarest Advogados)
Fernanda Bersanetti Barbieri (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Fernando Goya Maldonado (Universidade de Brasília – UnB)
Fernando Rodrigues Martins (Universidade Federal de Uberlândia – UFU)
Fernando Sérgio Tenório de Amorim (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)
Flavia Danielle Santiago Lima (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)
Flavio Carneiro Guedes Alcoforado (Fundação Getulio Vargas – FGV-RJ)
Flavio Jose Roman (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP)
Francieli Iung Izolani (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI)
Galtiênio da Cruz Paulino (Universidade do Porto, Portugal)
George Geraldo Gomes de Magalhães (Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE)
Graziela Martins Palhares de Melo (Ministério Público Federal – MPF)
Heitor de Carvalho Pagliaro (Universidade Federal de Goiás – UFG)
Helberty Vinícios Coelho (Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE)
Igor De Lucena Mascarenhas (Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Ilton Norberto Robl Filho (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Janaína Rigo Santin (Universidade de Caxias do Sul – UCS)
Janny Carrasco Medina (Faculdade do Alto São Francisco – FASF-LUZ)
Jean Carlos Dias (Centro Universitário do Pará – CESUPA)
Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (Universidade Estadual de Londrina – UEL)
João Francisco da Mota Júnior (Universidade de Salamanca, Espanha)
João Gilberto Belvel Fernandes Júnior (Universidade de São Paulo – USP)
João Pedro Seefeldt Pessoa (Universidade Federal de Santa Maria – UFSM)
João Vítor Nascimento Martins (Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI)
Jonatas Dutra Sallaberry (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
José Arthur da Silva Sedrez (Instituto de Desenvolvimento Educacional do Alto Uruguai – IDEAU)
José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
José Welhinjton Cavalcante Rodrigues (Universidade Federal da Paraíba – UFPB)
Laura Girardi Hypolito (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF)

Leonardo Gonçalves Juzinskas (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Liliane Cunha de Souza (Universidade de Brasília – UnB)
Luana Esteche Nunes (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP)
Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – MPIL, Alemanha)
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC)
Marcella da Costa Moreira de Paiva (Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais – IBMEC)
Marcelo Buzaglo Dantas (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALE)
Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)
Marcelo Ribeiro de Oliveira (Fundação Getulio Vargas – FGV)
Marcelo Rodrigues Mazzei (Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP)
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (Universidade Federal do Maranhão – UFMA)
Mariana Thorstensen Possas (Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Mario Luiz Ramidoff (Unicuritiba)
Mário Márcio Saadi Lima (Fundação Getulio Vargas – FGV)
Osmir Antonio Globekner (Ministério Público Federal)
Plínio Pacheco Clementino de Oliveira (Universidade de Coimbra, Portugal)
Priscilla Cardoso Rodrigues (Universidade Federal de Roraima – UFRR)
Rafael de Alencar Araripe Carneiro (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)
Rafael Lamera Giesta Cabral (Universidade Federal Rural do Semiárido – UFRSA)
Rafael Silveira e Silva (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)
Rebecca Groterhorst (Faculdade Estácio de Carapicuíba – FEC)
Renata Santa Cruz Coelho (Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)
Ricardo de Macedo Menna Barreto (Universidade do Minho, Portugal; Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Roberto D’oliveira Vieira (Universidade Católica Portuguesa – UCP, Lisboa)
Robson Martins (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ)
Rodrigo da Costa Vasconcellos (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
Rodrigo Wasem Galia (Universidade Federal de Santa Maria – UFSM)
Rogerio do Nascimento Carvalho (Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP)
Rosilene Cruz de Araújo (Universidade do Estado da Bahia – UNEB)
Rowana Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Samara Taiana de Lima Silva (Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN)
Saulo Cerqueira de Aguiar Soares (Universidade Federal do Piauí – UFPI)
Sonia Elizabeth Ramos-Medina (Universidad Autónoma de Sinaloa, México)
Tânia Maria dos Santos (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS)
Têmis Limberger (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)
Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – UEMA)
Thiago Pinheiro Corrêa (Fundação Getulio Vargas – FGV)
Ulisses Schwarz Viana (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)
Valter Moura do Carmo (Universidade Federal Rural do Semiárido – UFRSA)
Victor Hugo de Almeida (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP)
Vinnie Mayana Lima Ramos (Universidade de São Paulo – USP)
Vitalínio Lannes Guedes (Universidade de Buenos Aires, Argentina)
Vitor Souza Cunha (Universidade de São Paulo – USP)
Vladmir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS)
Wagner Artur de Oliveira Cabral (Senado Federal)
Wilson José Figueiredo Alves Junior (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP)

APRESENTAÇÃO

A Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) entrega à sociedade mais uma edição de sua Revista, a *RESMPU*, periódico semestral de natureza técnico-científica que tem como principal propósito viabilizar a disseminação das informações decorrentes de projetos de pesquisa desenvolvidos por integrantes do Ministério Público brasileiro e da produção acadêmica de pessoas destacadas em diversas áreas do conhecimento que se interrelacionam com as temáticas constitucionais de atuação do Ministério Público. Os temas tratados em cada um dos textos publicados – duas entrevistas e seis artigos – possuem caráter estratégico para o trabalho e têm grande impacto na vida de milhares de pessoas.

A *RESMPU* segue todos os parâmetros técnicos que orientam a elaboração e publicação de periódicos de caráter semelhante, além de atender os critérios de classificação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). A Revista contribui para consolidar os valores e a missão de promover a disseminação do pensamento jurídico acerca de temas afetos ao Ministério Público da União. Também é importante instrumento para viabilizar e ampliar o intercâmbio de informações e de conhecimento entre a instituição, a Academia e órgãos de fomento à produção científica no Brasil e em outros países.

Na presente edição, um dos temas prioritários na atuação institucional aparece de forma destacada. Em consonância com o Dia Internacional da Mulher, celebrado em 8 de março, a *RESMPU* disponibiliza produções que tratam da temática sob a perspectiva da produção técnico-científica e da atuação de órgãos que integram o sistema de Justiça, seja para garantir direitos fundamentais, seja para ampliar a proteção estatal para enfrentar a violência contra as mulheres, que vai muito além das agressões sofridas por elas nos espaços domésticos.

Em entrevista marcada pela profundidade, o promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Thiago Pierobom de Ávila trata da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), objeto de pesquisas coordenadas por ele e que abarcam múltiplas frentes de abordagem. Embora seja mais conhecida como instrumento para a responsabilização de quem pratica violência doméstica ou feminicídios, a norma prevê redes protetivas e medidas que busquem maior equilíbrio nas relações de gênero. O material apresenta um olhar comparado, permitindo que o leitor conheça como o tema tem sido tratado na esfera internacional.

Os desafios e a participação feminina na construção das normas atuais de Direitos Humanos são abordados no artigo “A eficácia social das normas jurídicas e a (re)construção da imagem do feminino: o encanto das mulheres da família Madrigal”. A partir de uma referência cinematográfica, Fernanda Rocha Lobato Miguel, que é servidora do Ministério Público da União, discorre sobre marcos normativos importantes para a proteção e o respeito às mulheres no mundo e, de forma especial, no Brasil, como a presença e a atuação das parlamentares na Assembleia Nacional Constituinte, na década de 1980.

Também em entrevista, o procurador da República João Paulo Lordelo explica aspectos gerais de uma pesquisa a ser desenvolvida pela ESMPU com o propósito de identificar e estabelecer critérios que possam agilizar a reparação de danos coletivos decorrentes de desastres ambientais.

A diretriz de proteção, tutela e efetividade na aplicação das regras constitucionais e das normas internacionais de proteção aos direitos humanos sob a ótica da resolutividade no cumprimento das funções do Ministério Público é abordada a partir de um olhar constitucional absolutamente relevante e atual pelo membro do Ministério Público do Estado do Amazonas no artigo "Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais". No texto, João Gaspar Rodrigues desenvolve raciocínio fundado em bases do constitucionalismo moderno sobre a existência de poderes inerentes às atividades ministeriais decorrentes da própria determinação constitucional ao Ministério Público de promover as medidas necessárias para garantir o efetivo respeito aos Poderes Públicos e aos direitos assegurados na Constituição Federal.

A perspectiva de defesa de direitos fundamentais também está presente no artigo "O combate ao trabalho escravo contemporâneo: tutela coletiva de direitos e outros instrumentos". Nesse estudo, a autora Nathália Guimarães Ohofugi retrata a realidade do enfrentamento da escravidão moderna, um desafio para a própria humanidade, refletido na marca de 28 milhões de vítimas em todo o mundo. São pessoas que foram submetidas à exploração sexual forçada, ao trabalho forçado imposto, inclusive, pelo próprio Estado, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O artigo apresenta e discorre sobre mecanismos de tutela coletiva de direitos no combate ao trabalho escravo contemporâneo, como o dano moral coletivo.

Ainda na esfera de direitos trabalhistas, sob a ótica de maior segurança e melhores condições de trabalho, Nikole Favero, advogada nas áreas tributária, trabalhista e administrativa, escreve sobre os "Impactos da Medida Provisória n. 1.108/2022 no regime de teletrabalho em cenário pós-pandêmico", e desenvolve análise sobre como o teletrabalho tem-se efetivado no Brasil, a sua adoção em regime de urgência em razão da pandemia de covid-19 e a sua regulação por medidas provisórias, destacando pontos favoráveis aos trabalhadores e aos empregadores.

Com enfoque absolutamente atual, sobretudo em razão dos eventos climáticos extremos que assolam o Brasil e outros países do mundo, Rafael de Alencar Araripe Carneiro discute e analisa, no artigo "Litigância climática no Brasil: conquistas e perspectivas a partir do julgamento do caso Fundo Clima", a ADPF n. 708, no Supremo Tribunal Federal, que considera como "um dos casos mais importantes de sua história no âmbito do contencioso climático". Ele destaca o fato de, nesse julgado, a Suprema Corte ter conferido aos tratados internacionais sobre direito ambiental o patamar de norma suprallegal, com comandos muito claros e específicos ao Poder Público nessa seara.

E, por fim, Thiago Augusto Bueno discute outro tema relevante e que afeta, diretamente, as relações e interações entre o ser humano e a tecnologia e o papel do Direito para

regular essa equação, no artigo "Inteligência artificial e patentes: desafios envolvendo um autor não humano". Para o procurador da República, "questões que envolvem as ferramentas de inteligência artificial como inventoras desafiam o quadro legal dos Estados", uma problemática bastante complexa e que demanda soluções que ainda estão por vir.

Estas breves anotações são suficientes para revelar que os temas abordados nesta edição da *RESMPU* são atuais, de grande impacto social e, certamente, contribuirão para um debate público qualificado e com maior perspectiva de resolutividade na esfera de atuação dos membros do MPU.

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

EDITORA-CHEFE

DIRETORA-GERAL DA ESMPU

SUMÁRIO

ENTREVISTAS	15
<i>Thiago Pierobom de Ávila</i>	17
<i>João Paulo Lordelo Guimarães Tavares</i>	31
A EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS E A (RE)CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO FEMININO: O ENCANTO DAS MULHERES DA FAMÍLIA MADRIGAL	
<i>Fernanda Rocha Lobato Miguel</i>	37
MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: GUARDIÃO DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS	
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	59
O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E OUTROS INSTRUMENTOS	
<i>Nathália Guimarães Ohofugi</i>	81
IMPACTOS DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022 NO REGIME DE TELETRABALHO EM CENÁRIO PÓS-PANDÊMICO	
<i>Nikole Favero</i>	97
LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL: CONQUISTAS E PERSPECTIVAS A PARTIR DO JULGAMENTO DO CASO FUNDO CLIMA	
<i>Rafael de Alencar Araripe Carneiro</i>	117
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PATENTES: DESAFIOS ENVOLVENDO UM AUTOR NÃO HUMANO	
<i>Thiago Augusto Bueno</i>	131

ENTREVISTAS



THIAGO PIEROBOM DE ÁVILA

Líder de grupo de pesquisa da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), o promotor de Justiça do MPDFT Thiago Pierobom de Ávila aborda em sua entrevista o trabalho desenvolvido na temática de violência contra as mulheres. Destaca os resultados de pesquisas custeadas pela ESMPU, divulgados nos livros *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais* (2014) e *Feminicídios – Indicativos para a construção de políticas públicas de prevenção*, publicado em 2023.

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (2015), Thiago Pierobom abriu no pós-doutorado (2017) linha de pesquisa específica com a temática de violência contra as mulheres, com projeto de, no médio prazo, compilar suas publicações em outra coletânea de pesquisas.

É titular da 2ª Promotoria de Justiça de Violência Doméstica contra a Mulher de Brasília, tendo servido de 2013 a 2017 como Coordenador dos Núcleos de Direitos Humanos do MPDFT. É professor em programas de pós-graduação de diversas instituições públicas e privadas, atuando principalmente nos seguintes temas: sistema de justiça criminal, direitos humanos, criminologia, controle externo da atividade policial, violência de gênero, racismo, crimes contra crianças e adolescentes, e educação corporativa.

• • •

Há quase 18 anos em vigor, a Lei n. 11.396/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é a principal ferramenta legal de enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. No entanto, os números de agressões e feminicídios seguem expressivos e desafiam as autoridades do País. O que é preciso fazer para enfrentar esse problema e proteger as vítimas? Suas pesquisas abordam essa questão?

Realmente a Lei Maria da Penha (LMP) é o principal diploma normativo relacionado à afirmação dos direitos das mulheres no Brasil. Ela inseriu o ponto de vista das mulheres no Direito e criou um campo de pesquisas criminológicas e de atuação profissional¹. Para além do enfrentamento da violência doméstica e familiar, a LMP traz um conjunto de normas relacionadas às políticas públicas de promoção da equidade de gênero, nas áreas de educação, participação política, imprensa, trabalho, saúde, assistência social e segurança pública. E estabelece mecanismos de proteção às mulheres quando estão em situação de violência, sendo os principais destes instrumentos as medidas protetivas de urgência (MPU) e a necessária articulação do trabalho em rede. Há um terceiro eixo de responsabilização de ofensores. Gosto sempre de destacar que a responsabilização criminal não é o eixo mais relevante da

1 ÁVILA, Thiago Pierobom de. O desenvolvimento da criminologia feminista no Brasil. **Revista Direito em Debate**, Ijuí-RS, v. 31, n. 58, e12057, p. 1-15, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/mue72pzp>. Acesso em: 18 out. 2023.

LMP, ela está centrada nas políticas públicas de prevenção; todavia, a responsabilização também é importante para desconstruir a normalização histórico-cultural da violência contra as mulheres.

A pesquisa realizada pela ESMPU sobre feminicídios documentou que apenas 23,5% das vítimas haviam registrado uma ocorrência policial antes do feminicídio se consumir, e, destas, apenas metade tinha as medidas protetivas em vigor no momento da prática do feminicídio². Por um lado, a existência de alguns casos de feminicídio na vigência da MPU é preocupante e exige um aperfeiçoamento das políticas judiciais. Mas esse achado desmente o senso comum de que as medidas protetivas não protegem, pois esse contexto é residual, a maioria esmagadora dos casos de mulheres que registraram ocorrência policial e solicitaram medidas protetivas não evoluiu para um feminicídio. As medidas protetivas significam uma comunicação ao ofensor de que sua conduta é ilícita e não será tolerada. Isso é muito importante, pois provavelmente esse agressor nunca teve sua conduta machista desafiada, contraposta, questionada. Também sinaliza que o Estado está (ou deveria estar) monitorando esse conflito para evitar a escalada da violência.

A pesquisa que fizemos sobre os feminicídios no DF indicou que nesses processos em que houve prévio registro de ocorrência policial e, ainda assim, o caso evoluiu para um feminicídio, as respostas dadas pelo sistema de justiça foram meramente formais, sem efetiva integração com as políticas públicas de prevenção³. Em nenhum caso houve acionamento da Patrulha Maria da Penha do DF (o PROVID/PMDF), nem encaminhamento do agressor para programa reflexivo, nem busca ativa da mulher para apoio psicossocial. Em alguns casos, o sistema de justiça chegou a designar audiência para a vítima reafirmar se desejava processar criminalmente o ofensor, mesmo sem ela ter indicado ausência de interesse. Em outros, verificou-se que o ofensor estava coagindo a vítima para arquivar o processo, o que apenas foi descoberto após a prática do feminicídio.

Esses achados indicam que os processos judiciais que eventualmente estão evoluindo para feminicídio são aqueles em que há uma resposta formal e burocrática, que não aplicam efetivamente as diretrizes protetivas da LMP, de uma resposta holística, inter-setorial, complexa, integral, sensível às especificidades e necessidades de cada mulher que acione o sistema protetivo, e apta a proporcionar respostas que façam sentido a essas mulheres. Porque apenas um pedaço de papel não segura bala ou faca, é necessário transformar a decisão judicial em políticas públicas que possam impactar significativamente a mulher e o ofensor envolvidos na situação de violência.

2 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MEDEIROS, Marcela Novais; CHAGAS, Cátia Betânia; VIEIRA, Elaine Novaes; MAGALHÃES, Thais Quezado Soares; PASSETO, Andrea Simoni de Zappa. Políticas públicas de prevenção ao feminicídio e interseccionalidades. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 375-407, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/49szjdzv>. Acesso em: 18 out. 2023.

3 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MAGALHÃES, Thais Quezado Soares. Itinerários processuais anteriores ao feminicídio: os limites da prevenção terciária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 187, p. 355-395, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/527f8k2v>. Acesso em: 18 out. 2023.

É possível estabelecer alguma relação entre casos de violência contra a mulher e a condição financeira da vítima?

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno perversamente democrático, ela atinge todas as classes econômicas e níveis socioculturais. Todavia, os estudos indicam que há determinados fatores que incrementam ainda mais o risco de ocorrência de episódios de violência contra as mulheres. Por exemplo, nossa pesquisa sobre feminicídios documentou que mulheres negras estão mais representadas nas vítimas de feminicídio do que sua proporção na população em geral. A renda média e o nível educacional das mulheres vítimas de feminicídio é menor que a média da população. Da mesma forma, mulheres migrantes, que não nasceram no DF, mas se mudaram para cá, estão hiper-representadas entre as vítimas de feminicídio. Isso indica que há uma intersecção entre gênero e outros marcadores de discriminação, como raça, classe social, baixo nível socioeducacional ou *status* migratório, que multiplica as vulnerabilidades experimentadas pelas mulheres e eleva o risco de ocorrência de violências letais. A literatura ainda aponta outros possíveis fatores, conforme as especificidades locais, como mulheres rurais, indígenas, quilombolas, moradoras de locais de fronteira ou com elevados índices de criminalidade. Nossa pesquisa documentou que os fatores de risco indicados pela literatura, como histórico de violências físicas ou de controle coercitivo, separação recente, mulher em situação de isolamento social ou gestante, estiverem presentes nos feminicídios⁴.

A violência doméstica é um fenômeno complexo e multicausal. Pode derivar da dependência emocional para com o ofensor, da dependência econômica, da vergonha de expor-se publicamente como vítima, do medo de novas agressões ou da piora da qualidade de sua vida após uma separação, ou ainda da ignorância sobre como romper uma relação abusiva. Qualquer desses contextos pode potencializar a violência de gênero.

Também há violência doméstica em relação a mulheres de classe média e alta, com autonomia financeira ou com patrimônio significativo. Nesses casos, a dependência emocional do companheiro pode falar mais alto que a dependência financeira. Nossa pesquisa sobre feminicídios documentou que a maioria das vítimas trabalhava e tinha renda própria, apesar de suas rendas usualmente serem significativamente mais baixas que as dos companheiros, um reflexo da precarização do trabalho feminino pela discriminação de gênero. Apesar de a mulher ter renda própria, havia uma contribuição significativa do companheiro para o sustento familiar, o que fazia com que a mulher tivesse receio de romper a relação. Todavia, já sabemos que quando a mulher não trabalha e há uma situação de dependência financeira quanto ao ofensor, romper a relação abusiva é muito mais difícil, especialmente quando há filhos para sustentar.

O enfrentamento desse problema é complexo e envolve ampla modificação das relações sociais com maior promoção de equidade de gênero, especialmente favorecendo maior acesso à educação pelas mulheres, maior inserção de mulheres no mercado de trabalho e

4 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MEDEIROS, Marcela Novais; CHAGAS, Cátia Betânia; VIEIRA, Elaine Novaes. Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 180, p. 297-328, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2243bcym>. Acesso em: 18 out. 2023.

sua efetiva ascensão profissional, políticas de igualdade salarial entre homens e mulheres, licença-paternidade para homens (de forma a reduzir a discriminação às mulheres quando se afastam pela licença-maternidade e a favorecer maior equidade de gênero nos cuidados domésticos com os filhos), creches, bem como um auxílio financeiro para mulheres em situação de violência doméstica. Caso não se quebre o teto de vidro que impede a plena ascensão profissional das mulheres, os menores salários delas as tornam mais vulneráveis à dependência financeira de um homem agressivo.

Quais são as medidas mais efetivas de assistência e proteção às vítimas de feminicídio no Brasil?

Há um acúmulo de pesquisas sobre a temática da violência contra a mulher que nos permite afirmar que há estratégias de intervenção que sinalizam maior probabilidade de sucesso na intervenção. As políticas públicas de prevenção à violência contra as mulheres dividem-se em três níveis: prevenção primária (ou prevenção em sentido estrito), prevenção secundária (ou intervenção precoce) e prevenção terciária (ou resposta)⁵.

As políticas de prevenção primária abordam a causa mais profunda da violência de gênero, que é a discriminação de gênero. Portanto, estão relacionadas às políticas de conscientização social para promoção de relações mais equânimes e de respeito entre homens e mulheres, que desconstruam visões estereotipadas entre os papéis sociais atribuídos ao masculino e feminino; ou seja, que o homem é o provedor e a mulher a cuidadora, que homens são bons para comandar e as mulheres devem ter um papel auxiliar e secundário, que a realização de vida para o homem é ter um bom emprego e para a mulher é estar em um relacionamento afetivo com um "príncipe encantado", que a virilidade masculina se reafirma com múltiplas parceiras e a feminilidade é sinônimo de castidade com severo controle sobre a sexualidade feminina. E que sempre que a mulher não cumpre com esses estereótipos de feminilidade, o homem que exerce autoridade sobre a mulher está autorizado a praticar atos de disciplina contra ela, que vão desde ameaças, constrangimentos, agressões, sevícias, até, no limite, a pena capital de ceifar a vida da mulher. A violência de gênero tem esse elemento de ser uma violência disciplinar, uma manifestação de controle sobre corpos femininos; são essas representações sociais que impulsionam atos de violência contra as mulheres. O que era chamado de "crimes passionais" é, na verdade, uma programação sociocultural de reação violenta diante de desafios à ordem de gênero pelas mulheres, tidos como essenciais para os homens reafirmarem sua masculinidade perante outros homens e não serem tidos como "frouxos", como um "não homem". Portanto, a construção de relações sociais marcadas pela efetiva equidade nas relações entre homens e mulheres é essencial para a superação da violência de gênero.

5 PASINATO, Wania; MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2h4pxhe>. Acesso em: 18 out. 2023.

Alguns países, como a Austrália, têm investido de forma pesada no que se denomina de políticas de prevenção primária⁶.

Também é necessário pensar em políticas de prevenção secundária, relacionadas a intervenções precoces em determinados grupos de risco de ocorrência de episódios de violência doméstica. Normalmente estão associadas a intervenções na área de saúde e assistência social. Como já mencionei, há determinados marcadores de discriminação que, quando presentes, elevam ainda mais o risco de violência contra as mulheres. Portanto, intervir nesses fatores de risco antes que o caso evolua para episódios graves de violência também é uma estratégia de prevenção. Nossa pesquisa sobre feminicídios documentou que a saúde básica da família e a saúde materno-infantil são áreas críticas de intervenção preventiva da escalada de episódios graves de violência contra as mulheres. A promoção de autonomia financeira das mulheres e o enfrentamento do racismo também podem ser vistos como estratégia de prevenção secundária, já que impulsionam o fenômeno da violência contra a mulher. É necessário aperfeiçoar as estratégias de notificação compulsória aos serviços de atenção à saúde, na perspectiva de integrar o atendimento de saúde com as estratégias de prevenção precoce⁷.

Finalmente, quando ocorre um episódio de violência doméstica, a resposta a este caso também pode ser vista como uma estratégia de prevenção da recidiva. Essa é a prevenção terciária. Estudos indicam que a violência doméstica é um fenômeno que tende a ter reiterações, porque se trata de relações que se prolongam no tempo. Muitas mulheres decidem perdoar o agressor em razão de pressões familiares, dependência afetiva ou econômica. Mas se não há uma adequada intervenção na raiz do problema, em relação às representações sexistas pelo ofensor e à sua naturalização pela mulher, há uma elevada probabilidade de ocorrerem novos episódios que, no limite, podem escalar até um feminicídio. As respostas de prevenção terciária estão relacionadas às intervenções protetivas à mulher e à responsabilização do ofensor. Há um leque de estratégias de intervenção protetiva. O ponto de partida previsto na Lei Maria da Penha é o deferimento das medidas protetivas de urgência e sua integração com as diversas políticas públicas de prevenção⁸. Nesse ponto, é necessária uma dogmática jurídica com

6 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Políticas públicas de prevenção primária à violência contra a mulher: lições da experiência australiana. **Revista Gênero**, Niterói, v. 17, n. 2, p. 95-125, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/3jb7dh32>. Acesso em: 18 out. 2023.

7 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Notificação compulsória e comunicação externa em casos de violência doméstica contra a mulher. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane; ZANELLO, Valeska; SILVA, Edlene; PORTELA, Cristiane (org.). **Mulheres e violências: interseccionalidades**. Brasília: Technopolitik, 2017. p. 523-545. Disponível em: <https://tinyurl.com/3jrv7avf>. Acesso em: 18 out. 2023.

8 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 157, p. 131-172, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4vz2hzjv>. Acesso em: 18 out. 2023.

perspectiva de gênero, que possibilite a responsabilização dos agressores sem replicar modelos discriminatórios às mulheres e que minimize a violência sofrida⁹.

Para casos mais graves de risco iminente, é possível a decretação da prisão preventiva. Se o caso é grave, mas há perspectiva de uma intervenção menos gravosa, pode-se determinar a utilização de monitoramento eletrônico como substituição à prisão preventiva. Para casos de risco intermediário e grave, com ofensor em liberdade, é possível determinar o acompanhamento do caso com as Patrulhas Maria da Penha (no DF, o PROVID/PMDF), com a necessária construção de um plano de segurança individualizado à rotina da mulher. Em contextos de emergência, é necessário oferecer um abrigo à mulher até ela reorientar sua vida com a separação. Se o homem tem fácil acesso a arma de fogo, é essencial haver a imediata apreensão da arma e cassação da autorização de porte. Há ainda estratégias relacionadas a programas reflexivos para homens autores de violência, que têm demonstrado resultados positivos no sentido de induzir a reflexões sobre comportamentos sexistas e proporcionar ferramentas emocionais para homens controlarem melhor impulsos de reações violentas. A efetividade desses programas pode não estar associada a uma plena conscientização feminista de homens, mas, ao menos, a uma diminuição da frequência ou intensidade das reações violentas, o que já significa uma melhoria parcial quanto à evolução do conflito. Programas de apoio psicossocial às mulheres são também estratégias centrais para fortalecer as mulheres, ajudando-as a não cederem a retornar para uma relação abusiva, a saberem como reagir diante desses contextos abusivos. Também deve-se trabalhar com programas de inclusão laboral às mulheres e de recebimento de auxílios emergenciais para o contexto de violência. Se há crianças expostas à situação de violência, é possível acionar o Conselho Tutelar para acompanhar essas crianças e oferecer-lhes apoio. Portanto, há um conjunto de estratégias de proteção às mulheres, sendo essencial que haja a articulação para o trabalho em rede por parte dos profissionais do sistema de justiça com todo esse arcabouço de serviços especializados de proteção¹⁰. Às vezes, o sistema de justiça procura "inventar" novas respostas, mas é necessário ter muito cuidado para não se replicarem intervenções que acabem tendo um caráter de revitimização, fragilizando a mulher. Como há uma relação de poder subjacente à violência doméstica, a literatura tem apresentado críticas, por exemplo, ao uso da justiça restaurativa nesse contexto, apesar de haver experiências internacionais que a utilizam, com diversas garantias procedimentais de proteção às mulheres¹¹.

9 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Dogmática penal com perspectiva de gênero. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (org.). **Prof. Doutor Augusto Silva Dias in memoriam**. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 237-271. v. II. Disponível em: <https://tinyurl.com/yry7axcr>. Acesso em: 18 out. 2023.

10 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro**. Brasília: CNMP, 2018. p. 141-163. Disponível em: <https://tinyurl.com/52tmd9yd>. Acesso em: 18 out. 2023.

11 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Justiça restaurativa e violência doméstica: contribuição ao refinamento das garantias processuais de proteção às mulheres. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 204-231, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/26t4z5vh>. Acesso em: 18 out. 2023.

Foi amplamente divulgado pela imprensa que, na pandemia, houve uma explosão de casos de violência doméstica. Essa realidade foi constatada na pesquisa, e quais são os caminhos para o enfrentamento do problema?

O isolamento social já era considerado um fator de risco e sofreu um incremento nesse período, dificultando à mulher pedir socorro e aumentando o poderio e controle coercitivo por homens. Mulheres tinham medo de circular no espaço público, de ir a uma delegacia de polícia. As dificuldades econômicas nesse período também elevaram os conflitos, o que se tornou um gatilho para a escalada da violência doméstica. O próprio medo da pandemia e as incertezas desse período foram mais um fator de vulnerabilidade à manipulação coercitiva. Logo após o início da pandemia, o sistema de justiça procurou construir soluções às especificidades das necessidades das mulheres, com o advento da Lei n. 14.022/2020, como o registro de ocorrência por meio eletrônico e as audiências por videoconferência¹². Mas nem todas as mulheres conseguiram acessar esses novos canais, especialmente as mulheres em exclusão digital.

Paradoxalmente, durante o ano de 2020 houve uma redução significativa nos feminicídios, indicando que as mulheres passaram a desafiar menos os homens, a se submeter mais à sua autoridade masculina. Todavia, segundo pesquisa realizada por um parceiro de pesquisa, José Raimundo Carvalho, a pandemia elevou significativamente os níveis de violência contra as mulheres, especialmente de violência psicológica, ainda que não tenha havido elevação dos registros policiais¹³. E em seguida, no ano de 2021, os patamares voltaram aos mesmos níveis de 2019, sendo que em 2022 e 2023 se seguiu uma elevação significativa nos registros policiais de violência doméstica. Atualmente, o cenário é crítico, diante da tendência de elevação de casos.

Essa realidade também foi verificada em outros países? Se sim, como o problema tem sido enfrentado nesses locais?

No âmbito da legislação internacional, há vários paradigmas tidos como positivos. A Austrália, onde realizei meu estágio de pesquisa de pós-doutorado, possui uma das menores taxas proporcionais de violência contra as mulheres. Quando ali estive, certa vez visitei um chefe de polícia do Estado de Victoria, e ele me disse com orgulho: "Aqui temos duas prioridades, enfrentar o terrorismo e a violência doméstica e familiar". Na época, havia acabado de ocorrer uma grande CPI da violência doméstica (*Royal Commission into Family Violence*), com publicação de um relatório em diversos volumes com um rol de recomendações de aperfeiçoamento das políticas públicas¹⁴. Há vasta

12 ÁVILA, Thiago Pierobom de; LEITE, Isabella Fonseca. Desafios para o acesso à justiça pelas mulheres durante a pandemia da COVID-19. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 22, n. 44, p. 133-153, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/yarrpm7e>. Acesso em: 18 out. 2023.

13 CARVALHO, José Raimundo et al. *Entendendo o impacto da covid-19 sobre a violência doméstica no Brasil*. Fortaleza: CAEN/UFC, 2022.

14 VICTORIA. *Royal Commission into Family Violence: summary and recommendations*. Melbourne: RCFV, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxcb4wka>. Acesso em: 18 out. 2023.

pesquisa nesse tema, com orçamento robusto. Esse é um tema que precisamos avançar no Brasil: de realizarmos as políticas públicas baseadas em evidências, de haver efetivamente uma fase de avaliação de efetividade de como as políticas foram implementadas, inclusive com a possibilidade de alteração das diretrizes caso se verifique que as instituições não estão respondendo a contento. As pesquisas que venho desenvolvendo ajudam a compreender melhor como é o fenômeno da violência doméstica, quais respostas foram oferecidas pelo sistema de justiça, sinalizando áreas de possível aperfeiçoamento das intervenções estatais.

Contudo, deve-se ter cuidado para não importar de forma acrítica políticas públicas de outros países para o Brasil, pois cada território possui suas especificidades. Aliás, essa visão de que só o estrangeiro é bom é um resquício de colonialidade; temos que dialogar com experiências internacionais, mas também reconhecer que temos pesquisas e soluções ímpares no contexto brasileiro. Por exemplo, as próprias Delegacias da Mulher são uma política pública que nasceu no Brasil, na década de 1980, e espalhou-se no contexto latino-americano. Pesquisas indicam que elas são efetivas em reduzir níveis de violência contra as mulheres. Nossa Lei Maria da Penha é inovadora em diversos aspectos.

A Lei n. 13.104/2015, conhecida como Lei do Femicídio, tipificou esse crime no Brasil. Qual é a importância dessa norma para o combate a esse crime?

A criminalização do feminicídio é outro fenômeno normativo típico do contexto latino-americano¹⁵. Esse movimento surge no contexto de estudos sobre as diversas mortes na fronteira entre México e EUA, em Ciudad Juarez. Centenas de mulheres foram mortas por pessoas desconhecidas e seus corpos abandonados em plantações de algodão na área rural. Havia um contexto de industrialização rápida no local, de emprego de mulheres nas fábricas, e, apesar dos salários baixos, essas mulheres passaram a ter mais autonomia financeira, a transitar pelo espaço público, a desafiar os estereótipos femininos, em um ambiente fortemente conservador e marcado pela presença de organizações criminosas, especialmente de tráfico de drogas e favorecimento à imigração ilegal. Nesse contexto específico, dar nome ao fenômeno era essencial para dar-lhe visibilidade, para permitir a compreensão de que essas mortes de mulheres eram diferentes dos demais homicídios, que elas foram mortas em razão da discriminação de gênero. Costa Rica e Guatemala foram países pioneiros na criminalização do feminicídio, o primeiro com uma legislação mais limitada ao contexto de violência por parceiro íntimo, e o segundo com um modelo de criminalização bem mais amplo para as situações de feminicídio não íntimo, com um rol exemplificativo dessas situações. Esse movimento de criminalização avançou para diversos outros países e alcançou o Brasil em 2015.

15 PASINATO, Wania; ÁVILA, Thiago Pierobom de. Criminalization of femicide in Latin America: challenges of legal conceptualization. *Current Sociology*, London, v. 71, n. 1, p. 60-77, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/yny8urut>. Acesso em: 18 out. 2023.

É possível avaliar o que mudou desde então na punição de quem pratica esse tipo de homicídio?

A criminalização do feminicídio tem como objetivos dar visibilidade social ao fenômeno, induzir que a imprensa divulgue essas mortes de mulheres chamando a atenção para a sua causa, que é a discriminação cultural das mulheres, e, portanto, que haja um fortalecimento por demandas de políticas públicas de prevenção relacionadas à promoção da equidade de gênero. A criminalização também auxilia o sistema de justiça a produzir estatísticas mais fidedignas, pois agora há um dispositivo normativo específico que permite recuperar os casos. Finalmente, a criminalização faz com que o sistema de justiça trate esses casos de forma diferenciada, criando protocolos de investigação, processamento e julgamento que incorporem a perspectiva de gênero. Isso significa investigar revelando os sinais nas relações desiguais de poder naquele caso específico, o histórico de violências já experimentado pela mulher, não apenas as marcas no corpo de violências físicas anteriores, mas também o histórico de objetos quebrados pela casa, de comportamentos de controle e violência psicológica sobre a mulher, até a compreensão de que as diversas lesões letais em áreas erógenas são uma manifestação desta destruição da feminilidade, o efetivo cumprimento da promessa “se não for minha, não será de mais ninguém”. A própria evolução na jurisprudência do STF reconhecendo a inadmissibilidade da legítima defesa da honra em contexto de feminicídio pode ser vista como expressão dessa visibilidade social derivada da criminalização¹⁶. A perspectiva de gênero implica expandir o conceito de acesso à justiça, de forma a acolher as mulheres sobreviventes, e seus familiares, para lhes proporcionar com a devida diligência: proteção de reiterações de violência, assistência médica e psicossocial, reabilitação, informação, oportunidade de efetiva participação no processo, indenização e responsabilização do agressor. Nesse ponto, podemos afirmar que a LMP é o principal diploma brasileiro a ampliar substancialmente os direitos das vítimas, criando um sistema centrado em atender as necessidades das mulheres em situação de violência doméstica, com uma intervenção que vai além da perspectiva meramente punitiva¹⁷.

Apesar de não estarmos evoluindo significativamente na redução dos índices de feminicídio, esse não é um problema apenas da resposta criminal, e sim do conjunto de políticas públicas de promoção de equidade de gênero, que não estão sendo executadas a contento. Mas penso que, entre avanços e retrocessos, estamos gradualmente evoluindo para um aperfeiçoamento das respostas pelo sistema de justiça, com maior

16 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Feminicídio e diretrizes internacionais: a inconvenção da tese de legítima defesa da honra. In: ALAN, José Alexandre da Silva Zachia (org.). **Direito penal e modernidade**: estudos em homenagem ao Professor Augusto Silva Dias. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2022. p. 175-191. Disponível em: <https://tinyurl.com/3af3j5z8>. Acesso em: 18 out. 2023.

17 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Evolution of victims' access to criminal justice in Brazil. In: COX, Pamela; WALKLATE, Sandra (org.). **Victims' access to justice**: historical and comparative perspectives. London: Routledge, 2023. p. 209-226. Disponível em: <https://tinyurl.com/c8pw463x>. Acesso em: 18 out. 2023.

sensibilidade dos profissionais quanto às especificidades da violência de gênero. Há progresso, mas ainda há um espaço enorme que carece de aperfeiçoamentos.

É possível associar o aumento do feminicídio ao surgimento da nova lei? Casos antes classificados apenas como homicídio agora são registrados como feminicídio. Essa seria uma justificativa?

Há várias possíveis explicações deste fenômeno da elevação (em níveis nacionais, discreta) dos registros de feminicídios. Uma primeira explicação pode estar associada à melhoria dos registros policiais, que antes deixavam de incluir a anotação quanto à qualificadora do feminicídio e passaram a melhor registrar; ou seja, é previsível que uma melhor conscientização pelas autoridades policiais quanto ao fenômeno do feminicídio eleve os registros dos casos. Considerando que o adequado registro dos casos de feminicídio não íntimo ainda é um desafio nacional, eu diria que ainda há espaço para uma elevação dos registros em razão da melhor qualidade das anotações.

Mas também é possível levantarmos outras hipóteses. Infelizmente, a polarização político-ideológica a que assistimos no Brasil nos últimos anos gerou um fortalecimento do campo resistente ao avanço dos direitos das mulheres, o que pode ter fortalecido um *backlash* no tema. Por outro lado, se trabalhamos apenas com as mulheres, para se sentirem "empoderadas" e romperem uma relação abusiva, e não trabalharmos com os homens, também é previsível que haverá um acirramento de conflitos, pois os homens não aceitarão esse rompimento e escalarão em episódios de violência. A existência de programas reflexivos para homens autores de violência é uma das possíveis estratégias para essa nova pedagogia social¹⁸.

A violência de gênero reflete a radicalização da crença que, muitas vezes, transforma as mulheres em objetos e "propriedade" de seus parceiros. Muitos casos de feminicídio ainda são praticados por homens que não aceitam o fim do relacionamento?

O feminicídio é um crime de poder, de demonstração de domínio sobre a existência da mulher. Não se trata de ciúmes, e sim de sentimento de posse, de propriedade sobre a mulher, de não aceitar a liberdade da mulher de pôr fim a uma relação que não mais a realiza. Está associado a valores machistas que associam a virilidade com a potência sexual; portanto, o rompimento da relação pela mulher se torna uma ofensa à masculinidade do agressor. Como diz Rita Segato, os homens precisam estar constantemente reafirmando a sua virilidade perante os outros homens, para a "fraternidade patriarcal". Por isso o feminicídio é também um crime de ódio, porque ele reafirma a ordem de gênero como natural e inevitável, reforçando sua vigência. Quando um homem mata uma mulher que rompe uma relação, ele pratica o crime contra aquela mulher e contra

18 TÁVORA, Mariana Fernandes; COSTA, Dália; ÁVILA, Thiago Pierobom de. Os programas para autores de violência doméstica contra mulheres: análise crítica. In: DURAND, Véronique; RIBEIRO, Henrique Marques (org.). **Histórias de amor tóxico**: a violência contra as mulheres. Brasília: Senado Federal, 2020. p. 342-373. Disponível em: <https://tinyurl.com/4v3zkt37>. Acesso em: 18 out. 2023.

todas as demais, ao fortalecer a representação de que quando os homens afirmam que “se não for minha, não será de mais ninguém”, estão falando sério. Por isso, há uma conexão entre o feminicídio e os demais crimes de discriminação, como racismo, intolerância religiosa ou homofobia, porque da mesma forma cada ato de violência de gênero reforça o paradigma discriminatório.

Há alguma articulação para que pesquisas como a do senhor cheguem ao cotidiano das mulheres em situação de violência doméstica e com medidas protetivas?

Tenho me dedicado a produzir pesquisas científicas que tenham o potencial de induzir um aperfeiçoamento das políticas públicas. Em nossa última pesquisa sobre feminicídios, procuramos desenvolver essa abordagem holística, produzimos seis artigos científicos que analisaram diversos aspectos dos feminicídios, em seguida compilados em uma coletânea¹⁹. O trabalho envolveu correlacionar os perfis sociodemográficos das vítimas e ofensores com as políticas públicas de prevenção, analisar os fatores de risco presentes nos casos, compreender como havia relações de gênero subjacentes aos feminicídios, analisar as respostas que a justiça deu os processos anteriores aos feminicídios, e a resposta dada aos feminicídios, e ainda avaliar qual foi a percepção de familiares da vítima quanto ao feminicídio. Essa pesquisa foi encaminhada a diversos parceiros e se tornou uma radiografia do fenômeno no DF, subsidiando diversas estratégias de aperfeiçoamento.

Em 2021, produzi no âmbito do Núcleo de Gênero do MPDFT uma pesquisa sobre o perfil decisório dos juízes no DF quanto ao deferimento das medidas protetivas de urgência²⁰. Essa pesquisa sinalizou que, ainda que a maioria dos magistrados seja engajada com a aplicação da lei, há focos pontuais de resistência, especialmente com a negativa de aplicação da LMP por supostamente não se tratar de uma “violência baseada no gênero” ou denegando a MPU por uma sobrecarga probatória à mulher. Pesquisa de análise de acervo jurisprudencial no TJDF documentou que a maioria dos recursos julgados procedentes quanto à MPU estavam concentrados em algumas poucas varas²¹. Outras pesquisas que já havia feito documentaram uma tendência de atuação restritiva pelo sistema de justiça no reconhecimento da violência baseada no gênero, excluindo casos de violência entre irmãos ou contra mulheres idosas sempre

19 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MEDEIROS, Marcela Novais; CHAGAS, Cátia Betânia; VIEIRA, Elaine Novaes; MAGALHÃES, Thais Quezado Soares; PASSETO, Andrea Simoni de Zappa. **Feminicídios: indicativos para a construção de políticas públicas de prevenção**. Brasília: ESMPU, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/49kdpkft>. Acesso em: 18 out. 2023.

20 ÁVILA, Thiago Pierobom de; GARCIA, Mariana Badawi. Análise dos diferentes padrões decisórios de medidas protetivas de urgência nos Juizados de Violência Doméstica do Distrito Federal. **Revista do MPDFT**, Brasília, n. 12, p. 85-133, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2df4ahs5>. Acesso em: 18 out. 2023.

21 ÁVILA, Thiago Pierobom de; SILVA, Daniel Fontinele da. Resistências judiciais na concessão de medidas protetivas de urgência: uma análise jurisprudencial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, [2024?]. No prelo.

que houvesse alguma discussão colateral, como conflitos patrimoniais, uso de drogas ou desgaste das relações familiares²². Mas nossa pesquisa de feminicídio documentou que as mulheres estão sendo assassinadas nesses contextos de conflitos patrimoniais, que esses contextos não excluem a violência baseada no gênero²³. Essas pesquisas fomentaram adiante elaborarmos um projeto de lei para aperfeiçoar a LMP, que restou aprovado na Lei n. 14.550/2023, prevendo expressamente que a MPU deve ser decidida com fundamento na avaliação de risco de uma situação de violência, e não em comprovação de crime, que a MPU é autônoma do processo criminal e, ainda, que condições pessoais do ofensor e da vítima não excluem a aplicação da lei²⁴.

O senhor continua pesquisando o tema. Em que frentes tem trabalhado atualmente e quais são as perspectivas de avanços?

Neste momento estou concluindo outra pesquisa, com uma orientanda, de análise de fluxo processual de casos ordinários de violência doméstica, para avaliar como é o perfil de colaboração ou não com o processo a partir do recorte étnico-racial e socioeconômico das mulheres e as respostas oferecidas pela justiça²⁵. Essa pesquisa documentou que mulheres negras possuem menor predisposição a colaborar com o processo criminal (serem intimadas, comparecerem e prestarem depoimento) em comparação a mulheres brancas. Isso indica que a LMP pode ter um efeito positivo para mulheres brancas, usualmente de classe média, mas a abordagem punitiva faz menos sentido para mulheres negras e pobres, que muitas vezes já estão expostas a outras formas de violência derivadas de sua situação de exclusão social.

Por esse motivo, penso que em algum momento precisaremos avançar no diálogo com os movimentos feministas e de mulheres para rediscutir a vedação de realização de acordos processuais no contexto de violência doméstica, porque se a justiça oferece

22 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MESQUITA, Cristhiane Raisse de Paula. O conceito jurídico de “violência baseada no gênero”: um estudo da aplicabilidade da Lei Maria da Penha à violência fraterna. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 174-208, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3c4x99aw>. Acesso em: 18 out. 2023; ÁVILA, Thiago Pierobom de; JATENE, Cyro Vargas. Violência de gênero contra mulheres idosas e interseccionalidade: análise documental da jurisprudência do TJDF. In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de et al. (org.). **Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2019. p. 285-315. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytvx35nt>. Acesso em: 18 out. 2023.

23 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MEDEIROS, Marcela Novais; VIEIRA, Elaine Novaes. Feminicídios e relações de gênero: análise de conflitos não diretamente relacionados à manutenção do vínculo afetivo. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro-SP, v. 9, n. 3, p. 691-727, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4k8j3u9e>. Acesso em: 18 out. 2023.

24 BIANCHINI, Alice; ÁVILA, Thiago Pierobom de. Lei n. 14.550/2023: uma interpretação autêntica quanto ao dever estatal de proteção às mulheres. In: SICILIANO, Benedito; VERANO, Cristiano; BORGES, Ademar (org.). **Homenagem ministro Rogério Schietti**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023. p. 80-114.

25 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MUNDSTOCK, Izadora. **Respostas da justiça aos crimes contra as mulheres**: reflexões sobre efetividade e interseccionalidades raciais. [S. l.]: [s. n.], [2024?]. No prelo.

uma resposta que não faz sentido à mulher, há uma elevada possibilidade de ela adiante se desengajar, resultando na ausência de responsabilização do ofensor, o que pode ter efeito reflexo negativo na própria proteção à mulher.

Outra pesquisa que realizamos no âmbito da ESMPU, sobre modelos europeus de enfrentamento da violência de gênero, documentou que os países estudados tinham mecanismos de acordo processual com regras específicas para o contexto da violência doméstica²⁶. Em Portugal há a suspensão provisória do processo; na França há as *alternatives aux poursuites*; na Espanha há o *acordo de conformidade*; e na Inglaterra o *plea guilty*. Um acordo não é necessariamente um sinônimo de banalização da resposta penal, tudo depende da seriedade das condições que são estabelecidas. No fundo, a crítica da sociedade aos acordos processuais no contexto de violência doméstica é uma crítica à postura do Ministério Público, à época, de estabelecer acordos vazios, que não tocavam na raiz do problema. A realização de programas reflexivos nos acordos e a manutenção das medidas protetivas poderiam ser uma alternativa. Essa é uma pauta para se discutir com os movimentos de mulheres.

Meu atual grupo de pesquisa na ESMPU procura integrar ferramentas de inteligência artificial e de psicométrica. Pretendemos criar um sistema que consiga ler de forma automatizada os processos judiciais relativos à MPU, recolher as informações mais relevantes que constam do boletim de ocorrência e do formulário nacional de avaliação de risco, cruzar esses dados com os casos que evoluíram para a recidiva ou para o feminicídio, e depois utilizar ferramentas de *deep learning* para desenvolver modelos preditivos do maior risco de escalada da violência, associados a modelos indicativos de estratégias de individualização da gestão do risco. Hoje, o formulário de risco é preenchido, mas fica parado no processo, não há uma metodologia clara sobre como fazer a avaliação de risco e sua gestão. A ideia é que o membro do Ministério Público, ao receber os autos de uma MPU, já receba de forma automatizada esse relatório de avaliação de risco com indicações de estratégias de gestão.

É essencial que tenhamos políticas públicas baseadas em evidências, que sejam individualizadas às necessidades dos casos concretos. O enfrentamento da violência contra as mulheres não é uma pauta apenas das mulheres, essa é uma luta por sobrevivência civilizacional.

26 ÁVILA, Thiago Pierobom de; MACHADO, Bruno Amaral; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; TAVORA, Mariana Fernandes. **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais**. Brasília: ESMPU, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bp58tuyj>. Acesso em: 18 out. 2023.

JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES

Procurador da República em São Paulo, João Paulo Lordelo Guimarães Tavares destaca nesta entrevista os objetivos da pesquisa que o grupo liderado por ele desenvolverá na Escola Superior do Ministério Público da União. A proposta do estudo é identificar premissas metodológicas destinadas a assegurar a adequada reparação de danos em litígios de massa, em acordos ou processos coletivos resultantes de desastres ambientais, de forma a agilizar a efetivação ou restauração dos direitos fundamentais das populações afetadas.

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), João Paulo Lordelo realizou pesquisa de pós-doutoramento em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra e desenvolve segunda pesquisa de pós-doutoramento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

É coordenador do Grupo de Trabalho sobre Inovações no Processo Coletivo do CNMP. Foi membro do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições do Tribunal Superior Eleitoral (2018); membro da comissão de juristas da Câmara dos Deputados de reforma da Lei de Lavagem de Capitais (2021); e coordenador da Assessoria Jurídica Criminal do Gabinete do Procurador-Geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal (2020-2021).

Em sua atuação acadêmica, é professor do programa de mestrado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP); orientador pedagógico e professor da ESMPU; pesquisador visitante (*visiting scholar*) do Centre for Socio-Legal Studies da Universidade de Oxford (Oxford Faculty of Law), Reino Unido; e professor visitante da Universidade Vytautas Magnus, Lituânia. Também integra a comissão avaliadora dos periódicos *Revista de Processo (RePro)*, *Civil Procedure Review* e *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*.

• • •

Um dos eixos transversais do seu projeto é a internacionalização, ressaltada a partir do uso de documentação da ONU e de jurisprudência produzida por tribunais internacionais. Em outros países, há estruturas de prevenção de desastres ambientais que poderiam servir de modelo para o Brasil?

Cada país possui as suas peculiaridades geográficas, econômicas e políticas, além de um marco normativo próprio para lidar com os desastres ambientais. Naturalmente, o grau de eficiência dos esquemas de reparação de danos varia bastante.

Os grandes eventos de desastres são normalmente seguidos de várias avaliações, realizadas por muitas agências e abrangendo ampla gama de setores. Por esse motivo, há um consenso crescente sobre a necessidade de uma avaliação padronizada e abrangente no período pós-desastre. Essa avaliação deve ser multissetorial, abordando as necessidades de recuperação relacionadas a infraestrutura, abrigo, meios de subsistência e serviços sociais e comunitários de forma equilibrada e abrangente.

Em resposta a essas preocupações, o Grupo das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Banco Mundial e a União Europeia colaboraram no desenvolvimento de uma ferramenta conjunta de Avaliação de Necessidades Pós-Desastre (PDNA). Essa ferramenta representa uma abordagem harmonizada e coordenada, proporcionando uma avaliação objetiva, abrangente e comprometida com a administração dos danos, perdas e necessidades de recuperação pós-desastre e abrindo caminho para uma estrutura de recuperação consolidada.

Há, portanto, um esforço da comunidade internacional no sentido de fornecer suporte técnico aos profissionais à medida que planejam e implementam a avaliação das necessidades e projetam a estrutura de recuperação. Isso precisa ser bem aplicado no Brasil.

É dever do Estado promover e garantir a segurança jurídica de envolvidos num processo de desastre ambiental. Esse papel tem sido exercido de forma satisfatória?

Certamente não. O Estado brasileiro tem falhado constantemente, tanto em seus deveres preventivos quanto na promoção de responsabilização e reparação. Há muitas coletividades – especialmente as mais vulneráveis – que aguardam, há anos, a digna e proporcional reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de desastres ambientais.

Como o senhor avalia os valores e as discussões judiciais das indenizações relacionados aos últimos desastres ambientais ocorridos no Brasil?

Atualmente penso que há um esforço muito grande de muitos órgãos e instituições públicas e privadas no sentido de corrigir os erros metodológicos de experiências passadas.

Um claro exemplo consiste no caso Samarco (também conhecido como “caso Rio Doce”), dotado de elevadas conflituosidade interna e complexidade fática e jurídica decorrentes do desastre do rompimento da barragem de Fundão, administrada pela Samarco, na cidade de Mariana-MG. O desastre, ocorrido em novembro de 2015, resultou na lesão a direitos individuais e coletivos, tendo sido rapidamente ajuizadas ações individuais, coletivas e incidentes para a resolução de demandas repetitivas, sendo identificados variados grupos de interesses contrapostos.

Posterior trabalho de análise desenvolvido pela Fundação Getulio Vargas apontou uma série de inconsistências na “matriz de danos” utilizada pela Fundação Renova para levantamento, registro e sistematização de danos no processo de reparação do desastre. Entre os problemas encontrados estão: falta de transparência e acesso à informação, insuficiência no reconhecimento de danos pelo desastre, inexpressiva participação social, falta de atualização dos critérios de elegibilidade dos danos reconhecidos, difícil correção entre danos e programas de reparação, ausência de comunicação com programas relativos a povos indígenas e comunidades tradicionais, além de interpretações restritivas de termos dos compromissos de ajustamento de conduta celebrados.

As soluções para os problemas relacionados ao meio ambiente passam necessariamente pela cooperação internacional?

Inexiste agenda de proteção ao meio ambiente eficiente sem cooperação internacional. Nesse processo, os países economicamente mais desenvolvidos – e, por consequência, historicamente mais poluidores – precisam assumir responsabilidades mais acentuadas, como forma de promoção da solidariedade global.

A Agenda 2030 é um claro exemplo desse esforço conjunto, consistindo em um plano de ações desenvolvido no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Ela visa à erradicação da pobreza e à promoção do desenvolvimento econômico, social e ambiental em escala global até o ano 2030.

Naturalmente a sustentabilidade ambiental tem relação direta com a promoção de direitos humanos, afetando-se mutuamente. Não por acaso, mesmo antes da Agenda 2030, os Estados-Membros da ONU já haviam assumido objetivos globais relacionados à erradicação da extrema pobreza e da fome, promoção do ensino básico universal, redução da mortalidade infantil, entre outros.

Há necessidade de aprimoramento das técnicas processuais de tutela coletiva, elencadas, em especial, pelo Código de Processo Civil de 2015?

Sim, especialmente no âmbito da disciplina dos acordos coletivos envolvendo pretensões divisíveis. É preciso haver maior segurança jurídica para membros do Ministério Público, juízes e outros órgãos e instituições quanto à viabilidade jurídica de determinados métodos de reparação. Atualmente o marco normativo existente – Resolução CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017 – não nos fornece muitas respostas e são constantes as discussões no âmbito do Tribunal de Contas da União e no Supremo Tribunal Federal.

As mudanças climáticas, provocadas pela ação humana, juntamente com o descaso de governos e empresas em relação às consequências de suas ações ou omissões, vêm provocando desastres ambientais cada vez mais frequentes e danosos ao meio ambiente e à sociedade. Os efeitos desses desastres são sentidos praticamente por toda a população do planeta, sobretudo pelas populações mais vulneráveis. As reparações ocorridas, seja pelo Poder Público, seja por empresas responsáveis pelo acidente, são céleres e justas?

Há casos louváveis de atuações céleres, mas penso que, no geral, o sistema de justiça brasileiro ainda enfrenta um grave problema de eficiência quando falamos em reparação integral de danos decorrentes de desastres ambientais.

Dada a elevada complexidade do desastre de Mariana, houve a necessidade da busca por instrumentos extrajudiciais de solução alternativa de conflitos, a exemplo do denominado “TAC Governança”. Como foi feito esse TAC?

O “TAC Governança” é um instrumento extrajudicial de solução alternativa de conflitos, que pretende trazer rapidez e celeridade às demandas judiciais propostas no caso Samarco. Ele foi celebrado no âmbito de duas Ações Cíveis Públicas, a ACP n.

0023863-07.2016.4.01.3800, ajuizada pelo MPF, e a ACP n. 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizada por União, Estado de Minas Gerais, Estado do Espírito Santo (entes federativos) e outros entes das suas respectivas administrações públicas direta e indireta.

A sua celebração decorreu da identificação de graves falhas no esquema de compensação anteriormente fixado pela Fundação Renova. Entre os seus objetivos, encontramos: a alteração do sistema de governança estabelecido no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), celebrado por União, Espírito Santo, Minas Gerais e mineradoras, dentro da ACP n. 0069758-61.2015.4.01.3400; o aprimoramento de mecanismos que garantam a efetiva participação dos atingidos em todas as fases do processo de reparação dos danos; e o estabelecimento de um processo negocial de repactuação dos programas socioambientais e socioeconômicos.

Para finalizarmos, como o senhor avalia o reconhecimento dado ao pesquisador científico no Brasil?

Consideradas as experiências estrangeiras – o que inclui países com economia menos desenvolvida que a brasileira –, creio que o pesquisador científico, no Brasil, carece do reconhecimento devido em diversas perspectivas. Além das demandas relativas à estrutura e ao financiamento de pesquisas, a baixa remuneração tem sido apontada como um sério entrave.



ARTIGOS

A grid of 20 columns and 20 rows of small black dots, serving as a placeholder for a table of contents.

A EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS E A (RE)CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO FEMININO: O ENCANTO DAS MULHERES DA FAMÍLIA MADRIGAL

THE SOCIAL EFFECTIVENESS OF LEGAL RULES AND THE MAKING OF WOMEN'S ROLE AND SELF-PERCEPTION IN HUMAN HISTORY

Recebido em 26.10.2022 • Aprovado em 7.6.2023

.....

Fernanda Rocha Lobato Miguel

RESUMO

A partir de uma breve contextualização histórico-filosófica da evolução do significado do termo "Direitos Humanos" e suas aplicações, buscar-se-á apresentar como princípios fundamentais, normas jurídicas e demais regramentos legais necessitam ser ressignificados para que não sejam prejudicadas a sua eficácia e adequação social em contextos de mudanças e transformações populares. O protagonismo masculino na escrita e tomada de decisões no curso da história, especialmente apresentado, exemplificativamente, em eventos pontuais relevantes, parece retirar de representantes do gênero feminino a possibilidade de compreensão e luta de pautas próprias e específicas, o que atrasa e dificulta o exercício pleno da democracia por meio da participação ativa na ressignificação constante do texto constitucional. Considerando que produções de som e imagem da cultura popular exercem rele-

vante impacto no processo de construção da imagem do feminino na sua própria jornada, propõe-se uma interpretação analógica da eficácia social das normas jurídicas e do papel das mulheres nos eventos históricos apontados em comparação ao contexto da recente produção dos estúdios Disney, o longa de animação *Encanto*.

Palavras-chave: Normas jurídicas. Princípios fundamentais. Direitos Humanos. Feminino. Eficácia social das normas jurídicas. *Encanto*. Estúdios Disney.

ABSTRACT

Having a brief historical-philosophical evolutionary context of the making of the current meaning of "Human Rights" and its applications as a start point, it becomes evident that fundamental principles, legal rules and the like need be in permanent change so that their applicability and effectiveness are not harmed during unstable popular transforma-

tion periods. Men have played major parts in the writing and decision-making process in history, especially, but not exclusively, in some key events that would later be considered changing points that deviated human beings from its most likely ongoing path, and, by doing so, seem to have kept women away from being able to make their own choices based on self needs and particular issues, which clearly delays and imposes limits and boundaries to actively experiencing the democratic regime. Considering that popu-

lar culture production has a huge impact in the process of self-image construction and perception, an analogical comprehension of the social effectiveness of legal rules and the role women play in some historical events is proposed, having as background the Disney Studios animation movie "Encanto".

Keywords: Legal rules. Fundamental principles. Human Rights. Women's role and self-perception. Social effectiveness of legal rules. "Encanto". Disney Studios.

INTRODUÇÃO

A noção contemporânea de Direitos Humanos pode ser considerada o resultado, compilado em uma única expressão, da evolução do pensamento, timidamente desenvolvido desde a Grécia Antiga, de que seria inerente e intrinsecamente atrelada à condição de ser humano a presença de características supostamente comuns a toda humanidade¹. Não se trata, no entanto, de acordo com a concepção moderna que se adotará nesta ocasião, de uma prescrição, uma fórmula a ser metodicamente seguida, tampouco um objetivo único e uniforme a ser alcançado, mas há de se falar em um conceito (re)construído, que necessita ser ressignificado e redefinido a todo instante por detentoras e detentores da condição humana.

Ao longo dos séculos, as expressões "direitos naturais", "direitos dos homens", "direitos do gênero humano", "direitos do nosso ser", "direitos da humanidade" e "Direitos

1 Em *História das ideias políticas* (Châtelet; Duhamel; Pisier, 2009), capítulo I, François Châtelet apresenta, de forma resumida, a gênese do pensamento político, com especial destaque para os conceitos fundamentais e basilares para a estruturação, construção e organização das cidades gregas e romanas. Segundo o autor, Platão, como Sócrates, defendia, para o atingimento do seu modelo Ideal (com "i" maiúsculo, para destacar a referência a uma matriz elementar) de cidade, que homens e mulheres, quando livres (e, portanto, "iguais" em relação a sua posição social hierárquica), deveriam ser educados e treinados para que pudessem alcançar seu potencial máximo. Não se trata do mesmo entendimento de liberdade ou igualdade modernamente aplicados, mas sim da equiparação existente entre seres de uma mesma classe nas relações estabelecidas entre si. Os corpos frágeis e a capacidade intelectual limitada das mulheres não eram ignorados, mas não deveriam ser justificativa para a elas dedicar ensino ou treinamento diferenciados. Aristóteles compreendia, de forma semelhante, ainda que destacadamente mais sexista, que a humanidade como espécie considerada seria a mais elevada do gênero animal, e estaria no meio entre dois extremos: o divino e os animais irracionais. Homens e mulheres, em maior ou menor grau, seriam todos detentores de características divinas e animais, o que naturalmente justificaria, inclusive, a escravização, exploração e comercialização de alguns seres humanos "menos divinos" e "mais primitivos" por aqueles dotados de mais divindade. A superioridade intelectual e física do masculino justificariam, ainda, o seu protagonismo social e político em relação ao papel secundário e submisso das mulheres.

Humanos", assim como seus respectivos significados, sofreram alterações em uso e aplicação, a depender da época e do contexto em que estivessem inseridos. Textos dos mais diversos pensadores, apresentados das mais variadas formas, flertavam com a ideia de que algumas características fundamentalmente humanas garantiriam o acesso a condições básicas essenciais para a manutenção da vida de todas e todos sem distinção, visando, especialmente, à convivência pacífica e harmônica entre os povos. Infelizmente, o suposto sentimento de união e pertencimento aparentemente inscritos na consciência humana, justificado pela origem mais ou menos comum de toda a humanidade, não parece ter sido suficiente para impedir que acontecimentos históricos igualmente antigos tenham, reiteradamente, sido manchados por eventos escritos às custas da vida e do sangue de grupos de pessoas cujos direitos mais básicos haviam sido usurpados por aqueles no poder.

Lynn Hunt (2009), em sua introdução, intitulada "Consideramos estas verdades autoevidentes", ao livro *A invenção dos direitos humanos*, conta que Thomas Jefferson, célebre (e, mais recentemente, polêmico) presidente estadunidense, principal autor da Declaração de Independência de seu país, em um rascunho daquele documento, escreveu:

Consideramos que estas verdades são sagradas e inegáveis: que todos os homens são criados iguais & independentes, que dessa criação igual derivam direitos inerentes e inalienáveis, entre os quais estão a preservação da vida, a liberdade & a busca da felicidade (Jefferson, 1776).

Após inúmeras revisões e algumas contribuições de demais agentes participantes do processo, a versão final do texto é apresentada tal como entrou para (e fez) a história:

Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade (Estados Unidos da América, 1776).

Hunt arremata, por fim, que, "com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos Direitos Humanos" (Hunt, 2009, p. 13).

Naquele século, utilizava-se, especialmente na Europa, a expressão "Direitos Humanos" para expressar uma ideia em muito influenciada pelo pensamento aristotélico de que aos seres humanos, criados à imagem e semelhança do divino, mas igualmente distantes de divindades e animais irracionais, haveria de ser assegurada uma série de direitos exclusivamente a eles reservados por suas características distintivas (Hunt, 2009). Os registros de uso do termo deixam clara a sua intenção não política e muito pouco democrática – parecia se referir mais ao "direito" de cobrir o corpo com vestimentas adequadas ou à prerrogativa de abrigar-se em alojamentos longe de chiqueiros e pastos do que a uma universal e natural garantia à liberdade, à igualdade ou ao tratamento digno das pessoas humanas.

A expressão que mais próxima estaria do entendimento atual de "Direitos Humanos" seria, então, "direito (ou lei) natural", devido à percepção agostiniana parcialmente

derivada da compreensão aristotélica de que, por serem criadas de uma mesma forma, todas as criaturas receberiam de seu criador (e, portanto, naturalmente, no momento de sua concepção) os direitos à vida, à liberdade, à busca pela felicidade, dentre outros inerentes e inalienáveis, como descrito por Jefferson.

Lamentavelmente, sabe-se que o terceiro presidente estadunidense era, ele mesmo, senhor de mais de 600 pessoas escravizadas – privando-as, portanto, contraditoriamente, do pleno exercício de sua liberdade e de alguns outros direitos inalienáveis –, tendo, inclusive, engravidado uma das mulheres que mantinha cativa e sido pai de ao menos seis de seus filhos.

O legado de um homem não necessariamente se restringe ou se limita à sua trajetória de vida pessoal, e neste espaço não cabe avaliar ou julgar a conduta ou as escolhas íntimas e privadas de Jefferson enquanto homem, comerciante ou empresário. Destaca-se apenas que, se para o principal responsável pela autoria de um dos textos considerados referência para a consolidação e o estudo dos Direitos Humanos parecia natural a prática de atitudes transgressoras de direitos tidos, de acordo com as suas próprias palavras, como inalienáveis em decorrência de uma verdade autoevidente, conclui-se que para toda a sociedade igualmente dificultoso parece ser evitar condutas que restringem, segregam e limitam grupos de pessoas por causa das mesmas características que as definem e distinguem enquanto povo.

Anos mais tarde, contribuiu para que o termo “direito natural” caísse em desuso e fosse substituído por “Direitos Humanos”, ainda segundo Hunt (2009), o crescente sentimento de empatia e valorização do indivíduo e da humanidade, em grande parte devido ao significativo aumento na publicação de romances² que levavam seus leitores a se colocarem no papel de protagonistas, que, na grande maioria das vezes, eram mulheres obrigadas a viver em conformidade com os designios de seus pais ou maridos, e precisavam abdicar de sua felicidade e autonomia para não contrariarem as vontades e determinações de suas famílias. Adicionalmente, o repúdio às execuções públicas e o desenvolvimento de teorias que sustentavam a aplicação de penas em locais fechados, sem a presença de plateia, somados ao gradual abandono da tortura como método de interrogação e investigação, até então comumente aplicado na expectativa de que a dor fizesse condenados delatarem seus cúmplices e ajudantes, seriam demonstrações da capacidade humana de se imaginar no lugar do outro, sentir a sua dor e buscar fazer cessar práticas cruéis e desnecessariamente violentas.

2 Conta Lynn Hunt (2009) que, em 1761, portanto, um ano antes de publicar *O contrato social*, Rousseau alcançou fama e clamor internacionais pela trama de seu romance *Júlia ou a nova Heloísa*. Escrita em forma de romance epistolar (ou em cartas), a obra referia-se, em seu subtítulo, à história medieval do amor condenado de Heloísa e Abelardo, que levou o filósofo e clérigo católico do século II Pedro Abelardo à castração como consequência do relacionamento proibido que manteve com sua pupila. Em seu livro, Rousseau apresenta como protagonista da história a “nova Heloísa”, Júlia, que também se apaixona por seu tutor, mas desiste do relacionamento para satisfazer seu pai autoritário, que exige que a moça se case com um soldado russo mais velho a quem seu progenitor supostamente devia a vida por ter sido por ele salvo no passado.

Infelizmente, a suposta ascensão da capacidade empática apontada por Hunt (2009) igualmente não se mostrou suficiente para modificar, em definitivo, formas de pensar e agir. A necessidade de uma declaração universal que reunisse, em um só documento, a noção de direitos mínimos invioláveis tornou ainda mais evidentes a insuficiência e a ineficácia da habilidade humana de tentar colocar-se em posição adversa. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, sintetizou e consolidou a compreensão prevalecente à época de "Direitos Humanos", na tentativa de, em seus 30 artigos, prever clara e explicitamente conceitos básicos de direitos individuais e coletivos, com expresso repúdio à escravidão e à tortura, buscando apresentar fundamentos jurídicos que garantissem o respeito à vida, à liberdade e à propriedade, com a previsão de formas de exercer plena e livremente aqueles direitos, desde que não fossem distorcidas as suas finalidades.

Não por acaso, a DUDH foi redigida após o término da Segunda Guerra Mundial, depois das cruéis ações do Führer alemão, em grande parte devido às características daqueles que, naquela ocasião, foram alvo de tão violentas transgressões. Já eram reconhecidos, há algum tempo, os direitos de primeira e segunda gerações³, mas eles não foram bastantes para assegurar um tratamento digno a negras e negros, indígenas, nativos e mulheres, e, enquanto se restringiam àqueles grupos de pessoas as violações a direitos essenciais à manutenção da vida e da dignidade, não houve significativo avanço para impedir que continuassem a ser alvo de extermínio e abuso de poder – por uma desculpa ou outra, desde a vontade dos deuses à suposta salvação das almas do purgatório, passando, inclusive, pela invenção de teorias "científicas", com comprovações "biológicas" e "evolucionistas", diversas foram as justificativas e argumentos que tentavam escusar – talvez para a própria consciência – o aprisionamento, a escravização, a exploração e o aniquilamento de grupos e indivíduos minorizados.

1 O PAPEL DO FEMININO E A EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS

1.1 O FEMININO E SUA IMAGEM NO CONTEXTO BRASILEIRO

Mesmo em se tratando de texto relativamente antigo, escrito em contexto diverso, os principais conceitos presentes na Declaração de Independência estadunidense dos quais se pretende fazer uso são os de "verdades autoevidentes" e o de "Direitos inalienáveis". O que é evidente deveria dispensar explicação ou apontamento. É, por definição, claro, aceitável, indiscutível pela incontestabilidade; indubitável, patente, irrefutável. São sinônimos que ecoam no tempo e na história. Adicionalmente, "Direitos inalienáveis" são intransferíveis, irrenunciáveis, inseparáveis de seus detentores. Os vocábulos e verbetes são ferramentas de linguagem que, sem vontade própria, podem

3 Ver "2.1. Gerações de direitos fundamentais", em *Curso de direito constitucional*, por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2021).

ser utilizados de forma vazia e acabam por gerar situações conflitantes e confusas para aqueles que se deparam com certos enunciados. É evidente que todos os seres humanos têm direitos inalienáveis. É indiscutível que todos têm direitos dos quais não podem ser separados. Qualquer que seja a releitura ou reescrita dessa ideia, cai-se em uma tautologia: se é evidente, por que precisa ser dita? E, mais ainda, se alguns direitos são inalienáveis, por que nem todos têm acesso a eles de forma igualitária? Não é um problema de semântica, gramática ou linguística – porque esses seriam de fácil resolução. Trata-se de uma distorção manipulada e operada pelos próprios indivíduos, todos sujeitos de direitos que, em uma das relações mais paradoxais e controversas que se possa conceber, transformam-se, também, em seus transgressores.

Por razões que parecem igualmente evidentes e intuitivas, a sociedade é dividida por gênero, cor de pele ou classe social há muitas gerações. As relações de vassalagem estabelecidas entre credores e devedores, entre vencedores e vencidos de guerra, entre proprietários de terras e aqueles que dela usufruíam em troca de submissão, servidão e lealdade, desde a Antiguidade (Châtelet; Duhamel; Pisier, 2009), demonstram a supremacia e o poderio de homens brancos de posse desde então. As chamadas “minorias” nunca representaram um número inferior de indivíduos – nunca foi sobre quantidade de pessoas, mas sobre participação, espaço e oportunidades. No topo da pirâmide social sempre esteve presente uma parcela mínima da população que controla e se apropria de todos que abaixo dela se encontram.

Maria Helena Pereira Toledo Machado, em seu artigo “Mulher, corpo e maternidade”, destaca que:

Nas pesquisas sobre a escravidão, ainda é comum notar que especialistas se referem aos escravos de forma geral, como se estes fossem isentos de gênero e sexo, e pudessem ser inseridos numa categoria única. Condições de vida, trabalho, saúde, relações sociais e comunitárias são frequentemente descritas como características de um modo de vida do escravo, sem que em nenhum momento se mencionem as diferenças de homens e mulheres. [...] Para as mulheres, ser esposa e ser mãe podia implicar desafios consideráveis, além dos riscos inerentes à gravidez, maternidade, lactação e criação de filhos/as sob o jugo da escravidão. Casamento e reprodução pressupunham cumprir uma dupla jornada de trabalho e submeter-se a uma dupla sujeição – ao senhor e ao marido (Machado, 2018, p. 353-354).

Ainda sobre o assunto, Gilberto Freyre, em *Casa-grande & senzala*, pontua que:

No Brasil, as relações entre os brancos e as raças de cor foram desde a primeira metade do século XVI condicionadas, de um lado, pelo sistema de produção econômica – a monocultura latifundiária; do outro, pela escassez de mulheres brancas, entre os conquistadores. [...] A escassez de mulheres brancas criou zonas de confraternização entre vencedores e vencidos, entre senhores e escravos. Sem deixarem de ser relações – as dos brancos com as mulheres de cor – de “superiores” com “inferiores” e, no maior número de casos, de senhores desabusados e sádicos com escravas passivas, adoçaram-se, entretanto, com a necessidade experimentada por muitos colonos de constituírem família dentro dessas circunstâncias e sobre essa base (Freyre, 2003).

Maria Helena Machado e Gilberto Freyre retratam claramente a dupla aflição das mulheres cativas mantidas como escravas em jornada dobrada, obrigadas a atenderem os desígnios de seus senhores, ou de seus maridos e senhores (que se apossavam, frequentemente, um ou outro, também íntima e sexualmente de seus corpos).

Sobre o processo de escravização e sua abolição, muito mais haveria o que dizer – desde a sua origem, o movimento parecia visar, pelo protagonismo dos agentes do gênero masculino e pelas pautas prioritariamente almejadas, à liberdade e aos direitos dos homens, como também se pôde observar, anos antes, na Independência dos Estados Unidos e nas revoluções europeias que a sucederam. Não por falta de relevância ou interesse no assunto, destaca-se apenas que se tem ciência da complexidade do tema e que não se faz nenhum julgamento a quaisquer dos agentes envolvidos, especialmente no processo de libertação e abolição escravista, porque, entende-se, não é o caso de colocar vítimas e explorados no banco dos réus, ainda mais quando o curso da história e o afastamento temporal naturalmente trazem clareza e diferentes possibilidades de ação. Destaca-se, novamente, no entanto, apenas o protagonismo masculino na ação e na omissão no curso dos acontecimentos abolicionistas.

O fim da legitimidade das práticas escravocratas também não se mostrou suficiente para assegurar condições igualitárias e equânimes de convivência e tratamento sociais. Aproximadamente 100 anos após a abolição da escravatura no Brasil, com o fim da ditadura militar, já em 1985, é que se pode considerar que a democracia passou, efetivamente, a ser construída no País. A instauração de uma nova Assembleia Nacional Constituinte (ANC), em 1987, não foi uma medida generosamente ofertada de graça à população brasileira por um Poder Público engajado no processo de (re)democratização – ao contrário, foi resultado do envolvimento e da participação de vários grupos de toda a sociedade.

Em decorrência do fim do regime de exceção, o cenário político nacional fora dividido em quatro frentes principais, que propunham, resumidamente: I - emendar tanto quanto necessário, por proposta do governo então em exercício, a Constituição vigente (sob a justificativa de que o processo de ruptura seria, assim, evitado e a transição democrática poderia ser menos impactante e mais tranquila e negociada); II - instaurar, como sugeria um grupo um pouco menos conservador, mas igualmente governista, uma assembleia constituinte eleita a partir dos parlamentares já em exercício; III - constituir, por meio de uma eleição específica, uma assembleia constituinte exclusiva, com a restrita atribuição de elaborar livre e soberanamente um novo texto constitucional, por sugestão de um grupo de parlamentares liderado por Ulysses Guimarães; ou IV - manter, a princípio, os preceitos constitucionais postos, até que se acalmassem os ânimos para então se estabelecer uma linha clara e pensada de ação.

Com a morte do recém-eleito presidente Tancredo Neves, o vice José Sarney assumiu o cargo de chefe do Executivo Federal e enviou ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional cujo objeto era a convocação de uma assembleia nacional constituinte composta por membros já popularmente eleitos e em efetivo exercício de

mandato no Parlamento. Em resposta, toda a sociedade, organizada em arenas e representada por membros dos mais diversos grupos, uniu-se para enviar ao Congresso propostas, solicitações e sugestões de dispositivos a comporem a nova CF. Foi a primeira vez que homens e mulheres participaram da elaboração de um texto constitucional brasileiro e o envolvimento feminino e feminista pôde ser percebido em dispositivos desde as primeiras linhas do novo documento:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] (Brasil, 1988).

Pode parecer uma autoevidente verdade (e que Thomas Jefferson nos perdoe a apropriação e o reiterado uso da expressão), mas, à época, a conquista de igualdade jurídica constitucionalmente expressa pelas mulheres – como cláusula pétrea ainda por cima, imaginem só! – representou um avanço imensurável. Desse dispositivo e de seu entendimento, derivam outras previsões constitucionais e infraconstitucionais marcadas, essencialmente, pela questão de gênero, além de assegurarem e permitirem a proposição de políticas públicas e estratégias de enfrentamento e superação de desigualdades entre o masculino e o feminino. Nenhuma das conquistas anteriores seria possível, no entanto, sem a participação intensa e a representação efetiva das mulheres na ANC de 1987-1988. Januária Teive de Oliveira, historiadora e pesquisadora do Arquivo Nacional, em seu texto “Lobby das meninas: a mulher na constituinte de 1987/1988”, narra que:

Para a elaboração de uma nova Carta Magna, indispensável ao processo de redemocratização do país, foram eleitos 559 parlamentares – desses, apenas 26 deputadas, menos de 5% do total. Apesar da grande desproporção, o total de mulheres eleitas para o Congresso e para Constituinte tornou-se fato inédito na história política do país. Até aquele momento, o número máximo de congressistas foi de oito deputadas federais em 1982. E quando tratamos da participação feminina na elaboração das cartas máximas do país, esse número é ainda menor, apenas a Assembleia Constituinte de 1934 contou com a atuação de mulheres: Carlota Pereira de Queiroz, eleita representante do estado de São Paulo, e Almerinda Farias da Gama, deputada “classista”, indicada pelo Sindicato dos Datilógrafos e Taquígrafos e pela Federação do Trabalho do Distrito Federal (Oliveira, 2020).

A participação recordista de mulheres no movimento que culminou na elaboração do novo texto constitucional se deveu, ainda de acordo com a autora, à mobilização e organização do movimento feminista que se estabeleceu em meados dos anos 70 do século XX, decorrência, sobretudo, da decretação pela ONU da Década Internacional da Mulher, de 1975 a 1985: “O Movimento Feminino pela Anistia e o retorno das primeiras exiladas pelo regime militar ao país também fortaleceu a mobilização das mulheres”, completa. Crescia o número de jornais e publicações voltadas para o público feminino, que lutava especialmente pela (re)democratização do País e pela ampliação da cidadania, defendendo uma real igualdade de direitos entre homens e mulheres. O

crescimento do movimento fez aumentar a representação feminista em partidos políticos, sindicatos e associações sociais.

Em 1985, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), órgão vinculado ao Ministério da Justiça cuja finalidade era "promover, em âmbito nacional, políticas que visem a eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do País"⁴. Com a criação do conselho, o movimento passou a contar com recursos não só humanos, mas também materiais e financeiros, o que possibilitou ampliar a divulgação de propostas e implementar programas que garantiram um estreito diálogo com o Poder Público.

Para assegurar a representatividade de brasileiras das mais diversas regiões do País, o CNDM percorreu o Brasil ouvindo os mais diferentes movimentos sociais feministas. Com a participação de mais de duas mil mulheres, entre elas advogadas e integrantes do conselho, foi elaborada, no Encontro Nacional Mulher e Constituinte, a Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes, sistematizando demandas colhidas por todo o território nacional. O documento, entregue ao presidente da ANC, deputado Ulysses Guimarães, em 26 de março de 1987, num ato solene no Congresso Nacional, em Brasília, preceituava:

Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em novembro de 1985, lançou a Campanha MULHER E CONSTITUINTE. Desde então, o CNDM percorreu o país, ouviu as mulheres brasileiras e ampliou os canais de comunicação entre o movimento social e os mecanismos de decisão política, buscando fontes de inspiração para a nova legalidade que se quer agora. Nessa campanha, uma certeza consolidou-se: CONSTITUINTE PRÁ VALER TEM QUE TER PALAVRA DE MULHER. Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. [...] Confiamos que os constituintes brasileiros, mulheres e homens, sobre os quais pesa a grande responsabilidade de refletir as aspirações de um povo sofrido e ansioso por melhores condições de vida, incorporem as propostas desta histórica campanha do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM, 1987).

À época, toda a articulação feminina na ANC foi apelidada pela imprensa e por demais parlamentares de "Lobby do Batom". Em uma clara tentativa de diminuir ou questionar a capacidade das representantes, a imprensa insistia em perguntar, quando as entrevistavam, sua marca de perfume, a cor de seu batom ou a grife de suas roupas, bolsas e sapatos. Aos parlamentares, representantes do gênero masculino, dirigiam as perguntas sérias e indagavam sobre o futuro político da nação. Apesar de a expressão ter sido, muito obviamente, pensada com o objetivo de menosprezar, ridicularizar e

4 Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985.

apequenar o trabalho das parlamentares, acabou sendo por elas abraçada e apropriada em favor de seus propósitos (o que só foi possível, importante destacar, porque se fizeram presentes e tomaram parte nos debates).

A despeito de toda a mobilização contrária, o movimento feminista foi imprescindível para a inclusão de dispositivos garantidores dos interesses das mulheres. Creditam-se o sucesso da participação feminina e o atingimento parcial de seus objetivos em sua contribuição para a elaboração do texto constitucional, em grande parte, à união e centralização de pontos de interesse comuns apesar da heterogeneidade da bancada ali representada.

Além do art. 5º aqui já mencionado, pode-se citar o art. 7º, XXX⁵, da Constituição Federal de 1988, que proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil como claro avanço dos direitos femininos. Tem-se, também, a previsão de dispositivos reparadores de desequilíbrios sociais e estruturais, como, por exemplo, a previsão de 35 anos de contribuição para os homens e de 30 anos para as mulheres para fins de aposentadoria, na compreensão de que a jornada da mulher, especialmente quando casada ou mãe, é dupla (quando não tripla ou quádrupla).

Argumenta-se, até hoje, que este último dispositivo, em especial, representaria uma forma de discriminação invertida ou às avessas, dispensando um tratamento diferenciado e benéfico às mulheres. Ana Cristina Teixeira Barreto, defensora pública do Núcleo de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, da Defensoria Pública do Estado do Ceará, esclarece, em contra-argumentação, que:

O tratamento igualitário entre homens e mulheres [...] pressupõe que o sexo não possa ser utilizado como discriminação com o propósito de desnivelar substancialmente homens e mulheres, mas pode e deve ser utilizado com a finalidade de atenuar os desníveis social, político, econômico, cultural e jurídico existentes entre eles (Barreto, 2010).

É função de um Estado, para que seja efetivamente reconhecido como Democrático de Direito, promover o combate às desigualdades, desenvolvendo políticas que atentem para as especificidades de diferentes grupos sociais. A luta pela igualdade de gênero não ignora a existência de características distintivas entre homens e mulheres, mas essas particularidades devem ser levadas em consideração a fim de garantir que, independentemente do gênero, todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades para se desenvolver (Oliveira, 2020).

Apesar de se tratar, inquestionavelmente, de um grande avanço, especialmente nos campos político e jurídico, muito ainda precisa ser alcançado além das disposições constitucionais já estabelecidas para que mulheres não sejam mais destratadas ou consideradas seres inferiores. José Murilo de Carvalho, em seu livro *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, esclarece que:

5 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil [...].

No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã. Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seria garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social. De liberdade, ele foi. A manifestação do pensamento é livre, a ação política e sindical é livre. De participação também. O direito do voto nunca foi tão difundido. Mas as coisas não caminharam tão bem em outras áreas. Pelo contrário. Passados 36 anos desde o fim da ditadura, problemas centrais de nossa sociedade, como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas ou continuam sem solução, ou se agravam, ou, quando melhoram, é em ritmo muito lento. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos (Carvalho, 2004, p. 7-8).

Em todos os exemplos citados pelo autor, as mulheres estão em maior número, mas também em desvantagem absoluta. Representam a maior parte dos desempregados, analfabetos e da população em situação de rua. Ganham menos, ocupam menos cargos em postos elevados em empresas e, apesar de terem mais qualificação educacional, não são consideradas para as melhores posições⁶. Isso porque não basta que as previsões constitucionais estejam presentes no texto para se efetivarem. A supremacia constitucional não garante sua imediata aplicabilidade⁷. Normas infraconstitucionais e infralegais precisam ser editadas para o efetivo cumprimento dos dispositivos por meio da implementação de políticas públicas inclusivas e ações compensatórias, corretivas e reparatórias.

Já em 1986, quando primeiramente se organizou para fazer aumentar o número de cadeiras participantes e ocupantes de cargos no Legislativo nacional, o CNDM apresentava claros sinais de que percebia, para o efetivo e pleno gozo do recém-restaurado regime democrático, a importância de se ter muito mais do que a mera previsão ou menção a necessidades das mulheres. A chamada "política de ideias" (que reúne, ao menos em tese, interesses das mais diversas ordens e busca incluir a maior quantidade possível de grupos sociais) representa um avanço, e é desejável (e necessária) a sua manutenção, mas está longe de ser o suficiente porque, em termos práticos, é imprescindível que se tenha espaço para que grupos vulneráveis possam, aberta e pessoalmente, expor as suas demandas e defender seus próprios interesses (Phillips, 2001).

A forma e o entendimento clássicos de democracia podem fazer acreditar que, para o efetivo cumprimento da representatividade, seria suficiente fazer constar, no texto

6 Ver "Síntese de Indicadores Sociais", disponibilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em: <https://tinyurl.com/3e58wk7x>.

7 Ver "Capítulo 1 – Noções Introdutórias; I. O valor da Constituição – Perspectiva Histórica" e "II. Conceito de Constituição", em *Curso de direito constitucional*, por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2021).

constitucional, previsões normativas de regulamentações ou de políticas públicas direcionadas a grupos de vulneráveis ou populações específicas, sem necessariamente incluir no debate representantes daquelas comunidades. Não nos parece razoável, no entanto, supor que uma ideia seja capaz de substituir uma presença e, por isso, uma nova compreensão sobre o que é e como se pode exercitar a democracia se faz urgente e necessária.

1.2 APLICAÇÃO E EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS

Ainda sobre a aplicabilidade das normas, também importa a análise de sua eficácia social. Diversas são as definições possíveis de justiça, e polêmica é a discussão sobre o real papel do Direito em uma sociedade, e se a ele caberia, como fim último, buscar acalantar anseios sociais ou, até mesmo, se seriam, em um ordenamento jurídico perfeito, considerados sinônimos os vocábulos “justiça” e “direito”. Incontáveis alterações foram implementadas na forma de se fazer e aplicar as leis tendo como justificativa o alcance do que seria justo, sem que, necessariamente, fosse levada em consideração a eficácia social dos novos regramentos e a sua relevância para jurisdicionadas e jurisdicionados.

A validade das leis, mais técnica e paradigmaticamente, pode ser aferida pela compatibilidade e concordância de suas normas, consideradas entre si e com base em seus preceitos constitucionais. Já sua eficácia, segundo o entendimento sociológico, está relacionada à sua efetiva aplicabilidade e aderência sociais, devendo-se, no caso concreto, aferir se uma regra é cumprida ou ignorada, e por quê⁸.

Caberia, então, o questionamento da eficácia (ou, até mesmo, da validade, a depender da definição que se adote do que é o Direito) de normas que, mesmo quando não tenham sua legalidade questionada, deixam de ser aplicadas pela falta de coerência e adequação com a realidade e a necessidade sociais. A falta de progresso pela desatualização legislativa não significa apenas a perda de tempo e energia pela ineficácia das leis (esses seriam recuperados sem tão expressivos danos); significa, sim, nos entendimentos contemporâneos de constituição, democracia e Direitos Humanos, que há ainda pessoas vivendo sem autonomia e sem acesso a condições básicas de subsistência, afastadas do pleno exercício e gozo de sua dignidade, e cujas vidas dependem da ação e interferência coletiva de toda a sociedade.

Se os Direitos Humanos não são, como modernamente apresentados, um dado, mas um construído, por óbvio compreende-se que suas transgressões também o são (Flores, 2009). Diferentemente do contexto, em 1948, de construção e publicação da DUDH, em que se buscava prioritariamente prescrever, em um só documento, um compilado de direitos mínimos a serem considerados ponto de partida para a descolonização de países submetidos ao domínio imperialista de suas metrópoles e – por que não? – para a adequação a uma nova ordem hegemônica em processo de

8 Ver a *Teoria tridimensional do direito*, por Miguel Reale (2010).

instauração após duas guerras mundiais, faz-se necessário que uma nova perspectiva crítica transfira a grupos e povos há muito apequenados e diminuídos, por meio de práticas emancipatórias, a possibilidade de expressarem, diretamente, não apenas direitos mas também necessidades.

Não se mostram eficazes enunciados formais e legalistas de igualdade quando claramente percebe-se "a mulher ainda numa posição social inferior à do homem no âmbito trabalhista e no acesso às decisões institucionais" (Flores, 2009, p. 21). De nada significa a construção do entendimento de Direitos Humanos a partir de uma essência, origem ou qualidades intrínsecas e supostamente comuns a toda a humanidade quando em muito pouco ou quase nada se pôde efetivamente alterar a relação entre dominantes e dominados a partir desse entendimento. Para Joaquín Herrera Flores (2009, p. 21), ao falar da (re)invenção dos Direitos Humanos, "é urgente mudar de perspectiva". Acrescenta, ainda, que:

Os conceitos e as definições tradicionais já não nos servem. [...] falar de direitos humanos é falar da "abertura de processos de luta pela dignidade humana". [...] Isso exige, em primeiro lugar, não cair na "armadilha dos direitos". [...] Falamos de direitos e parece que tal reconhecimento jurídico já solucionou todo o problema que envolve as situações de desigualdade ou de injustiça que as normas devem regular. Somente devemos nos preocupar com as garantias judiciais dos direitos, desprezando absolutamente que, atrás de todo edifício jurídico, se escondem sistemas de valores e processos de divisão do fazer humano que privilegiam uns grupos e subordinam outros. Se, contudo, em lugar dos direitos, partirmos da assunção de compromissos e deveres que surgem das lutas pela dignidade, os conflitos e as práticas sociais sempre estarão presentes em nossa análise, pois é a partir de nossa inserção em tais conflitos que vamos assumir compromissos e deveres com os demais, como o objetivo de conseguir um acesso igualitário aos bens necessários para uma vida digna (Flores, 2009, p. 21).

Imprescindível, então, permitir que os Direitos Humanos, sob nova perspectiva, sejam compreendidos como processos de "abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana" (Flores, 2009, p. 13). A universalidade material dos Direitos Humanos, já é sabido, não é possível de ser alcançada por vias estritamente jurídicas e ficcionais.

É responsável, em grande parte, pela ineficácia de algumas das normas previstas na DUDH a dissonância entre as necessidades, vontades e desejos de povos não contemplados no processo de elaboração de enunciados abstratos que ignoram e parecem querer adequar os contextos sociais à sua prescrição idealista de direitos como metas hegemonicamente alcançáveis. O fortalecimento e a ampliação da participação de indivíduos, grupos e organizações de contextos sociais, econômicos e culturais plurais e diversificados promovem a abertura que se faz necessária para a escuta, o diálogo e a presença (e, portanto, efetiva representação) capazes de delinear ações e programas que permitam o acesso a condições significativas e aplicáveis a cada realidade concreta, na expectativa de garantir o acesso a bens materiais e imateriais que tornem, a partir do entendimento e do modo de existir de cada povo, a vida digna de ser vivida.

Em uma tentativa de “deslegalizar” os Direitos Humanos, a filósofa francesa Simone Weil, em seu livro *O enraizamento*, apresenta e discorre sobre razões que acredita estarem intimamente ligadas à dificuldade de efetivação e cumprimento dos preceitos mais elementares descritos na DUDH. Sugere, alternativamente ao uso do vocábulo “direitos”, a sua troca por “necessidades” humanas.

Pode parecer uma simples operação lexical, sem grandes impactos ou relevância prática, mas o caráter prescritivo, legalista, normativo e regulador atrelado à expressão como adotada em 1948 parece afastar de indivíduos a possibilidade de participação ativa na sua concretização – especialmente pela falsa impressão de tangibilidade e atingimento pleno, reforçada pelo sentimento de que “se é lei, o Estado que faça cumprir”.

Sugere-se, alternativamente, ampliar a compreensão contemporânea de Direitos Humanos, sem obrigatoriamente proceder a mais uma alteração formal, para que se incluam, como forma de sua materialização eficaz e eficiente, as necessidades específicas de todas e todos os detentores de direitos, individual e coletivamente considerados, passando a reconhecer que as previsões da DUDH não são (e nem pretendem ser) dispositivos a serem categorizados e implementados uniforme e genericamente, retirando de cada uma e um a possibilidade de agregar a um mínimo existencial a ser protegido a sua própria compreensão do que é ser humano. No mesmo sentido, Joaquín Herrera Flores arremata:

A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela democracia e pela justiça. Não estamos diante de privilégios, meras declarações de boas intenções ou postulados metafísicos que exponham uma definição da natureza humana isolada das situações vitais. Pelo contrário, os direitos humanos constituem a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado (Flores, 2009, p. 19).

A necessidade de que a pluralidade dos povos passe a ser considerada sob a ótica de inúmeras perspectivas ecoa na história, nas vozes de todas e todos que tiveram silenciadas as suas trajetórias e vontades para que o curso do progresso fosse estabelecido pelos “vencedores”.

Não é suficiente – porque não contempla a diversidade e complexidade da natureza humana – a divisão binária e dual excludente de gêneros, raças e classes. O papel e a influência das artes e da mídia na construção desse olhar reproduzem e reforçam a dicotomia das relações para a manutenção dos papéis de vencedores e vencidos, heróis e vilões, mocinhos e bandidos, e podem ser claramente percebidos na resposta social às expectativas criadas sobre comportamentos dos mais diversos grupos de pessoas.

Em especial, destaca-se a drástica (e mais do que necessária) mudança na representação das mulheres em filmes dos Estúdios Disney ao longo dos anos, e como (se de alguma forma) moldaram a percepção social, particularmente, de meninas e mulheres sobre si e umas sobre as outras.

1.3 A RECONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO FEMININO E O ENCANTO DAS MULHERES DA FAMÍLIA MADRIGAL

Uma das mais recentes produções dos Estúdios Disney, dando continuidade a uma nova tradição iniciada, alguns anos atrás, timidamente, com *Lilo & Stitch* (2002), seguido de *A princesa e o sapo* (2009), *Moana* (2016), *Viva – A vida é uma festa* (2017) e *Raya e o último dragão* (2021), *Encanto* apresenta uma abordagem menos limitante do protagonismo da mulher na escrita e direção da própria história. O enredo, as personagens e as músicas⁹ dizem, de forma simbólica e metafórica (portanto, menos diretamente do que o texto de Thomas Jefferson) verdades sobre uma condição autoevidente: o papel do feminino na história precisa, urgentemente, ser reescrito para garantir o exercício de direitos inalienáveis, mas há muito retirados de filhas, mulheres e mães – a liberdade, a autonomia, o tratamento isonômico e o amplo acesso a espaços e oportunidades que lhes cabem são sutil e diariamente tolhidos por microações e agressões tidas como normais e esperadas.

Em breves palavras, sem a expectativa de exaurir os detalhes do complexo enredo, *Encanto* pode ser resumido como a história de um casal, Alma e Pedro Madrigal, que foge, com seus trigêmeos recém-nascidos e alguns sobreviventes de sua cidade, dos conflitos armados da Guerra dos Mil Dias, passada na Colômbia entre 1899 e 1902. O pai, ao perceber que quase todas e todos que os acompanhavam haviam sido executados por soldados conservadores, tenta ganhar tempo para a fuga de sua esposa e filhos, mas acaba sendo morto pelo exército nacional. De toda a dor e desespero claramente retratados nas feições que se transmutam na face de Alma, à frente da mãe com os trigêmeos no colo, como que por encanto, a partir de uma vela cuja chama queima iluminando toda a paisagem circunscrita, surgem uma casa, uma estrada de pedra e diversas construções e edificações, inclusive montanhas, montes e relevos elevados e de difícil transposição.

A família constrói ali a sua vida; a cada um dos três filhos de Alma – Julieta, Pepa e Bruno – é concedido um poder, e a vizinhança é ocupada por moradores que confiam e acreditam na força da chama da vela que foi capaz de lhes dar um novo lugar para morar e alguma esperança.

Julieta e Pepa se casam e têm filhos que também recebem poderes, com exceção de Mirabel, uma das três filhas de Julieta. Com o passar dos anos, a chama da vela vai-se enfraquecendo, até que se apaga, a casa rui e a família é obrigada a reconstruir, das ruínas e escombros, um novo lar.

Há um famoso ditado africano que diz que “é necessário uma vila para se criar uma criança”. Mas, em verdade, praticamente tudo de que uma criança precisa é esperado que venha de sua mãe. A partir desse entendimento (e expectativa social), a conexão que se faz com o recente filme da Disney, a visão que se tem das mulheres da família Madrigal, seu milagre, ruína e reconstrução é a de que, como representação do alicerce

9 Ver a trilha sonora original em português, disponível em: <https://tinyurl.com/mtn8zbc3>.

legal de uma sociedade, as bases da *casita*, construídas em um contexto de medo e desespero, apoiadas no controle e repressão da *Abuela*, inevitavelmente ruem ao não mais serem significativas e eficazes para seus habitantes. Como a estrutura da casa, leis que não mais conseguem sustentar seus jurisdicionados perdem sua razão de ser e, como encanto, desmancham-se paulatinamente.

As metáforas e comparações que podem ser apreendidas do filme não se restringem às bases legais de uma sociedade e sua aplicação e eficácia. As habilidades e “poderes” conferidos a cada um dos descendentes de Alma (que é primeiramente apresentada ao público como *Abuela*, reduzindo a pessoa ao papel que exerce em sua família) representam visões e expectativas sociais tradicionalmente atribuídas a homens e mulheres.

Julieta tem o “dom” de curar qualquer enfermidade com sua comida, Pepa altera o tempo com suas emoções e Bruno pode prever o futuro. Julieta casou-se com Agustín e, juntos, tiveram três filhas: Luísa é a mais velha, o membro mais alto da sua família, e a ela foi concedido o poder da superforça; Isabela, a do meio, é considerada a filha perfeita por sua graça e beleza e recebeu a graça de poder fazer flores desabrocharem em qualquer lugar; e Mirabel, a caçula, não recebeu nenhuma habilidade especial da vela, a princípio, sem justificativa aparente.

Pepa, casada com Félix, é mãe de Dolores, sua primogênita, que tem superaudição e consegue ouvir até um alfinete cair a quilômetros de distância; Camilo, o filho do meio, consegue assumir a aparência de qualquer outra pessoa; e Antonio, o neto caçula, pode conversar com os animais.

Bruno é o único dos filhos de Alma que não tem um relacionamento e é apresentado, inicialmente, como o vilão da história, que, depois de sua última visão, abandonou a mãe, as irmãs, os cunhados, as sobrinhas e os sobrinhos porque, supostamente, não se importava com sua família – por esse motivo é que a todo momento se repete nas conversas familiares a máxima de que “não falamos do Bruno”.

As habilidades dadas pelo milagre da *casita* às mulheres da família Madrigal são todas elas, na verdade, ao nosso ver, maldições. Aquela que tudo pode curar com sua comida vai passar a vida cozinhando no fogão. Aquela cujo humor é capaz de mudar o tempo vai passar a vida sendo repreendida por aquilo que sente ou deixa de sentir. Aquela que tem superforça vai precisar aturar todo o peso do mundo em suas costas, redirecionar o curso dos rios, carregar sem reclamar ou descansar vários pianos por dia. Aquela que é tida como a mais bela e perfeita não pode errar ou se permitir experimentar diferentes formas de ser. E aquela que tudo escuta precisa estar sempre atenta e ter todas as informações quando questionada.

Todos os “dons” das filhas e netas de Alma são comportamentos esperados de mulheres e mães. A comida precisa ser boa. O beijo da mamãe tudo pode curar. Os hormônios, a falta de controle emocional, o choro descontrolado e as alterações de humor são problemas que fazem com que mulheres sejam consideradas menos aptas para cargos de chefia, porque se espera certa estabilidade de quem exerce esses ofícios. A todo tempo suas emoções e

sentimentos são silenciados e devem ser experienciados em privado, em silêncio e, de preferência, muito brevemente. Ser forte não só é desejável como necessário. Ser bela e almejar a perfeição também. Ter informações sobre a casa, o marido, os filhos e sua escola e seus amigos e seus deveres de casa e seu histórico médico e seus sonhos e suas vontades e suas preferências e tudo mais que se relacione a eles é obrigatório. Nenhum dos poderes das mulheres Madrigal beneficia ou facilita suas vidas de alguma forma – todos eles são benéficos para a manutenção da harmonia familiar e exigem esforços hercúleos de suas detentoras.

Os poderes dados aos homens, por outro lado, em muito facilitam suas próprias vidas. Antonio pode conversar com os animais e com eles consegue se fazer presente em vários lugares ao mesmo tempo; facilmente tem acesso a transporte, ajuda e companhia, e consegue delegar aos bichanos algumas tarefas que não quer ou não pode fazer. Camilo pode assumir diferentes aparências e transforma-se, a qualquer momento, em quem quiser. As duas habilidades são muito similares àquelas do masculino em nossa sociedade. Aos homens é dado o direito de escolher com quem, onde e como querem ser ou estar. Suas profissões são normalmente prioridade na família e eles podem alcançar o que desejarem. A paternidade não é obstáculo para sua ascensão profissional. O casamento não os impede de praticar esportes, passar horas extras no trabalho ou sair para tomar uma cerveja com os amigos sem maiores preocupações ou perturbações.

Tem menos controle sobre a própria vida o filho de Alma, Bruno. Seu dom de prever o futuro, quando os eventos narrados desagradam os seus protagonistas, faz questionarem se, na verdade, ele não seria capaz de conjurar, prescrever ou determinar os acontecimentos que afirma que virão a seguir. Com medo de ser ele mesmo o causador de discórdia e confusão na família, sendo pressionado por sua mãe e vizinhos, que não gostam de algumas previsões feitas por ele, Bruno se tranca numa parede da casa, semelhante a um armário, para tentar evitar que suas visões cheguem a se concretizar. Pode-se atribuir o tratamento dispensado a Bruno, supostamente, à sua sexualidade, metaforizada por sua reclusão e autoexílio nas paredes da casa, longe dos olhos, do pensamento e da preocupação da família que institui e constantemente reitera a regra de nunca falar sobre o Bruno.

Mirabel é a única das mulheres da família Madrigal que não recebe dons mágicos do milagre de Alma. Mas é a mais poderosa de todos os membros de sua família. Sozinha e sem superpoderes, tira Bruno do armário e o leva de volta à convivência familiar; faz Luísa perceber que não precisa ser forte o tempo todo; ajuda Isabela a se permitir ser quem quiser ser, sem apego à perfeição ou manutenção das aparências; mostra à avó que o verdadeiro milagre é terem sobrevivido, estarem juntos e terem amigos, e os poderes da família não devem ser mais importantes do que as vontades, necessidades e a felicidade dos seus membros. Mais importante do que qualquer outra conquista é a mudança na percepção sobre ela mesma, sobre o seu papel na sua família e sobre o seu próprio valor. Sendo a única Madrigal a não ter recebido nenhum superpoder, Mirabel cresceu achando que precisava compensar, de alguma forma, a sua falta de habilidade para não decepcionar seus parentes e sua *Abuela*, que, de mãe e esposa amorosa, tornou-se, pelas circunstâncias da vida, uma mulher autoritária e impossível de agradar.

De novo, não se busca julgar o comportamento da avó. Pelo contrário, entende-se que, em situação parecida, muitas de nós (talvez a maioria) agisse da mesma forma. Tendo sido expulsa de sua vila com três bebês e toda a sua comunidade e, após a morte de seu marido, dando vida e significado ao ditado africano, a avó construiu, sozinha, por um milagre, uma casa, uma ruela, uma rua, uma vila para garantir a sua segurança e a de seus filhos.

Na falta de uma vila, mulheres são capazes de se tornarem um país inteiro para cuidarem de suas crianças. O custo dessa força não normalmente é pago em pecúnia e é cobrado por gerações. Na família Madrigal, às duas filhas da *Abuela*, Pepa e Julieta, e ao filho Bruno, até certo ponto, ainda a cobrança e a expectativa de manutenção dos alicerces jurídicos que mantinham aquela sociedade foram suficientes para sustentar a eficácia das suas normas. Seus filhos e filhas, apesar de tentarem, já não tiveram o mesmo adestramento e submissão para que continuassem intactas as bases que mantinham aquela família tão apegada a tradições e aparências. A desobediência civil de Mirabel, na mais thoreauiana¹⁰ das fórmulas, pelo seu empoderamento e valorização do indivíduo, fez transparecer a necessidade de mudança e deu voz, a princípio acanhadamente, às vontades e aos desejos das mulheres de sua família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mirabel Madrigal, por mais que não se tenha a ilusão ou a esperança de que o posicionamento das produções Disney esteja mudando pelo reconhecimento da necessidade de valorização e empoderamento do feminino, é a personificação de várias personagens femininas relevantes para a construção de nossa história e legado sociais, todas somadas, potencializadas. É o medo, o silêncio e a submissão da mulher ática; é a voz das mulheres escravas; é o grito abafado das poucas representantes da ANC de 1987; é a esperança de que se tenha, em definitivo, a superação do retrato da mulher perfeita, submissa, princesa recatada. Pode soar exagerada ou desproporcional a relevância creditada a uma única personagem, mas, àquelas que esperam por uma vida a possibilidade de se perceberem representadas em uma produção dos estúdios Disney, o sentimento é mesmo uma explosão.

Por serem reiteradas práticas milenares, todas as discriminações, segregações, exclusões, intolerâncias, desigualdades e injustiças são um construído histórico comportamental humano a ser urgentemente desconstruído. Nas palavras de Flores:

Há que se assumir o risco de romper com a cultura da "naturalização" da desigualdade e da exclusão social, que, enquanto construídos históricos, não compõem de forma inexorável o destino da humanidade. Há que se enfrentar essas amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade de seres humanos (Flores, 2009, p. 15).

Se cumprida à risca, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde que permitida a sua abertura interpretativa para a construção conjunta de formas práticas e realistas de aplicação, seria suficiente para garantir igualdade, respeito e acesso a direitos

¹⁰ Ver *A desobediência civil*, por Henry David Thoreau (1849).

fundamentais a todas e todos. Se levada a cabo sem seletividade, mas com respeito, empatia e reconhecimento do lugar do outro, a própria construção dos direitos seria capaz de assegurar menos desigualdades.

Não se busca negar a evolução nas formas de pensar, compreender, conceituar e aplicar os "direitos dos homens". A expressão, por si, porém, já denota a supremacia e (pretensa) superioridade do masculino desde sempre – é o que a língua diz sem falar. O amadurecimento dos ideais de igualdade e equivalência de direitos e papel social é perceptível e não pode ser negado ou menosprezado. No entanto, os direitos universais "dos homens" seriam mais rápida e facilmente atingidos se, ao invés de buscar a manutenção de práticas e entendimentos arcaicos e ultrapassados, com normas antigas e ambíguas, houvesse um esforço coletivo e generalizado para a aplicação daquilo que, de tão óbvio, deveria ser autoevidente: que todas as mulheres, todos os homens, todas e todos precisam, urgentemente, ser tratados como iguais – em sua humanidade e na particularidade das suas diferenças, que compõem um todo harmonioso que nos une justamente porque nos torna complementares.

No estado de desenvolvimento global já atingido, não cabe não olhar para o lado; não é aceitável escusar-se de agir alegando falta de conhecimento, capacidade ou meios. Toda sociedade, em trabalho cooperativo e conjunto, precisa agir para que direitos fundamentais sejam cumpridos desde a sua concepção mais elementar – aquela que prevê, ao menos, dignidade, condições de subsistência, liberdade e respeito à vida – até o seu alcance máximo, que é constantemente ressignificado pelas expectativas e criações do mundo moderno, mas que deve ser – por mais utópico que se pareça – a garantia de que toda pessoa humana, na esfera particular e enquanto constituinte e representante de um povo, terá acesso às mesmas oportunidades, condições, sistema de saúde, estruturas físicas e suporte do governo independentemente da sua nacionalidade, cor, tamanho, orientação sexual e religiosa, e, mais urgentemente, sem discriminação de gênero.

A luta feminista pela conquista do espaço da mulher está longe de acabar. Enquanto houver uma só de nós que seja oprimida e reprimida e tenha silenciadas as suas necessidades e vontades, não será possível considerar que os Direitos Humanos alcançaram a eficácia pretendida.

REFERÊNCIAS

ALVES-JESUS, S. M. O papel das mulheres em A República de Platão (livro V): utopia no feminino ou tópicos para uma reflexão propedêutica sobre Direitos Humanos. **Brotéria**, Lisboa, v. 180, n. 3, p. 237-250, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/3skkvfn3>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BARRETO, Ana Cristina T. Igualdade entre os sexos: Carta de 1988 é um marco contra discriminação. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 5 nov. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/yentfxb2>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <https://tinyurl.com/23crbcxw>. Acesso em: 10 jun. 2022.

CARVALHO, José M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. 236 p.

CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O.; PISIER, Ê. **História das ideias políticas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. 375 p.

CNDM – CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. **Carta das mulheres brasileiras aos constituintes**. Brasília: CNDM, 1987. Disponível em: <https://tinyurl.com/4hk8v6ws>. Acesso em: 20 jun. 2022.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, [s. l.], 1º maio 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/uc8h4kgk>. Acesso em: 20 jun. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. 1st ed. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. 506 p.

ENCANTO. Direção: Byron Howard; Jared Bush. Burbank: Walt Disney Animation Studios, 2021. 1 vídeo (109 min). Disponível em mídias digitais e na plataforma de streaming Disney+.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Declaration of Independence, de 4 de julho de 1776**. Disponível em: <https://tinyurl.com/3w6tnfs6>. Acesso em: 10 jun. 2022.

FLORES, J. H. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. 227 p.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal**. 48. ed. São Paulo: Global, 2003. 750 p. *E-book*.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Schwarcz, 2009. 285 p.

MACHADO, Maria Helena P. T. Mulher, corpo e maternidade. In: SCHWARCZ, Lilia; GOMES, Flávio (org.). **Dicionário da escravidão e da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 334-342.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 1720 p.

OLIVEIRA, J. T. de. Lobby das meninas: a mulher na constituinte de 1987/88. **Portal Estudos do Brasil Republicano – Que República é essa?**, [s. l.], 19 mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytey3a3u>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://tinyurl.com/vr3wj4xs>. Acesso em: 17 jun. 2022.

PANSIERI, F.; SAMPAR, R. Direito e filosofia política em Platão e Aristóteles. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 1160-1181, jul./dez. 2016.

PHILLIPS, Anne. De uma política de ideias a uma política de presença. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 9, n. 1, p. 268-290, 2001.

PINHEIRO, D. A. R. O constitucionalismo espectral: presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy. **Revista Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 3, p. 199-224, 2019.

QUEIROZ, M.; SCOTTI, G. Direitos fundamentais como abertura para o passado: diálogos entre Ronald Dworkin e a teoria pós-colonial. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 3, p. 217-240, set./dez. 2021.

RAMOS, A. C. **Teoria dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016. 246 p.

RAMOS, F. C.; MELO, R.; FRATESCHI, Y. (coord.). **Manual de filosofia política**. São Paulo: Saraiva, 2013. 545 p.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010. 161 p.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

THOREAU, H. D. **A desobediência civil**. Concord: [s. n.], 1849. Disponível em: <https://tinyurl.com/58hecjw7>. Acesso em: 20 jun. 2022.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Veneza: Âyiné, 2022. 352 p.

Fernanda Rocha Lobato Miguel

<http://lattes.cnpq.br/3541574887236102>

Especialista em Processo Legislativo (2015). Graduada em Letras – Inglês (2009) e Pedagogia (2020). Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Linguística Aplicada, Neurolinguística e Análise do Discurso. Servidora do Ministério Público da União desde 2015, atualmente lotada no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: GUARDIÃO DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS

RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY: GUARDIAN OF CONSTITUTIONAL PROMISES

Recebido em 24.6.2023 • Aprovado em 13.9.2023



João Gaspar Rodrigues

RESUMO

Este ensaio busca demonstrar que grande parte das promessas constitucionais ainda não foram devidamente concretizadas no plano existencial das pessoas e da sociedade, evidenciando a persistente lacuna entre essas promessas e sua efetiva materialização. Também é tecida uma análise sobre a grande missão constitucional atribuída ao Ministério Público como guardião dessas promessas ou ideais democráticos, na qualidade de defensor do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. E por fim, adotando uma metodologia revisionista, aponta-se a doutrina da resolutividade e suas múltiplas ferramentas jurídico-sociais como uma estratégia adequada para cumprir a referida missão, bem como, paralelamente, alguns desafios que precisam ser superados institucionalmente.

Palavras-chave: Promessas constitucionais. Guardiania. Resolutividade. Ministério Público. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This essay seeks to demonstrate that a significant portion of constitutional promises has yet to be adequately realized in the existential realm of individuals and society, underscoring the persistent gap between these promises and their effective materialization. An analysis is also woven regarding the significant constitutional mission assigned to the Public Prosecutor's Office as the guardian of these promises or democratic ideals, in its capacity as a defender of the democratic regime, the legal order and non-waivable social and individual rights. Lastly, by adopting a revisionist methodology, the doctrine of resoluteness and its multiple legal-social tools are pointed out as an appropriate strategy to fulfill the aforementioned mission, as well as some challenges that need to be institutionally overcome in parallel.

Keywords: Constitutional promises. Guardianship. Resolutivity. Public Ministry. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A norma constitucional nasce sob o signo de considerável inacabamento: se seu equipamento técnico-normativo é completo, se particularmente sua supremacia sobre as demais normas é indiscutível, por outro lado, sua concretização no mundo fenomênico sempre é muito atrasada ou revela importante dependência de mecanismos extra-constitucionais (política, leis e instituições guardiães).

Toda norma constitucional é um começo (um “plano abstrato de um edifício”), só dá os primeiros passos na organização¹; a norma imbuída dessa natureza especial deve, sobre as possibilidades de seu comando original, estabelecer e projetar as linhas gerais em cima das quais a sociedade irá desenvolver-se. Mas o mapa não é o território, ou seja, o programa constitucional não esgota a realidade social nem a representa em seu dinamismo intrínseco.

Apresentam, portanto, as normas constitucionais, um programa de desenvolvimento social e político, mas nunca um programa completo. Boa parte do programa depende da atuação posterior de atores executores (política: Executivo, Legislativo, partidos políticos) ou de instituições guardiães – ou de controle (Judiciário, Ministério Público) –, encarregados de atualizar as possibilidades e os significados normativos, e de torná-los compatíveis com as expectativas sociais presentes.

Os mecanismos político-jurídicos não têm revelado grande efetividade nessa tarefa. Isso, em parte, porque a narrativa jurídica não oferece respostas prontas para problemas marcadamente sociais (principalmente os *hard cases*, rodeados por grande repercussão social). A ciência jurídica, com sua narrativa colonizadora sobre outros saberes, a partir de um alegado e propagado “sistema hermético, livre de influências exógenas, autopoietico e autônomo” (Rezende, 2016, p. 120-121), ainda é pensada com base em abstrações² e permeada por uma escolástica temporã, revelando-se incapaz de compreender e de regular adequadamente a hipercomplexidade da sociedade atual.

Posta a questão dessa maneira, o propósito deste ensaio, a partir de uma metodologia revisionista, é demonstrar que boa parte da guardiania dos direitos fundamentais e de outras promessas constitucionais ainda não concretizadas tem um *locus* privilegiado no sistema jurídico: o Ministério Público. E, dentre os meios empregados para fazer frente a esse elevado encargo, destaca-se a doutrina da resolutividade, que paulatinamente se consolida na instituição, incutindo conceitos de planejamento e de procedimento ordenado a atingir resultados úteis, prudentes e relevantes.

1 Como diz Woodrow Wilson (*apud* Padover, 1964, p. 55-56), a Constituição “em si própria não é um sistema completo; [...] é pedra angular, não é construção completa”. Para Thomas Paine (2005, p. 57), “uma Constituição não é apenas algo nominal, porém é algo no domínio dos fatos. Não encerra uma idéia, mas uma existência real e onde não pode ser produzida sob uma forma visível, não há nenhuma Constituição. A Constituição é algo *antecedente* a um governo e o governo é tão-só a criatura de uma Constituição”.

2 “A ciência jurídica é governada por ‘conceitos’ e modos de raciocínio que lhe vêm de outro lado, de um sítio que é suposto ser o centro de todo o pensamento: a abstração metafísica” (Miaille, 1994, p. 40). Também Rodrigues (2022a, p. 104): “O uso intolerante, livre (sem conexões reais), autocentrado e abusivo de abstrações é um dos maiores vícios da atual dogmática jurídica”.

1 DEFICIT DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DE ESTRATÉGIAS RESOLUTIVAS POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Uma base notória da democracia é composta de promessas³, ou se quiser conferir uma densidade mais filosófica e menos política, de ideais. Uma parcela importante da substância de cada cidadão inserido em ambiência democrática consiste em vantagens prometidas no texto fundamental (empacotadas em acordos e composições), que, por sua vez, alimentam exigências para que essas promessas ou ideais sejam concretizados. Tais exigências não são formuladas contra todos ou aleatoriamente, mas em face de determinadas instituições democráticas encarregadas, pelo mesmo texto fundamental, de honrá-las no dia a dia. O destinatário dessas promessas passa a exigir que elas – agora travestidas em direitos – lhe sejam asseguradas; que as expectativas sejam satisfeitas.

Existe um consenso emergente de que jaz nessas instituições guardiães a força progressiva da supremacia constitucional e a garantia de sua concretude. Nenhuma norma constitucional vale por si, mas pela qualidade e força de seus aplicadores, levando, por consequência, a uma tópica supremacia judicial. Sem garantia de sua concreção e de sua aplicabilidade, a norma constitucional é pura virtualidade, apenas existe, não responde a perguntas nem se compadece com as angústias existenciais concretas; não tem vida, é apenas um modelo abstrato de justiça. Como diz Carl Schmitt (2009, p. 33), “só uma coisa com existência concreta pode ser suprema ou soberana”.

Os bens democráticos como igualdade, segurança, ordem etc. não são produzidos por “[d]eclaração, Constituição, estatuto, lei ou decreto” (Nichols, 1963, p. 47), mas pelas esferas institucionais (política e instituições guardiães) engajadas em garantir os direitos contemplados no piramidal sistema jurídico. Não é possível desembaraçar-se do problema da miséria em massa e da malograda satisfação das necessidades concretas de uma larga faixa da população (Losurdo, 2014) apenas referindo-se à liberdade e à igualdade próprias da esfera jurídico-política ou à objetividade das leis.

O Ministério Público é, por direito próprio e *ab incunabulis*, uma importante instituição guardiã das promessas constitucionais, a começar pelo mandamento constitucional que o coloca como defensor do regime democrático (CF, art. 127, *caput*), e promotor do acesso à justiça (na condição de valor) – enquanto defensor da ordem jurídica. Isso integra a instituição num projeto de transformação social, conforme consagrado no art. 3º da CF, com o encargo de proteger e efetivar aquela parcela mínima essencial para a sobrevivência justa e digna do ser humano em sociedade, que constitui, justamente, os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

3 A arquitetura constitucional é um mundo de significados e de promessas em busca de concretização. “Uma parcela importante da substância de cada um de nós consiste em vantagens que outros prometeram propiciar ou realizar em nosso benefício” (Pound, 1965, p. 129).

Os objetivos, os fundamentos e os princípios da República Federativa do Brasil, inseridos nos arts. 1º (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), 3º (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) e 4º (prevalência dos direitos humanos; solução pacífica dos conflitos; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade) da Constituição são, rigorosamente falando, promessas constitucionais lançadas para lastrear ou forjar um regime político democrático.

A “defesa do regime democrático” (CF, art. 127, *caput*, também reproduzida no art. 176 do Código de Processo Civil)⁴, atribuição escassamente estudada na literatura especializada (na verdade, os especialistas passam ao largo do assunto e, quando se detêm, é apenas no aspecto semântico, retórico ou altissonante da locução verbal), coloca o Ministério Público como importante interveniente do processo democrático, promotor de expectativas constitucionais não atendidas e lhe impõe a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, dentro de um espectro mais amplo de atuação funcional que não apenas a mera fiscalização da aplicação da lei, mas a extração da máxima efetividade possível das normas jurídicas (legais ou constitucionais).

Além dessa atribuição que confere ao Ministério Público uma legitimidade democrática de caráter abrangente e universal, há ainda a função constitucional de *ombudsman*, ou ouvidor do povo, prevista no art. 129, II, da CF: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. Aqui, a Constituição não apenas prevê os fins (“zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição”), como aponta os meios (“promovendo as *medidas necessárias* a sua garantia” – grifo nosso).

A locução “medidas necessárias” confere um amplo campo de prospecção à instituição no árduo trabalho de efetivar as múltiplas promessas constitucionais. Também pode ser lida como “meios necessários e adequados” (*necessary and proper* – Corwin, 1986, p. 39) para alcançar os fins dispostos. Uma atribuição ou função constitucional em relação à qual é estabelecida uma ligação com medidas necessárias não pode existir sem o recurso destas.

Promover as medidas necessárias a determinado fim, entende-se, em geral, por empregar qualquer meio destinado a produzir esse fim, e não estar limitado ao único meio, sem o qual seria inteiramente inatingível o fim. A execução de grandes deveres de que depende, essencialmente, o bem-estar de um povo não pode ficar presa a limites estreitos, de modo a inviabilizar, na prática, a finalidade em tela. A Constituição enumera os meios expressamente conferidos pelo povo às esferas executoras (política e instituições guardiãs) para garantir a supremacia da norma constitucional e seus comandos. Tais meios ou medidas devem ser estritamente interpretados? Há na Constituição alguma

4 “O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

regra que dê fundamento a esse entendimento? Seria uma instituição executora ou guardiã bem inútil se não dispusesse dos “meios necessários e adequados” – limitados apenas pela Constituição – para cumprir sua missão constitucional.

Os meios devem ser proporcionais à grandeza e à amplitude das atribuições a executar. De que vale estabelecer *fi*ns elevados na Constituição sem os *meios* adequados para fazê-los observar? É verdade tanto na arquitetura quanto nas instituições jurídicas que o valor da obra, em qualquer andar superior, depende da solidez dos alicerces. Deve existir sempre uma estrutura própria e adequada para emprestar eficiência aos dispositivos constitucionais e aos objetivos que eles lançam à execução infraconstitucional (Rodrigues, 2022b, p. 4). A responsabilidade por um encargo constitucional deve vir acompanhada de latitudinário poder de promovê-lo, satisfatoriamente, no comércio ordinário da vida.

Como diz Alexander Hamilton (1964, p. 17-18),

[o]s meios devem ser proporcionais aos *fi*ns; as pessoas de cuja ação se espera a consecução da qualquer *fi*m devem dispor dos *meios* pelos quais o atingem [...].

Deixar de atribuir, em cada caso, um grau de poder correspondente ao *fi*m importaria em violar as regras mais evidentes de prudência e conveniência e entregar imprudentemente os grandes interesses da nação a mãos incapazes de geri-los com vigor e êxito.

Madison (1964, p. 52-53), outro autor do “the federalist papers”, apresenta idêntico entendimento: “Sempre que o *fi*m o exige, o meio está autorizado; sempre que se confere poder geral para algo executar, qualquer poder particular necessário para levá-lo a efeito está compreendido”.

Também a consagrada cientista política Leslie Lipson (1976, p. 73 e 218) defende o princípio de que uma instituição deve possuir os meios adequados às suas funções:

Toda associação de seres vivos deve empregar os meios que se revelarem indispensáveis ou, pelo menos, mais adequados à execução de suas funções específicas. Assim, numa instituição como a escola ou a universidade, que visa a educar, cabem-lhe os meios necessários à educação. O mesmo é verdadeiro quanto ao Estado. Desde que este se origina da necessidade de proteção, pertencem-lhe, desde logo, quaisquer técnicas que assegurem a consecução de tal objetivo. [...] A seleção dos meios, portanto, relaciona-se diretamente com a realização dos *fi*ns. [...] Quaisquer que sejam as metas a alcançar, a escolha de meios adequados torna-se condição de êxito.

Em 1819, no caso *McCulloch vs. Maryland*, a relação estabelecida entre *fi*ns e meios constitucionais foi colocada, e o *Chief-Justice* Marshall a respondeu nestes termos (*apud* Corwin, 1986, p. 96): “Se o *fi*m é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas de acordo com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais”⁵.

5 A Suprema Corte Americana acolheu esse *dictum* como um mantra, reproduzindo-o em vários casos posteriores: *James vs. Dravo Contracting Co.*, 302, U. S. 134 (1937); *Collins vs. Yosemite Park and Curry Co.*, 304 U. S. (1938); *Stewart & Co. vs. Sandrakula*, 309 U. S. 94 (1940). Cf. Corwin, 1986, p. 96.

A base da ideia que admite essa interpretação (“criativa e expansiva” – Azevedo Campos, 2016, p. 62) é o fato de a Constituição ser ordenada pelo povo em seu benefício. Logo, suas normas, comandos e competências são calculados para servir, em qualquer situação, ao bem-estar do povo enquanto entidade política existencial, base do Direito. O fundamento e o objetivo de todas elas é o bem público. É preferível extrair o máximo de sentido da vontade do povo declarada na Constituição a considerar o intento do legislador pouco disposto a conferir concretude às normas superiores. Se uma instituição guardiã da democracia possui, em relevo, esta missão de guardiania guiada por uma lógica democrática, compreende-se que todos os meios, lícitos e constitucionais, lhe estão autorizados para desempenhá-la da melhor forma possível. O bem-estar da sociedade, com entrega de todos os bens ou promessas traduzidos nas normas constitucionais, representa o sistema regulador da conduta funcional do Ministério Público, sua razão de ser enquanto instituição guardiã.

Encontrar meios necessários e adequados é o primeiro labirinto de provas a que deve submeter-se o Ministério Público para executar sua função constitucional de defensor do regime democrático e da ordem jurídica. Atualmente, verdade seja dita, a instituição ronda essas funções constitucionais (com especial destaque para a “defesa do regime democrático”) como “un perro con la lengua afuera”, para usar a expressão de Gregory Bateson (1997, p. 229), confusa e impotente, porque ignorante de seu alcance.

De fato, salvo a menção no art. 127, a Constituição tem pouco a dizer, de forma expressa, sobre a referida atribuição. Isso traz desafios interpretativos, obrigando a instituição a extrair os meios necessários e adequados para cumprir sua atribuição de defesa do regime democrático não apenas dos comandos textuais da Constituição, mas também da natureza e dos propósitos mais amplos da própria essencialidade constitucional. Isso pode envolver uma interpretação mais ampla dos princípios e valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Essa contingência de buscar uma interpretação ampla pode ser vista como uma flexibilidade dada ao Ministério Público para garantir que ele possa cumprir seu papel fundamental na proteção da democracia e do Estado de Direito, mesmo que a Constituição não seja detalhada em todos os aspectos dessa atribuição específica. Em suma, o Ministério Público deve ir além das disposições expressas e interpretar a Constituição com base em sua natureza e propósitos fundamentais para assegurar a defesa do regime democrático, adaptando-se às necessidades e desafios contemporâneos.

Na ausência de legislação controladora ou restritiva, o Ministério Público, no desempenho dessas funções constitucionais, pode lançar mão de um agregado de poderes ou de instrumentos jurídicos (“necessários e adequados”), extraindo deles todas as possibilidades de influir, positiva e contundentemente, na realidade social. Sua atuação será totalmente tributária dos meios disponibilizados ou engendrados, a partir de um projeto institucional de corajosa e inteligente inserção social, para, assim provido e apetrechado, materializar as promessas constitucionais não executadas pelos órgãos primários da vontade nacional.

O problema de uma promessa é que, depois de feita, precisa ser cumprida. O prometido de boa-fé (*fides*) deve se tornar um fato (*fiat*). É preciso forjar as chaves certas (ou seja, os

meios e os instrumentos “necessários e adequados”) para abrir as diversas portas que levam ao pote de ouro no fim do arco-íris. A mística da Constituição, por si só, não se impõe ao imaginário popular (principalmente quando o documento, infelizmente, desperta tão pouco respeito). Necessita tornar-se efetiva para atender ao espírito pragmático do povo, que é tocado, em regra, pelo real, pelo palpável e pelo concreto. Os direitos nela previstos precisam ser garantidos e assegurados⁶. A realidade social é transformada por ações concretas, não por promessas normativas ou institucionais solenes, desprovidas do comprometimento necessário com a dignidade e o mínimo existencial da pessoa humana.

Diante dessas funções constitucionais, jamais se estendeu a uma instituição, até agora, maior convite à iniciativa e à nova criação, abrindo um campo de prova para a vitalidade, a energia criadora, a capacidade de expansão e um projeto ambicioso de transformação social. Os amplos fins constitucionais condicionam os padrões institucionais de atuação funcional, exigindo do Ministério Público um intenso autoexame e uma absorção extremada na elevada missão pensada para a instituição. A defesa do regime democrático, em especial, fornece um amplo horizonte de possibilidades legitimadoras à exploração teórica/prática do Ministério Público e um sentido de missão à sua execução.

A proteção da democracia ocupa posição preferencial na escala de valores constitucionais e representa, por isso, um *residuum* de soberania. Desse modo, soa um tanto paradoxal não extrair o máximo de substância jurídico-política do comando inserto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público a defesa do regime democrático. A combinação do art. 127 com o art. 129 deixa manifesto que a instituição do Ministério Público contém possibilidades de atuação ainda inexploradas. Constituem os dois dispositivos constitucionais um reservatório de potencialidades do qual a instituição não é plenamente consciente.

Uma forma de defender a democracia é, por todos os meios lícitos (o controle de constitucionalidade das leis, por exemplo, é um meio poderoso⁷, principalmente um controle mais agudo [*strict scrutiny*] de leis que ameacem os valores da democracia – Azevedo Campos, 2016, p. 84), tentar impedir que a sociedade seja organizada a partir de estruturas diversas daquelas apontadas como fundamentais pela Constituição. De outro lado, a atuação do MP nas eleições, embora muito importante, não consegue esgotar a missão de defender a democracia, até porque a força de uma democracia não se mede, simplesmente, pelos votos (Przeworski, 2010, p. 55). As políticas públicas, como ressalta Robert A. Dahl (2012, p. 85), sequer “fluem diretamente de nossas eleições”.

6 O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.8.1789, já previa que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

7 Já se cogitou, por exemplo, de uma política nacional no âmbito do Ministério Público brasileiro para o exercício do controle de constitucionalidade, dentro de padrões técnicos homogêneos, afastando o caráter de acomodação ou de conveniência política? No Brasil, também, inexistente qualquer cláusula temporal a limitar a análise da constitucionalidade das leis, seja pela via do controle difuso, seja nas ações diretas (Valle, 2009, p. 66). Talvez seja uma pauta interessante para o esforço normatizador do Conselho Nacional do Ministério Público.

Com essas competências gerais e amplas (defensor do regime democrático e ouvidor do povo), abrem-se vários canais de acesso à justiça e novos contextos de ação, remodelando de maneira definitiva a forma de atuação do Ministério Público na tarefa de tornar efetivos os direitos assegurados (ou "prometidos") na Constituição. E todos esses canais convergem para uma atitude resolutiva da instituição e todas as potencialidades que a acompanham: diálogo, articulação, planejamento, efetividade, inserção social, cultura de resultados, senso de dedicação etc.

Essas funções ou atribuições constitucionais não são conferidas ao Ministério Público *ex nihilo* ou na crença de que não possam ser cumpridas e entregues por meio de serviços efetivos prestados à população do País. Foram conferidas a essa instituição porque dispunha ela de instrumentos e de estrutura jurídica capaz de fazer frente ao desafio, transformando o abstrato normativo em concreto existencial. Se não cumpre a missão a si atribuída na medida das expectativas sociais, assume um débito institucional gigantesco, que mais cedo ou mais tarde será cobrado.

No macrocosmo político, é transferido ao constituinte originário o desejo ou a adesão do corpo político (povo): preservar o arranjo democrático. Esse interesse fundamental, passando por um circuito amplamente legitimador, resulta nas funções constitucionais atribuídas ao MP que, em seus limites extremos, restringe-se ao bem público da sociedade. É poder que não tem outro objetivo senão o de preservar e garantir a ordem jurídica e a democracia, com adoção de todas as "medidas necessárias" e, portanto, não pode ser limitado ou propositalmente enfraquecido frente às ações e aos movimentos desdemocratizantes.

Ninguém pode transferir a outrem aquilo que não possui (Locke, 1963, p. 18). Logo, o constituinte originário – que carrega consigo o consentimento e a adesão explícitos do povo – não poderia transferir a uma instituição guardiã funções relevantíssimas como a "defesa do regime democrático" se não tivesse essa reserva de poder e não a considerasse capaz de levá-las a cabo. Ao ser encarregado de algo grande, pode-se realizar algo grande (*in magnis et voluisse sat est* – "nas grandes coisas, basta querer"). De outro modo, tratar-se-ia de um encargo nulo, vazio e desprovido de sentido.

Se for considerada a tábua dos direitos e garantias fundamentais gerada a partir de uma Constituição analítica e principiológica, com sua inerente expansividade e irradiação por sobre todo o ordenamento jurídico, como a base intangível e rígida do regime democrático⁸, por trazer embutida a promessa de existência digna, livre e igual a todas as pessoas, ver-se-á que o compromisso constitucional do MP o coloca, simplesmente, como um importante coguardião das promessas constitucionais e dentro de um novo paradigma de conformidade.

O caráter irradiador e expansivo dos direitos fundamentais implica que o conteúdo deles não resulta simplesmente da lei, mas é dado antes dela (Schmitt, 2009, p. 176) e

8 O preâmbulo constitucional cita "o exercício dos direitos sociais e individuais" bem como "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos da sociedade brasileira.

sobrevive-lhe em abrangência. Ou seja, a lei não esgota o conteúdo do direito fundamental nem o torna sua simples criatura, pois sempre restará um *residuum* não disposto pelo legislador e que sobrevive no patrimônio jurídico do povo.

A existência de uma vigorosa doutrina de *resolutividade abrangente* dentro da instituição do Ministério Público, no sentido de integrar a efetividade nas rotinas de trabalho (entrega de resultados jurídicos úteis e relevantes socialmente) e de conferir à secura das normas constitucionais um impulso irresistível, é a expressão institucional da necessidade inadiável de entregar ao povo as promessas por tanto tempo dormentes no texto constitucional, afastando delas o caráter de inatingibilidade.

A efetivação prática dos padrões constitucionais a partir da supremacia constitucional e dos princípios que regem a democracia tem sido um tanto árdua e longa; até agora, somente uns poucos passos foram dados rumo a esse alvo. Contudo, as possibilidades, as promessas constitucionais, encontram-se postas, em busca de porta-vozes capazes de conferir-lhes concretezude e de transpor em atos os padrões compromissários lançados no Texto Fundamental.

O desempenho da instituição na defesa da democracia e dos direitos assegurados na Constituição não pode ser meramente reflexo ou reativo, como a sugerir uma certa complacência com o manifesto e crônico *deficit* de implementação dos direitos fundamentais em sua substancialidade viva. O que se espera de uma instituição guardiã não é que se comporte como um suporte passivo de “mínima ação” frente a um crônico – e profundo – estado deficitário, insulando-se em seu individualismo corporativo e esquecendo, totalmente, o débito social que se acumula na proporção direta das contínuas expectativas frustradas da sociedade.

A expectativa diante de tão importantes funções de guardiania constitucional é que a instituição alinhe-se à vanguarda de uma nova estética jurídica, cujos fins sejam expressados através de uma tutela dinâmica de resultados e de efetividade. Como destaca o Conselho Nacional do Ministério Público em um dos considerandos da Resolução n. 205, de 18.12.2019 (que dispõe sobre a Política Nacional de Atendimento ao Público no âmbito do Ministério Público – CNMP, 2019):

O novo paradigma sobre o qual se avança na prestação de serviços públicos tem como pilares fundamentais a satisfação de necessidades e novas demandas para os cidadãos, a redução de custos (racionalização e simplificação administrativa, melhoria do gasto público) e a incorporação de concepções que busquem situar o cidadão no centro das ações que são desenvolvidas pelas instituições públicas.

Os bens derivados das promessas constitucionais não chegam ao povo como algo dado, escrito em tábuas de pedra e dotado de autoridade imutável; pelo contrário, é produto a ser garantido e tornado concreto por instituições guardiãs e leva, profundamente impressas nelas, as marcas de sua origem. A própria Constituição cria os mecanismos para se fazer suprema e viva.

Há, portanto, uma necessidade ou pretensão absoluta da sociedade de que as promessas e os compromissos formulados na Constituição sejam satisfeitos, num

primeiro momento, em seu *locus* próprio, pela esfera política, e, num segundo e decisivo momento, por instituições guardiãs (que, ao lado do Judiciário, são depositárias de “expectativas frustradas dos cidadãos” – Carvalho Filho, 2014, p. 164).

São dois, portanto, os sistemas montados para conferir efetividade às normas constitucionais: o sistema político e o sistema jurídico. As relações mútuas entre os dois sistemas entram no quadro geral de tornar efetivos os mandamentos constitucionais. Podem ser relações virtuosas de colaboração, esforço comum e propósito moral, ou relações conflituosas de corruptibilidade ou de omissão.

Os mecanismos e as estruturas políticas atuam para cumprir, primariamente, as promessas, ou fazer as correções necessárias no *iter* de efetividade. Todavia, quando atuam como fonte de desnaturação ou tardiamente em relação aos desgastes humanos e sociais, entram em cena as instituições jurídicas guardiãs, com destaque constitucional para o Ministério Público de cariz resolutivo, com o propósito de restabelecer as promessas constitucionais ao nível das necessidades e urgências sociais. Sistema político e instituições guardiãs, com suas respectivas características democráticas e meritocráticas, são degraus para chegar no ponto mais alto da supremacia constitucional.

A concretização das expectativas ativa e inspira a maioria passiva da população, drenando a energia necessária para robustecer, pelo apoio emprestado e pela atitude psíquica coletiva simpática, o espírito democrático⁹. Todo governo para ser legítimo (e reconhecido como tal) precisa ser efetivo (sustentar com êxito suas regras – Dahl, 1965, p. 12), precisa entregar o que a população demanda: paz, segurança, liberdade, bem-estar e igualdade de oportunidades. Esses bens são essenciais para assegurar a estabilidade de qualquer regime político, exigindo que todo agente político cumpra suas funções com os olhos voltados para cima, para os contornos promitentes contidos na Constituição.

James Wilson (Padover, 1964, p. 13), um dos poucos defensores da democracia, nos debates para a aprovação da Constituição estadunidense, lembrava aos delegados que “nenhum governo pode subsistir longamente sem a confiança do povo”. E a confiança popular em seu governo e em suas instituições só vem com a certeza de sua efetividade e de seu desempenho assertivo.

A efetividade dos direitos constitui o mais significativo e o mais libertador de todo o espectro de atuação do Ministério Público. Entre todos os meios de atuação, a resolutividade extrajudicial, demandística, não paramétrica ou o parecerismo inevitável devem igualmente submeter-se a uma alteração da ênfase: criar rapidamente um vasto reservatório de força cerebral para transformar promessas constitucionais em direitos vivos.

A Resolução n. 118/2014 (que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público – CNMP, 2014), do Conselho Nacional do Ministério Público, em um de seus “considerandos”, traduz o acesso ao Ministério Público “como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e

9 A democracia não pode existir se as pessoas não acreditam nela (Dahl, 2012, p. 282).

sociais". A partir desse marco normativo, foi construído todo um arcabouço para conferir legitimidade ao Ministério Público com o objetivo de buscar soluções autocompositivas (negociação, mediação, conciliação, processo restaurativo e convenções processuais), preventivas e resolutivas, fugindo ao modelo tradicional da ampla judicialização.

Ainda na referida resolução, é destacada, no art. 2º, inc. IV, "a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo". "Justiça" (enquanto valor) e "efetividade" são palavras-chave para o Ministério Público cumprir a missão constitucional que lhe foi atribuída: defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Conselho Nacional do Ministério Público vem, de forma entusiástica, em cada ato normativo ou recomendatório, levantando a bandeira da efetividade concreta dos direitos e interesses afetos à defesa da instituição ministerial. São exemplos:

1. Resolução n. 118, de 1º.12.2014 – autocomposição no âmbito do Ministério Público (CNMP, 2014);
2. Resolução n. 147, de 21.6.2016 – planejamento estratégico (CNMP, 2016b);
3. Carta de Brasília, de 22.9.2016 – modernização das atividades das Corregedorias (CNMP, 2016a);
4. Recomendação n. 54, de 28.3.2017 – fomento à atuação resolutiva (CNMP, 2017a);
5. Recomendação n. 57, de 5.7.2017 – atuação perante os tribunais (CNMP, 2017b);
6. Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN n. 2, de 21.6.2018 – parâmetros para a avaliação da resolutividade e da qualidade da atuação (CNMP, 2018);
7. Resolução n. 205, de 18.12.2019 – atendimento ao público (CNMP, 2019);
8. Recomendação Conjunta PRESI-CN n. 2, de 18.6.2020 – critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas (CNMP, 2020).

Alves *et al.* (2021, p. 139), sobre a inefetividade dos direitos fundamentais, afirmam com indisfarçável pessimismo:

O Brasil convive, sem constrangimento, com direitos fundamentais que não são realidade 30 anos após a promulgação da Constituição da República. Há, por aqui, um problema sério: ou a Constituição da República trouxe promessas para um futuro muito distante ou não há no Brasil Estado Democrático de Direito, pois o país permite e incentiva o descumprimento de direitos fundamentais.

O Estado nada mais é que a institucionalização da proteção do elemento humano que o compõe. E o governo, "como uma casa, é destinado a proteger-nos; quando mal administrado, como uma casa incendiada ou derrubada pela tempestade, pode ser a causa de nossa ruína" (Nichols, 1963, p. 63-64). Quando a segurança e a existência digna – ou minimamente digna –

de toda a comunidade encontra-se em perigo, tudo se subordina à luta caótica e anárquica pela sobrevivência, sem padrões jurídicos ou morais. Nesse estágio, quando a sociedade está no limiar de confundir promessas constitucionais não cumpridas com ilusões democráticas, o Estado de Direito Democrático fragiliza-se e, não raro, é posto em xeque.

Mostra a experiência que as democracias não perecem pelas promessas estabelecidas nas Constituições, mas perdendo essa força de resistência que é própria apenas de cidadãos satisfeitos. Um país em que o cidadão não tem seus direitos básicos atendidos, não é um país seguro para a democracia. Sem apresentar resultados e sem cumprir seus ideais ou promessas de uma vida melhor, a democracia não significa nada e cessa de estar viva nas mentes e nos corações das pessoas¹⁰. É destes resultados – e de uma “cidadania realizada” – que emana o essencial da energia que alimenta a vida política (democrática ou não). A legitimidade democrática ou a concepção do não valor da democracia liga-se ou prende-se ao atendimento pleno ou não das demandas sociais, dentro de um horizonte largo de direitos fundamentais individuais e sociais.

Qualquer hipótese ou teoria que ignore a relação entre o grau de satisfação da população e a legitimidade política da democracia trai a realidade dos fatos. O grau de satisfação de uma população é medido no parâmetro universal da justiça. E a justiça consiste num método e oferece certa espécie de resultados. Esse método é o das decisões imparciais, e os resultados se resumem no reconhecimento dos interesses de todos os indivíduos e grupos, como também na promoção da harmonia entre eles (Lipson, 1976, p. 73). O povo sente que há justiça quando a comunidade em que vive lhe concede oportunidades iguais e salvaguarda seus interesses da mesma maneira que os interesses de terceiros.

A defesa do regime democrático, enquanto função constitucional atribuída ao Ministério Público, é “uma página que ainda precisa ser escrita e, mais ainda, [...] precisa ser efetivamente vivida pelo Ministério Público brasileiro, tal o desafio que encerra” (Mazzilli, 1998, p. 65). Mas essa poderosa função constitucional não poderá ser exercida plenamente com a simples predominância do demandismo e de condicionamentos burocráticos; exige um cenário novo: múltiplo, multidirecional e efetivo.

Pode-se, então, indagar: por que a função constitucional aludida não se tornou realidade? Porque não se realizaram todas as condições necessárias. A instituição privilegiada com tal voto de confiança do constituinte não aprofundou o veio, não escavou adequadamente o tesouro e não escandiu seu aparato conceitual, nem armou-lhe com os meios práticos operacionalizáveis.

Várias etapas precisam ser superadas até que a função constitucional de “defesa do regime democrático” adquira *status* de competência concreta e operacional: 1) da previsão constitucional à conceitualização; 2) do aparato conceitual à operacionalização; 3) da operacionalização à obtenção de resultados efetivos, úteis e relevantes (cumprimento das promessas constitucionais). Em síntese, o comando constitucional adquire

¹⁰ Para julgar o grau de democracia, estabelece-se a extensão na qual o Estado se comporta em conformidade com as demandas expressas por seus cidadãos (Tilly, 2013, p. 27).

substancialidade viva quando passa do campo teórico e normativo para o campo da prática, do existencial, onde as hipóteses normativas adquirem o selo de efetividade e ligam-se às potências que impulsionam os sólidos fins da vida.

A falta de desdobramento prático dessa função ou de seu efetivo uso é motivo de preocupação. Sabe-se que uma função não usada com regularidade atrofia, torna-se obsoleta e vestigial, criando um vácuo que, naturalmente, será ocupado por outro mecanismo (político ou social)¹¹ que, como sucedâneo, não estará à altura do desafio – assim como um tecido cicatricial não consegue equiparar-se, em eficiência, ao tecido original. O comando constitucional poderia ser tudo (pelo *mare magnum* de possibilidades que proporciona à instituição do Ministério Público); não usado racionalmente ou simplesmente esquecido, acaba sendo nada.

A não utilização (ou aplicação efetiva) da função constitucional de defesa do regime democrático, para ficar apenas nela, pela ausência de um esforço prévio de refinamento teórico e conceitual, implica em perda de valiosos recursos institucionais, de oportunidades e de possibilidades. O constituinte traz o seu melhor, e não é possível que, no alinhamento das expectativas, o aplicador entregue o seu pior. E fica uma lição muito clara: uma instituição, para se manter a tempo e hora com sua missão constitucional, precisa de cuidadosa e constante vigilância por parte dos homens e das mulheres que a integram. Não é como uma árvore que cresce e desenvolve-se, enquanto o dono dorme.

Até agora, a instituição tem se debatido entre uma tradição que rende homenagens a um perfil de atuação demandista/parecerista e um novo modelo de atuação resolutiva; este modelo é mais aparelhado para enfrentar os problemas sociais e viabilizar o cumprimento gradual das promessas constitucionais e, portanto, mais consentâneo com a defesa do regime democrático. A resolutividade proporciona um ponto firme para o desenvolvimento do Ministério Público no compromisso jurídico de garantir a supremacia da norma constitucional.

2 A ASCENSÃO DO HOMEM COMUM E O PROTAGONISMO CIDADÃO

O cidadão, como vem preconizado na Resolução n. 205/2019 do CNMP (que dispõe sobre a Política Nacional de Atendimento ao Público no âmbito do Ministério Público), é o “agente legitimador dos serviços prestados pelo Estado” (art. 7º, IV). É o cidadão quem mais entende de temas carregados de interesse público e objeto das promessas constitucionais como insegurança pública, violência, criminalidade, desemprego, falta de educação, falta de assistência médica etc. São os cidadãos que, sucessivamente, sentem medo na rua, amargam o desemprego, não têm acesso a uma educação de qualidade para os filhos ou dedicam incansáveis horas nas filas de hospitais para receber um atendimento sofrível. São eles que sentem, diretamente, os efeitos maléficos das ineficiências e das insuficiências públicas, aqueles que mais sabem oferecer um diagnóstico sobre onde está o inadimplemento às aludidas promessas.

11 Como diz Foucault (1984, p. 75), “onde há poder, ele se exerce”.

O homem comum que sofre na base da pirâmide social os efeitos da ineficiência do poder público em concretizar as promessas fundamentais é um “especialista em assuntos gerais” (assuntos gerais mais vitais, que tocam de perto as condições existenciais mínimas) e desenvolve o relevante papel de um “crítico autorizado” (e, portanto, legitimador), podendo ser bastante funcional na definição da atuação funcional das instituições guardiãs. É possível estabelecer uma troca de energia bem peculiar: os cidadãos, por um lado, ministram a energia do poder (*potencia societatis*) e recebem do Ministério Público, de outro lado, essa mesma energia transformada em serviços.

Para colher esse conhecimento prático, visceral e vívido, além dessa peculiar troca de energia, a instituição guardiã precisa abrir múltiplos canais de atendimento ao público e receber, dessa forma, o material necessário para exercer, com efetividade e resolutividade, suas funções constitucionais de guardiania. Esses canais de comunicação podem receber reclamações, críticas, comentários, elogios, pedidos de providências, sugestões etc., tratando os cidadãos não como pequenas rodas de uma engrenagem mecânica ou “simples células de reação funcional” (Horkheimer, 2002, p. 149), mas como protagonistas da arena social e política.

Tudo o que nos nossos dias eleva a ideia de indivíduo, de pessoa e de cidadão é sadio. A democracia que cabe ao Ministério Público defender é a democracia real de rosto humano e voltada para a plena realização do humano. E nesse sentido, o canal existente mais humanizado, aquele que põe em contato direto instituição e cidadão, é o atendimento ao público. Através desse canal é possível transformar o conceito abstrato de humanidade (no qual facilmente pode ser dissolvido o conceito de homem e de dignidade) na categoria concreta e real de ser humano, com suas angústias e suas insuficiências reais. O atendimento ao público, por isso, representa uma fuga das abstrações e uma reaproximação da realidade, do conhecimento mais rico dos problemas sociais.

A capilaridade do Ministério Público, com a presença de membros em todos os municípios, confere à instituição capacidade de atender, e de atender bem, a população brasileira, diagnosticando suas mazelas, orientando e encaminhando as soluções adequadas, cumprindo, então, as promessas constitucionais. Até porque, como diz D. Losurdo (2014, p. 65), “o discurso sobre o homem e os direitos do homem pressupõe a satisfação das necessidades”.

3 A ESTRUTURA JUDICIALIFORME DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A proximidade do Ministério Público com um projeto identitário resolutivo, capaz de fornecer elementos estruturantes (teóricos e práticos) à função constitucional de defensor do regime democrático e, de outro lado, um afastamento razoável do puro demandismo, guarda um resíduo de incongruência: a persistente estrutura judicialiforme com que a instituição configura e distribui seus órgãos de execução. Salvo alguns órgãos de execução com atuação extrajudicial, forjados a partir do novo perfil resolutivo assumido pela instituição nos últimos anos, em regra, um órgão de execução do MP surge vocacionado e predisposto a atuar perante um órgão judicial, alimentando a tradição orbitária e demandista.

A partenogênese orgânica do MP é uma estrutura automática provocada pela demanda do Judiciário: criado um órgão judicial, segue-se imediatamente (quando não, concomitantemente) o surgimento de um órgão ministerial. E a partir disso, a estrutura orgânica do Ministério Público segue quase parelha à do Judiciário. Para cada juiz, um promotor; para cada desembargador, um procurador de Justiça. É como se o Judiciário fosse a razão da existência do MP, a pia batismal. Nem a democracia, tampouco a ordem jurídica, restringem-se ao Judiciário e, portanto, a defesa do regime democrático e da ordem jurídica pelo Ministério Público pode ocorrer em outros *locus* (multicanais de acesso à justiça). No cumprimento dessas funções constitucionais e visando abrir vários canais de acesso à justiça, o MP, principalmente pelo viés de sua atuação resolutiva, pode estabelecer múltiplas frentes de combate extrajudicial.

É justamente neste ponto – esfera extrajudicial – que a atuação da instituição em 2º grau, ou seja, nos tribunais, sofre sérios abalos. Na atuação junto aos tribunais, o Ministério Público – em seu módulo resolutivo –, com poderes de demanda estratégica e de inserção social nos estratos iniciais da carreira, de repente, passa a ser mero e passivo emissor de pareceres. A ideia de Ministério Público como instrumento de acesso à justiça social e guardião dos direitos sociais e individuais indisponíveis é deixada de lado e, repentinamente, a instituição é convertida em desprezioso órgão parecerista e auxiliar das decisões dos tribunais (Ismail Filho, 2022, p. 160). De órgão agente, promotor e garantidor dinâmico da democracia, da ordem jurídica, dos direitos sociais e individuais indisponíveis, passa a ser órgão passivo, reativo, ritualizado e essencialmente burocrático.

São órgãos de uma mesma instituição, imbuídos dos mesmos propósitos, mas exercendo forças em direções opostas ou falhas de uma continuidade funcional. No campo da física, duas forças com a mesma intensidade aplicadas a um mesmo objeto, mas agindo em direção oposta, têm zero como resultado (Losurdo, 2014, p. 212). Isto vale também para o campo institucional, embora a causa não seja uma privação de movimento, mas uma falta de efetividade.

Quando o membro do MP, por promoção, ascende à atuação junto aos tribunais, perde de imediato o “poder executivo”¹² ou a capacidade executiva de que dispunha nos estratos iniciais da carreira. Diferentemente do juiz de segundo grau, que revisa, reforma ou anula a decisão judicial *a quo*, o membro ministerial não é revisor da atuação do colega *a quo*, como pode sugerir o parecerismo, mas um agente vocacionado para, dentro da unidade institucional e da independência funcional, dar continuidade à missão de cumprir as promessas constitucionais a cargo do Ministério Público. A instituição unifica-se, faz-se monolítica na fortaleza da mesma missão.

Se na atuação de 1º grau a instituição dispõe de um amplo cabedal de inserção social (poder de investigação, de apuração, de fomento, de articulação, de proximidade cidadã etc.), junto aos tribunais deixa-se permear pela estrutura judicial e é tomada de um

12 A expressão “poder executivo” é tomada de empréstimo a John Locke (1963, p. 79) quando refere que “os homens quando entram em sociedade abandonam a igualdade, a liberdade e o poder executivo que tinham no estado de natureza, nas mãos da sociedade [...]”.

silêncio constrangedor dentro de uma plataforma meramente parecerista. Todo o poder dinâmico de execução é tragado por um espelhismo judicialiforme, justamente no momento em que o agente do MP, no ápice da carreira, reúne as melhores qualidades de experiência, talento técnico e visão holística da realidade institucional e social.

Numa tentativa de resgate residual, a Recomendação n. 57, de 5.7.2017, do CNMP (que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nos Tribunais) busca uma reaproximação entre o exercício funcional do 2º grau e a atuação resolutiva verificada na base piramidal do MP, afastando-o do tradicional modelo judicialiforme. Nesse sentido, o § 4º do art. 2º do referido ato propõe sejam os órgãos ministeriais dotados de poderes de investigação (cível e criminal), ainda que por delegação: "É fundamental a definição das atribuições investigatórias dos órgãos do Ministério Público que atuam nos Tribunais, ainda que por delegação do Procurador-Geral de Justiça nos casos de competência originária".

O descolamento do perfil parecerista ainda é reforçado pela recomendação quando propõe seja priorizada "a resolução consensual dos conflitos e controvérsias", com a

implantação de núcleos de negociação, de mediação e de conciliação no âmbito da estrutura institucional com atuação nos Tribunais [...] para fomentar as práticas autocompositivas nos tribunais, preferencialmente nas áreas que envolvem políticas públicas (Recomendação CNMP n. 57, art. 3º).

Assim como na base funcional da instituição são criados órgãos de execução especializados em temas carregados com promessas constitucionais (saúde, educação, corrupção, segurança pública etc.), também é recomendável que, no feixe de órgãos com atuação nos tribunais, sejam criados e implantados "núcleos especializados por matéria na defesa dos direitos fundamentais" (art. 6º, parágrafo único).

O Ministério Público deve acompanhar e seguir (*track and trace* – seguir e rastrear) a promessa constitucional, o conflito social, a demanda revestida de interesse, cuja guarda constitucionalmente lhe foi atribuída. Aqui sim, sua estrutura deve espelhar o caminho trilhado por essas promessas até sua plena efetivação, sem sofrer qualquer tipo de solução de continuidade. As demandas não podem ser abandonadas ao puro parecerismo e a órgãos alheios e distantes. Nesse sentido, inclusive, a recomendação multirreferida neste item propõe, como medida salutar, a criação de "unidades para o acompanhamento das causas nos tribunais superiores, compostos de membros com atribuições para a apresentação de memoriais, realização de sustentação oral, recursos e outras medidas cabíveis" (art. 8º).

É destacada também a necessidade de diálogo, de interação e de integração entre os membros com atuação em instâncias jurisdicionais diversas ou em unidades diferentes do Ministério Público (capítulo II, art. 10, da referida recomendação), através da adoção de medidas e sistemas, inclusive por meio de reuniões, contatos telefônicos e virtuais que facilitem a atuação conjunta.

É natural a adoção de uma estrutura organizacional mais adequada aos fins resolutivos que a instituição busca consolidar em suas rotinas funcionais. Inevitavelmente, mais cedo ou mais tarde, a atuação nas instâncias superiores terá de adaptar-se a esses objetivos,

pois, do contrário, as promessas constitucionais perseguidas pelo MP sofrerão desastrosa solução de continuidade, em vista de uma estrutura teimosamente judicialiforme.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As nobilíssimas atribuições constitucionais do Ministério Público ("defesa do regime democrático", "defesa da ordem jurídica", "defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis") não lhe conferem, pura e simplesmente, excepcionalismo moral, jurídico ou político. É necessário fazer por merecer; dedicar-se a algo mais alto e maior que a instituição ou o perfil autossatisfeito de seus membros e membras. Do contrário, ter-se-á uma instituição com uma estrutura teórica e normativa magnífica, digna de ser contemplada, com enlevo, além das fronteiras nacionais, mas totalmente inadequada à nossa realidade social. A era do estetismo jurídico ou institucional cedeu espaço, definitivamente, à efetividade dos direitos.

Como o MP se apropria, efetivamente, da função constitucional de "defensor do regime democrático"? Primeiro, voltando-se para a meta de cumprir as promessas constitucionais que estiverem ao seu alcance institucional, inclusive antecipando-se ao legislador. A agenda para isso parece já pronta e acabada. Basta consultar os temas que mais preocupam a sociedade brasileira: corrupção, violência/insegurança pública, lentidão da justiça/impunidade, saúde, desigualdade etc. E, a partir disso, elaborar planos, programas e projetos, em âmbito local e nacional, para entregar os bens cuja falta angustia a população.

Há múltiplos canais de acesso à justiça disponíveis ao Ministério Público para tornar realidade concreta seu papel fundamental de instituição guardiã das promessas constitucionais. O Judiciário é apenas um desses canais. Esse cenário já não autoriza uma estrutura operacional e funcional inspirada, nitidamente, neste canal institucionalizado de acesso à justiça ("estrutura judicialiforme"). O Estado de Direito e a Democracia, bem como as respectivas funções constitucionais do MP de "defesa da ordem jurídica" e "defesa do regime democrático", são muito maiores que o Judiciário e carecem de estratégias adequadas à amplitude jurídico-política indicada. As promessas constitucionais não podem ser efetivadas e concretizadas sem o apelo a uma estratégia multirrelacional e multiportas.

Os direitos fundamentais individuais e sociais previstos na Constituição da República gozam, formalmente, de eficácia imediata e de aplicação direta, mas há, no plano dos fatos, um claro *deficit* de efetivação dessas normas fundamentais, implicando em profunda ofensa não só ao texto fundamental, mas à ideia seminal de Estado Democrático de Direito, elemento de previsibilidade caríssimo à sociedade e ao seu modelo de desenvolvimento socioeconômico.

É necessário que as instituições guardiãs entreguem e retribuam, a partir de uma responsabilidade constitucional, aquilo que a desigualdade econômica e social retira da sociedade órfã, resignada a aceitar desigualdades que não são, de modo algum, naturais, que assumem, quase sempre, a índole de "injustiças sociais desumanizantes" (Chauchard, 1967, p. 42) ou de "desigualdades excessivas que degradam o ser humano" (Julien, 1975, p. 23). A

contínua incapacidade de um guardião das promessas constitucionais de entregar o que foi prometido e lidar com problemas que o corpo da cidadania considera urgentes tende a minar, de forma inevitável, a legitimidade do respectivo *player*.

Não atender (ou não buscar meios de atender) a esse explícito comando constitucional ("defesa do regime democrático") implica, a médio ou a longo prazo, em suicídio institucional ou aniquilamento, sem piedade, de alguma relevância, acaso ainda existente, no contexto jurídico-social. O destino histórico do Ministério Público, ou irmana-se visceralmente aos interesses transcendentais da sociedade (numa espécie de "identificação" plena), assumindo um protagonismo essencial, ou será relegado ao segundo plano das prioridades sociais, compartilhando, talvez, a desconfiança que unge as instâncias políticas clássicas.

Em sua função de guardiania constitucional (*watch dog of fundamental rights*), exerce o Ministério Público atribuições fiduciárias destinadas a entrar em ação para certos fins. Não atingidos esses fins, seja por omissão ou deficiente estratégia, perdem-se os meios necessários a alcançá-los, e o poder "retorna às mãos dos que o concederam, que poderão colocá-lo onde o julguem melhor para garantia e segurança próprias" (Locke, 1963, p. 94). Nesse cenário, a sociedade conserva o poder superior de salvaguardar-se da apatia guardiã de suas instituições meritocráticas, retirando-lhes, em ambiente democrático, sua explícita confiança. O que representa, na prática, um golpe certo e formidável no poder de ação de qualquer instituição.

Impõe-se ao Ministério Público a assunção plena de suas responsabilidades perante o ontem, o hoje e o amanhã, compreendendo as múltiplas dimensões da injustiça social no País e ajustando suas prioridades de enfrentamento. Sobre isso há pouco a dizer (dada a obviedade e a cronicidade dos problemas), mas muito a fazer. Como instituição relevante para o processo democrático, ela se vê na imperiosa necessidade de reforçar o novo evangelho da resolutividade, ao ponto de construir, definitivamente, uma racionalidade de resultados com base jurídico-política, minimamente plausível. A reinvenção institucional (ousando expandir seu raio de ação para áreas ainda não cogitadas), nesse sentido, é um passo decisivo no cumprimento das promessas constitucionais, senão por um salto qualitativo, ao menos pela adoção da categoria do gradualismo.

Expectativas e promessas constitucionais atendidas são fatores de estabilização na sociedade, pois voltam-se, prioritariamente, para as camadas mais vulneráveis, humildes e rudemente assaltadas pelas reconhecidas necessidades básicas da vida, e, portanto, naturalmente mais sensíveis à manipulação político-demagógica (os *political quacks and spell-binders*, "charlatões políticos e enfeitadores" – Loewenstein, 1937, p. 421). Essa massa de pessoas é prisioneira de conflitos e dificuldades pessoais elementares, a exigir o cumprimento de demandas urgentes. Frustrada a curva ascendente de expectativas, essa camada desassistida pode facilmente acolher discursos e narrativas políticas de ocasião, nem sempre consentâneos com o ideário democrático¹³.

13 "Se o povo abraça valores democráticos, a democracia estará salva. Se o povo está aberto a apelos autoritários, então, mais cedo ou mais tarde, a democracia vai ter problemas" (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 30).

Por fim, cumprindo e entregando as promessas constitucionais ao seu alcance, por meio de um modelo de atuação substancialmente resolutivo, o MP logra gerar uma legitimação democrática por uma perspectiva prática tão importante quanto uma legitimação obtida via eleição. E ao cumprir, em um nível razoável, as promessas constitucionais, o MP atualiza suas possibilidades funcionais e institucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar; MARTINS, Ana Luísa Mendes; LINHARES, Roberta Castro Lana. Direitos sociais não efetivados: promessas constitucionais ou direitos fundamentais? **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 7, n. 3, p. 135-155, 2021.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016.

BATESON, Gregory. **Espírito y naturaleza**. Tradução de Leandro Wolfson. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.

BRASIL. **Recomendação Conjunta PRESI-CN n. 2, de 18.6.2020**. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4u3bfc92>. Acesso: 19.9.2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

CHAUCHARD, P. **A linguagem e o pensamento**. Tradução de Carlos Ortiz. São Paulo: Difel, 1967. (Coleção Saber Atual, n. 49).

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília**. Modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas corregedorias do Ministério Público. 7º Congresso de Gestão do CNMP, de 22.9.2016. Brasília: CNMP, 2016a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yzryn2rn>. Acesso em: 19 set. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN n. 2, de 21.6.2018**. Dispõe sobre parâmetros para a avaliação da resolutividade e da qualidade da atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas Corregedorias-Gerais e estabelece outras diretrizes. Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s368tsj>. Acesso: 19 set. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação n. 54, de 28.3.2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2017a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxw632zv>. Acesso: 19 set. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação n. 57, de 5.7.2017**. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nos Tribunais. Brasília: CNMP, 2017b. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxw24hyb>. Acesso: 19 set. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 118, de 1º.12.2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8c7zp6>. Acesso: 19 set. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 147, de 21.6.2016**. Dispõe sobre o planejamento estratégico nacional do Ministério Público, estabelece diretrizes para o planejamento estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, das unidades e ramos do Ministério Público e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2016b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9a9mpv>. Acesso: 19 set. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 205, de 18.12.2019**. Dispõe sobre a Política Nacional de Atendimento ao Público no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tfc7t4r>. Acesso em: 18 set. 2023.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. **Modern political analysis**. 5. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 1965.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em: <https://tinyurl.com/yuvwmavj>. Acesso em: 18 set. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 4. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Sobre a Constituição dos Estados Unidos**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964. (Coleção Clássicos da Democracia, n. 26).

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. O Ministério Público como instrumento constitucional de acesso à justiça e concretização dos direitos fundamentais: reflexões sobre o microsistema de estímulo à resolutividade do CNMP. **Revista Jurídica do Ministério Público Brasileiro**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 145-174, jun. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ysxbkje>. Acesso em: 19 set. 2023.

JULIEN, Claude. **O suicídio das democracias**. Tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

LEVITSKY, Steven.; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIPSON, Leslie. **The great issues of politics: an introduction to political science**. New Jersey: Prentice-Hall, 1976.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963. (Coleção Clássicos da Democracia, n. 11).

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, Washington D.C., v. 31, n. 3, p. 417-432, jun. 1937.

LOSURDO, Domenico. **A hipocondria da antipolítica: história e atualidade na análise de Hegel**. Tradução de Jaime Clasen. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 65-73, abr./jun. 1998.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

NICHOLS, Roy F. **Religião e democracia norte-americana**. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 1963. (Coleção Clássicos da Democracia, n. 13).

PADOVER, Saul K. **A Constituição viva dos Estados Unidos**. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1964. (Coleção Clássicos da Democracia, n. 28).

PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

REZENDE, Wagner Silveira. Relações entre o direito e a política: da abordagem sistêmica ao enfoque na argumentação. **Teoria e cultura: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF, Juiz de Fora**, v. 11, n. 1, p. 111-126, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv6js2jd>. Acesso em: 15 set. 2023.

RODRIGUES, João Gaspar. A fundamentação jurídica e o emprego excessivo de valores abstratos na atual dogmática. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 93-106, jul./dez. 2022a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xu62n3j>. Acesso em: 15 set. 2023.

RODRIGUES, João Gaspar. **Controle externo da atividade policial: um projeto inacabado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022b.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução de Raquel Weiss. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

João Gaspar Rodrigues

<http://lattes.cnpq.br/3728284485798564>

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (UC). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas (MPAM).

O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E OUTROS INSTRUMENTOS

COMBATING CONTEMPORARY SLAVE LABOR: COLLECTIVE RIGHTS PROTECTION AND OTHER INSTRUMENTS

Recebido em 13.6.2023 • Aprovado em 27.9.2023

.....

Nathália Guimarães Ohofugi

RESUMO

O presente artigo busca analisar como é realizada a tutela coletiva de direitos no âmbito do combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil, com foco na atuação institucional do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho. Com esse objetivo, foram estudados os principais instrumentos jurídicos para esse fim: as ações fiscais, a ação civil pública, o termo de ajustamento de conduta e a indenização por dano moral coletivo. O intuito foi investigar como tais instrumentos auxiliam no combate à chaga social do trabalho escravo contemporâneo, bem como reiterar o papel fundamental do Direito do Trabalho no acesso à justiça e na concretização de um patamar civilizatório mínimo de direitos.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea. Direito do Trabalho. Direitos sociais e coletivos.

ABSTRACT

This article aims to analyze how the collective protection of rights is carried out in the fight against contemporary slave labor in Brazil, focusing on the institutional actions of the Ministry of Labor and Employment and the Public Labor Prosecution Office. To achieve this objective, the main legal instruments for this purpose were studied: fiscal inspections, class action lawsuits, conduct adjustment agreements and compensation for collective moral damages. The intention was to investigate how these instruments assist in combating the social scourge of contemporary slave labor, as well as to emphasize the fundamental role of Labor Law in access to justice and the realization of a minimum level of civilized rights.

Keywords: Contemporary slavery. Labor Law. Social and collective rights.

INTRODUÇÃO

De acordo com relatos históricos, o trabalho escravo no Brasil se iniciou no século XVI, acompanhando o processo de colonização, e caracterizou-se como exploração de mão de obra negra e indígena não remunerada e em condições degradantes. Foi o pilar das relações de trabalho no período colonial, uma vez que, enquanto as colônias espanholas utilizaram o trabalho escravo em alguns setores de produção, o Brasil o utilizou em quase tudo que produziu (Secreto, 2018).

Em 1888, foi sancionada a Lei Áurea, que aboliu formalmente a escravidão, consequência da exaustão de um modelo econômico defasado que precisava ser substituído pelo trabalho livre, bem como em razão da luta coletiva, angariada especialmente por associações abolicionistas, sendo o Brasil o último país da América a conquistar tal feito.

Muito embora exista hoje uma condenação universal às formas históricas de escravidão, tal fato não impediu a erradicação do trabalho escravo em sua integralidade. Adotam-se novas variações do trabalho escravo, mais sutis e revestidas de uma roupagem contemporânea que busca mascarar uma violação sistemática de direitos. É o caso do teletrabalho escravo, cuja caracterização se dá pela exploração de forma telemática, com o cumprimento de jornadas extenuantes e metas impossíveis e o desrespeito ao chamado direito à desconexão¹.

Apesar de não existir um consenso em relação à conceituação de trabalho escravo contemporâneo, o entendimento prevalecente da doutrina e da jurisprudência é a interpretação do art. 149 do Código Penal, que assim dispõe:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Além dos quatro elementos tipificadores do crime, em seu parágrafo primeiro, o dispositivo acrescenta formas equiparadas: a retenção do trabalhador no local de trabalho por meio do cerceio do uso de qualquer meio de transporte; pelo apoderamento de seus documentos ou objetos pessoais; ou por meio da vigilância ostensiva. De acordo com a pesquisa realizada por Patrícia Costa, as principais causas do trabalho escravo contemporâneo são a pobreza, a impunidade e o desconhecimento dos direitos trabalhistas por parte dos escravizados (Costa, 2010, p. 121-122).

A Organização Internacional do Trabalho, em 2021, informou que cerca de 28 milhões de pessoas realizavam trabalhos forçados ao redor do mundo, em que 17,3 milhões eram exploradas no setor privado; 6,3 milhões eram vítimas de exploração sexual comercial forçada e 3,9 milhões, do trabalho forçado imposto pelo Estado. Deste universo,

1 O direito à desconexão, neste cenário, é entendido como o direito ao não trabalho, ao descanso, ou seja, o direito de se desligar do trabalho.

ressalta-se que grande parte das vítimas são consideradas particularmente vulneráveis como migrantes, mulheres e crianças².

A Agência Brasil estima, segundo dados do Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas, que as operações de combate ao trabalho escravo resgataram 57.772 pessoas entre 1995 e 2022, sendo os principais setores econômicos envolvidos a criação de bovinos, a construção de edifícios, o cultivo de café e de cana-de-açúcar e a produção florestal.

O trabalho forçado continua sendo uma realidade nacional e internacional. Mais do que o cerceamento da liberdade, o que se observa com esta prática é a ausência da garantia de um patamar civilizatório mínimo de direitos aos trabalhadores, uma vez que houve uma ampliação dos bens jurídicos tutelados pela norma penal “[...] da liberdade para, também e, principalmente, a dignidade da pessoa humana” (Brito Filho, 2020, p. 81). Dessa forma, apesar da existência de novos mecanismos de exploração, o fato é que a essência do trabalho escravo permanece: a reificação do ser humano.

Em 1955, o governo brasileiro reconheceu oficialmente a existência de trabalho em condição análoga à escravidão no País e iniciou medidas para seu combate e erradicação, através, principalmente, da fiscalização realizada pelos auditores-fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 2011). Em outra frente, o Ministério Público do Trabalho (MPT) estabeleceu, em 2002, a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Conaet), ramo responsável por investigar situações nas quais obreiros são submetidos ao trabalho nessas condições, cujos principais instrumentos de atuação são o termo de ajuste de conduta e a ação civil pública.

O Brasil se comprometeu a combater o trabalho escravo contemporâneo por meio da assinatura de diversos diplomas internacionais, dentre os quais se destacam as Convenções n. 29 e n. 105 sobre Trabalho Forçado e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho (OIT); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); e o Protocolo de Palermo³, da Convenção das Nações Unidas.

Apesar dos esforços envidados pelos órgãos de fiscalização, o governo federal e a Justiça do Trabalho, os casos de resgate de pessoas em situação análoga à de escravo são frequentes. Nesse contexto, menciona-se o episódio ocorrido em fevereiro de 2023, em que houve a operação do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Sul no resgate de cerca de duzentos trabalhadores vítimas de trabalho em condições degradantes em vinícolas na cidade de Bento Gonçalves, na Serra Gaúcha. De acordo com a investigações realizadas e os depoimentos colhidos, os trabalhadores eram submetidos a jornadas exaustivas, discriminação, violência física e moral, situações de insalubridade, atraso no pagamento de salários e outras privações.

2 Fonte: Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage.

3 Nome oficial: Protocolo Adicional das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoa, em Especial Mulheres e Criança.

Para Livia Miraglia, o trabalho escravo "afronta o princípio basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, pois submete o obreiro a condições ínfimas de sobrevivência, em um patamar muito aquém do mínimo indispensável para uma vida digna" (Miraglia, 2015, p. 11-12).

Este mínimo existencial diz respeito a:

[...] justa remuneração; respeito às normas de saúde e segurança no trabalho; limitação da jornada, assegurado o direito ao pagamento das horas extras eventualmente prestadas e ao descanso necessário para a reposição das energias e ao convívio social; e acesso às garantias previdenciárias (Miraglia, 2015, p. 149).

Por ofender direitos tão caros à sociedade, e constitucionalmente assegurados, como a liberdade, a dignidade e o valor social do trabalho, entende-se que a prática do trabalho escravo contemporâneo resulta em um dano em nível coletivo. Diante do exposto, o presente artigo pretende analisar a tutela de direitos coletivos no combate do trabalho escravo contemporâneo e os principais mecanismos institucionais utilizados: a ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta, com enfoque na indenização por danos morais coletivos e a fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

1 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

A conceituação do trabalho escravo contemporâneo comporta divergência na doutrina e no campo normativo. No entanto, o entendimento prevalecente é a interpretação prevista no art. 149 do Código Penal, alterada pela Lei n. 10.803/2003, a qual representa um avanço social, na medida em que amplia as hipóteses para a tipificação penal, abrangendo trabalhos forçados por dívida, jornadas exaustivas e submissão a condições degradantes de trabalho. Não obstante,

[...] o conceito de trabalho em situação análoga à de escravo apreendido pelo Direito do Trabalho deve abarcar todo aquele labor que desrespeite a dignidade da pessoa humana, pois é esse o bem jurídico a ser tutelado no combate à prática do trabalho escravo contemporâneo (Miraglia, 2015, p. 12).

No plano internacional, a Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, definiu o trabalho forçado como "todo trabalho ou serviço que é exigido de qualquer pessoa sob a ameaça de qualquer penalidade e para o qual essa pessoa não se voluntaria". Ressalta-se, ainda, a Instrução Normativa n. 2/2021 do Ministério do Trabalho e Emprego, que aprofundou os conceitos estabelecidos no art. 149 do Código Penal:

Art. 23. Considera-se em condição análoga à de escravo o trabalhador submetido, de forma isolada ou conjuntamente, a:

I - trabalho forçado;

II - jornada exaustiva;

III - condição degradante de trabalho;

IV - restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; ou

V - retenção no local de trabalho em razão de:

a) cerceamento do uso de qualquer meio de transporte;

b) manutenção de vigilância ostensiva; ou

c) apoderamento de documentos ou objetos pessoais.

Art. 24. Para os fins previstos no presente Capítulo:

I - trabalho forçado é aquele exigido sob ameaça de sanção física ou psicológica e para o qual o trabalhador não tenha se oferecido ou no qual não deseje permanecer espontaneamente;

II - jornada exaustiva é toda forma de trabalho, de natureza física ou mental que, por sua extensão ou por sua intensidade, acarrete violação de direito fundamental do trabalhador, notadamente os relacionados à segurança, saúde, descanso e convívio familiar e social;

III - condição degradante de trabalho é qualquer forma de negação da dignidade humana pela violação de direito fundamental do trabalhador, notadamente os dispostos nas normas de proteção do trabalho e de segurança, higiene e saúde no trabalho;

IV - restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida é a limitação ao direito fundamental de ir e vir ou de encerrar a prestação do trabalho, em razão de débito imputado pelo empregador ou preposto ou da indução ao endividamento com terceiros;

V - cerceamento do uso de qualquer meio de transporte é toda forma de limitação ao uso de meio de transporte existente, particular ou público, possível de ser utilizado pelo trabalhador para deixar local de trabalho ou de alojamento;

VI - vigilância ostensiva no local de trabalho é qualquer forma de controle ou fiscalização, direta ou indireta, por parte do empregador ou preposto, sobre a pessoa do trabalhador que o impeça de deixar local de trabalho ou alojamento; e

VII - apoderamento de documentos ou objetos pessoais é qualquer forma de posse ilícita do empregador ou preposto sobre documentos ou objetos pessoais do trabalhador.

Assim, o que caracteriza o trabalho em condições análogas à escravidão é a supressão de direitos fundamentais estruturantes da sociedade e a negação de humanidade a esses trabalhadores. A prática nefasta é resultado de um processo de precarização do trabalho fundamentado na instrumentação da mão de obra e na busca incessante de lucro do mercado, a ponto de alcançar a exploração máxima do trabalho, fruto da cultura escravocrata e de seus reflexos, os quais ainda estão presentes na constituição das relações laborais brasileiras.

Nesse panorama, o trabalho escravo em condições análogas à de escravo seria a antítese do direito fundamental ao trabalho digno (Delgado; Nogueira; Rios, 2007). Por adquirir contornos de direito fundamental no que diz respeito ao mínimo necessário para uma subsistência digna, é certo que tal prática configura um dano que transcende o interesse individual e atinge a esfera coletiva.

2 A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Os direitos sociais e coletivos foram objeto de tutela pela Constituição Federal, atribuindo como função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inciso III).

No Brasil, embora não exista um Código de Processo Coletivo, houve a consolidação de um microsistema processual de normas que tratam a tutela coletiva, incluindo a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), o qual conta com a aplicação residual do Código de Processo Civil.

Ricardo de Barros Leonel destaca que, nesse conjunto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei da Ação Civil Pública (LACP) ocupam o centro, se complementando, interagindo reciprocamente e formando os princípios básicos, enquanto as demais normas ocupam um papel secundário, regulando as peculiaridades de determinadas matérias (Leonel, 2011).

O CDC representou um divisor de águas no estabelecimento do procedimento comum do processo coletivo brasileiro ao estabelecer que a coletividade, ainda que indeterminada e sem gozar de personalidade jurídica, tornou-se titular de direitos, com a possibilidade de reivindicar sua proteção e tutela jurídica, inclusive no que toca à reparação de danos. Com o Código Consumerista, definiu-se o conceito de direitos coletivos, a criação dos direitos individuais homogêneos, a disciplina extensa da coisa julgada e da litispendência, instituído o princípio da atipicidade e a liquidação e execução dos direitos coletivos *lato sensu*.

Vale ressaltar que as demandas individuais e coletivas, apesar de independentes, são cumuláveis, isto é, as ações de tutela coletiva não induzem a litispendência das ações individuais e seus resultados não as prejudicam. No entanto, a coisa julgada produzida nas ações de tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, em que haja a procedência do pedido, não beneficia os autores de demandas individuais que não pedirem a suspensão de seus processos, como dispõe o art. 103, II, do CDC. Nesses casos, a suspensão da demanda individual é uma faculdade do autor.

No âmbito trabalhista, as ações coletivas se consolidaram como importante via processual para o efetivo acesso dos trabalhadores à justiça, especialmente diante da massificação dos conflitos. Para José Roberto Freire Pimenta e Raquel Castro Pimenta (2011), o tratamento individualizado dos conflitos trabalhistas vulnera o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, pois desprestigia as decisões judiciais e sobrecarrega o Poder Judiciário com múltiplas demandas tratando do mesmo tema.

Adicionalmente, ressalta-se:

As ações coletivas colaboram para o acesso à justiça dos trabalhadores, pois tendem a reduzir as consequências do recorrente desequilíbrio financeiro existente entre as partes nos processos individuais, e permitem a apreciação pelo Judiciário de lesões que individualmente não teriam grande repercussão econômica (Gouveia, 2022, p. 249).

Tal fato se agrava ao se considerarem os custos processuais envolvidos no ingresso de ações de forma individual. Não obstante, as ações coletivas ganharam especial relevo diante das modificações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, denominada Lei da Reforma Trabalhista, que criou ou suprimiu dispositivos que limitaram o ajuizamento individual dos trabalhadores à Justiça do Trabalho.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2014, p. 145), “a tutela coletiva não pode ser denegada, pois às vezes é a única possível em casos de lesões de grande dispersão, mas pequena expressão individual”. Diante da massificação das demandas e da repetição dos mesmos litigantes, as ações coletivas são um meio de evitar decisões divergentes em casos semelhantes, assegurando o princípio constitucional da isonomia. Nessa ótica, o instituto contribui para a economia processual, a razoável duração dos processos e para a diminuição das ações individuais no Judiciário. Evidente, portanto, a importância das ações coletivas, seja de um ponto de vista pragmático ou de efetivação de acesso à justiça.

Tal entendimento se aplica no campo do combate ao trabalho escravo contemporâneo. Conforme delineado, verifica-se a natureza coletiva produzida por esta prática na medida em que o bem jurídico protegido consiste na dignidade da pessoa humana, núcleo do sistema jurídico e que alcança demais valores extrapatrimoniais reconhecidos a uma coletividade.

A exploração do trabalho em condições análogas à escravidão resulta na violação a diversos direitos fundamentais constitucionalizados, como a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988); o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CRFB/1988); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/1988); a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/1988); a legalidade (art. 5º, II, CRFB/1988); a não submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CRFB/1988); a inviolabilidade da honra e imagem (art. 5º, X, CRFB/1988); a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CRFB/1988); a liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CRFB/1988); e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CRFB/1988) (Fávero Filho, 2010, p. 248-249).

Pelas razões elencadas, passa-se a estudar os principais instrumentos processuais para a tutela dos direitos coletivos no campo da erradicação do trabalho análogo à escravidão.

3 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS NA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

3.1 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A tutela coletiva de direitos, além de ser um direito, é uma garantia fundamental de acesso à justiça com mais celeridade e equidade, sendo seu principal instrumento processual a ação civil pública (ACP), como se observa da leitura do art. 1º da Lei n. 7.347/1985:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística;
- VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII - ao patrimônio público e social.

Com a Lei n. 7.347/1985, houve um alargamento dos legitimados ativos para a proposição da ACP, que incluem o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Administração Direta e Indireta e as associações, desde que detentoras de representatividade adequada, nos termos do art. 5º, *caput*, incisos I e II. No plano trabalhista, o destaque vai para a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às formas de precarização das relações laborais, entre elas o trabalho em condições análogas à de escravo. Por meio da ação civil pública, o MPT, substituto processual, tem legitimidade para postular, em seu nome, direito alheio. Outrossim, os colegitimados têm legitimidade concorrente e disjuntiva, isto é, todos são competentes para propor a ação, independentemente, mas nada impede a existência de um litisconsórcio entre eles.

Em síntese, a ACP se destina à tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando o fim do ilícito, com a condenação do infrator ao pagamento em pecúnia (indenização por danos materiais e morais) e/ou a obrigação de fazer ou deixar de fazer determinado ato, inclusive com a interposição de multa no caso de descumprimento. Configura-se como a melhor alternativa para a solução dos litígios, uma vez que permite a pretensão na defesa dos direitos da coletividade sem expor os tutelares lesados (Delgado; Nogueira; Rios, 2007).

A Lei Complementar n. 75/1993 expandiu o objeto da ACP à esfera trabalhista e estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para a “defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos” (art. 83, inciso III). Diante da constatação do trabalho em condições análogas à de escravo, o MPT poderá ajuizar a ação civil pública para resguardar os direitos individuais homogêneos dos trabalhadores lesados. Conforme a redação do art. 81 do CDC, os direitos individuais homogêneos seriam aqueles decorrentes de uma origem comum, cujo titular é um grupo de pessoas determinável ou determinado. A ação civil pública viabilizaria a proteção aglutinada de inúmeros interesses individuais de afinidades recíprocas.

No que se refere ao combate ao trabalho escravo contemporâneo, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que a ação civil pública na tutela de interesses individuais homogêneos se mostra como importante instrumento, na medida em que:

- a) permite a aglutinação de diversos litígios numa única demanda, prestigiando-se a economia e celeridade processuais e evitando-se decisões conflitantes tão caras ao Judiciário e à sociedade;
- b) ameniza algumas barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso judicial da parte fraca, como os trabalhadores, os consumidores, os contribuintes, as crianças, os idosos, os excluídos, os vulneráveis;
- c) desestimula condutas sociais indesejáveis dos exploradores de trabalho escravo, mediante aplicação de multas elevada, o que acaba prevenindo a repetição de futuras lesões aos trabalhadores;
- d) estimula a criação de uma nova mentalidade que prestigia a solidariedade e o acesso universal a uma ordem justa, cumprindo os objetivos fundamentais da República no tocante à promoção do bem comum e à correção das desigualdades sociais (Leite, 2005, p. 170).

Além da ação civil pública, outro instrumento utilizado pelo *Parquet* na resolução de conflitos coletivos é o termo de ajustamento de conduta (TAC), meio extrajudicial que visa impedir a continuidade de uma situação de ilegalidade e tem como objeto interesses sociais indisponíveis. Por ser um negócio jurídico bilateral, exige a manifestação de vontade das duas partes a fim de surtir efeito e tem por consequência a responsabilização do obrigado ao cumprimento do que foi ajustado, sob pena de ajuizamento de execução autônoma. A finalidade do TAC é reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial, destacando-se como vantagens a economia processual, a eficácia de título executivo extrajudicial e a previsão de prazos e penalidades para o cumprimento dos deveres impostos, o que se traduz na natureza inibitória do instrumento.

No caso da exploração dos trabalhadores resgatados nas vinícolas em Bento Gonçalves-RS, por exemplo, os termos de ajustamento de conduta firmados com o MPT preveem que as empresas infratoras assumam 21 obrigações de fazer e de não fazer para aperfeiçoar o processo de tomada de serviços, com a fiscalização das condições de trabalho e dos direitos de trabalhadores próprios e terceirizados, e para impedir que novos casos semelhantes se repitam no futuro. Ademais, dispõe sobre o pagamento de sete milhões de reais

de indenização, destinados à reparação tanto das vítimas quanto da sociedade, por meio de entidades, fundos e projetos voltados a reparação do dano. Tal montante não exclui o pagamento das verbas rescisórias, tampouco a responsabilização criminal⁴.

4 DANO MORAL COLETIVO

O dano moral coletivo, muito embora não seja propriamente um instrumento processual, é um instituto muito utilizado na seara da tutela coletiva e, por essa razão, será analisado com mais atenção. Trata-se de uma categoria autônoma de dano consagrada no sistema da responsabilidade civil, tanto na legislação quanto na jurisprudência, além de representar um grande progresso na tutela de direitos coletivos, sendo pleiteado principalmente nas ações civis públicas.

Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 215) descreve seus desdobramentos como:

[...] a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade, que lhes são próprios, e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros.

Uma das consequências da evolução legislativa trazida com o Código de Defesa do Consumidor na tutela processual coletiva foi o reconhecimento de que uma lesão a um bem coletivo corresponde a um dano extrapatrimonial. Para sua configuração, dispensa-se a comprovação de elementos de índole subjetiva, uma vez que somente a conduta ilícita grave, violadora de ordenamento jurídico, é suficiente diante da natureza objetiva do dano moral coletivo (Medeiros Neto, 2014).

Nesse contexto, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva⁵.

A respeito do tema, a Corte também firmou entendimento no sentido de que “a condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais”⁶ e

4 Termos de Ajuste de Conduta n. 07.2023, n. 08.2023 e n. 09.2023. Disponíveis em: <https://tinyurl.com/yje2854y>. Acesso em: 5 out. 2023.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp n. 1.473.846-SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 21.2.2017. Publ. **DJe** 24 fev. 2017.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp 1303014-RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 18.12.2014. Publ. **DJe** 26 maio 2015.

de que "o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita"⁷.

Assim, a responsabilidade por dano coletivo caracteriza-se pela natureza objetiva, sem a necessária prova do prejuízo moral, que está demonstrado no próprio fato antijurídico que resulta em uma lesão grave e intolerável frente aos valores e interesses fundamentais da sociedade. Em outra senda, a jurisprudência trabalhista tem-se consolidado pelo reconhecimento de direitos extrapatrimoniais coletivos no que toca à garantia de condições dignas e seguras nas relações laborais, principalmente em ações envolvendo o meio ambiente do trabalho.

No tocante às ações de trabalho escravo contemporâneo, evidente que a conduta ilícita gera o dever de indenizar a lesão produzida que atinge o patrimônio valorativo das vítimas e afronta diretamente a ordem jurídica interna e internacional. Ademais, traz consequências econômicas, pois ao diminuir os custos trabalhistas para maximizar os lucros, cria uma concorrência desleal e compromete a existência do próprio Estado Social.

Para a configuração do dano moral coletivo, devem-se considerar a gravidade da conduta, a repercussão geral, o número de trabalhadores envolvidos, a duração da prática e a situação econômica do ofensor e seu grau de culpabilidade, aspectos cotejados no contexto fático probatório delineado nos autos. A indenização, além da função reparatória de oferecer à coletividade de trabalhadores envolvidos uma compensação pelo dano já sofrido, também possui natureza repressiva e pedagógica, na medida em que coíbe a reiteração da prática. Sobre o tema, a professora Lívia Miraglia realizou pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho com o intuito de analisar os parâmetros decisórios utilizados na caracterização de trabalho em condições análogas à escravidão e suas consequências juslaborais.

Em relação ao pagamento de indenização por danos morais, chegou à seguinte conclusão:

O TST foi unânime em afirmar que as violações às normas de saúde, higiene e segurança, bem como a submissão a jornadas exaustivas e a condições degradantes de trabalho são, indiscutivelmente, direitos individuais homogêneos em relação àquela coletividade de trabalhadores lesados e, também, direitos coletivos na medida em que atingem toda a sociedade brasileira que não mais pode admitir a existência dessa prática em seu território.

[...] Por fim, restou evidente que o TST possui entendimento pacífico quanto à prova do dano moral ser *in re ipsa*. Ou seja, basta a comprovação da violação de direito fundamental do trabalhador para o deferimento da indenização. Nas hipóteses de trabalho escravo o TST entendeu que não era preciso provar que a jornada exaustiva, o alojamento precário, a ausência de instalações sanitárias e a falta água potável, bem como a existência de servidão por dívidas ou do *truck system* ensejam dano à personalidade, honra ou intimidade do trabalhador. A verificação dessas situações já seria suficiente para se presumir o dano (Miraglia, 2020, p. 138-140).

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp 1.517.973-PE. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 16.11.2017. Publ. **DJe** 1º fev. 2018.

Nesse diapasão, a indenização por dano moral coletivo é um instituto eficaz para desestimular o crime de trabalho escravo contemporâneo e punir os responsáveis, além de ser um instrumento de acesso à justiça. Para tanto, é necessário que tenha um valor justo e expressivo, coerente para se obter uma tutela judicial efetiva em face dos ofensores, sob pena de banalizar e esvaziar de sentido o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

A atuação dos auditores do trabalho na fiscalização das condições de trabalho foi fundamentada em capítulo específico da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), denominado "Da Fiscalização, da Autuação e da Imposição de Multas". Nos arts. 626 e seguintes do Código Trabalhista, dispõe-se sobre a incumbência das autoridades do Ministério do Trabalho na fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção do trabalho.

Com a finalidade de subsidiar a instrução dos responsáveis, estabelece que a fiscalização deve observar o "critério da dupla visita", o qual, no entanto, entende-se não se aplicar às situações de trabalho forçado, devido à sua gravidade (Delgado; Nogueira; Rios, 2007). De acordo com o art. 628, quando verificado o descumprimento da legislação da proteção do trabalho ou de instruções ministeriais, serão lavrados os autos de infração, sob pena de responsabilidade administrativa. Ainda que seja aplicada a multa administrativa, observa-se que esta "não eximirá o infrator da responsabilidade em que incorrer por infração das leis penais" (CLT, art. 634, § 1º).

No combate ao trabalho escravo contemporâneo, as denúncias podem ser realizadas por qualquer pessoa de forma anônima através do Sistema Ipê, plataforma online criada no intuito de centralizar todas as denúncias do País e facilitar o acompanhamento dos órgãos responsáveis. A ferramenta, lançada em 2020 pela Subsecretaria de Inspeção do Trabalho com o apoio técnico da Organização Internacional do Trabalho, apresenta uma forma simplificada de cadastro em que se pedem os dados do denunciado e do denunciante, além de outros arquivos e elementos para subsidiar a denúncia, como informações sobre a relação de trabalho, a forma de contratação, as condições de trabalho, alojamento e alimentação.

No mesmo sentido, cumpre destacar a Portaria n. 3.484/2021, que torna público o Fluxo Nacional de Atendimento às Vítimas de Trabalho Escravo no Brasil, iniciativa da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), e visa garantir um atendimento especializado e sistematizado aos resgatados em condições análogas à de escravidão por meio da atuação integrada da rede de proteção. O Fluxo foi estruturado em três estágios: da denúncia ao planejamento, resgate e pós resgate. Seu objetivo é definir os papéis e responsabilidades das instituições envolvidas, padronizar o atendimento às vítimas e assegurar o apoio especializado, garantindo o seu encaminhamento às políticas e serviços públicos disponíveis.

Ademais, salienta-se o papel das inspeções realizadas pelos Grupos de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho, que atuam em conformidade com as denúncias recebidas ou por

meio do planejamento realizado pelo próprio Ministério do Trabalho, com base no diagnóstico prévio dos ilícitos (MTE, 2011). As fiscalizações dos auditores do trabalho em que há resgate de trabalhadores contam normalmente com a participação de outros órgãos, tais como a Defensoria Pública, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal. Nessas ações, é importante que seja efetuada a oitiva das vítimas e dos investigados, de forma concomitante entre os referidos órgãos, de maneira a evitar contradição dos depoimentos colhidos, que são essenciais para subsidiar o conjunto probatório das futuras ações judiciais.

Não obstante os instrumentos citados, há um movimento em prol do endurecimento das penalidades aos infratores, como é o caso da Proposta de Emenda à Constituição n. 57-A, que prevê a expropriação de propriedades nas quais for constatada a prática de trabalho escravo e sua destinação para reforma agrária ou uso social. Outro mecanismo de punição relevante do ponto de vista econômico é a chamada "lista suja", a qual consiste no cadastro das empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo e a restrição de seu acesso ao crédito e à participação nas licitações públicas.

Frente ao cenário atual, para além das medidas coercitivas, uma ênfase maior deve ser dada pelo Estado à atuação preventiva e de reinserção social. Para combater concretamente o problema e romper com o ciclo do trabalho escravo, evitando a reincidência, as ações devem ser direcionadas às fontes, como a vulnerabilidade e a fragilidade econômica dos trabalhadores, e ao momento pós-resgate, com a aplicação de recursos que assegurem não apenas sua sobrevivência, mas o acesso a melhores condições de vida, como a elevação do nível educacional e a qualificação profissional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O capitalismo se reinventa para se adequar aos períodos históricos em que a sociedade vive e encontra novas formas de exploração do labor humano e maneiras de auferir os lucros. Sua expansão predatória, de valorização do capital em detrimento de direitos trabalhistas, possibilita a existência de formas de trabalho tão ultrajantes como o trabalho escravo no século XXI. Tal fato traz questionamentos sobre o real progresso da sociedade e como a modernização muitas vezes não é utilizada em prol de uma construção de relações de trabalho dignas e protegidas.

A contrário senso, a escravidão no Brasil não ficou restrita a um passado colonial, e hoje, sob uma forma contemporânea, representa um problema de ordem pública em que há a submissão de milhares de indivíduos a trabalhos em condições degradantes, com uma jornada exaustiva, em ambientes insalubres e perigosos e frequentemente sob ameaça de castigos físicos. Na concepção moderna de trabalho análogo à escravidão, dispensa-se a efetiva restrição de liberdade, uma vez que "não há que se falar em existência de liberdade no contexto de uma relação trabalhista degradante, pois apenas quem não é, de fato livre, se submete a situações humilhantes e vexatórias" (Miraglia, 2015, p. 148).

No enfrentamento dessa chaga social, a atuação institucional do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho é essencial para o processo de erradicação

das modalidades de escravidão contemporânea e para a promoção do trabalho decente e protegido. Preventivamente, os órgãos atuam com a articulação de entidades governamentais, não governamentais e da sociedade civil, e com o desenvolvimento de políticas públicas e campanhas, dando visibilidade ao tema e objetivando o atendimento e o acolhimento das vítimas. Nesse contexto, cita-se, exemplificativamente, o acordo de cooperação técnica entre o MPT e a Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), que visa ao fomento e conscientização da população acadêmica e externa, incluindo o desenvolvimento de pesquisas e a prestação de suporte, especialmente jurídico, aos trabalhadores resgatados.

No âmbito repressivo, o Ministério do Trabalho realiza a fiscalização a partir das denúncias recebidas, interdita locais e estabelecimentos em que se reconhecem indícios de prestação de serviços em condições análogas à de escravo e aplica as multas administrativas cabíveis. Em outra frente, o MPT também acompanha as fiscalizações e é responsável pela propositura de termo de ajuste de conduta ou ajuizamento de ação civil pública com a finalidade de adequar os procedimentos do empregador, balizados pela legislação brasileira e as convenções internacionais.

O ajuizamento de ações coletivas, como a ação civil pública, consagra-se como alternativa para viabilizar o efetivo acesso à justiça, imprimir celeridade na prestação jurisdicional e evitar a prolação de decisões conflitantes sobre a mesma matéria, proporcionando equidade nos julgamentos. Para o próprio Poder Judiciário, o processo coletivo apresenta vantagens, como a economia processual e a redução de processos em trâmite. Na esfera trabalhista, as ações coletivas apresentam-se como meio processual capaz de driblar os obstáculos trazidos pela Lei da Reforma Trabalhista para a judicialização de demandas individuais, além de entraves como os custos processuais e as possíveis retaliações dos empregadores.

Diante dos aspectos abordados, conclui-se que, embora se verifique a louvável atuação das instituições responsáveis e da Justiça do Trabalho, ainda há um longo caminho a ser percorrido. As fiscalizações e inspeções são insuficientes para cobrir a grande quantidade de casos, principalmente ao se considerar a falta de recursos financeiros e de auditores do Trabalho, tendo em vista haver um significativo déficit de profissionais. Ademais, a atuação tímida do Tribunal Superior do Trabalho em se pronunciar expressamente pela existência do trabalho escravo e sua tipificação no Código Penal abranda a gravidade da conduta dos empregadores, que se traduz como uma mera infração trabalhista (Miraglia, 2020, p. 141), e falha na missão de diminuir o volume de demandas judiciais ajuizadas.

A vastidão do território brasileiro, aliada à complexidade da escravidão contemporânea, faz com que seja matéria de urgência a continuação das ações ora elencadas, bem como a ampliação de seu escopo. Com vistas para o futuro, as respostas institucionais e os institutos legais existentes precisam ser periodicamente revistos para se extirpar o problema completamente, com o mapeamento das principais causas sociais, econômicas, culturais, sociais e jurídicas.

Nesse sentido, as estratégias e diretrizes formuladas, especialmente para o desenvolvimento das políticas públicas e medidas de prevenção, devem atentar aos seguintes

aspectos: o perfil da vítima; a diversidade de modalidades possíveis de trabalho escravo e suas peculiaridades; o modo de recrutamento e aliciamento dos trabalhadores; a relação com os conflitos agrários, a concentração fundiária e a pobreza; o desconhecimento dos direitos pelos trabalhadores; as ações da sociedade civil e do setor privado; o acompanhamento das vítimas após o resgate e sua reinserção; e a repercussão econômica aos infratores, como a inserção na “lista suja”.

A erradicação do trabalho escravo contemporâneo só é realizável por meio da tutela de direitos fundamentais que resguardem o trabalho decente, promovido pela contínua articulação entre os setores públicos e privados e o compromisso institucional do Estado. É nesse contexto que se destaca o papel histórico do Direito do Trabalho como instrumento de justiça e inclusão social, com a retomada de sua natureza principiológica e reivindicatória, a fim de preservar um patamar civilizatório mínimo que vise à garantia de dignidade ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União: seção 1. Brasília, DF, p. 23911, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://tinyurl.com/5b3twe3d>. Acesso em: 4 abr. 2023.

BRIGATTI, Fernanda; FONSECA, Caue. Trabalhadores de colheita de uva são resgatados em regime análogo à escravidão no Rio Grande do Sul. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Seção FolhaJus, 24 fev. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/y9ysxdc6>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo**: caracterização jurídica. 2. ed. São Paulo: LTr, 2020.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo**: o exemplo do Brasil. Brasília: OIT, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves; NOGUEIRA, Lílian Katiusca Melo; RIOS, Sâmara Eller. Trabalho escravo: instrumentos jurídico-institucionais para a erradicação no Brasil contemporâneo. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, v. 4, n. 21, p. 53-73, nov./dez. 2007.

FÁVERO FILHO, Nicanor. Trabalho escravo: vilipêndio à dignidade humana. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (org.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOUVEIA, Bruno Paiva. **A tutela jurisdicional coletiva pós reforma trabalhista**: ação coletiva e acesso à justiça. 2022. 259f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 71, n. 2, p. 146-173, maio/ago. 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Indenizações por danos morais coletivos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 80, n. 1, p. 212-224, jan./mar. 2014.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 78, n. 4, p. 288-304, out./dez. 2012.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O trabalho escravo na perspectiva do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 77, p. 125-144, jul./dez. 2020.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas. Disponível em: <https://tinyurl.com/2r9vyzh4>. Acesso em: 4 abr. 2023.

MTE – MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/m8b754fm>. Acesso em: 26 jun. 2023.

PAIXÃO, Cristiano. O acesso à justiça como garantia institucional: inconstitucionalidade da reforma trabalhista. In: HONÓRIO, Cláudia; VIEIRA, Paulo Joarês (org.). **Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a "reforma trabalhista**. Brasília: MPT/Gráfica Movimento, 2018.

PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Efetividade da tutela jurisdicional trabalhista e substituição processual sindical: análise da recente evolução da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 54, n. 84, p. 157-177, jul./dez. 2011.

SECRETO, María Verónica. Fronteiras da escravidão. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos (org.). **Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Nathália Guimarães Ohofugi

<https://lattes.cnpq.br/5229621909469385>

Pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Assessora na Assessoria Jurídica Trabalhista da Procuradoria-Geral da República.

IMPACTOS DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022 NO REGIME DE TELETRABALHO EM CENÁRIO PÓS-PANDÊMICO

IMPACTS OF PROVISIONAL PRESIDENTIAL DECREE N. 1.108/2022 ON THE TELEWORK REGIME IN A POST-PANDEMIC SCENARIO

Recebido em 18.11.2022 • Aprovado em 13.9.2023

.....

Nikole Favero

RESUMO

O cenário pandêmico mundial causado pela covid-19 obrigou as empresas a adotarem modelos de trabalho remoto. Por sua vez, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), até então, não trazia normas específicas para regulamentar o teletrabalho, pois o que se tinha eram normas superficiais sobre o tema, o que, na época, ocasionou insegurança jurídica para as empresas e trabalhadores, que se viram obrigados a adotar o trabalho remoto/teletrabalho em virtude da pandemia. A Medida Provisória n. 1.108/2022 foi criada justamente para regulamentar esse modelo de trabalho, o teletrabalho e/ou o trabalho híbrido, incluindo também em sua redação a equiparação do trabalho remoto ao teletrabalho. Objetiva-se demonstrar a importância da regulamentação do regime de teletrabalho e analisar se a Medida Provisória n. 1.108/2022, que foi posteriormente conver-

tida na Lei n. 14.442/2022, trouxe segurança jurídica aos contratos de trabalho após o enfrentamento da covid-19. Para suprir tais objetivos, ante um viés metodológico, emprega-se pesquisa com procedimento bibliográfico e legislativo, de natureza básica, tipo teórico, objetivo descritivo, abordagem qualitativa e método dedutivo. Conclui-se, portanto, a partir do estudo do Capítulo II-A da CLT e da Medida Provisória n. 1.108/2022, convertida na Lei n. 14.442/2022, que os empregados e os empregadores foram beneficiados positivamente com as mencionadas alterações legislativas, pois obtiveram maior segurança jurídica nos contratos de trabalho sob o regime de teletrabalho, uma vez que a regulamentação foi especificada em relação ao Capítulo II-A da CLT.

Palavras-chave: Covid-19. Pandemia. Teletrabalho. Medida Provisória n. 1.108/2022.

ABSTRACT

The global pandemic scenario caused by the covid-19 forced companies to adopt remote work models. In turn, the Consolidation of Labor Laws (CLT), until then, did not bring specific rules to regulate telecommuting, because what we had were superficial rules on the subject, which, at the time, caused legal uncertainty for companies and workers, who were forced to adopt remote work/telecommuting due to the pandemic. The Provisional Presidential Decree n. 1.108/2022 was created exactly to regulate this model of work, telecommuting and/or hybrid work, also including in its wording the equation of remote work to telecommuting. It is intended to demonstrate the importance of regulating the regime of telework and analyze whether the Provisional Presidential Decree n. 1.108/2022, which was later converted

into Law n. 14.442/2022, brought legal certainty to employment contracts after facing the covid-19. In order to fulfill such objectives, in view of a methodological bias, a bibliographical and legislative procedure research is employed, of basic nature, theoretical type, descriptive objective, qualitative approach and deductive method. It is concluded, therefore, from the study of chapter II-A of CLT and of the Provisional Presidential Decree n. 1.108/2022, converted into Law n. 14.442/2022, that the employees and employers were positively benefited with the mentioned legislative changes, because they obtained more legal security in the labor contracts under the regime of telework, once the regulation was specified in relation to chapter II-A of CLT.

Keywords: Covid-19. Pandemic. Telework. Provisional Presidential Decree n. 1.108/2022.

INTRODUÇÃO

O regime de teletrabalho, até a pandemia de covid-19, foi pouco explorado pelos trabalhadores e empregadores brasileiros. Como reflexo disso, pode-se considerar as normas de cunho genérico, até então, contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). De certa forma, com as medidas restritivas de locomoção impostas pelo governo brasileiro durante a pandemia a fim de evitar o contágio e diminuir o índice de mortalidade na sociedade, impulsionou-se o avanço de certos regimes laborativos, tais como o regime de teletrabalho.

Sob essa linha de análise, evidencia-se que a problemática da situação gira em torno de dois pontos: a) qual a importância do teletrabalho no contexto brasileiro pós-pandêmico? e b) quais os impactos da Medida Provisória n. 1.108, de 25 de março de 2022, no contexto do teletrabalho no Brasil?

Nesse sentido, justifica-se a pesquisa a partir do esclarecimento quanto à sua relevância acadêmica e à sua aplicabilidade nas sociedades. De fato, em primeiro, tem-se que a discussão acerca da importância do teletrabalho no contexto brasileiro pós-pandêmico merece destaque. Ademais, em segundo, nota-se que os impactos da Medida Provisória n. 1.108/2022 no contexto do teletrabalho no Brasil precisam ser esclarecidos para compreender os supostos benefícios para os empregados e empregadores.

De modo geral, objetiva-se analisar se a Medida Provisória n. 1.108/2022, que foi posteriormente convertida na Lei n. 14.442, de 2 de setembro de 2022, trouxe segurança jurídica aos contratos de trabalho após o enfrentamento da covid-19. De modo específico, aspira-se a demonstrar as principais alterações do texto legal oriundas do Capítulo II-A da CLT, que foram favoráveis aos empregados e empregadores. Ademais, pretende-se demonstrar a importância da regulamentação do regime de teletrabalho. Por fim, planeja-se expor as alterações trazidas ao regime de teletrabalho com o advento da Medida Provisória n. 1.108/2022, ao comparar os pontos favoráveis aos trabalhadores e empregadores com vistas a compreender a eficácia e a segurança jurídica que o legislador deu à nova redação do Capítulo II-A, "Do Teletrabalho", da CLT.

Para suprir tais objetivos, ante um viés metodológico, emprega-se pesquisa com procedimento bibliográfico e legislativo, de natureza básica, tipo teórico, objetivo descritivo, abordagem qualitativa e método dedutivo (Lakatos; Marconi, 2021).

Como hipótese, então, tem-se que a Medida Provisória n. 1.108/2022 trouxe maior segurança jurídica ao regime de teletrabalho ao abordar as disposições inseridas sobre esse regime na CLT.

À vista disso, sob um viés estrutural, a pesquisa se divide em três partes. Em primeiro, descreve-se o início da pandemia de covid-19 no Brasil e seus impactos para a sociedade brasileira. Em segundo, demonstra-se como ocorre o teletrabalho e qual a sua importância no ambiente brasileiro. Em terceiro, por fim, expõem-se as alterações trazidas ao regime de teletrabalho com o advento da Medida Provisória n. 1.108/2022.

1 PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL E CRIAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Muitos foram os momentos da história da humanidade em que as doenças infecto-contagiosas estavam presentes, tais como a peste bubônica, causada pela bactéria *Yersinia pestis*, popularmente conhecida como peste negra; a varíola, causada pelo vírus *Orthopoxvirus variolae*, também conhecida como "bexiga"; a cólera, causada pela *Vibrio cholerae*; a gripe suína, ocasionada pelo vírus H1N1; e, recentemente, a covid-19.

Em uma breve linha do tempo, o marco inicial ocorreu na China, em dezembro de 2019, mais precisamente em um mercado de animais em Wuhan. De fato, um vírus, desconhecido na época, encontrou um hospedeiro perfeitamente compatível, o corpo humano. Paulatinamente, a transmissão passou para um surto; de surto, evoluiu para epidemia e acabou por se transformar na pandemia de covid-19. Assim, feita essa breve linha do tempo, importante conceituar o que seria a covid-19. Essa doença pode ser definida como uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus, SARS-CoV-2, potencialmente grave e de alta transmissibilidade, o que ocasionou a infecção de milhões de pessoas em centenas de países, com milhares de casos mortais (Silva et al., 2021).

O primeiro caso de covid-19 no Brasil foi registrado em 26 de fevereiro de 2020, e, em 20 de março do mesmo ano, foi decretado estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo n. 6/2020, o que comprovou a alta preocupação referente a essa doença. É válido ressaltar que, antes que a covid-19 chegasse ao território brasileiro, os estrangeiros tentaram de diversas formas conter a proliferação dessa doença ao adotarem medidas como isolamento social, quarentena, restrição de entrada e saída dos países e de locomoção interestadual e intermunicipal, mas todas restaram infrutíferas, o que resultou no contágio e em diversas mortes (Aquino *et al.*, 2020).

Com o intuito de demonstrar o quão veloz foi a propagação dessa doença em nível mundial, observa-se que o surgimento da covid-19 se deu em dezembro de 2019, na China; já o primeiro caso no Brasil se deu em 26 de fevereiro de 2020, ou seja, em menos de três meses. Nesse sentido, nota-se a grande capacidade de contaminação entre as pessoas, isto é, embora adotadas medidas restritivas de locomoção e de contágio, nada foi capaz de conter a proliferação do vírus.

Os índices de casos são impressionantes e assustadores. Passados pouco mais de três anos do surto da covid-19 no Brasil, foram contabilizados, até meados de setembro de 2022, 34.477.539 casos e 684.425 vítimas fatais em todo o território nacional (IBGE, 2020).

Pode-se considerar que a pandemia de covid-19 foi uma situação de escala global que alcançou patamares praticamente inimagináveis para algumas pessoas. Conforme narrado, no ápice do contágio, os países afetados pelo vírus buscaram soluções para minimizar a proliferação e, conseqüentemente, o contágio entre as pessoas, adotando diversas medidas, enquanto esperavam o desenvolvimento de vacinas. De fato, nota-se que os países precisaram se adequar ao contexto pandêmico tanto em relação à saúde populacional como também em relação ao desenvolvimento social.

1.1 IMPACTO DA COVID-19 NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS BRASILEIRAS

Diante do cenário pandêmico, em virtude da covid-19, o Brasil se viu obrigado a adotar medidas de contenção da doença em prol da coletividade, como a quarentena, por exemplo, que gradativamente impactou a economia e, em consequência, os contratos de trabalho.

Com isso, o governo federal, em busca de reverter a retração econômica, ou, pelo menos, desacelerá-la, lançou uma série de estímulos à economia, a saber: a) auxílio emergencial; b) ampliação do Programa Bolsa Família; c) benefício emergencial de manutenção do emprego e da renda; d) auxílio financeiro aos estados, municípios e DF; e) concessão de financiamento para pagamento da folha salarial; f) transferência para a conta de desenvolvimento energético; g) cotas dos fundos garantidores de operações de crédito; h) financiamento da infraestrutura turística; i) programa emergencial de acesso a crédito; j) despesas adicionais do Ministério da Saúde e demais ministérios; e k) aquisição de vacinas.

Em 2020, os recursos financeiros destinados pelo governo federal para as medidas, com vistas a amenizar os danos da covid-19, alcançaram R\$ 604,75 bilhões, dos quais

foram gastos apenas R\$ 524,02 bilhões, deixando em caixa o montante de R\$ 81 bilhões. Dentre as medidas, destaca-se o montante de R\$ 322 bilhões separados para o auxílio emergencial, dos quais apenas R\$ 293 bilhões foram efetivamente liberados em 2020 (Paiva; Paiva, 2021). Veja-se a Figura 1, que trata dos pacotes de estímulo à economia:

FIGURA 1 - PACOTE DE ESTÍMULOS À ECONOMIA

Pacote de Estímulos à Economia contra os Efeitos da Covid-19	Previsto 2020	Pago 2020
Auxílio Emergencial	322,00	293,11
Ampliação do Programa Bolsa Família	0,37	0,37
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BEm)	51,55	33,50
Auxílio Financeiro aos Estados, Municípios e DF	79,19	78,25
Concessão de Financiamento para Pagamento da Folha Salarial	6,81	6,81
Transferência para a Conta de Desenvolvimento Energético	0,90	0,90
Cotas dos Fundos Garantidores de Operações e de Crédito	58,09	58,09
Financiamento da Infraestrutura Turística	5,0	3,08
Programa Emergencial de Acesso a Crédito – maquininhas	10,0	5,0
Despesas Adicionais do Ministério da Saúde e Demais Ministérios	46,33	42,70
Aquisição de Vacinas	24,51	2,22
Total	604,75	

Fonte: Paiva e Paiva (2021).

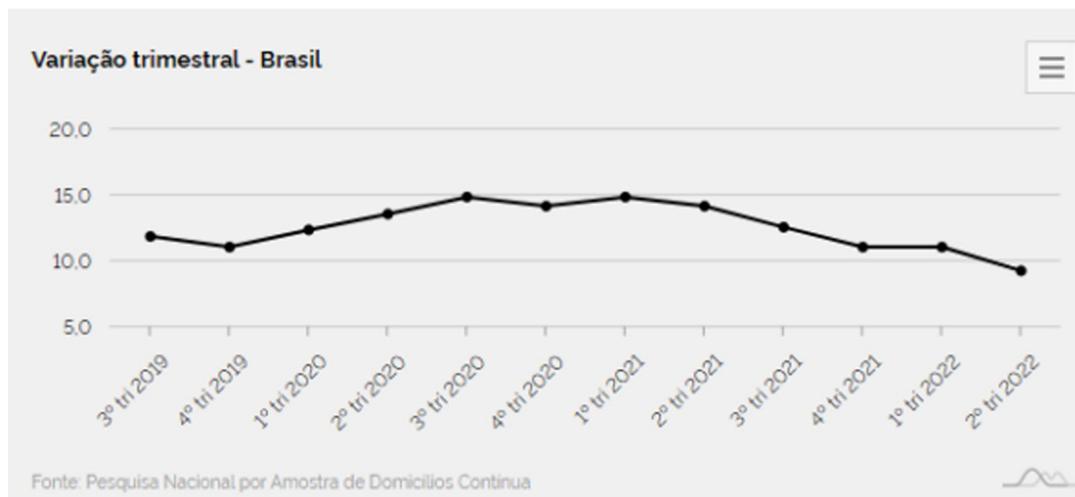
Ainda assim, mesmo com a adoção dos referidos estímulos, as empresas sofreram grande impacto negativo, sobretudo nos setores de serviços, indústria, construção e comércio. Destacam-se, dentre os principais problemas, as reduções nas vendas e a capacidade limitada em fabricar seus produtos e em acessar fornecedores de insumos e de matérias-primas (Gullo, 2020).

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), "os resultados mostraram que, entre 2,7 milhões de empresas em funcionamento, 70% reportaram que a pandemia teve um impacto geral negativo sobre o negócio". Em relação ao mercado de trabalho, os trabalhadores com carteira assinada tiveram sua jornada de trabalho e salário reduzidos, outros tiveram seus contratos suspensos, e, no pior dos cenários, foram demitidos.

Considera-se, inclusive, que os mais afetados pela pandemia foram os trabalhadores informais, devido à queda de renda em razão da natureza da atividade, que dependia do contato presencial, e a uma rotina extremamente restrita em virtude das medidas de contenção da covid-19.

Em março de 2021, de acordo com dados do trimestre móvel da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), o Brasil possuía aproximadamente 14,8 milhões de pessoas desempregadas (Figura 2), 33,9 milhões de trabalhadores informais e 6 milhões de desalentados, que são aqueles que desistiram de procurar uma vaga de emprego, e que não entram na contagem de desempregados (IBGE, 2020).

FIGURA 2 - TAXA TRIMESTRAL DE DESEMPREGO NO BRASIL



Fonte: IBGE (2020).

Os empregados que continuaram trabalhando tiveram que se submeter à mudança no regime de trabalho devido às medidas restritivas impostas pelo governo federal em virtude da pandemia, ou seja, passaram a trabalhar de casa sob o regime que ficou conhecido como *home office* (Gullo, 2020).

Entretanto, no Brasil, as regulamentações acerca desse regime de trabalho, sobretudo do teletrabalho, não possuíam especificidade, e acabou por ser necessária a implementação de medidas provisórias sobre o tema, com intuito de dar maior efetividade e segurança aos empregados e empregadores.

1.2 A CRIAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A adoção das medidas provisórias foi um dos atos administrativos que o governo federal utilizou para tentar minimizar a proliferação da covid-19; por isso é importante compreender como ocorre o processo de criação de tais medidas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 62, prevê que o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, em casos de relevância e urgência (Brasil, 1988), como foi a pandemia de covid-19, devendo ainda submeter o caso, obrigatoriamente, ao Congresso Nacional.

A medida provisória, portanto, tem força de lei desde a sua edição e vale por 120 dias. Caso não seja aprovada pelo Congresso Nacional nesse período, perde sua validade imediatamente. De fato, a medida provisória é analisada por uma comissão mista, composta por deputados e senadores, onde serão apresentadas as possíveis sugestões de mudanças, as emendas. De acordo, a comissão mista aprova um parecer que será submetido ao Plenário da Câmara e depois ao Plenário do Senado (Mendes; Branco, 2022).

Se for aprovada nas duas Casas, a medida provisória, que nesse momento é chamada de Projeto de Lei de Conversão (PLV), deverá ser enviada ao presidente da República para sanção ou veto. O veto pode ser total ou parcial e deve ser votado pelo Congresso Nacional. Para rejeitar um veto, é preciso o voto da maioria absoluta das duas Casas. Caso a medida provisória seja aprovada sem alterações, será promulgada pelo Congresso Nacional. Se for rejeitada ou se perder sua eficácia, os parlamentares deverão editar um decreto legislativo para disciplinar os efeitos jurídicos gerados durante sua vigência. Por fim, é válido ressaltar que é vedada a reedição na mesma sessão legislativa de uma medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (Mendes; Branco, 2022).

Inicialmente, para diminuir o desemprego e minimizar os impactos da crise econômica, foi aprovada a Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020, que teve como principal fim a regulamentação de medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus, para que se pudesse preservar o emprego e a renda (Brasil, 2020b).

Essa medida, apesar de ter incidido sobre todos os setores da economia, sobre o grupo especial disciplinado pela CLT e sobre os trabalhadores temporários, rurais e domésticos, deixou lacunas no que tange aos trabalhadores em regime de teletrabalho.

Posteriormente, no dia 1º de abril de 2020, foi publicada a Medida Provisória n. 936/2020, que complementou a Medida Provisória n. 927/2020, voltada ao Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, sendo ainda tal medida, no dia 6 de julho de 2020, convertida na Lei n. 14.020/2020 (Brasil, 2020a).

Há de se ressaltar, no entanto, que o intuito principal da criação de tais medidas provisórias seria a instituição do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e a implementação de medidas para enfrentamento do estado de calamidade pública, isto é, o regime de teletrabalho não havia sido, ainda, especificamente abordado.

Todavia, é reconhecido que o programa implementado pelo governo federal, apesar de ter tido mais de 1,5 milhão de empregados com carteira assinada demitidos, de março a junho de 2020, deu aos empregadores, de certo modo, uma espécie de alívio, contribuindo, inclusive, para melhora da economia (Costa, 2020).

Os próximos atos implementados foram as Medidas Provisórias n. 1.045/2021 e n. 1.046/2021, promulgadas no dia 27 de abril de 2021. Ambas se assemelham, respectivamente, às medidas provisórias anteriormente criadas.

A Medida Provisória n. 1.045/2021, que se assemelha à Medida Provisória n. 963/2020, resumidamente, instituiu uma espécie de “novo” Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, ao permitir que as empresas realizassem acordos para redução proporcional de jornada e de salário dos seus funcionários, além de validar a suspensão temporária dos contratos de trabalho (Santos; Braga; Machado, 2021). Contudo, conforme sua redação, nota-se que continua omissa no que tange às especificidades do regime de teletrabalho nos contratos de trabalho.

Já a Medida Provisória n. 1.046/2021, que se assemelha à Medida Provisória n. 927/2020, dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Brasil, 2021), entre as quais permitiu a antecipação das férias ou de feriados, a utilização do banco de horas e o adiamento do depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Em relação ao teletrabalho, nessa nova medida provisória, teve-se um capítulo próprio para traçar regras específicas acerca da alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho.

A Medida Provisória n. 1.046/2021, quando foi implementada na época, era vista como uma espécie de inovação do regime de teletrabalho, pois, até então, não havia regras específicas para regulamentar tal modalidade de trabalho. Nesse sentido, pode-se dizer que esse seria o primeiro indício, dado pelo legislador, de que era necessário regulamentar especificamente o regime de teletrabalho, tendo em vista a adesão em massa a essa espécie de contrato na época e as mudanças do regime presencial para o remoto (Nascimento; Creado, 2020).

Seguindo nessa linha, sobreveio a Medida Provisória n. 1.108/2022, atualmente convertida na Lei n. 14.442, de 2 de setembro de 2022, e que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho.

2 TELETRABALHO NO BRASIL

De origem etimológica grega, *tele* significa “a distância”. O teletrabalho seria, portanto, a modalidade especial de trabalho a distância. Nos EUA, utiliza-se o termo *networking*, *telecommuting*, *remote working*; nos países de língua portuguesa, emprega-se o termo teletrabalho; nos países de idioma francês, *télétravail*; nos países de idioma espanhol, *teletrabajo*; e nos de idioma italiano, *telelavoro* (Garcia, 2022).

O art. 6º da CLT diz que não se diferencia o trabalho realizado no estabelecimento do empregador ou no domicílio do empregado; porém, para que se configure como trabalho, é necessária a presença dos pressupostos da relação de emprego, conforme previsão expressa do artigo supramencionado (Brasil, 1943).

Há de se frisar que relação de trabalho é o gênero do qual a relação de emprego é a espécie. Portanto, toda relação de emprego corresponde a uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego (Garcia, 2022).

Dito isso, acerca da relação de emprego, os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, preceituam:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 3º Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (Brasil, 1943).

Conforme se abstrai do texto normativo mencionado, não é definido por lei o que seriam os pressupostos da relação de emprego propriamente ditos, sendo tal conceito construído a partir da leitura em conjunto dos supracitados artigos.

A partir disso, os elementos que configuram o vínculo empregatício são: a prestação de trabalho por pessoa física, de maneira pessoal (obrigação personalíssima), onerosa (mediante prestação pecuniária), contínua (habitual) e subordinada (Garcia, 2022). Há de se salientar, portanto, que só será caracterizado como vínculo empregatício se todos os requisitos estiverem preenchidos de forma concomitante, e, na ausência de qualquer um deles, não será reconhecida a relação empregatícia (Brasil, 1943).

Portanto, percebe-se que o teletrabalho é a modalidade especial de trabalho a distância. Contudo, tal modalidade não engloba qualquer labor a distância, ou seja, não é porque o labor é a distância que será considerado como teletrabalho; existem outras modalidades de labor, como o trabalho externo, que, embora compartilhe a noção de trabalho a distância, ou melhor, de trabalho realizado em local diverso da sede do estabelecimento empresarial, possui tratamento jurídico diferente do teletrabalho propriamente dito.

Nesse sentido, a título de diferenciação de modalidades laborais a distância, por exemplo, tem-se o trabalho externo, que pode ser conceituado como aquele que, devido à própria natureza do trabalho, será realizado, inevitavelmente, fora das dependências da empresa. De acordo com Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 655), "trabalhador externo é aquele que executa seus serviços fora do estabelecimento do empregador, longe de sua fiscalização e controle". Como exemplo de trabalhadores externos, têm-se os eletricitas, motoristas profissionais, vendedores externos, entre outros.

O teletrabalho, por sua vez, é uma modalidade especial de trabalho a distância, não porque a natureza do trabalho obriga que o labor seja realizado fora do estabelecimento, como acontece com o trabalho externo, mas porque é um trabalho realizado fora das dependências da empresa e que poderia ser perfeitamente executado dentro dela; no entanto, por vontade das partes, ficou determinada essa forma de execução laboral.

Feita essa breve introdução ao conceito de teletrabalho, torna-se essencial estudar o Capítulo II-A da CLT, que trata especificamente do regime de teletrabalho e sua conceitualização específica, a qual sofreu alterações significativas a partir da Lei n. 14.442/2022, originária da Medida Provisória n. 1.108/2022.

Antes do advento da Medida Provisória n. 1.108/2022 e após a Reforma Trabalhista de 2017 (Brasil, 2017), o legislador tinha definido o que seria teletrabalho no art. 75-B da CLT, com a seguinte redação:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (Brasil, 1943).

De acordo com o conceito trazido pela antiga redação do artigo supramencionado, que trata sobre a definição de teletrabalho, nota-se que o legislador, ao usar a expressão "preponderantemente fora das dependências do empregador", deu a entender que somente seria considerado teletrabalho se o empregado prestasse a atividade laboral em ambiente diverso das dependências empresariais.

O parágrafo único da referida norma dispôs, inclusive, que não seria descaracterizado o teletrabalho se a presença do empregado nas dependências do empregador fosse apenas para realizar atividades específicas que exigissem a presença física dele no estabelecimento; do contrário, descaracterizar-se-ia o teletrabalho.

De fato, antes da Medida Provisória n. 1.108/2022, só seria conceituado como teletrabalhador aquele empregado que realizasse sua atividade laboral preponderantemente fora das dependências do empregador, e, caso houvesse a presença habitual do empregado, à luz desse texto normativo, descaracterizar-se-ia, por completo, a configuração do teletrabalho.

Entretanto, o conceito de "trabalho preponderante" é aberto e comporta diversas interpretações, pois o trabalho semanal pode ser preponderante para alguns e para outros não. Assim como o trabalho prestado mensalmente para outros pode ser considerado como um trabalho preponderante. Há quem entenda, ainda, que trabalho preponderante é o trabalho realizado diariamente. Logo, o legislador, ao conceituar o teletrabalho com a expressão "trabalho preponderante", na antiga redação do artigo em questão, deixou margem para interpretações, conforme dito.

Outro ponto a se levantar seria a omissão no texto normativo em relação ao trabalho remoto, pois deu a entender que trabalho remoto e teletrabalho não seriam a mesma coisa, diante da falta de norma específica sobre o tema. Nesse sentido, em virtude da pandemia, muitas pessoas foram obrigadas a trabalhar de suas casas, acarretando um aumento significativo de ações judiciais, o que pode ser constatado ao pesquisar o termo "teletrabalho" no site do Superior Tribunal de Justiça.

Tal aumento confirma a insegurança jurídica das relações que envolviam o regime de teletrabalho, pois, até então, no Brasil, não era comum a adoção desse modelo laboral. Assim, com a pandemia de covid-19, a sociedade brasileira teve de adotar tal modelo, em virtude das medidas restritivas de contenção da doença, o que fez com que surgisse a necessidade de trazer normas específicas para regulamentar o regime de teletrabalho, como é o caso das Medidas provisórias aqui discutidas.

A principal medida a trazer grandes transformações para o teletrabalho foi a Medida Provisória n. 1.108/2022, que posteriormente foi convertida na Lei n. 14.442/2022 e que alterou o Capítulo II-A da CLT, o qual versa sobre o regime de teletrabalho.

O art. 75-B da CLT (Brasil, 1943), que trazia a definição de teletrabalho basicamente como um trabalho preponderantemente realizado fora das dependências do empregador, sofreu alterações pela Lei n. 14.442/2022, conforme dito, restando a seguinte redação:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo (Redação dada pela Lei n. 14.442, de 2022).

De acordo com o novo texto normativo, há duas novidades no conceito de teletrabalho: a inclusão do termo "trabalho remoto" e a exclusão do conceito de "trabalho preponderante". Tais novidades no texto normativo trazem maior segurança ao conceito de teletrabalho propriamente dito.

Primeiro, com a inclusão do termo "trabalho remoto", acabam as dúvidas sobre se o teletrabalho teria a mesma definição do trabalho remoto; logo, com sua menção no texto legal, o legislador indicou que tal modalidade, de fato, é equivalente ao teletrabalho, sem deixar lacunas para dúvidas e discussões, o que acabou por fornecer maior especificidade ao conceito de teletrabalho.

Segundo, com a exclusão do conceito de "trabalho preponderante", há maior segurança jurídica em relação ao conceito de teletrabalho, pois o trabalho preponderante deixou de ser um requisito para que fosse caracterizado o teletrabalho; isso porque o conceito de trabalho preponderante é bastante amplo.

Outra grande novidade quanto ao conceito de teletrabalho e à sua caracterização foi a exclusão do parágrafo único do art. 75-B da CLT, o qual dispunha que a presença habitual do empregado nas dependências do empregador descaracterizaria o regime de teletrabalho.

Agora, no lugar desse parágrafo único, o legislador inovou trazendo o § 1º do art. 75-B da CLT, com a seguinte redação (Brasil, 1943):

[...]

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto (Redação dada pela Lei n. 14.442, de 2022).

A partir da leitura do dispositivo acima, com a inclusão da frase "ainda que de modo habitual", extrai-se que o texto legal deu maior segurança jurídica aos teletrabalhadores, pois tinha-se a visão, antes dessa inovação legislativa, de que o comparecimento habitual do empregado nas dependências do empregador descaracterizaria o regime de teletrabalho, uma vez que as normas eram superficiais.

Inúmeros foram os benefícios no que tange ao regime de teletrabalho, tanto para os empregados quanto para aos empregadores, com o advento da Medida Provisória n. 1.108/2022, notadamente devido à maior segurança jurídica e à especificidade ao conceito de teletrabalho.

3 ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO REGIME DE TELETRABALHO COM O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022

A CLT prevê um capítulo específico que trata especialmente do regime de teletrabalho, qual seja, Capítulo II-A, denominado “Do Teletrabalho”, o qual compreende os arts. 75-A a 75-E. Tal capítulo, até então, era suficiente para instruir as relações trabalhistas no Brasil, tendo em vista a baixa adesão a esse regime trabalhista em nosso território (Brasil, 1943).

Com o cenário pandêmico instaurado em decorrência da covid-19 e a consequente adesão, quase obrigatória, ao regime de teletrabalho, o texto normativo original acerca do tema não era suficiente, tendo em vista sua natureza meramente genérica, ou seja, eram necessárias medidas provisórias que tratassem do teletrabalho.

A principal medida provisória que regulamentou especificamente o regime de teletrabalho, sendo convertida na Lei n. 14.442/2022, que alterou o texto legal do capítulo do teletrabalho disposto na CLT, foi a Medida Provisória n. 1.108/2022, objeto do presente estudo.

3.1 PONTOS FAVORÁVEIS AOS TRABALHADORES

O primeiro ponto favorável a ser destacado é a delimitação específica de quem não iria se enquadrar no tempo máximo laboral diário e a diferenciação do teletrabalhador que presta serviço por jornada e do teletrabalhador que presta serviço por produção ou tarefa, o que trouxe maior segurança aos trabalhadores abrangidos pelo regime de teletrabalho.

No texto normativo originário, anterior à Medida Provisória n. 1.108/2022, mais precisamente no art. 62, inciso III, do Capítulo II – Da Jornada de Trabalho da CLT, todos os empregados em regime de teletrabalho não estariam submetidos à duração máxima laboral de oito horas diárias: “Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho” (Brasil, 1943).

Essa redação originária era suficiente até a instauração do estado de calamidade pública e a chegada do coronavírus ao Brasil, tendo em vista que o modelo de teletrabalho não era muito utilizado. No entanto, com a pandemia, seria inviável que todos que começaram a trabalhar sob o regime de trabalho remoto, devido à instauração das medidas preventivas para o controle de contaminação e contágio da doença, não mais possuiriam o teto de tempo laboral diário de oito horas.

Com o advento da Medida Provisória n. 1.108/2022, o legislador se preocupou em não generalizar toda a classe de empregados em regime de teletrabalho e deu maior especificidade a quem não iria se limitar ao teto máximo de trabalho diário, veja-se:

Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa (Redação dada pela Lei n. 14.442, de 2022) (Brasil, 1943).

Ao fazer tal delimitação, o legislador tornou o texto legal mais justo e coerente com toda a classe teletrabalhadora e deu mais eficácia ao controle de jornada e ao pagamento de horas extras aos empregados regidos por esse regime laborativo.

Mais ainda, foram incluídos no Capítulo II-A, precisamente no art. 75-B, nos §§ 2º e 3º, os tipos de serviço que o teletrabalhador pode prestar e a confirmação de que o teletrabalhador que presta serviço por produção ou tarefa não se limita ao teto laboral diário de oito horas, veja-se (Brasil, 1943):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

[...]

§ 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa.

§ 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação. (Redação dada pela Lei n. 14.442, de 2022).

Logo, os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa não se submetem ao teto de oito horas diárias e têm sua remuneração de forma proporcional ao produto entregue. Por sua vez, o empregado sob o regime de teletrabalho que não presta serviço por produção ou tarefa será o teletrabalhador que presta serviço por "tempo", ou melhor, por jornada; recebe e trabalha de acordo com a jornada contratada; e se limita, inclusive, ao teto de oito horas diárias trabalhadas.

O segundo ponto favorável à classe teletrabalhadora foi a diferenciação entre o teletrabalho e o *telemarketing*. O texto legal originário nem sequer citava o operador de *telemarketing*, isto é, era omissa nesse ponto. Nesse sentido, tal lacuna abria margem para interpretação, o que poderia vir a ocasionar uma insegurança jurídica à classe dos empregados em regime de teletrabalho. Agora, com o advento da Medida Provisória n. 1.108/2022, que motivou a inclusão do § 4º no art. 75-B da CLT, o regime de teletrabalho/trabalho remoto não mais se confunde, muito menos se equipara, com o do trabalhador de *telemarketing*/teleatendimento (Brasil, 1943):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a

utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

[...]

§ 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento (Incluído pela Lei n. 14.442, de 2022).

Ao fazer tal diferenciação, o legislador deu mais segurança à classe teletrabalhadora, pois o serviço de *telemarketing* é prestado de forma presencial, nas dependências do empregador, isto é, ainda que o serviço ao cliente seja prestado de forma remota, o vínculo laboral do empregado e do empregador é feito de forma presencial. Assim, não seria justo dar à classe a flexibilização e os privilégios das regras de controle de jornada previstas para os teletrabalhadores, uma vez que os operadores de *telemarketing/teleatendimento* prestam o serviço no ambiente físico do empregador.

O terceiro ponto favorável à classe teletrabalhadora foi a inclusão do art. 75-F no texto legal da CLT, o qual previu prioridade no preenchimento de vagas sob o regime de teletrabalho aos empregados com deficiência e aos empregados que possuem filhos, ou criança sob guarda judicial, de até quatro anos de idade (Brasil, 1943):

Art. 75-F. Os empregadores deverão dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial até 4 (quatro) anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto (Incluído pela Lei n. 14.442, de 2022).

Nesse ponto, ao prever expressamente tal disposição, o legislador não só garantiu maior segurança jurídica aos teletrabalhadores, como também promoveu bem-estar à classe teletrabalhadora ao diminuir as possíveis desigualdades sociais nesse aspecto.

Por fim, o quarto ponto favorável a ser destacado foi a inclusão do § 6º no art. 75-B da CLT, o qual previu expressamente a permissão da adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes (Brasil, 1943):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

[...]

§ 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes (Incluído pela Lei n. 14.442, de 2022).

O texto normativo original da CLT não fazia nenhuma menção a se era permitido ou não aos aprendizes e aos estagiários realizarem suas atividades de forma remota, no regime de teletrabalho. Assim, durante a pandemia, diante da omissão legislativa, muitos estagiários e aprendizes continuaram exercendo o trabalho de forma presencial,

pois as empresas acreditavam que somente os empregados poderiam estar sob o regime de teletrabalho. Logo, ao introduzir esse parágrafo, o legislador garantiu mais uma vez a segurança jurídica almejada.

3.2 PONTOS FAVORÁVEIS AOS EMPREGADORES

O principal ponto inovador e favorável à classe empregadora a ser destacado é a inclusão do § 5º no art. 75-B da CLT, o qual estabeleceu que a utilização de equipamentos tecnológicos fora da jornada de trabalho do teletrabalhador não constitui tempo à disposição ao empregador, ou seja, não configura hora extra.

Contudo, se houver previsão em acordo individual ou em convenção coletiva de trabalho nesse sentido, poderá ser considerado como tempo à disposição ao empregador, o que pode vir a caracterizar hora extra, de acordo com o texto normativo (Brasil, 1943):

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

[...]

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho (Incluído pela Lei n. 14.442, de 2022).

Tal previsão beneficia a classe empregadora no que tange ao não reconhecimento de horas extras quando diante da situação normativa descrita. Isso ocorria devido à lacuna normativa, o que possibilitava diversas interpretações e gerava insegurança jurídica. Ao definir isso expressamente no texto normativo, o legislador se preocupou em proteger a classe empregadora das ações em massa que tinham como pleito a obtenção do pagamento de horas extras pelo simples uso de recursos tecnológicos fora da jornada de trabalho, que foi intensificado ainda mais com a pandemia de covid-19.

Então, ao implementar tal parágrafo, o legislador, além de dar maior segurança jurídica aos empregadores, assegurou o princípio legal do ônus da prova, ou seja, cabia ao empregado provar tudo o que fosse alegado, o que invalidava meras presunções pelo simples uso de recursos tecnológicos.

Por fim, outro ponto favorável à classe empregadora é a inclusão do § 3º no art. 75-C da CLT, o qual dispõe que, caso o empregado opte pela realização do teletrabalho/trabalho remoto fora da localidade prevista contratualmente, o empregador se desincumbiria das despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial. Todavia, se estiver previsto contratualmente, o encargo poderá ser do empregador, consoante o art. 75-C da CLT:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho.

[...]

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese de o empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes (Incluído pela Lei n. 14.442, de 2022).

Foi necessária a implementação do § 3º mencionado em virtude da redação já contida no parágrafo anterior do referido artigo, onde era prevista a possibilidade de alteração de forma unilateral pelo empregador, desde que houvesse um tempo mínimo legal de quinze dias. Veja-se o dispositivo legal, que já fazia parte do texto originário, pós-reforma trabalhista (BRASIL, 1943):

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho.

[...]

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Logo, por ter essa determinação unilateral, diversas eram as vezes em que se entrava em conflito sobre de quem era o encargo pelas despesas ocasionadas pela troca de regime, sendo tal conflito intensificado com a pandemia. Nesse sentido, diante da omissão legislativa, o legislador, com o intuito de dar maior segurança jurídica não só à classe teletrabalhadora, como também aos empregadores, implementou o § 3º anteriormente citado a fim de aniquilar as margens de interpretação alternativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de covid-19 mudou a forma como as pessoas trabalham, o que levou os empregadores a aderirem a novas modalidades de atividades comerciais, como o teletrabalho. Desse modo, essa espécie de regime laboral contribuiu para otimizar o tempo do trabalhador, uma vez que ele não precisa se deslocar até a empresa, bem como oferece ao empregador uma diminuição de custos de manutenção e de infraestrutura.

Ocorre que, com a chegada da pandemia ao Brasil e com a imposição das medidas restritivas necessárias para diminuição da transmissão da doença, bem como a consequente adesão em massa ao regime de teletrabalho, foi necessário que o legislador regulamentasse mais especificamente tal regime laboral, tendo em vista que as normas contidas na CLT eram de cunho não específico.

Evidencia-se que, apesar de o teletrabalho não ser uma modalidade nova, era pouco utilizado no mercado de trabalho brasileiro. Logo, as normas legais de tal instituto não

eram específicas e tinham cunho genérico, o que dava margem para interpretações alternativas e para insegurança jurídica.

Na seara do direito trabalhista, as medidas provisórias que viessem a suprir as lacunas legislativas em relação ao teletrabalho davam segurança aos contratos de trabalho, notadamente a Medida Provisória n. 1.108/2022, que foi convertida na Lei n. 14.442/2022, a qual deu maior especificidade ao instituto do teletrabalho ao alterar grande parte do Capítulo II-A da CLT.

Isso posto, chega-se à conclusão de que, com o advento da Medida Provisória n. 1.108/2022, os empregados e empregadores foram beneficiados positivamente, pois obtiveram maior segurança jurídica nos contratos de trabalho sob o regime de teletrabalho, tendo sua regulamentação especificada de forma melhor, acabando com as margens de interpretação que se tinham no Capítulo II-A da CLT.

REFERÊNCIAS

AQUINO, E. M. L. *et al.* Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de covid-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 2423-2446, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 11937, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 jul. 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14020.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ed. extra, p. 1, 22 mar. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1º abr. 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n. 1.046, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do

coronavírus (covid-19). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 5, 28 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n. 1.108, de 25 de março de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei n. 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 28 mar. 2022a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. **Painel coronavírus**. [S. l.]: Secretarias Estaduais de Saúde, 2022b. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COSTA, Simone da Silva. Pandemia e desemprego no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, p. 969-978, jul. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

GULLO, Maria Carolina. A economia na pandemia covid-19: algumas considerações. **Rosa dos Ventos**, Caxias do Sul, v. 12, n. Esp. 3, p. 1-8, 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **O IBGE apoiando o combate à covid-19**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 22 fev. 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O direito à desconexão no período de home office: análise dos impactos da quarentena pelo covid-19 na saúde do trabalhador. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 131-149, 2020.

PAIVA, Claudio Cesar de; PAIVA, Suzana Cristina Fernandes de. No Brasil, impacto econômico da pandemia será forte e duradouro. **Jornal da Unesp**, São Paulo, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2021/07/02/no-brasil-impacto-economico-da-pandemia-sera-forte-e-duradouro/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SANTOS, Cristiano Lange dos; BRAGA, Juliana Toralles dos Santos; MACHADO, Andrei da Rosa Sauzem. O projeto de lei de conversão n. 17 de 2021 (MP 1045) e os impactos jurídico-sociais nas relações de trabalho: o cenário do direito fundamental à profissionalização das juventudes no

Brasil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE, 3., 2021, Criciúma. **Anais** [...]. Criciúma: Unesc, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/AnaisDirH/article/view/7514>. Acesso em: 3 maio 2023.

SILVA, Cayo Cesar da et al. Covid-19: aspectos da origem, fisiopatologia, imunologia e tratamento- uma revisão narrativa. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 1-8, 2021.

Nikole Favero

<http://lattes.cnpq.br/7634873979106147>

Pós-graduada em Direito Administrativo e Econômico pela Faculdade Intervale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI/RN). Advogada nas áreas tributária, trabalhista e administrativa.

LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL: CONQUISTAS E PERSPECTIVAS A PARTIR DO JULGAMENTO DO CASO FUNDO CLIMA

CLIMATE LITIGATION IN BRAZIL: ACHIEVEMENTS AND PERSPECTIVES BASED ON THE JUDGEMENT OF THE “CLIMATE FUND CASE”

Recebido em 28.2.2023 • Aprovado em 10.7.2023

.....
Rafael de Alencar Araripe Carneiro

RESUMO

O artigo analisa as teses jurídicas firmadas pela Corte Constitucional brasileira – Supremo Tribunal Federal (STF) – no julgamento da ADPF n. 708 (caso Fundo Clima). Nesse contexto, é feita uma análise da jurisprudência do tribunal sobre o caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados – categoria em que se insere o direito ao meio ambiente sustentável – e são apresentadas impressões sobre o futuro do contencioso climático no Brasil a partir do julgamento do caso Fundo Clima.

Palavras-chave: Fundo Clima. STF. Contencioso climático. Tratados internacionais. Direitos Humanos. Supralegalidade.

ABSTRACT

The article analyzes the legal theses made by the highest organ of the Brazilian Judiciary – the Supreme Federal Court (STF) – in the judgment of ADPF n. 708 (“Climate Fund Case”). It was made an analysis of the jurisprudence about the character of supra-legality from ratified international human rights treaties, a category in which the right to a sustainable environment is inserted. The article also presents the main impressions on the future of climate litigation in Brazil based on the “Climate Fund Case” judgement.

Keywords: Climate Fund. Supreme Federal Court. Climate litigation. International treaties. Human rights. Supralegality.

INTRODUÇÃO

Em 2022, o Tribunal Constitucional brasileiro – Supremo Tribunal Federal (STF) – julgou um dos casos mais importantes de sua história no âmbito contencioso climático. Esse ramo jurídico estuda a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na construção e implementação de políticas públicas embasadas e efetivas na mitigação dos

efeitos das mudanças climáticas, em especial diante de situações nas quais se constata a ausência de comprometimento do Poder Público com a matéria.

Em uma das ações incluídas naquela que ficou conhecida como “pauta verde”, a corte analisou controvérsia trazida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708 a respeito do funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC). O Fundo Clima é um fundo estatal criado em 2009 pela Lei n. 12.114 e vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA). O fundo funciona como um dos pilares da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) e tem por finalidade garantir a aplicação de recursos em projetos inovadores e estudos que visem a reduzir efeitos e combater potenciais causas das mudanças climáticas.

Para consecução dos objetivos previstos em lei, o Fundo Clima conta com subprogramas de fomento ao desenvolvimento e pesquisa sobre cidades sustentáveis, energias renováveis, preservação de florestas nativas e equipamentos eficientes, além de buscar o aprimoramento de políticas de resíduos sólidos, mobilidade urbana, uso de carvão vegetal, redução da emissão de carbono e outros gases poluentes.

Conforme dispõe o art. 3º da Lei n. 12.114/2009, a fonte de financiamento do fundo é composta por receitas provenientes da (I) participação especial dos estados da Federação na exploração de petróleo e gás natural; (II) dotações consignadas na Lei Orçamentária; (III) doações e empréstimos realizados por entidades e instituições financeiras nacionais e internacionais; e (IV) reversão dos fundos anuais não aplicados.

Diante da inércia em adotar medidas concretas para utilizar os recursos do fundo observada nos atos do Poder Executivo federal à época, partidos políticos de oposição apresentaram a ADPF n. 708 em junho de 2020. Na petição inicial dirigida à Suprema Corte, os partidos autores apontaram uma série de ações e omissões do governo que resultavam no represamento de valores próximos a um bilhão e meio de reais¹ no Fundo Clima, sem qualquer expectativa de aplicação.

Os autores destacaram que não havia sido lançada nenhuma chamada pública para o financiamento de novos estudos e projetos desde o início da gestão administrativa em 2019. Demonstrou-se, ainda, a intensificação do processo de desestruturação dos órgãos ambientais federais, o esvaziamento de competências e atribuições do MMA, os cortes orçamentários e de contingenciamento de recursos voltados à proteção da política ambiental, o apontamento de gestores sem afinidade com a área para liderar cargos importantes, bem como a proliferação de um discurso governamental manifestamente avesso ao reconhecimento de que as atividades humanas são aptas a influir nos índices climáticos.

Antes de levar o caso para a deliberação do tribunal, o relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, convocou audiência pública, que foi realizada em setembro de 2020.

1 Aproximadamente 270 milhões de euros em valores atuais (2023). Cf.: Demonstrativo de Movimentação Financeira – FNMC – BNDES. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdf82hnt>. Acesso em: 10 jan. 2023.

A sessão funciona como um instrumento processual de democracia participativa em que se permite que o tribunal escute autoridades públicas, especialistas, acadêmicos e atores do terceiro setor a fim de colher subsídios e encontrar soluções viáveis para a construção do processo decisório.

No caso do Fundo Clima, a audiência pública contou com a participação de inúmeros investigadores nacionais e internacionais, representantes de populações indígenas, do Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP), além do Relator Especial de Direitos Humanos e Meio Ambiente do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Em julho de 2022, ocorreu o julgamento definitivo da ação. O Plenário do STF, por dez votos a um, declarou inconstitucional a omissão do governo federal no funcionamento do Fundo Clima e assentou ser obrigatória a utilização efetiva de seus recursos, sem possibilidade de contingenciamento. O resultado do julgamento foi enfaticamente celebrado pelas entidades nacionais e internacionais que atuam contra as mudanças climáticas.

Este artigo detalhará a relevância política, econômica e social do julgamento, as principais teses jurídicas nele fixadas e, a partir daí, apresentará impressões sobre os efeitos prospectivos para o contencioso climático no Brasil.

O objetivo deste estudo é realizar uma análise de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708, a qual discute o funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC) no contexto das políticas públicas voltadas para a mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Para tanto, este artigo propõe-se a investigar os principais aspectos jurídicos analisados na ADPF do FNMC, com o intuito de compreender os desafios e oportunidades para a efetivação das ações de enfrentamento às mudanças climáticas no Brasil.

A metodologia adotada consiste em uma revisão documental dos autos da ADPF n. 708, especialmente das teses fixadas no julgado. Os resultados esperados contribuirão para a compreensão do FNMC e para a discussão sobre a efetividade e força normativa das políticas públicas de mudanças climáticas no País, bem como dos efeitos no contencioso climático brasileiro.

1 A RELEVÂNCIA AMBIENTAL, ECONÔMICA E POLÍTICO-INTERNACIONAL DO CASO

É fato inconteste que vivemos uma emergência climática. De acordo com o relatório mais recente do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), da Organização das Nações Unidas (ONU), a temperatura do planeta aumentou cerca de 1,1°C desde a era pré-industrial (IPCC, 2022). O mencionado estudo adverte para cenários de crise social se mantido o modelo atual de interação humana com o meio ambiente. Com efeito, mesmo que conservadas as ações e políticas públicas de mitigação de riscos que têm levado a mudanças climáticas moderadas, as populações

vulneráveis poderão ficar expostas ao deterioramento dos seus meios de subsistência, o que ensejará crises humanitárias, em especial o deslocamento e migrações forçadas, com conseqüente aumento da violência e dos conflitos armados em diversas regiões.

Já quando se analisam os cenários em que a alteração climática ocorreu de forma mais frequente e extrema, moldando as tendências climáticas por períodos de longo prazo, verificou-se que algumas espécies e ecossistemas alcançaram pontos de inflexão (não retorno) que estão além de sua capacidade ecológica e evolucionária de recuperação e adaptação, provocando mudanças abruptas e potencialmente irreversíveis. Nesse sentido, o IPCC demonstra que aproximadamente metade da população mundial já sofre, por pelo menos um mês ao ano, com a escassez severa de água devida a fatores também climáticos, agravados por políticas nacionais de má gestão dos recursos hídricos. Ademais, aponta-se que, especialmente nos países de baixa renda, a elevação da temperatura afetou negativamente a agricultura, a produção de energia e aumentou a incidência de doenças.

O relatório apresenta ainda estudos de caso na região amazônica que evidenciam que o desmatamento e os incêndios, muitas vezes com potencial transfronteiriço, têm provocado um efeito cascata que culmina na perda sistêmica da cultura selvagem e da biodiversidade, além de expor as populações mais pobres, indígenas, comunidades tradicionais e pequenos agricultores à poluição do ar, problemas respiratórios e doenças. Assim, aponta-se que a capacidade relativamente menor de retenção da umidade durante a seca nas florestas tropicais amazônicas pode elevar o risco de mortalidade das árvores. Tal fator, combinado à elevação do calor provocado pelas alterações climáticas e ao uso de fogo para o desmatamento, reduz a evapotranspiração e potencializa a morte florestal. Desse modo, estima-se que um aumento de temperatura de 4°C a 5°C acima do período pré-industrial poderia acarretar na redução de até um terço da floresta amazônica, gerando um ponto irreversível de inflexão que transformaria o atual bioma em savana.

Nesse contexto, o julgamento da ADPF n. 708 apresentou-se como um *leading case* para a interpretação de princípios e normas a respeito do meio ambiente que devem guiar o combate à preocupante realidade climática brasileira e mundial.

Além da relevância sob o prisma ambiental, o julgamento do caso Fundo Clima também apresentou grande importância na perspectiva econômica. De fato, tinha-se, em dezembro de 2021, um volume de R\$ 1,38 bilhão em recursos sem aplicação por exclusiva inação do Poder Público brasileiro em dar efetiva destinação aos investimentos privados aportados no Fundo Clima, dos quais mais de R\$ 697 milhões já se encontravam plenamente disponíveis para uso via Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Do ponto de vista da política internacional, o governo do ex-presidente Jair Bolsonaro, iniciado em 2019, enfrentava a oposição de diversos líderes políticos globais e ecologistas, que o acusavam de não cumprir as regras sanitárias e de boas práticas ambientais. Vários países que compõem o bloco europeu, por exemplo, apontavam críticas a projetos ambientais em tramitação no parlamento brasileiro, tais como os que versam sobre

a flexibilização do uso de agrotóxicos (Projeto de Lei n. 6.299/2002) e que autorizam a exploração de recursos hídricos, orgânicos e a mineração em terras indígenas (PL n. 191/2020) (Acordo [...], 2022).

Assim, a paralisação do Fundo Clima acabou reforçando as vozes que defendiam a suspensão dos acordos econômicos e de livre comércio com o Brasil, com destaque para o acordo firmado em 2019 entre Mercosul e União Europeia, que pode criar uma zona de livre comércio que integrará mais de 700 milhões de pessoas, com potencial de investimentos de cerca de US\$ 87,5 bilhões na economia brasileira no período de 15 anos (Fernandes, 2019).

No ponto, cabe destacar que outros fundos ambientais brasileiros também foram afetados pela imagem internacional negativa construída em relação à política climática, como é o caso do Fundo Amazônia, que já recebeu mais de R\$ 3,4 bilhões em doações aplicados em cerca de 102 projetos (Fundo Amazônia, 2022). Tecendo críticas à gestão ambiental do governo brasileiro, a Noruega, principal doadora desse fundo, suspendeu o envio de R\$ 133 milhões em 2019. O mesmo foi feito pela Alemanha, que desistiu da doação de R\$ 155 milhões (Noruega [...], 2019).

Por esses diferentes aspectos, o julgamento da ação sobre o Fundo Clima recebeu atenção especial dos veículos de imprensa, sociedade civil e comunidade internacional. As principais conclusões jurídicas da decisão são apresentadas a seguir.

2 O STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE MEIO AMBIENTE

A primeira controvérsia surgida no julgamento da ADPF n. 708 foi a respeito do caráter supralegal dos tratados internacionais sobre meio ambiente em relação à legislação nacional. No âmbito do direito internacional, são duas as principais correntes teóricas que estudam o sistema de compatibilização entre os tratados internacionais ratificados pelos países signatários com as respectivas normas internas.

A primeira, a corrente monista, fundamenta-se na ideia de que há apenas um sistema jurídico constituído por dois ramos, o do direito interno e o do direito internacional, e um sistema deriva do outro. A partir do momento em que um Estado-nação ratifica um tratado de direito internacional, as normas externas automaticamente incorporam-se às internas e passam a constituir um ordenamento jurídico único. Entende-se, assim, que é desnecessária a criação de lei para recepcioná-lo ou a transformação dos dispositivos legais internos já existentes que versam sobre o objeto desse mesmo tratado (Mazzuoli, 2020, p. 107).

A teoria monista preconiza que eventuais conflitos normativos devem ser solucionados pela hierarquia normativa estabelecida pela constituição do respectivo Estado. Ou seja, caso se entenda que o direito internacional é preponderante sobre o nacional, o tratado internacional prevalece; do contrário, prevalecem os atos normativos internos.

A segunda corrente doutrinária, denominada dualista, entende que o ordenamento jurídico interno e o externo são distintos e não se confundem. Isto é, enquanto as normas internas tratam das relações entre pessoas jurídicas e físicas ou entre o Estado e a sua própria população, o direito internacional compõe um outro sistema contíguo que estabelece as relações entre os Estados-nações e seus atores frente a outros Estados-nações e agentes externos (Mazzuoli, 2020, p. 100).

Desse modo, para a corrente dualista não há que se falar em conflitos normativos (antinomias), visto que se trata, em verdade, de normas paralelas. Ademais, para que uma norma de direito internacional seja incorporada ao sistema jurídico de um Estado e possua eficácia cogente, ela deve ser incorporada por meio de um procedimento legislativo que a transforme em lei nacional. As críticas que se fazem a essa teoria é que os costumes de direito internacional público são diariamente aplicados pelos tribunais e não dependem de ato legislativo de incorporação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, há algum tempo, pela admissão da teoria dualista moderada no Brasil. O primeiro precedente paradigmático a esse respeito foi no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 80.004 (Brasil, 1977), em que a Suprema Corte estabeleceu que, havendo antinomia entre a lei interna e os tratados internacionais, deve prevalecer o critério cronológico pautado pela máxima de que a *lex posterior derogat priori*.

Em síntese, o caso versava sobre um conflito entre o Tratado de Genebra (Lei Uniforme de Genebra sobre as letras de câmbio e notas promissórias) e o superveniente Decreto-lei n. 427/1969. O decreto previa que a ausência de registro da nota promissória caracterizava a nulidade do título. O mesmo não era admitido como causa de nulidade pelo Tratado de Genebra. O STF posicionou-se no sentido de que a lei posterior (decreto) predomina sobre a anterior (Tratado) (Magalhães, 1975/1979, p. 56).

O segundo caso emblemático na jurisprudência do STF diz respeito ao julgamento do RE n. 466.343 (Brasil, 2009b), o qual versou sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel. De um lado, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal (CF) prevê a possibilidade de prisão civil por inadimplemento dos contratos de alienação fiduciária em garantia. A prisão, nessas hipóteses, era regulamentada pela legislação infraconstitucional civil e processual. De outro lado, o art. 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica, que versa sobre direitos humanos, estipula que a prisão por dívida só pode ser decretada quando se tratar de hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar. Há, portanto, clara antinomia entre a previsão constitucional e aquela constante em tratado internacional de direitos humanos.

Para resolver o impasse, o STF editou a Súmula Vinculante n. 25 – enunciado de jurisprudência constitucional com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às demais instâncias judiciais –, por meio da qual reconheceu ser inconstitucional a prisão civil do depositário infiel. Como as legislações civil e processual civil possuem caráter infraconstitucional, o tribunal entendeu que elas são dotadas de grau hierárquico

inferior ao do tratado, ao qual se conferiu o caráter de supralegalidade (Maués, 2013, p. 219). O referido precedente sedimentou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário possuem estatura supralegal, ainda que ratificados por decreto legislativo. Isso implica dizer que tais tratados se inserem no ordenamento jurídico brasileiro com grau hierárquico superior ao das leis ordinárias e inferior ao do texto constitucional. A corte ressaltou que a compatibilidade da lei infraconstitucional com os tratados pode ser objeto do que se denominou “controle de convencionalidade”.

Sobre o tema, há que se registrar ainda que foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45/2004. Nela se estabelece que, a partir de sua publicação, todos os tratados de direitos humanos que forem aprovados em cada casa do parlamento brasileiro, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Desse modo, se houver antinomia entre as leis e os tratados internacionais aprovados nessas condições, as leis poderão ser revogadas através de controle de constitucionalidade.

Em resumo, o que se constata com base nessa evolução é que há três possibilidades de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno: (I) tratados de direitos humanos ratificados sob o rito da Emenda Constitucional n. 45/2004 possuem estatura constitucional; (II) tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 ou após essa emenda, porém sob rito diferente do de emenda constitucional, possuem caráter supralegal e, portanto, são superiores às leis e inferiores à Constituição; e, finalmente, (III) tratados que não versam sobre direitos humanos são integrados com o *status* de lei infraconstitucional e estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, convencionalidade e demais normas de interpretação do direito, tais quais os princípios da especialidade e da posterioridade (Capez, 2021).

Não havia, porém, nenhum precedente sobre a aplicação dos tratados internacionais a respeito de mudanças climáticas. Essa breve retrospectiva histórica nos auxilia, portanto, a compreender a magnitude da decisão proferida no julgamento do caso Fundo Clima. Isso porque o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que tratados internacionais sobre matéria ambiental constituem espécie do gênero tratados de direito humanos e desfrutam, por essa razão, de *status* supranacional. Dessa forma, se ratificados sob o rito da Emenda Constitucional n. 45/2004, os tratados internacionais sobre matéria ambiental possuem estatura constitucional; se ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 ou por decreto legislativo, possuem caráter supralegal e, portanto, são igualmente superiores às leis.

Ao adotar essa substancial fundamentação, o STF estabeleceu importante degrau para a institucionalização dos compromissos com a política de proteção ambiental como políticas de Estado, visto que a supralegalidade dos tratados internacionais sobre o meio ambiente confere maior estabilidade para esses normativos e dificulta mudanças legislativas ou decretos repentinos, ao sabor de vertentes políticas passageiras.

3 O DESCUMPRIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS PELO BRASIL

Após fixar o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre meio ambiente, a Corte Constitucional brasileira debruçou-se sobre as convenções a respeito da questão climática ratificadas pelo Brasil. Assim, realizou-se que o País é signatário (I) da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre o Clima (1994), que estabeleceu princípios abrangentes, obrigações de caráter geral e processos de negociação; (II) do Protocolo de Kyoto (1997), que instituiu metas específicas de redução da emissão de gases de efeito estufa para 36 países industrializados e a União Europeia; bem como (III) do Acordo de Paris (2016)², que previu que cada país apresentaria, voluntariamente, sua "contribuição nacionalmente determinada".

Além disso, há que se registrar que o Brasil assumiu voluntariamente diversos compromissos, entre eles o de reduzir a emissão de gases de efeito estufa (GEEs) entre 36,1% e 38,9%, bem como o de reduzir a taxa anual de desmatamento para um patamar máximo de 3,925 km², entre 2009 e 2020 (vide art. 12 da Lei n. 12.187/2009 c/c art. 19, § 1º, I, do Decreto n. 9.578/2018). Com o Protocolo de Paris, o Brasil se comprometeu, mais uma vez, em relação ao nível de 2005, a reduzir a emissão de GEEs em 37% até o ano de 2025, e em 43% até 2030.

No entanto, a série histórica registrada pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) demonstra que o Poder Público brasileiro não vinha cumprindo os compromissos internacionais assumidos. De fato, verificou-se que, nos três primeiros anos do governo Bolsonaro, a média de desmatamento anual da Amazônia Legal deu um salto para 11.339 km². O painel do INPE aponta que, apenas no ano de 2021, uma área de 13.038 km² foi desmatada, sendo a maior desde 2007. Extrapolou-se, assim, em mais de 3 vezes, a meta de 3,925km² estipulada pelo Decreto n. 9.578/2018, e houve um enorme retrocesso em relação à média de desmatamento anual entre os anos 2011 e 2014 (5.473 km²) e durante o período compreendido entre 2015 e 2018 (média de desmatamento anual de 7.145 km²). Já em 2022, identificou-se o maior índice de desmatamento desde a implementação do sistema de fiscalização "Deter", disponibilizado pelo INPE (Prodes, 2022).

Como ponto de destaque, tem-se a constatação de que os índices de emissões de gases estufa no Brasil estão íntima e gravemente relacionados ao avanço do desmatamento no bioma amazônico. É o que demonstra o relatório do Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (SEEG), iniciativa da organização Observatório do Clima, que compila e analisa dados sobre emissões no Brasil. A partir da série histórica verificada entre 1970 e 2021 (Potenza, 2021), apurou-se que mais de 90% das emissões brutas de gases estufa no País são decorrentes de alterações de uso da terra, que, segundo o relatório, "em sua maioria consistem no desmatamento do bioma Amazônia, que concentra 78,4% das emissões brutas do setor em 2020", o que

2 O Acordo de Paris foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 140, de 16 de agosto de 2016, e promulgado pela Presidência da República por meio do Decreto n. 9.073, de 5 de junho de 2017.

demonstra a profunda interseção entre a preservação da floresta e o controle da emissão de gases responsáveis pelo aquecimento do planeta.

Além do desmatamento da Amazônia, também se percebe a degradação ambiental em outros biomas. No período de 2019 até 2020, o desflorestamento da Mata Atlântica teve um aumento de 90% em relação ao período anterior (2017-2018), segundo análise da Fundação SOS Mata Atlântica e do Prodes-INPE (Desmatamento [...], 2022). Localizada em uma zona territorial com intensa atividade econômica e industrial, a crescente redução da Mata Atlântica também contribui de forma decisiva para aumento nas emissões brasileiras.

Os dados científicos e estudos especializados demonstram, de forma inequívoca, que a inércia do Poder Público brasileiro em dar efetividade às políticas de preservação dos biomas nacionais impactou de forma decisiva o cumprimento de metas e índices estipulados em tratados internacionais, violando o dever de comprometimento e conformidade do Estado brasileiro em relação a obrigações contraídas nos fóruns internacionais, em especial no que se refere ao meio ambiente, circunstância que permitiu à Corte Constitucional a análise jurídica da controvérsia.

4 O CARÁTER VINCULANTE E CONCRETO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE COMBATER AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL

Outro fundamento relevante estabelecido no julgamento do Fundo Clima foi o de que o dever de proteger o meio ambiente imposto ao Poder Público pelo art. 225 da Constituição brasileira possui natureza jurídica vinculante, não se tratando de livre escolha política. Dessa forma, o STF ressaltou que a implementação de políticas ambientais efetivas é imposta de forma obrigatória ao aparato estatal, que tem o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de preservá-lo e restaurá-lo para presentes e futuras gerações. Portanto, a tutela ambiental não se insere em juízo político, de conveniência e oportunidade do Executivo. Trata-se de obrigação a cujo cumprimento está vinculado e que pode ser controlado pelo Poder Judiciário em caso de omissão.

Esse foi o ponto de divergência em relação ao ministro Nunes Marques, único dos onze julgadores a apresentar posição dissonante. Segundo ele, o Poder Judiciário deve agir com prudência e contenção quanto ao princípio da separação dos Poderes e ao sistema de *checks and balances*. Marques afirmou que a modelagem do Fundo Clima, cujas verbas públicas são destinadas para projetos a serem executados por organizações não governamentais (ONGs), não pode se sobrepor à atuação direta da Administração Pública pelo Poder Executivo e ministérios.

Contudo, essa não foi a posição majoritária. A ampla maioria da Corte afirmou que não há opção juridicamente válida diante da omissão no combate às alterações climáticas e, considerando o cenário de preocupante esvaziamento de competências dos órgãos de fiscalização federal, viu caracterizada a omissão do dever imposto pelo art. 225 da Constituição. Desse modo, o tribunal fixou a seguinte tese:

O Poder Executivo tem o *dever constitucional* de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do *dever constitucional de tutela ao meio ambiente* (CF, art. 225), de *direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil* (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da *separação dos poderes* (CF, art. 2º c/c art. 9º, § 2º, LRF) (Brasil, 2022, p. 3. Grifo nosso).

Na perspectiva do direito comparado, o julgamento do caso do Fundo Clima acompanha uma tendência internacional de maior preocupação da tutela jurisdicional sobre o clima. Importante recordar que em 2021, no bojo do caso Neubauer e outros vs. Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou a insuficiência da política climática em curso naquele país e determinou a adoção de medidas para equilibrar a crise (Sarlet, 2021).

Segundo a Corte alemã, ao prever metas de redução na emissão de GEEs somente até o ano de 2030 e escantear as metas elaboradas para o período subsequente, até o ano de 2050, a Lei Federal sobre Proteção Climática (KSG) teria distribuído desproporcionalmente o ônus às restrições de exercício ao direito fundamental de liberdade. Assim, concluiu-se que a liberdade de desfrutar de todas as áreas da vida – lazer, cultura, consumo, infraestrutura – é um direito fundamental intergeracional, que deve ser garantido por meio de medidas efetivas e distribuído sem prejudicar as futuras gerações.

No mesmo sentido, no Paquistão foi jurisdicionalmente determinada a criação de uma comissão sobre mudanças climáticas, integrada por membros do governo, especialistas e associações do terceiro setor para discutir medidas de combate à crise climática. Na oportunidade, a Corte paquistanesa citou a necessidade de preservação dos direitos fundamentais à vida e ao meio ambiente saudável e limpo; à dignidade humana; bem como a aplicação dos princípios constitucionais de democracia, igualdade, justiça social e desenvolvimento sustentável (Wedy, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos do julgamento da ADPF n. 708 são de aplicabilidade *erga omnes*, portanto, frente a todos. E as teses jurídicas fixadas na decisão vão muito além da controvérsia específica em relação ao Fundo Clima. Na prática, a posição do STF que confere aos tratados internacionais sobre direito ambiental o *status* de supralegalidade obriga o Poder Público a efetivamente implementar as políticas públicas em matéria climática já promulgadas ou ratificadas pelo País. Além disso, a decisão incentiva a perenidade da matéria, que se sedimenta como política permanente de Estado.

Dessa forma, espera-se que os juízes e tribunais nacionais passem a fazer um controle mais apurado da convencionalidade dos atos administrativos e legais que afrontam as disposições previstas nos tratados internacionais sobre meio ambiente e combate a mudanças climáticas. Nesse sentido, é esperado que haja um aumento no número de ações que questionam a legitimidade de atos potencialmente danosos à proteção ambiental.

Ademais, existe uma perspectiva de que o contencioso ambiental passe a indicar não apenas se é necessário utilizar os fundos ambientais, mas como utilizá-los de forma concreta. No julgamento do Fundo Clima, o ministro Edson Fachin apresentou voto complementar e convergente ao do relator, em que considerou a necessidade de o governo federal publicar estatísticas sobre os segmentos econômicos de aplicação dos recursos (energia; indústria; agropecuária; *land use, land-use change and forestry* – LULUCF; e resíduos) e a formulação de um inventário nacional público de emissões e reduções de gases de efeito estufa com segmentação entre estados e municípios.

O precedente analisado passa uma firme mensagem quanto à imperatividade de políticas públicas eficazes para a proteção do meio ambiente e do equilíbrio climático, orientando a condução de litígios sobre a insuficiência de medidas para a mitigação e adaptação às mudanças do clima, assim como demandas socioambientais que, de alguma forma, versem sobre emergência climática globalmente observada.

Assim, a Suprema Corte brasileira, em seu papel de garantidora de direitos fundamentais, exerce pressão sobre o Poder Executivo para que não só repense e aprimore a utilização de recursos fósseis e naturais, buscando modelos energéticos e de produção alternativos e mais sustentáveis, mas, sobretudo, para que dê efetiva aplicação aos instrumentos já implementados no País e com histórico de sucesso no enfrentamento aos deletérios efeitos das mudanças climáticas, como é o caso do Fundo Clima, trazendo o Estado brasileiro de volta aos trilhos no que se refere ao cumprimento de prazos e metas firmados junto à comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ACORDO entre Mercosul e União Europeia enfrenta impasses. **Revista Exame**, [s. l.], 19 maio 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/k5e985w6>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.299/2002**. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e a rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e das embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de pesticidas, de produtos de controle ambiental e afins; altera a Lei Delegada n. 8, de 11 de outubro de 1962; revoga as Leis n. 7.802, de 11 de julho de 1989, e n. 9.974, de 6 de junho de 2000, partes de anexos das Leis n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, e n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e dispositivo da Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013; e dá outras providências. Brasília, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 nov. 1992.

BRASIL. **Lei n. 12.114, de 9 de dezembro de 2009**. Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Brasília, 9 dez. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 708/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 4.7.2022. Publ.: **DJe** 28 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ**. Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Ferreira Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 dez. 2008. Publicação: **DJe** 5 jun. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE. Relator do Acórdão: Min. Cunha Peixoto, 1º jun. 1977. **DJ** 29 dez. 1977.

CAPEZ, Fernando. Sobre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3t4wbaa8>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DESMATAMENTO na Mata Atlântica cresce 66% em um ano. **SOS Mata Atlântica**, Itu/SP, maio 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2s53vsr>. Acesso em: 16 fev. 2023.

FERNANDES, Daniela. Na França, acordo entre UE e Mercosul enfrenta oposição e protestos de agricultores, ambientalistas e até ministros. **BBC News Brasil**, Paris, 7 jul. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ykkbefc6>. Acesso em: 1º set. 2022.

FUNDO AMAZÔNIA: Relatório de Atividades 2021. Brasília: Departamento de Comunicação do Gabinete da Presidência, jun. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/ye269xa7>. Acesso em: 10 jan. 2023.

IPCC – THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Climate Change 2022: impacts, adaptation and vulnerability**. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/hvey534s>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. **Boletim Brasileiro de Direito Internacional**, São Paulo, n. 61-69, p. 53-57, 1975/1979.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, p. 215-235, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ctbfhr6>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NORUEGA suspende repasse de R\$ 133 milhões para o Fundo Amazônia. **Revista Veja**, [s. l.], 15 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/64dbmwej>. Acesso em: 10 jan. 2023.

POTENZA, Renata Fragoso *et al.* **Análise das emissões brasileiras de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas climáticas do Brasil 1970–2020**. [S. l.]: Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (SEEG), 2021. p. 29. Disponível em: <https://tinyurl.com/29w5wnkv>. Acesso em: 16 fev. 2023.

PRODES – AMAZÔNIA. **Monitoramento do desmatamento da floresta amazônica brasileira por satélite**. Coordenação-Geral de Observação da Terra, INPE, 30 nov. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/a2j254bt>. Acesso em: 5 out. 2023.

SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. Caso Neubauer e outros vs. Alemanha e a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais. **Genjurídico**, [s. l.], 19 out. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4vnff8pe>. Acesso em: 10 jan. 2023.

WEDY, Gabriel. Litigância climática: o 'caso Leghari v. Paquistão' e suas lições para o Brasil. **Conjur**, São Paulo, 7 nov. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5at83tny>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Rafael de Alencar Araripe Carneiro

<http://lattes.cnpq.br/3712339939581953>

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim. Professor de graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado. Sócio do Carneiros Advogados. Vice-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral do Conselho Federal da OAB.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PATENTES: DESAFIOS ENVOLVENDO UM AUTOR NÃO HUMANO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PATENTS: CHALLENGES INVOLVING A NON-HUMAN INVENTOR

Recebido em 30.3.2023 • Aprovado em 5.6.2023

Thiago Augusto Bueno

RESUMO

O artigo trata das discussões relacionadas à concessão de registro de patentes em requerimentos em que consta um sistema de inteligência artificial como inventor. A metodologia de pesquisa utilizada é a análise de caso dos pedidos formulados no Brasil, nos EUA, no Reino Unido, na União Europeia, na África do Sul e na Austrália por Stephen Thaler, que indicou Dabus, um sistema de inteligência artificial, como inventor. Na África do Sul e na Austrália, Stephen Thaler obteve sucesso, ao contrário do que ocorreu nas outras localidades indicadas. Combinado, ainda, com pesquisa bibliográfica estrangeira, o artigo lida com a função das patentes dentro do sistema de proteção da propriedade intelectual, examinando os requisitos para sua concessão (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial) à luz das especificidades relacionadas à inteligência artificial para, então, discorrer sobre as decisões proferidas em cada um dos países indicados, sob o enfoque das implicações do reconhecimento

de uma inteligência artificial como autora. Com amparo na análise crítica como método de interpretação de resultados, o artigo buscou a elaboração de uma reflexão profunda sobre os argumentos apresentados, considerando suas fontes e possíveis limitações. Além disso, o emprego conjunto de interpretação normativa permitiu avaliar como a jurisprudência tem-se desenvolvido em relação a essa temática, e como essas decisões podem ser aplicadas na prática. Ao final, o artigo concluiu pela necessidade de discussão do conceito de inventor no sistema de patentes pelo Poder Legislativo.

Palavras-chave: Patentes. Inventor. Inteligência artificial.

ABSTRACT

The article discusses granting patent registration in cases where the inventor is an artificial intelligence. Case analysis is the chosen research methodology to examine the requests made in Brazil, the USA, the United Kingdom, European Union, South Africa and Australia by Stephen Thaler, who identified

Dabus, an artificial intelligence, as the inventor. Stephen Thaler succeeded in South Africa and Australia, unlike in the other countries. Furthermore, the article utilizes overseas research references to deal with the function of patents within the intellectual property protection system, examining the requirements for their granting (novelty, inventive activity, and industrial application), considering the specificities related to artificial intelligence, and then discusses the decisions made in each of the aforementioned countries, under the focus of the implications of recognizing

an artificial intelligence as the author. Critical analysis is utilized as an interpretation method to seek a deeper understanding of the arguments discussed in the article. Additionally, normative interpretation is utilized as a tool to evaluate court decisions about the theme, and these decisions can produce real effects. Finally, the article concludes that it is necessary to involve legislators in discussions about the concept of inventors.

Keywords: Patents. Inventor. Artificial intelligence.

INTRODUÇÃO

Julho de 2021 foi um mês memorável para as discussões envolvendo inteligência artificial e propriedade intelectual, já que pela primeira vez um escritório nacional de patentes declarou uma ferramenta de inteligência artificial como autora de uma invenção. O Escritório de Patentes da África do Sul, anuindo ao requerimento formulado por Stephen Thaler, reconheceu Dabus, um sistema de inteligência artificial, como inventor de um recipiente de alimentos (Gibson, 2021). Poucos dias depois, na Austrália, o Tribunal Federal Australiano aceitou um recurso, também manejado por Stephen Thaler, e decidiu que o regime jurídico australiano não veda o reconhecimento de aplicações de inteligência artificial como inventoras (Gibson, 2021).

Este artigo se utiliza da combinação das metodologias de estudo de caso e de pesquisa bibliográfica para examinar questões envolvendo a inteligência artificial e o sistema de patentes, particularmente os impactos das decisões anunciadas em julho de 2021. De início, o instituto das patentes e suas funções no sistema de propriedade intelectual são examinados. Na sequência, discutem-se os requisitos para a concessão de uma patente, especialmente o conceito de "técnico no assunto" (*person skilled in the art*) e sua relação com as ferramentas de inteligência artificial. Prossegue-se com a revisão das decisões negativas dos requerimentos formulados por Stephen Thaler no Brasil, nos Estados Unidos, no Reino Unido e na União Europeia, a partir do debate do conceito de inventor e das consequências das decisões anunciadas na África do Sul e na Austrália.

1 PATENTES E FUNÇÕES DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

As patentes fazem parte do sistema desenvolvido para proteção da propriedade intelectual, de modo a aprimorar o desenvolvimento de tecnologia para fins comerciais. Juntamente com o direito autoral, aplicado às obras literárias e artísticas, e às marcas, que são registradas para imagens de marketing, as patentes foram desenvolvidas para

proteger invenções. De acordo com Cornish, Llewelyn e Aplin (2010), "patentes são concedidas em respeito às invenções, ou seja, melhoramentos tecnológicos, grandes ou pequenos, que contêm pelo menos alguma centelha de inventividade sobre o que é anteriormente conhecido"¹ (tradução nossa).

Bently *et al.* (2018) definem patente como um "monopólio que é concedido em troca da divulgação de informações técnicas"² (tradução nossa). Briss *et al.* (2021) apontam que "a concessão de uma patente para uma invenção é a concessão ao titular da patente, por um período limitado, de um direito de monopólio em relação a essa invenção, ou seja, o direito de excluir outros de usar essa invenção"³ (tradução nossa).

O sistema de patentes visa aprimorar o desenvolvimento tecnológico, de modo que se garanta o benefício da exploração econômica exclusiva de uma invenção ao seu inventor durante um período específico e, ao mesmo tempo, se permita a revelação de uma tecnologia inovadora que seja acessível publicamente.

Consequentemente, é possível desenvolver novas aplicações a partir daquela invenção anteriormente divulgada, contribuindo-se, dessa forma, para a criação de novas ferramentas e sua circulação, o que é chamado de função informacional (*information function*) do sistema de patentes. Como apontado por Bently *et al.* (2018), o sistema de patentes desenvolvido no Reino Unido e na União Europeia reforça a *information function* porque os arcabouços jurídicos de ambos exigem que o titular da patente divulgue a invenção de uma forma que permita a análise de sua aplicação prática. Assim, uma patente pode ser entendida como um pacto, um "acordo de patente" (*patent bargain*) entre o requerente e o Estado. O requerente divulga sua invenção, e o Estado lhe concede proteção por um período específico.

Ryan Abbott (2016, p. 1104-1105) afirma que a concessão de patentes a sistemas de inteligência artificial estimularia a inovação, promovendo a divulgação e comercialização: "sem a capacidade de obter proteção por patente, proprietários de computadores criativos podem optar por proteger as invenções patenteáveis como segredos comerciais sem nenhuma divulgação pública"⁴ (tradução nossa).

Por outro lado, os incentivos dos efeitos morais das patentes não se aplicam à inteligência artificial. Jeanne Fromer (2011) afirma que os direitos morais de uma invenção fortalecem a relação entre a criação e a criatura. No entanto, não há efeito moral para um sistema de computador em uma invenção produzida por inteligência artificial.

1 "[...] patents are granted in respect of inventions, i.e., technological improvements, great and small, which contain at least some scintilla of inventiveness over what is previously known."

2 "[...] monopoly that is granted in return for the disclosure of technical information."

3 "[...] the grant of a patent for an invention is the grant to the patentee for a limited period of a monopoly right in respect of that invention, i.e., the right to exclude others from using that invention."

4 "[...] without the ability to obtain patent protection, owners of creative computers might choose to protect patentable inventions as trade secrets without any public disclosure."

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REQUERIMENTO DE PATENTES

Tradicionalmente, uma patente deve satisfazer os seguintes critérios para sua concessão: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Esta seção examinará como as ferramentas de inteligência artificial lidam com essas condições.

2.1 NOVIDADE

Em primeiro lugar, uma invenção deve ser nova. Em resumo, este é o conteúdo da novidade. Segundo Bently *et al.* (2018), "a novidade exige que a invenção seja quantitativamente diferente do que foi divulgado anteriormente – ou seja, as informações técnicas divulgadas pela patente não devem estar disponíveis ao público"⁵ (tradução nossa). Assim, a novidade está relacionada às informações técnicas divulgadas, que devem ser novas e quantitativamente diferentes. Não há dificuldades em aceitar que aplicações de inteligência artificial possam produzir um resultado que nunca foi encontrado antes. Consequentemente, a novidade não é uma barreira para se reconhecer a inteligência artificial como inventora.

2.2 ATIVIDADE INVENTIVA

A atividade inventiva não é analisada a partir de uma perspectiva quantitativa, mas de uma abordagem qualitativa. Examinando as diferenças entre novidade e atividade inventiva, Bently *et al.* (2018) afirmam que, "basicamente, é uma análise qualitativa para determinar se a contribuição é criativa o suficiente para justificar um monopólio"⁶ (tradução nossa). É essencial para o conceito de "técnico no assunto" (*person skilled in the art*) verificar a atividade inventiva, uma vez que Bently *et al.* (2018) assumiram que "uma invenção é considerada inventiva se não for óbvia para um técnico no assunto"⁷ (tradução nossa).

Em relação ao conceito de "técnico no assunto" (PSA – *person skilled in the art*), Dent (2017, p. 419) afirma que "a adoção do técnico no assunto significava que o detentor da patente poderia assumir um nível de conhecimento, experiência e alfabetização por parte do destinatário, simplificando assim a tarefa de produzir a especificação"⁸ (tradução nossa). Além disso, Rankin (2011, p. 62) afirma que esse técnico "deve avaliar se uma invenção foi adequadamente divulgada e, simultaneamente, garantir que não seja

5 "[...] novelty requires that the invention be quantitatively different from what has been disclosed previously – that is, the technical information disclosed by the patent must not already be available to the public."

6 "[...] basically a qualitative examination to ascertain whether the contribution is creative enough to warrant a monopoly."

7 "[...] an invention is said to involve an inventive step if it is not obvious to a person skilled in the art."

8 "[...] the adoption of the PSA meant that the patentee could assume a level of knowledge, experience, and literacy on the part of the addressee, thereby simplifying the task of producing the specification."

apenas uma extensão 'óbvia' da 'habilidade comum no setor'⁹ (tradução nossa). Assim, o técnico no assunto fornece um padrão para analisar os desenhos patenteados a fim de avaliar a atividade inventiva.

Consequentemente, o detentor da patente deve ser evidente nos desenhos patenteados. O requerente precisa fornecer desenhos de patentes que divulguem toda a invenção, contribuindo para a função informativa do sistema de patentes, discutida anteriormente. Além disso, o destinatário precisa considerar que a invenção não é óbvia. A definição de uma invenção como não óbvia considera o campo do conhecimento relacionado à invenção.

A Convenção de Patentes Europeia (Convenção [...], 2022), por exemplo, em seu artigo 42, item 1, alínea a, exige que a descrição da patente especifique "o campo técnico a que a invenção se relaciona"¹⁰ (tradução nossa). Ademais, Bently *et al.* (2018) consideram que não importa se a invenção é o resultado de anos dedicados à pesquisa ou de um momento inspirado pelo detentor da patente. Segundo os autores, "tudo o que importa é se o técnico no assunto consideraria a invenção não óbvia"¹¹ (tradução nossa).

O uso de inteligência artificial pelo titular de uma patente gera discussões envolvendo o conceito de técnico no assunto. Isso ocorre porque algumas ferramentas de inteligência artificial funcionam de uma forma que os humanos não conseguem compreender. Em uma definição breve, apresentada pelo Instituto Alan Turing e o Information Commissioner's Office (autoridade estatal em matéria de proteção de dados no Reino Unido) (2019, p. 6), pode-se entender a inteligência artificial como "uma gama de tecnologias e abordagens que tentam imitar o pensamento humano para resolver tarefas"¹² (tradução nossa). Nesse contexto, aplicações de inteligência artificial são programadas para alcançar objetivos definidos, substituindo o pensamento humano. Ferramentas de inteligência artificial se utilizam de algoritmos para analisar dados previamente coletados e encontrar padrões e modelos que atendam a esses objetivos programados. O que acontece na avaliação da máquina é impossível de se examinar, pois os algoritmos tomam as decisões e as máquinas funcionam de uma forma que está fora do alcance da compreensão humana.

A massiva quantidade de dados provenientes de múltiplas fontes e a alta velocidade de processamento permitem que sistemas de inteligência artificial produzam resultados inimagináveis. Esse cenário cria desafios para o parâmetro de análise da atividade inventiva. Como apontado por Holtermann e Block (2021, p. 70), "se um sistema de inteligência artificial não supervisionado fosse usado como ponto de referência legal para a

9 "[...] has been asked to fulfill two functions: she/he must evaluate whether an invention has been adequately disclosed and, simultaneously, ensure that it is not just an 'obvious' extension of the 'ordinary skill in the art'."

10 *European Patent Convention 2000 Regs: "Rule 42 – Content of the description (1) The description shall: (a) specify the technical field to which the invention relates".*

11 "[...] all that matters is whether the person skilled in the art would consider the invention to be non-obvious."

12 "[...] a range of technologies and approaches that attempt to mimic human thought to solve tasks."

avaliação das fontes de dados globais, ele não seria mais limitado a áreas de tecnologia específicas ou fontes de informação"¹³ (tradução nossa).

Nessa perspectiva, existem discussões envolvendo o conceito de técnico no assunto como parâmetro para avaliação da atividade inventiva promovida por uma invenção realizada com o uso da inteligência artificial. Uma vez que o funcionamento de sistemas de inteligência artificial pode se dar de formas distantes da compreensão humana, seria possível encontrar um técnico no assunto com conhecimento técnico hábil para verificar a inventividade de uma inteligência artificial? Como avaliar a atividade inventiva de algo decorrente do uso de inteligência artificial? Alguns argumentam que aplicações de inteligência artificial deveriam avaliar as descrições da patente nessas circunstâncias. Conseqüentemente, em vez de uma pessoa atuando como técnico no assunto, seria criada a figura da "máquina treinada no assunto" (*machine trained in the art*) como parâmetro para avaliar a atividade inventiva no processo de concessão de patentes.

A questão envolvendo o uso de inteligência artificial e a atividade inventiva é um dos pontos destacados em uma consulta pública promovida pelo governo do Reino Unido, que lançou a seguinte pergunta: "Devemos estender o conceito de 'técnico no assunto' [*person skilled in the art*] para 'máquina treinada no assunto' [*machine trained in the art*]?"¹⁴ (tradução nossa). A pergunta é relevante, pois trata de diferentes perspectivas sobre a inteligência artificial e a análise da atividade inventiva. Como discutido anteriormente, uma vez que algumas ferramentas de inteligência artificial funcionam fora da compreensão humana, pode ser quase impossível encontrar uma pessoa hábil para ser apontada como técnico no assunto com capacidade suficiente para avaliar o que foi produzido pela inteligência artificial.

Por outro lado, o uso de uma "máquina treinada no assunto" como novo padrão pode provocar problemas relacionados à definição da invenção não óbvia. A enorme quantidade de dados disponíveis, o baixo custo de seu armazenamento e a alta velocidade para seu processamento podem produzir um padrão quase inalcançável para uma criação não óbvia. Segundo Miller e Tull (2018, p. 320), como consequência do uso da inteligência artificial, podem ser gerados resultados mais inventivos: "será mais difícil argumentar que a invenção não é óbvia, mesmo quando o 'número finito de soluções previsíveis identificadas' está além do cálculo humano"¹⁵ (tradução nossa). Em outras palavras, a avaliação produzida por uma inteligência artificial pode criar uma barreira ao reconhecimento da atividade inventiva.

13 "[...] if an unsupervised AI system were to be used as the legal point of reference for the assessment of the global data sources, it would no longer be limited to specific technology areas or sources of information."

14 "Should we extend the concept of 'the person skilled in the art' to 'the machine trained in the art'?" (The United Kingdom. Consultation Outcome. Artificial Intelligence call for views: patents. Disponível em: <https://tinyurl.com/4sa3pmeb>. Acesso em: ago. 2023).

15 "[...] it will be more difficult to argue that the invention is non-obvious, even where the 'finite number of identified, predictable solutions' is beyond that of human calculation."

Descrevendo o cenário que envolve a inteligência artificial e o parâmetro de técnico no assunto, Ryan Abbott (2016, p. 1124-1125) afirma:

Substituir a pessoa especializada pelo computador especializado sugere uma mudança no teste de não evidência. Atualmente, o teste leva em conta o conhecimento da pessoa especializada sobre a arte anterior. Diminuir o universo da arte anterior torna mais fácil obter uma patente, porque, com menos conhecimento de fundo, uma nova invenção tem mais chances de parecer inventiva. Da mesma forma, expandir o universo da arte anterior aumentaria a barra de patenteabilidade. No entanto, embora possa ser irrealista esperar que um inventor humano tenha conhecimento de arte anterior em campos não relacionados, não há motivo para limitar o banco de dados do computador a um assunto específico. Um inventor humano pode não pensar em combinar receitas de culinária com avanços na ciência médica, mas um computador não seria limitado por tais restrições autoimpostas. Agora que humanos e computadores estão competindo criativamente, o universo da arte anterior deve ser expandido¹⁶ (tradução nossa).

À luz da decisão fornecida pelo tribunal australiano, que concedeu a Dabus uma patente como inventor, Rolls e Onishi (2022) observam que SYNTHIA (uma ferramenta de inteligência artificial que pode combinar 60 mil regras de síntese e reações químicas para produzir resultados envolvendo patentes químicas) poderia ser utilizada para operar como um técnico no assunto. Surgem, então, dificuldades envolvendo algumas questões práticas quanto às obrigações aplicadas ao técnico no assunto, como comparecer ao tribunal e responder perguntas, por exemplo.

A consulta pública promovida pelo governo do Reino Unido destacou o problema potencial relacionado ao uso da inteligência artificial para avaliar o passo inventivo. Foi lançada a seguinte pergunta: "A inteligência artificial desafia ou desafiará o nível de passo inventivo necessário para obter uma patente? Se sim, esse desafio pode ser acomodado pela lei de patentes atual?"¹⁷ (tradução nossa).

Nesse cenário, a inteligência artificial impacta a concepção de passo inventivo, incluindo o conceito histórico padrão do técnico no assunto. A consulta pública realizada pelo governo do Reino Unido demonstra a importância dessa discussão e a atenção que ela merece dos reguladores para preservação dos incentivos à promoção do desenvolvimento tecnológico e ao crescimento econômico.

16 *"Replacing the skilled person with the skilled computer suggests a change to the non-obviousness test. At present, the test takes into account the skilled person's knowledge of the prior art. Decreasing the universe of prior art makes it easier to get a patent because, with less background knowledge, a new invention is more likely to appear inventive. Likewise, expanding the universe of prior art would raise the patentability bar. Yet although it may be unrealistic to expect a human inventor to have knowledge of prior art in unrelated fields, there is no reason to limit a computer's database to a particular subject matter. A human inventor may not think to combine cooking recipes with advances in medical science, but a computer would not be limited by such self-imposed restrictions. Now that humans and computers are competing creatively, the universe of prior art should be expanded."*

17 *"Does or will AI challenge the level of inventive step required to obtain a patent? If yes, can this challenge be accommodated by current patent law?"* (The United Kingdom. Consultation Outcome. Artificial Intelligence call for views: patents. Disponível em: <https://tinyurl.com/4sa3pmeb>. Acesso em: ago. 2023).

2.3 APLICAÇÃO INDUSTRIAL

O quadro jurídico do Reino Unido define aplicação industrial nos seguintes termos: "Uma invenção será considerada capaz de aplicação industrial se puder ser fabricada ou usada em qualquer tipo de indústria, incluindo a agricultura"¹⁸ (tradução nossa). A Lei de Patentes Europeia tem uma definição similar de aplicação industrial em seu artigo 57: "Uma invenção será considerada como suscetível de aplicação industrial se puder ser fabricada ou usada em qualquer tipo de indústria, incluindo a agricultura"¹⁹ (tradução nossa). Não há dificuldades em reconhecer que a inteligência artificial atende a esses requisitos, permitindo que seus resultados sejam aplicados nos mais diferentes campos da indústria, como medicina, saúde e agricultura.

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INVENTOR

O mesmo requerimento de patente que indicou Dabus como inventor foi formulado no Brasil, nos Estados Unidos da América, no Reino Unido, na União Europeia, na África do Sul e na Austrália. No entanto, apenas na África do Sul e na Austrália, a pretensão foi exitosa.

No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) indeferiu o pedido de registro formulado por Stephen Thaler, sob o fundamento de que, nos termos do art. 6º da Lei de Propriedade Industrial (LPI) (Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996)²⁰, "o inventor de um pedido de patente deve ser capaz de ser sujeito de direitos, possuindo personalidade jurídica"²¹.

Nos Estados Unidos, o Manual de Procedimento de Design de Patente, elaborado pelo Escritório de Patentes e Marcas Registradas dos Estados Unidos, prevê como um dos requisitos obrigatórios a nomeação do inventor: "O(s) inventor(es) deve(m) ser o requerente em um pedido apresentado antes de 16 de setembro de 2012 [...] e o inventor ou cada inventor conjunto deve ser identificado em um pedido apresentado em ou após 16 de setembro de

18 "An invention shall be taken to be capable of industrial application if it can be made or used in any kind of industry, including agriculture" (Patents Act, 1977, c. 37, s. 4. Industrial Application. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s8nadnp>. Acesso em: ago. 2023).

19 "An invention shall be considered as susceptible of industrial application if it can be made or used in any kind of industry, including agriculture" (CONVENÇÃO [...], 2022).

20 "Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente.

§ 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

§ 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

§ 4º O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação."

21 Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Pedido BR112021008931-4.

2012²² (tradução nossa). Particularmente no caso Dabus, o Escritório de Patentes e Marcas Registradas dos Estados Unidos (USPTO) negou o pedido. A decisão afirmou que o quadro legal nacional – 35 U.S. Code § 100(a) – não permite que uma inteligência artificial seja reconhecida como inventora, porque o termo “inventor” se aplica apenas a pessoas naturais. Além disso, o USPTO destacou uma decisão anterior do *Federal Circuit* que afirmou que os inventores devem “conceber” sua invenção, o que é restrito a pessoas naturais.

Após a decisão do USPTO, a questão foi discutida no Judiciário e a juíza Brinkema, do Distrito Virgínia Oriental, confirmou que o inventor deve ser uma pessoa natural, sob o quadro legal vigente atualmente nos Estados Unidos. No entanto, a juíza Brinkema destacou que, devido à rápida evolução da tecnologia, a questão deveria ser discutida no Congresso (2011):

À medida que a tecnologia evolui, pode chegar um momento em que a inteligência artificial atinja um nível de sofisticação que pode satisfazer os significados aceitos da autoria. Mas esse momento ainda não chegou e, se chegar, caberá ao Congresso decidir como e se deseja ampliar o escopo da lei de patentes²³ (tradução nossa).

No Reino Unido, o Escritório de Propriedade Intelectual (IPO) recusou o pedido feito por Stephen Thaler, sob o fundamento de que o inventor deve ser uma pessoa natural. Stephen Thaler recorreu ao Tribunal Superior, que confirmou a decisão impugnada e reforçou o entendimento de que é obrigatório que uma pessoa natural seja apontada como inventor (England [...], 2021). No entanto, a decisão não foi unânime. Um dos julgadores, Lord Justice Birss, discordou dos outros juízes e decidiu que é possível que, apesar do fato de as pessoas naturais serem inventoras, uma invenção seja criada por uma inteligência artificial: “Só porque todos os inventores são pessoas, não se segue que todas as invenções tenham uma pessoa que as inventou, como este caso demonstra²⁴ (tradução nossa).

No mesmo sentido, o quadro legal da União Europeia determina que o direito a uma patente pertence ao inventor²⁵, pelo que o Escritório Europeu de Patentes negou o requerimento de Stephen Thaler, uma vez que Dabus não é um ser humano²⁶.

22 “The inventor(s) must be the applicant in an application filed before September 16, 2012 [...] and the inventor or each joint inventor must be identified in an application filed on or after September 16, 2012.” (United States Patent and Trademark Office. *The Manual of Patent Design Procedure*. 9th edition. Revisado em jun. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckxx8x2>).

23 “As technology evolves, there may come a time when artificial intelligence reaches a level of sophistication such that it might satisfy accepted meanings of inventorship. But that time has not yet arrived, and, if it does, it will be up to Congress to decide how, if at all, it wants to expand the scope of patent law.” (Stephen Thaler vs. Andrew Hirshfeld. *Case number 1:2020cv00903*. US District Court for the Eastern District of Virginia. Alexandria Division. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhkc7f7>).

24 “Just because all inventors are people, this case demonstrates that it does not follow that all inventions have a person who invented them.” (England [...], 2021).

25 Convenção Europeia de Patentes. Artigo 60.

26 Escritório Europeu de Patentes. Registro Europeu de Patentes. EP 18 275 163 e EP 18 275 174. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvctmts>.

Por sua vez, o Escritório de Patentes da África do Sul aprovou a patente solicitada por Stephen Thaler, que indicou Dabus como inventor. No entanto, não foram feitas considerações pelas autoridades sul-africanas quando reconheceram a inteligência artificial como criadora das invenções. Após a autorização, o Escritório de Patentes da África do Sul declarou que "a invenção foi gerada de forma autônoma por uma inteligência artificial"²⁷ (tradução nossa).

Na Austrália, o regime jurídico de patentes apresenta semelhanças com os existentes nos Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia. Como resultado, o Escritório de Patentes da Austrália negou a concessão da patente a Stephen Thaler porque não havia uma pessoa natural indicada como inventor²⁸. No entanto, a decisão do Tribunal Federal Australiano concluiu que a lei nacional não restringe o conceito de inventores a pessoas naturais²⁹.

Como foi possível observar nas decisões dos diferentes países, a principal discussão repousa em verificar se a inteligência artificial se encaixa no conceito do inventor. De acordo com Cornish, Llewelyn e Aplin (2010), "o inventor é a pessoa que realmente concebe a invenção"³⁰ (tradução nossa). Bently *et al.* apontam (2018) que, para ser reconhecida como inventor, "uma pessoa precisa demonstrar que contribuiu para o 'conceito inventivo'"³¹ (tradução nossa). Noam Shemtov (2019, p. 7) define inventor como sendo "uma pessoa que fez uma contribuição intelectual ou criativa para a fase de concepção da invenção"³² (tradução nossa). Assim, o conceito do inventor está relacionado à sua contribuição para o desenvolvimento da invenção.

A Comissão Europeia (2018, p. 1) se refere à inteligência artificial como "sistemas que exibem comportamento inteligente ao analisar seu ambiente e tomar medidas para alcançar objetivos específicos"³³ (tradução nossa). Em relação a patentes, aplicações de inteligência artificial analisam todos os dados acessíveis para produzir resultados em um processo além da compreensão humana. Como mencionado anteriormente, a

27 "The invention was autonomously generated by an artificial intelligence" (ÁFRICA DO SUL. Escritório de Patentes da África do Sul. *Patent Journal*, [s. l.], v. 54, n. 07, part II of II, p. 255. Jul. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mw7z2s87>. Acesso em: ago. 2023).

28 Escritório Australiano de Patentes. Stephen L. Thaler [2021] APO 5 (9 February 2021). Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx24eum>. Acesso em: ago. 2023.

29 Corte Federal da Austrália. Thaler vs. Commissioner of Patents [2021] FCA 879. 30 jul. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yymj6yy5>. Acesso em: ago. 2023.

30 "[...] the inventor is the person who actually devises the invention."

31 "[...] a person needs to show that they have contributed to the 'inventive concept'."

32 "[...] a person who made an intellectual or creative contribution to the conception phase of the invention."

33 "[...] systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals." (Comissão Europeia. Communication from the commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe, Bruxelas, 25 abr. 2018, COM (2018) 237 final).

complexidade com que os atuais sistemas da inteligência artificial operam não permite sua análise por seres humanos. Assim, o conteúdo da contribuição para o desenvolvimento da tecnologia não pode ser avaliado da mesma forma para sistemas de inteligência artificial e seres humanos.

A fim de reconhecer a possibilidade de um sistema de inteligência artificial ser inventor, é necessário mudar a abordagem da contribuição para o desenvolvimento da invenção. Tradicionalmente, o conceito de contribuição está relacionado à intervenção humana e à manifestação da colaboração humana para o resultado. No entanto, as máquinas não pensam como os seres humanos; em vez disso, executam tarefas para alcançar resultados programados. Consequentemente, é necessário mudar a perspectiva no debate.

Abbott (2016) afirma que os critérios repousam na "abordagem funcionalista" (*functionalist approach*) para identificar se a máquina contribuiu efetivamente para uma invenção. De acordo com o autor, Alan Turing foi o primeiro a identificar o problema da fala da máquina. Para lidar com isso, Turing desenvolveu um método que transfere o foco das máquinas para os indivíduos que interagem com elas para identificar se uma máquina "pensa" ou não. O "Jogo da Imitação" (*The Imitation Game*), desenvolvido por Turing, também conhecido como "Teste de Turing", consiste em um experimento no qual a pessoa precisa identificar se as respostas vêm de uma pessoa ou de uma máquina. Como observado por Abbott (2016, p. 1109): "em vez de perguntar se as máquinas 'pensam', ele [Turing] perguntou se as máquinas poderiam agir da mesma maneira que entidades pensantes"³⁴ (tradução nossa). A ideia por trás do "Teste de Turing" é destacar os resultados fornecidos pelas máquinas em vez de seu processo.

Stephen Thaler foi o primeiro a solicitar uma patente incluindo um sistema de inteligência artificial como inventor. No entanto, ele não foi o primeiro a buscar proteção por patente utilizando inteligência artificial para obter o resultado. Se ele tivesse feito o requerimento indicando como inventor uma pessoa natural, provavelmente não enfrentaria as discussões atuais e teria recebido a patente para si. A situação descrita é um exemplo de como poderia ter sido aplicado o "Teste de Turing", pois as pessoas que avaliam o requisito da patente provavelmente não identificariam que uma inteligência artificial fez todo o processo. Como discutido acima, a inteligência artificial impacta a análise do passo inventivo, precisamente o conceito do técnico no assunto.

Este cenário traz debates relacionados a questões éticas envolvendo patentes desenvolvidas por inteligência artificial, uma vez que alguns resultados podem ser alcançados sem intervenção humana relevante. Considerando que atualmente não é possível conceder uma patente para uma invenção produzida por uma inteligência artificial, Johanna Gibson (2022, p. 407) afirma que

a ideia de Thaler de que a inteligência artificial pode ser explorada através da "desonestidade" de requerentes humanos torna-se mais claramente uma

34 "[...] rather than asking whether machines 'think', he (Turing) asked whether machines could perform in the same manner as thinking entities."

afirmação sobre confiança e autoria relacionadas à relação com o usuário, o consumidor, o público³⁵ (tradução nossa).

Apesar da importância da discussão relacionada à "abordagem funcionalista", a decisão australiana que reconheceu a inteligência artificial como inventora se recusou a examinar questões envolvendo o Teste de Turing e o funcionalismo³⁶.

4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, PROPRIEDADE E AUTORIA DE PATENTES

Em todos os requerimentos de registro de patentes que fez, Stephen Thaler declarou ser o proprietário, sendo registrado Dabus como inventor. Essa distinção ocorre particularmente nas relações trabalhistas, quando o empregado é o inventor, e o empregador é o proprietário. Como resultado, ambos estão protegidos. O empregador pode explorar os benefícios econômicos da patente como proprietário, enquanto o empregado, como inventor, é socialmente reconhecido. Todavia, o estímulo do reconhecimento social, por razões óbvias, não se aplica a uma inteligência artificial que tenha sido a responsável pela invenção.

Essa diferenciação é essencial também porque uma inteligência artificial não tem personalidade jurídica. Conforme afirmado por Shemtov (2019, p. 33), "como os sistemas de inteligência artificial não possuem personalidade jurídica separada e não se espera que tenham no futuro próximo, tais sistemas são incapazes de possuir propriedade"³⁷ (tradução nossa). Assim, um sistema de inteligência artificial não pode fazer parte de relações que envolvam a assunção de obrigações e o reconhecimento de direitos.

Por essa mesma razão, ferramentas de inteligência artificial não podem ser consideradas empregados. A falta de personalidade jurídica não autoriza que inteligências artificiais façam parte de uma relação de trabalho.

Outra questão que surge é acerca de quem deve ser o inventor quando é impossível reconhecer a inteligência artificial nessa posição. A discussão ocorre porque diferentes figuras estão envolvidas: o proprietário da aplicação, o usuário e o treinador de dados. Abbott (2016, p. 1114-1115) entende que o proprietário deve ser o inventor "porque seria mais consistente com a forma como a propriedade pessoal (incluindo computadores e patentes) é tratada nos EUA, e incentivaria mais a invenção computacional"³⁸ (tradução nossa).

35 *"Thaler's implication that AI might be exploited through the 'dishonesty' of human applicants becomes more clearly an assertion about trust and authorship as related to the relationship with the user, the consumer, the public."*

36 Corte Federal da Austrália. Thaler vs. Commissioner of Patents, FCA 879. 30 jul. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yymj6yy5>.

37 *"[...] since AI systems do not have a separate legal personality and are not expected to have one in the foreseeable future, such systems are incapable of owning property"*.

38 *"[...] because it would be most consistent with the way personal property (including both computers and patents) is treated in the United States, and it would most incentivize computational invention."*

Defendendo que a propriedade deveria ser concedida ao usuário, Peter Block (*apud* Shemtov, 2019, p. 30) afirma que “o inventor é a pessoa natural que, usando o computador como ferramenta, encontrou o produto ou processo que resolve um problema técnico específico”³⁹ (tradução nossa). Sob essa perspectiva, há alguns debates sobre o alcance das atividades realizadas pelos sistemas de inteligência artificial. Dan Burk (2021, p. 319) observa que considerar a inteligência artificial como a inventora ignora a participação humana. Segundo o autor, embora o processo em que a inteligência artificial trabalha não possa ser completamente compreendido pelos humanos, essas máquinas alcançam resultados que os humanos visam: “as especificidades do resultado de uma inteligência artificial podem ser imprevisíveis, mas há a expectativa geral de algum resultado, e algum resultado em um campo específico, sendo este o motivo da utilização da máquina pelos humanos”⁴⁰ (tradução nossa).

Por fim, Shemtov (2022, p. 31) afirma que o treinador de dados deve ser considerado o proprietário de uma patente que utiliza inteligência artificial. Segundo o autor, uma vez que o treinador de dados é responsável por “selecionar os conjuntos de dados, verificar a saída do sistema e fazer as correções necessárias quando necessário, com vistas a produzir a saída mais ótima, sempre com o objetivo da invenção em mente”⁴¹ (tradução nossa), ele seria premiado como proprietário.

CONCLUSÃO

Os sistemas de inteligência artificial fazem parte do nosso cotidiano. A utilização de ferramentas de aprendizado de máquina se espalha pelas mais diversas áreas do conhecimento humano, alcançando resultados até alguns anos atrás inimagináveis. O cenário atual oferece uma quantidade massiva de informações provenientes das mais diversas origens, passíveis de armazenamento de formas mais econômicas e processamento em altas velocidades, de modo a permitir sua análise e formatação por múltiplos mecanismos, para os mais diferentes propósitos.

Propriedade intelectual e patentes são instrumentos que foram desenvolvidos ao longo do tempo almejando o incentivo da inovação e a difusão do conhecimento. No entanto, questões que envolvem as ferramentas de inteligência artificial como inventoras desafiam o quadro legal atual dos Estados. Utilizar o novo parâmetro oferecido pela “máquina treinada no assunto” impacta decisivamente o passo inventivo, a evolução tecnológica e o crescimento econômico.

As decisões proferidas pela Corte Superior da Austrália e pelo Escritório de Patentes da África do Sul, reconhecendo Dabus, uma inteligência artificial, como autora, são apenas a

39 “The inventor is the natural person that, using the computer as a tool, has found the product or process that solves a particular technical problem.”

40 “The specifics of an AI’s output, or that a hybridoma, may be unforeseen, but the general expectation of some output, and some output within a particular field, was surely intended in the machine’s deployment by humans.”

41 “[...] select the data sets, check the system’s output and make necessary corrections where necessary, with a view to producing the most optimal output, all with the invention’s objective in mind.”

ponta do iceberg. A indicação feita pela juíza Brinkema, no tribunal dos EUA, ao registrar que futuramente sistemas de inteligência artificial podem adquirir níveis de sofisticação que preencham os requisitos de inventor, e as consultas públicas promovidas pelo Escritório de Patentes do Reino Unido e pelo Escritório Europeu de Patentes, incentivando o debate sobre inteligência artificial como inventor, são indicações de que essa discussão chegará às casas legislativas nacionais, às quais caberá lidar com esses novos desafios que envolvem a proteção dos interesses dos inventores e o fomento da inovação.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Ryan. I think, therefore I invent: creative computers and the future of patent law. **Boston College Law Review**, Boston, v. 57, n. 4, p. 1079-1126, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y3vsfmkm>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BENTLY, Lionel; SHERMAN, Brad; GANGJEE, Dev; JOHNSON, Phillip. **Intellectual property law**. [Online]. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BRISS, Colin; WAUGH, Andrew; MITCHESON, Tom; CAMPBELL, Douglas; TURNER, Justin; HINCHILIFFE, Tom. **Terrell on the law of patents**. [Online]. 19. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2021.

BURK, Dan L. AI patents and the self-assembling machine. In: GERVAIS, Daniel. **The future of intellectual property**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021. p. 301-322. Disponível em: <https://tinyurl.com/mvpcmc9d>. Acesso em: 27 jul. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe. COM (2018) 237 final. **EUR-Lex**, Bruxelas, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yx7zn5wu>.

CONVENÇÃO de Patentes Europeia. Artigo 57. **European Patent Office**, out. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/y287rkej>.

CORNISH, William Rodolph; LLEWELYN, David; APLIN, Tanya Frances. **Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights**. [Online]. 9. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2010.

DENT, Chris. The “reasonable man”, his nineteenth-century “siblings”, and their legacy. **Journal of Law and Society**, Cardiff-UK, v. 44, n. 3, p. 406-432, set. 2017.

ENGLAND and Wales Court of Appeal (civil division) decisions. Thaler vs. comptroller general of patents trade marks and designs. EWCA Civ 1374 (21 set. 2021). **BAILII** – British and Irish Legal Information Institute, Reino Unido, set. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/m3dysa98>. Acesso em: 27 jul. 2023.

FROMER, Jeanne C. The role of creativity in trademark law. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame-Indiana, v. 86, p. 1885-1920, 2011.

GIBSON, Johanna. Artificial intelligence and patents: DABUS and methods for attracting enhanced attention to inventors. **Queen Mary Journal of Intellectual Property**, Londres, v. 11, n. 4, p. 401-408, dez. 2021.

HOLTERMANN, Benjamin; BLOCK, Jonas. Killed in the art? How artificial intelligence challenges the fictional concept of the skilled person in patent law. **Les Nouvelles** – Journal of the Licensing

Executives Society, Washington, D.C., v. 56, n. 1, p. 68-74, mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/cs8c583c>. Acesso em: 27 jul. 2023.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE & THE ALAN TURING INSTITUTE. Explaining decisions made with AI: Draft guide for consultation. Part 1: The basics of explaining AI. **Portal ICO**, Reino Unido, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3kj356fj>. Acesso em: ago. 2023.

MILLER, Paula E.; TULL, Susan Y. Patenting artificial intelligence: issues of obviousness, inventorship, and patent eligibility. **The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law**, Washington, D.C., v. 1, n. 5, p. 313-326, set./out. 2018.

RANKIN, William J. The 'person skilled in the art' is really quite conventional: U.S. patent drawings and the persona of the inventor, 1870-2005. In: BIAGIOLI, M.; JASZI, P.; WOODMANSEE M. (Ed.). **Making and unmaking intellectual property**: creative production in legal and cultural perspective. Chicago: University of Chicago Press, 2011. p. 55-75.

ROLLS, Carolin; ONISHI, Jim. If an AI system can be an inventor, can it also be a person skilled in the art? **Chemistry in Australia**, Melbourne, p. 36-37, mar./maio 2022.

SHEMTOV, Noam. **A study on inventorship in inventions involving AI activity**. Munique: European Patent Office, fev. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9syyvx>. Acesso em: 31 jul. 2023.

THE UNITED KINGDOM. Consultation Outcome. Artificial intelligence call for views: patents. **Portal GOV.UK** – Intellectual Property Office, Reino Unido, mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4sa3pmeb>. Acesso em: 2 ago. 2023.

THE UNITED KINGDOM. Intellectual Property Office. Decision in the patent applications GB1816909.4 and GB1818161.0. 4 dez. 2019. **Portal GOV.UK** – Intellectual Property Office, Reino Unido, dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydhavkbb>. Acesso em: 2 ago. 2023.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. Alexandria Division. Stephen Thaler vs. Andrew Hirshfeld. Case number 1:2020cv00903. **Portal Justia**, Califórnia, set. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhkc7f7>. Acesso em: 2 ago. 2023.

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. Commissioner for Patents. Decision on Petition Application no.: 16/524,350. **Portal USPTO**, Virginia, jul. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/25k95936>. Acesso em: 2 ago. 2023.

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. **The Manual of Patent Design Procedure**. 9th edition. Revision 07.2022. **Portal USPTO**, Virginia, fev. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckxx8x2>. Acesso em: 2 ago. 2023.

Thiago Augusto Bueno

<http://lattes.cnpq.br/0759277372322149>

<https://orcid.org/0000-0001-5662-5606>

LLM em Law and New Technologies pela Birkbeck University of London (2022). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2019). Especialista em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2022). Procurador da República.

