

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

VOLUME 4 - NÚMERO 2 - MAIO-AGOSTO 2020, TOMO II

ACESSO ÀS PATENTES DE MEDICAMENTOS DE INTERESSE DA SAÚDE PÚBLICA EM TEMPO DE PANDEMIA

Luciene Ferreira Gaspar Amaral
Sandra Malveira

OPERAÇÃO “LAVA JATO”: RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO E COMBATE À COVID-19

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

O ABUSO DO TELETRABALHO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO EMERGENCIAL DA PANDEMIA COVID-19

Marco Aurélio Serau Junior
Isabel Ceccon lantas

TELETRABALHO E COVID-19: OS IMPACTOS NA VIDA E NA SAÚDE DO TRABALHADOR

Vanessa Rocha Ferreira
Anna Luiza Andion Farias Juncqua
Fernanda de Oliveira Silva

O DESEMPREGO TECNOLÓGICO DIANTE DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Cláudio Jannotti da Rocha
Bruna de Sá Araújo
Juliana Mendonça e Silva

TRABALHO PRISIONAL PRIVADO: PARADOXO OU POSSIBILIDADE? AVALIAÇÃO DOS SISTEMAS MODERNOS E ESTABELECIMENTO DE UM MODELO DE ESTRUTURA ATRAVÉS DAS LENTES DA CONVENÇÃO SOBRE TRABALHO FORÇADO

Mário Guido
Tradução:
Renata Queiroz Dutra
Fernanda Potiguara Carvalho


ALUMNI
Direito UnB



Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.

Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 4, N. 2 Tomo II (maio/ago. 2020) –Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Quadrimestral. 2020.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

Revista vinculada ao programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

maio – agosto de 2020, volume 4, número 2 (Tomo II)

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias – Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Evandro Piza Duarte – Universidade de Brasília, Brasil

Fabiano Hartmann Peixoto – Universidade de Brasília, Brasil

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Janaína Lima Penalva da Silva – Universidade de Brasília, Brasil

Othon de Azevedo Lopes – Universidade de Brasília, Brasil

Simone Rodrigues Pinto – Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Ana Lúcia Sabadell – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo – Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis – Universidade de Glasgow, Escócia

Francisco Mata Machado Tavares – Universidade Federal de Goiás, Brasil

José Octávio Serra Van-Dúnem – Universidade Agostinho Neto, Angola

Kimmo Nuotio – Universidade de Helsinque, Finlândia

Leonel Severo Rocha – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira – Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Masayuski Murayama – Universidade Meiji, Japão

Miguel Nogueira de Brito – Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos – Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl – Universidade Federal do Pará, Brasil

Olavo Bittencourt Neto – Universidade Católica de Santos, Brasil

René Fernando Urueña Hernandez – Universidad de Los Andes, Colômbia

Thiago Paluma – Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Thomas Vesting – Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Valesca Raizer Borges Moschen – Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Virgílio Afonso da Silva – Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIO EXECUTIVO

Vinícius Ferreira Christofoleti – Universidade de Brasília, Brasil

EQUIPE DE REVISÃO E EDIÇÃO DE TEXTO

Bianca Guimarães Silva – Universidade de Brasília, Brasil

Isabela Maria Rosal Santos – Universidade de Brasília, Brasil

Lívia Cristina dos Anjos Barros – Universidade de Brasília, Brasil

Mariane Carolina Gomes da Silva Rocha – Universidade de Brasília, Brasil

DIAGRAMAÇÃO

Vinícius Ferreira Christofoleti – Universidade de Brasília, Brasil

ASSISTENTE

Kelly Martins Bezerra – Universidade de Brasília, Brasil

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

V. 04, N. 02 (Tomo II)

Maio – Agosto de 2020

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL Inez Lopes	10
AGRADECIMENTOS Inez Lopes	15
ARTIGOS	16
ACESSO ÀS PATENTES DE MEDICAMENTOS DE INTERESSE DA SAÚDE PÚBLICA EM TEMPO DE PANDEMIA Luciene Ferreira Gaspar Amaral Sandra Malveira	17
OPERAÇÃO “LAVA JATO”: RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO E COMBATE À COVID-19 Ana Cristina Melo de Pontes Botelho	43
O ABUSO DO TELETRABALHO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO EMERGENCIAL DA PANDEMIA COVID-19 Marco Aurélio Serau Junior Isabel Ceccon Iantas	73
TELETRABALHO E COVID-19: OS IMPACTOS NA VIDA E NA SAÚDE DO TRABALHADOR Vanessa Rocha Ferreira Anna Luiza Andion Farias Juncqua Fernanda de Oliveira Silva	89
O DESEMPREGO TECNOLÓGICO DIANTE DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL Cláudio Jañnotti da Rocha Bruna de Sá Araújo Juliana Mendonça e Silva	119
ARTIGOS TRADUZIDOS	136
TRABALHO PRISIONAL PRIVADO: PARADOXO OU POSSIBILIDADE? AVALIAÇÃO DOS SISTEMAS MODERNOS E ESTABELECIMENTO DE UM MODELO DE ESTRUTURA ATRAVÉS DAS LENTES DA CONVENÇÃO SOBRE TRABALHO FORÇADO Mário Guido (Autor) Renata Queiroz Dutra (Tradutora) Fernanda Potiguara Carvalho (Tradutora)	137

NOTA EDITORIAL

2020 é um ano para celebrar os setenta e cinco anos do fim da Segunda Guerra Mundial e do nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU) criada com a adoção da Carta de São Francisco em 26 de junho de 1945 pelos Estados vencedores da guerra. A ONU é o organismo internacional responsável pela formulação de políticas públicas de interesse global.

A institucionalização da sociedade internacional engendrou a criação de inúmeros órgãos internacionais especializados para administrar coletivamente os assuntos de interesse da comunidade internacional. A estabilidade na ordem internacional está fundada na legitimidade da governança global que é exercida por diversos atores internacionais, tendo como principais interlocutores os Estados. Muldoon ressalta que a ausência de um sistema global estável e ordenado – torna essencial a capacidade para a construção de regras claras e a promoção de uma ordem e uma estabilidade na governança.¹

O direito à saúde é um direito humano e fundamental. A saúde pública é um bem jurídico global tutelado pelos Estados. De acordo com o artigo 12 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), os Estados “reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”. Os Estados têm uma responsabilidade pela saúde de seus povos. Para isso deve adotar políticas públicas adequadas com provisão de medidas sociais e de recursos financeiros para garantir o direito à saúde.

A cooperação internacional entre os Estados outorgou à Organização Mundial da Saúde (OMS) a competência para alcançar o mais alto nível possível de saúde para todos os povos. No preâmbulo da Constituição da OMS, entende-se por saúde, um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades². Além disso, a Constituição da OMS afirma que a saúde de todos os povos é condição fundamental baseada na cooperação de indivíduos e Estados. Políticas públicas internacionais em matéria sanitária são realizadas pelo organismo intergovernamental para prevenir epidemias ou pandemias e remediar com ações conjuntas e coordenadas o enfrentamento de doenças.

A pandemia é um problema global e atinge toda a humanidade. Milhões de pessoas

1 MULDOON JR, James P. **The Architecture of Global Governance: An Introduction to the Study of International Organizations**. United States of America: Westview Press, a member of the Persus Books Group, 2004, p.1518-1519.

2 WORLDHEATHORGANIZATION. **Constitution of the Word Health Organization**. Esta constituição foi adotada em 22 de julho de 1946 durante a Conferência Sanitária Internacional realização em Nova York. Disponível em <https://www.who.int/about/who-we-are/constitution>, acessado em 18.Dez.2020.

morreram em todo o planeta e milhões contraíram o vírus. Sendo a saúde um direito humano e fundamental, o acesso à vacina espelha o mesmo direito a todas as pessoas. A empatia internacional é essencial para evitar que somente os países inventores ou produtores da vacina tenham acesso a ela. A solidariedade internacional impõe a todos os sujeitos de direito internacional e não apenas aos Estados. As empresas têm papel importante na condução da responsabilidade social corporativa, de maneira a atender igualmente a sua função social perante toda a comunidade internacional.

A pandemia provocada pelo novo Coronavírus SARS-Cov2 já é a maior deste século e o enfrentamento ao problema de saúde pública global depende da cooperação internacional entre todos os atores, de maneira a estabelecer o pleno acesso aos medicamentos. Farias ressalta o direito à saúde, bem como o elevado nível de saúde física e mental, muitas vezes depende do emprego de tecnologias protegidas por patentes, leis nacionais e acordo TRIPS³.

A Conferência Ministerial de Doha (2001) reconheceu que a proteção da saúde deve prevalecer sobre os interesses da indústria farmacêutica, a fim de promover o acesso aos medicamentos para todas as pessoas⁴. Durante a Rodada de Doha, foi adotada a Declaração Relativa ao Acordo TRIPS e Saúde Pública (WT/MIN(01)/DEC/2 – adotada em 14/11/2001), na qual os Estados reconhecem a flexibilidade do acordo em favor de bens públicos fundamentais. A saúde é, portanto, um bem público global. A declaração afirma que:

4. Concordamos que o Acordo TRIPS não impede e não deve impedir que os Membros adotem medidas de proteção à saúde pública. Deste modo, ao mesmo tempo em que reiteramos nosso compromisso com o Acordo TRIPS, afirmamos que o Acordo pode e deve ser interpretado e implementado de modo a implicar apoio ao direito dos Membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso de todos aos medicamentos. Neste sentido, reafirmamos o direito dos Membros da OMC de fazer uso, em toda a sua plenitude, da flexibilidade implícita nas disposições do Acordo TRIPS para tal fim.

A presente edição da Revista Direito.UnB publica o Tomo II das chamadas especiais dividida em dois dossiês temáticos totalizando seis artigos.

O primeiro dossiê temático intitulado **Os Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia: o acesso à saúde pública** com o objetivo de divulgar pesquisas jurídicas

3 Farias, Inez Lopes Matos Carneiro de. **Direitos Humanos e Comércio Internacional**. Tese de Doutorado sob a orientação do professor José Carlos de Magalhães pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 22 de maio de 2006, p. 213.

4 Ibid., p. 215.

relacionadas aos direitos fundamentais em tempos de pandemia, questões sanitárias e o direito à saúde. Investiga, igualmente, os marcos regulatórios nacionais e internacionais para prevenção e adoção de políticas públicas “glocais” para o enfrentamento ao coronavírus, isto é, ações decididas globalmente e coordenadas localmente.

O segundo dossiê temático aborda **O Direito do Trabalho e a 4ª Revolução Tecnológica em Tempos de Pandemia**, dando continuidade aos artigos submetidos à edição especial nas questões trabalhistas. O mundo do trabalho tem enfrentado profundas transformações naquilo que se denominou 4ª Revolução Tecnológica, impondo desafios à regulação social do trabalho. Com o advento da pandemia em escala global, aprofundam-se as contradições do mundo do trabalho. Esta chamada foi organizada pelas professoras Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra, com apoio do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*, da Faculdade de Direito da UnB.

No primeiro dossiê, temos o artigo **Acesso às Patentes de Medicamentos de Interesse Da Saúde Pública Em Tempo de Pandemia**, de autoria de Luciene Ferreira Gaspar Amaral e Sandra Malveira que apresenta reflexões interessantes sobre a adesão ao Acordo TRIPS pelo Brasil e a permissão para utilizar as potenciais flexibilidades nos compromissos assumidos no Acordo, objetivando garantir o acesso ao conhecimento descrito nas patentes produtos e processos farmacêuticos, em especial de medicamentos no contexto da COVID-19.

O artigo Operação “Lava Jato”: relação entre corrupção e combate à covid-19, de autoria de Ana Cristina Melo de Pontes Botelho, analisa a ADPF 568 e a Reclamação 33.667, apresentando as recentes discussões no Supremo Tribunal Federal, que trataram da adequada destinação de recursos que retornaram aos cofres públicos como resultado do combate à corrupção operacionalizado no âmbito da Operação Lava Jato.

No segundo dossiê temático, o artigo intitulado **O Abuso do Teletrabalho a Partir da Legislação Emergencial da Pandemia COVID-19**, de autoria de Isabel Ceccon Lantas e de Marco Aurélio Serau Junior, trata da adoção intensificada do teletrabalho como alternativa à realização das atividades laborais durante o período de pandemia de COVID-19, que impôs drásticas medidas de confinamento social e paralisação das atividades

Ainda tratando sobre o teletrabalho, as autoras Vanessa Rocha Ferreira, Anna Luiza Andion Farias Juncqua e Fernanda de Oliveira Souza investigam o **Teletrabalho e COVID-19: os Impactos na Vida e na Saúde do Trabalhador** e analisam as normas jurídicas adotadas durante a Pandemia da Covid-19, que modificam a vida, a saúde e a duração da jornada de trabalho do trabalhador.

O Desemprego Tecnológico diante da Quarta Revolução Industrial de autoria de Cláudio Jannotti da Rocha, Bruna de Sá Araújo e de Juliana Mendonça e Silva, aborda o impacto da Quarta Revolução Industrial no mundo do trabalho, analisando o fenômeno denominado “desemprego tecnológico. Os autores propõem a necessidade de adotar

medidas para a proteção jurídica aos empregados brasileiros tendo em vista o que eles descrevem de inevitável automação.

O artigo ***Trabalho Prisional Privado: paradoxo ou possibilidade? Avaliação dos sistemas modernos e estabelecimento de um modelo de estrutura através das lentes da convenção sobre trabalho forçado***, de autoria de Mário Guido, foi traduzido por Fernanda Potiguara Carvalho e Renata Queiroz Dutra. O objetivo dessa seção é promover a divulgação do conhecimento de pesquisadores estrangeiros e oferecer o acesso à informação para aqueles que se interessam pelo tema. O artigo aborda o problema da superlotação, deterioração das condições, custos cada vez maiores nos sistemas de justiça punitiva mundiais e a adoção de remédios por certos estados procurandoremediar a reincidência e favorecer a reinserção, aumentando as oportunidades de emprego para prisioneiros.

Boa leitura!

Inez Lopes

Editora-chefe

Revista Direito.UnB

AGRADECIMIENTOS

A presente edição é fruto do trabalho coletivo, que envolve organização, planejamento, foco e realização. A engenharia operacional da Revista Direito.UnB envolveu professores de diversas instituições de ensino superior, estudantes, técnicos e estagiários. A Revista Direito.UnB agradece a todas e todos pela colaboração ímpar.

A chamada especial, coordenada pelas Professoras Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra, com apoio do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*, da Faculdade de Direito da UnB, foi fundamental para a edição de dois tomos dessa edição. A Revista Direito.UnB agradece pela dedicação, oportunidade e colaboração para a produção e divulgação do conhecimento.

O apoio da **Alumni Direito UnB**, associação de egressos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, foi fundamental para oferecer as ferramentas necessárias à produção e divulgação do conhecimento, com a edição dos artigos científicos produzidos pelos autores que submeteram trabalhos à revisão dupla cega.

Gratidão!

ARTIGOS

ACESSO ÀS PATENTES DE MEDICAMENTOS DE INTERESSE DA SAÚDE PÚBLICA EM TEMPO DE PANDEMIA

ACCESS TO PATENTS ON MEDICINES OF PUBLIC HEALTH INTEREST IN TIMES OF PANDEMIC

Recebido: 05/07/2020

Aceito: 15/12/2020

Luciene Ferreira Gaspar Amaral

Doutora em Química de Produtos Naturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Especialista Sênior em Propriedade Industrial do INPI cedida ao Ministério da Saúde.

E-mail: lucieneamaral.inpi@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-5582-2787>

Sandra Malveira

Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência
em Tecnologia para Inovação pela Universidade de Brasília (UnB).
Advogada.

E-mail: sandramalveira36@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5446-1118>

RESUMO

Com a adesão ao Acordo TRIPS, é permitido ao Brasil utilizar todas as flexibilidades insculpidas no Acordo com vistas ao acesso ao conhecimento descrito nas patentes produtos e processos farmacêuticos, em especial de medicamentos, considerados de interesse para as políticas públicas de saúde com intento de coibir os abusos do exercício do direito conferido pela patente, especialmente pela indústria farmacêutica. O objetivo deste estudo foi analisar essas flexibilidades para acesso às tecnologias de interesse público na área de saúde. Aplicou-se a metodologia exploratória conciliada à revisão bibliográfica, bem como a doutrina e a legislação propriamente dita. Os dados obtidos no estudo evidenciaram que a legislação vigente no Brasil prevê ferramentas, que possibilitam o acesso às tecnologias de interesse da saúde pública, por meio de licenças voluntárias ou compulsórias, exame prioritário dos pedidos de patentes, cujo objeto é direcionado aos produtos estratégicos para as políticas de saúde e apresentação de subsídios ao exame. Contudo, no contexto de enfrentamento à pandemia da COVID-19, foram propostos diversos projetos de lei para alteração de legislação com a intenção de ampliar o escopo de abrangência das licenças compulsórias, visto que a legislação vigente prevê licenciamento compulsório apenas para patentes concedidas, de modo que exclui os pedidos de patentes sob análise do INPI.

Palavras-chave: Saúde Pública. Medicamento. Acesso. Patente. Licenciamento Compulsório.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

With the adherence to the TRIPS Agreement, Brazil is allowed to use all the flexibilities provided for in the Agreement with a view to accessing the knowledge described in the patent products and pharmaceutical processes, especially medicines, considered to be of interest to public health policies with the intention of curbing abuses of the exercise of the right conferred by the patent, especially by the pharmaceutical industry. The aim of this study was to analyze these flexibilities to access technologies of public interest in the health area. The exploratory methodology reconciled to the bibliographic review was applied, such as the doctrine and the legislation itself. The data obtained in the study showed that the legislation in force in Brazil provides tools that enable access to technologies of interest to public health, through voluntary or compulsory licenses, a priority examination of patent applications whose object is directed to strategic products for policies however, in the context of addressing the Covid-19 pandemic, several bills were proposed to amend the legislation with the intention of expanding the scope of the compulsory licenses since the current legislation provides for compulsory licensing only for patents granted, so that it excludes patent applications under analysis by the INPI.

Keywords: Public Health. Medication. Access. Patent. Compulsory Licensing.

Introdução

Ao longo dos anos, tem-se discutido o uso abusivo do direito de exclusividade concedido pelo Estado aos detentores de patentes, especialmente, no que tange aos privilégios de invenção, concedidos às tecnologias para produção de insumos farmacêuticos e medicamentos, vez que muitas patentes têm vigência maior que o definido nos Acordos dos quais o Brasil é signatário, em vista dos dispositivos vigentes na Lei de Propriedade Industrial (LPI), bem como observa-se a prática do abuso do poder econômico, a utilização de estratégias de *evergreening*^{1,2} e a falta de exploração no território nacional o que caracteriza o desvio de sua finalidade, ou seja, a utilização do direito privado em detrimento dos princípios constitucionais atribuídos à propriedade intelectual, quais sejam, o interesse social e o desenvolvimento econômico e social do país.

É sabido que os Acordos Comerciais Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, trazem nos textos jurídicos aprovados diversos dispositivos, conhecidos como flexibilidades, que possibilitam a negociação, com vistas a evitar essa prática que

1 A perenização de patentes farmacêuticas denota o uso de várias estratégias para estender a duração do período de exclusividade além do prazo da patente de 20 anos, sem qualquer melhoria considerável nos benefícios terapêuticos do medicamento.

2 *Ever-greening in Pharmaceuticals: Strategies, Consequences and Provisions for Prevention in USA, EU, India and Other Countries* - <https://www.hilarispublisher.com/open-access/evergreening-in-pharmaceuticals-strategies-consequences-and-provisions-for-prevention-in-usa-eu-india-and-other-countries-2167-7689-1000185.pdf> - Acesso em 11/12/2020.

pode, de forma irreparável, prejudicar a população. Neste contexto, observa-se que o uso do licenciamento compulsório, também conhecido como licenciamento obrigatório, apresenta-se como uma das ferramentas de acesso às tecnologias patenteadas, principalmente aos medicamentos e seus respectivos insumos farmacêuticos considerados de interesse para a saúde pública.

Preliminarmente, faz-se necessário refletir sobre o Direito Internacional e o atual contexto constitucional brasileiro que versam sobre este instrumento jurídico.

O primeiro Acordo Internacional relativo à Propriedade Intelectual foi estabelecido, em 1880, em forma de anteprojeto, redigido na Conferência Diplomática, realizada em Paris e, culminou com a assinatura da Convenção da União de Paris (CUP) para proteção da propriedade industrial, cujo texto final foi aprovado em 1883. Desde então, ocorreram diversas revisões do texto: Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934) e Estocolmo (1967) a qual o Brasil aderiu em 1992.

A revisão de Estocolmo (1967), no que tange o uso da licença obrigatória, orienta que cada país da União tem a faculdade de adotar medidas para concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos do exercício do direito conferido pela patente:

Art. 5º

[...]

(2) - Cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração.

Como se vê, a CUP não obrigou que os membros adotassem novas leis, o que permitiu a cada país membro adotar leis e políticas de propriedade industrial que fossem mais adequadas a sua realidade, de forma a preservar a Soberania Nacional.

Apesar dessa flexibilidade, a única ressalva imposta pela CUP é que os países membros não podiam fazer distinção entre os nacionais e os estrangeiros de outros países-signatários, de modo a garantir o Princípio da Igualdade.

Art. 2º

(1) Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais.

(2) Nenhuma condição de domicílio ou de estabelecimento no país em que a

proteção é requerida pode, porém ser exigida dos nacionais de países da União para o gozo de qualquer dos direitos de propriedade industrial.

Em 1967, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Trata-se de uma agência especializada ligada à Organização das Nações Unidas (ONU) com o propósito de atualizar e propor padrões internacionais de proteção às criações intelectuais no âmbito global e tem como principais funções:

1. Estimular a proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo mediante a cooperação entre os Estados;
2. Estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover a atividade intelectual criadora e facilitar a transmissão de tecnologia relativa à propriedade industrial para os países em desenvolvimento, com o objetivo de acelerar os desenvolvimentos econômicos, sociais e culturais.
3. Incentivar a negociação de novos tratados internacionais e a modernização das legislações nacionais. (ONU, 2019)

Outro tratado internacional, que versa sobre os direitos de propriedade intelectual, é o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo ADIPIC ou Acordo TRIPS, em inglês), que entrou em vigor em 1995. Foi estabelecido no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e tornou-se o principal acordo multilateral, que versa sobre os padrões mínimos dos direitos de propriedade intelectual de forma globalizada, que estendeu e especificou as obrigações relativas ao: i) escopo; ii) objeto; e iii) tempo da proteção. Além disso, o TRIPS garantiu que os mecanismos de resolução de controvérsias e sanções seriam também usados com a finalidade de proteger a propriedade intelectual. (SOUZA, 2011)

Para Souza (2001, pág. 8):

O Acordo TRIPS restringe consideravelmente a autonomia dos países-membros da OMC de adotarem leis e políticas de PI, e encarece o acesso às inovações tecnológicas. Isso significa que, pelo menos no curto prazo, haverá uma transferência significativa de recursos dos países em desenvolvimento, que geralmente se limitam a consumir novas tecnologias, para os países desenvolvidos, que produzem tais tecnologias além de consumi-las. **Ademais, o TRIPS reduz o acesso a medicamentos essenciais, ameaçando políticas de saúde pública**, estimula a biopirataria e não protege a propriedade de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, ativos geralmente encontrados nos países em desenvolvimento com grande biodiversidade, como o Brasil. (SOUZA, 2001) (Grifo nosso)

O TRIPS obteve maior número de adesões de países membros na Rodada Uruguai do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio, 1994), principalmente de países em desenvolvimento. O Acordo teve uma forte atuação de empresas, que pressionaram governos de países desenvolvidos, como Japão e Estados Unidos da América (EUA), que, conseqüentemente, pressionaram os países em desenvolvimento a aceitarem suas propostas.

As discussões da Rodada do Uruguai resultaram na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, que se tornou a principal instância, que administra o sistema multilateral de comércio. A OMC tem como objetivo regular as relações comerciais entre os seus Membros e estabelecer mecanismos de soluções de controvérsias comerciais, de forma pacífica, observando os acordos comerciais vigentes. Atualmente são 164 membros dentre eles o Brasil e tem como principais princípios:

- o da **nação-mais favorecida**, segundo o qual um membro da OMC deve estender a todos os seus parceiros comerciais qualquer concessão, benefício ou privilégio concedido a outro membro;
- o do **tratamento nacional**, pelo qual um produto ou serviço importado deve receber o mesmo tratamento que o produto ou serviço similar quando entra no território do membro importador;
- o da **consolidação dos compromissos**, de acordo com o qual um membro deve conferir aos demais tratamento não menos favorável que aquele estabelecido na sua lista de compromissos; e
- o da **transparência**, por meio do qual os membros devem dar publicidade às leis, regulamentos e decisões de aplicação geral relacionados a comércio internacional, de modo que possam ser amplamente conhecidas por seus destinatários". (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2019)

O Brasil é um dos países mais atuantes na OMC, contudo, recentemente, o país abriu mão de algumas flexibilidades da Organização com o objetivo de ingressar na Organização para Cooperação e Desenvolvimento e Econômico (OCDE). Segundo alguns cientistas políticos, foi uma decisão imprudente vez que há outros países que pleiteiam a entrada na OCDE. (CONSENTINO, 2019)

Em 2001, durante o IV Conferência Ministerial da OMC, teve início a discussão da Declaração de Doha para o Desenvolvimento, a qual ainda vem sendo discutida e aprimorada. A Declaração "prioriza políticas pública em detrimento de direitos de patentes e constitui a principal realização da diplomacia brasileira nestas negociações". (SOUZA, 2011)

Contudo, ainda há um impasse imposto pelo TRIPS, que não foi solucionado pelos países membros, que diz respeito ao acesso global aos medicamentos essenciais, principalmente aos países que não possuem laboratórios farmacêuticos para produzir medicamentos licenciados compulsoriamente, portanto, dependem de importação para

distribuição local.

Para Souza (2011):

“o Artigo 31(f) do TRIPS afirma que o licenciamento compulsório em um país-membro só pode ocorrer com o objetivo de abastecer primordialmente o mercado doméstico desse país (OMC, 1994). Isso significa, por exemplo, que países como o Brasil e a Tailândia, que emitiram licenças compulsórias para antirretrovirais, não poderiam exportar tais antirretrovirais para países incapazes de produzi-los em quantidade maior que a vendida domesticamente”. (SOUZA, pág. 27, 2011)

A solução do problema teve início com a publicação do Protocolo de Emenda ao Acordo TRIPS, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 262, de 18 de setembro de 2008, que só entrou em vigor para a República Federativa do Brasil no plano jurídico externo, em 23 de janeiro de 2017 com a inserção do art. 31 bis no texto do Acordo TRIPS e foi internalizado pelo Decreto nº 9.289, 21 de fevereiro de 2018³. Desde então, o Brasil está apto a participar do trâmite previsto para a execução do Licenciamento Compulsório, disciplinado pelo Art. 31 bis do TRIPS, que lhe dá o direito de participar como país importador ou exportador em um licenciamento cruzado, nos termos delimitados pela Organização Mundial do Comércio (OMC), em condições normais ou em caso de epidemias ou pandemias. Esse decreto carece regulamentação.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS
Artigo 31 bis

1. As obrigações de um Membro exportador sob o Artigo 31(f) não serão aplicáveis quando este conceder licença compulsória na extensão necessária para a fabricação de produto(s) farmacêutico(s) e sua respectiva exportação para um Membro importador elegível, conforme os termos estabelecidos no parágrafo 2 do Anexo deste Acordo.
2. Quando uma licença compulsória for concedida por um Membro exportador sob o sistema estabelecido neste Artigo e no Anexo a este Acordo, é devido o pagamento de remuneração adequada neste Membro, de acordo com o Artigo 31(h), levando em conta o valor econômico para o Membro importador do uso que foi autorizado pelo Membro exportador. Quando uma licença compulsória for concedida para os mesmos produtos no Membro importador elegível, a obrigação deste Membro sob o Artigo 31(h) não se aplicará àqueles produtos para os quais a remuneração, de acordo com a primeira frase desse parágrafo, tiver sido paga no Membro exportador.
3. A fim de explorar economias de escala com o propósito de aumentar o poder

³ BRASIL. **Decreto nº 9.289, 21 de fevereiro de 2018.** Promulga o Protocolo de Emenda ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, adotado pelo Conselho-Geral da Organização Mundial do Comércio, em 6 de dezembro de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9289.htm>. Acesso em 11/04/2020.

aquisitivo sobre produtos farmacêuticos, além de facilitar a sua produção local: quando um país em desenvolvimento, ou de menor desenvolvimento relativo, Membro da OMC, for parte de um acordo comercial regional, nos termos do Artigo XXIV do GATT 1994 e da decisão de 28 de novembro de 1979 sobre Tratamento Diferenciado e mais Favorável, Reciprocidade e Maior Participação de Países em Desenvolvimento (L/4903), e do qual pelo menos metade dos atuais membros estão na lista de países de menor desenvolvimento relativo das Nações Unidas, a obrigação desse Membro sob o Artigo 31(f) não se aplicará, na medida necessária para permitir que um produto farmacêutico produzido ou importado sob uma licença compulsória naquele Membro seja exportado para os mercados daqueles países em desenvolvimento, ou de menor desenvolvimento relativo, que sejam parte do acordo comercial regional e que igualmente enfrentam o problema de saúde em questão. Entende-se que o disposto anteriormente não prejudicará a natureza territorial dos direitos de patente em questão.

4. Os Membros não contestarão quaisquer medidas adotadas em conformidade com os dispositivos deste Artigo e do Anexo a esse Acordo com base no disposto pelos subparágrafos 1(b) e 1(c) do Artigo XXIII do GATT 1994.

5. O presente Artigo e o Anexo a este Acordo não prejudicam os direitos, obrigações e flexibilidades de que gozam os Membros a partir de dispositivos que não os parágrafos (f) e (h) do Artigo 31 deste Acordo, inclusive aqueles reafirmados pela Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública (WT/MIN(01)/DEC/2), bem como sua interpretação. Também não há prejuízo à extensão na qual produtos farmacêuticos fabricados sob licença compulsória podem ser exportados, nos termos do Artigo 31 (f).

No Brasil, o sistema de Propriedade Intelectual surgiu, em 1809, a partir da promulgação do Alvará de D. João VI com aplicabilidade somente no Estado do Brasil. Em 1830, foi promulgada uma nova lei, que foi alterada em 1882, quando foi promulgada a Lei nº 3.129, a qual precisou de poucas alterações quando o Brasil aderiu à Convenção da União de Paris, em 1883, devido ao alinhamento proposto. (BARBOSA, 2013)

Já em 1971, foi promulgada Lei nº 5.772, que instituiu o Código de Propriedade Industrial. No entanto, a Lei não contemplou alguns privilégios de patente, como exemplo produtos farmacêuticos e medicamentos, como se vê na alínea “c” do art. 9º:

Lei nº 5.772/1971

Art. 9º Não são privilegiáveis:

[...]

c) substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção e modificações.

Neste momento, o Brasil vivia um alinhamento de políticas públicas singular, que integrou as ações em uma Política de Estado com a criação da Central de Medicamentos (CEME), com a publicação do Decreto nº 68.806, em 25 de junho de 1971, em conjunto

com o Decreto 5.772, de 21 de dezembro de 1971, conhecido como Código de Propriedade Industrial. O fato do Brasil não conceder patentes para medicamentos, a partir de 1971, encorajou as indústrias brasileiras a produzirem medicamentos protegidos por patente em outros países, cuja tecnologia encontrava-se em domínio público no território nacional. Assim, produziam-se medicamentos similares aos de referência introduzindo no mercado suas próprias marcas com custos mais baixos. No entanto, a política adotada não foi suficiente para estimular a produção interna de insumos farmacêuticos ativos (IFA). Ao invés disso, eram importados de países que conseguiram desenvolver a síntese, viabilizar produção e comercialização antes de aderirem ao sistema de patentes, como Itália e Espanha.

Ressalta-se que países em desenvolvimento como a Índia e o Brasil foram mais resistentes em reconhecer patentes para produtos farmacêuticos com o propósito de limitar os custos dos medicamentos essenciais à saúde pública. (SOUZA, 2011)

Após longos anos de discussões no âmbito internacional, uma vez aderido aos Tratados Internacionais, o Brasil publicou a Lei de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que revogou o Código de Propriedade Industrial de 1971. A nova legislação, a qual permanece vigente, teve como base os preceitos discutidos no âmbito da OMC (1994) e formalizados por meio do TRIPS. Trouxe, ao ordenamento jurídico brasileiro, uma nova leitura à respeito dos pedidos de patentes que envolvem, principalmente, os privilégios conferidos à proteção de produtos e processos farmacêuticos.

Cumprе ressaltar que a patente é um direito, garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), concedido pelo Estado ao titular de uma criação para explorá-la com exclusividade e em todo território nacional por tempo determinado. Contudo, a Carta Magna de 1988 buscou o equilíbrio entre a proteção da propriedade e o interesse social por meio do princípio da proporcionalidade.

CF/1988

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:

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**; (Grifo nosso).

De modo que o direito individual não poderá se sobrepor ao direito coletivo quando se tratar de questões que envolvem o interesse social. Por essa razão, é fundamental

a ponderação desses princípios quando se tratar de conceder privilégios, que poderão ultrapassar a fronteira do bom senso, que possa caracterizar o uso abusivo do direito. Além disso, apesar de não estar expresso na Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) visa equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Outro princípio fundamental, que rege na Constituição Federal, é a Soberania Nacional (I, art. 1º, CF/88). Concebido como um dos fundamentos do Estado Democrático, esse princípio é aplicado tanto internamente quanto externamente. Porém, por ser de maior valor, não pode ser aplicado de forma isolada, pois é necessário integrá-lo aos demais princípios constitucionais. (OLIVEIRA, 2000)

De modo geral, a Constituição Federal de 1988 não trouxe dispositivo que determine expressamente a posição dos tratados internacionais ante o direito interno. Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira defendem que os tratados internacionais e as leis federais têm a mesma hierarquia jurídica, ou seja, são normas infraconstitucionais. Nestes termos, caso ocorra um conflito entre o tratado internacional e a Constituição, considera-se a Constituição visando preservar a autoridade da Lei Fundamental do Estado e, portanto, a Soberania Nacional, mesmo que resulte na prática de um ilícito em âmbito internacional. Devido a esse entendimento, os instrumentos internacionais devem ser negociados à luz dos ditames constitucionais. (NOVO, 2018)

O objetivo deste estudo foi analisar uma das ferramentas disponíveis pelo Acordo TRIPS e na legislação brasileira para acesso às tecnologias na área de saúde que são de interesse público, em especial, a aplicação do licenciamento compulsório em casos de emergência na saúde pública. O estudo abre a oportunidade da sociedade de discutir a respeito de acessibilidade de tecnologias para saúde, as quais na maioria possuem um custo muito alto para os cofres públicos além de possibilitar que gestores públicos criem cenários alternativos para negociação com as empresas detentoras dessas tecnologias com vistas a disponibilizá-las ao Sistema Único de Saúde.

1. Metodologia

Os procedimentos metodológicos, que conduziram a pesquisa, foram as metodologias exploratória, visto que buscou desenvolver e esclarecer um determinado conceito (GIL, 2008), e descritiva com uma abordagem qualificativa conciliada à revisão bibliográfica, como doutrina e a legislação propriamente dita.

A pesquisa bibliográfica trata-se de uma pesquisa exploratória, que busca se adaptar com o tema do estudo (GIL, 2008). Quanto à revisão da literatura, fundamentou-se na realização de uma pesquisa bibliográfica, apesar da literatura sobre Licenciamento Compulsório não ser recorrente.

O levantamento bibliográfico foi realizado por meio de documentos físicos, como livros e artigos científicos, e também, documentos publicados em sítios eletrônicos, em especial, no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, e em ambientes institucionais onde foram publicadas informações oficiais.

A partir das informações obtidas na busca bibliométrica, foi possível analisar as possibilidades de acionar uma das flexibilidades definidas pelo TRIPS em tempo de emergência na saúde pública para obter acesso às tecnologias destinadas ao enfrentamento da pandemia causada pela COVID-19.

2. As possibilidades de aplicação do licenciamento compulsório para o acesso à patentes de medicamentos de interesse da saúde pública

Os tratados internacionais são fontes do Direito Internacional positivo considerados acordos formais, firmados entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, com objetivo de produzir efeitos jurídicos e são tidos como normas infraconstitucionais. (NOVO, 2018)

Dentre os diversos interesses previstos nos direitos mundiais, a propriedade intelectual é um dos temas mais discutido pela sociedade internacional, uma vez que impacta tanto no desenvolvimento econômico, tecnológico quanto nos interesses públicos/sociais.

Para Barbosa (2014, p. 2022), “as exclusivas da Propriedade Intelectual representam um equilíbrio cuidadoso de interesses contrastantes tanto no âmbito constitucional quanto no campo internacional”. (BARBOSA, 2014)

Assim preconiza o TRIPS:

TRIPS
ARTIGO 7º

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para promoção da inovação tecnológica e para a transferência de tecnologia e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Ademais, o Acordo TRIPS ressalva princípios, que possibilitam aos países envidarem esforços para proteção da Saúde Pública, como dita o art. 8.

TRIPS
ARTIGO 8
Princípios

1. **Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.**
2. **Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares** ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia. (Grifo nosso)

Neste sentido, a Lei nº 9.279/1996 adotou medidas, que coíbem o abuso de poder, daqueles que possuem privilégios exclusivo de propriedade industrial, em especial de patente. Nos casos de emergência nacional ou de interesse público, o Poder Executivo Federal poderá acionar a licença compulsória, de forma temporária e não exclusiva, para explorar a patente, a fim de atender o interesse público (art. 71), as quais são conhecidas como licenças compulsórias ou obrigatórias.

3. As licenças voluntária e compulsória

Como é sabido, a patente é “um direito, temporal, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia” (BARBOSA, 2003). É um direito garantido no inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que diz:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;** (Grifo nosso)

As licenças definidas na Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial - LPI) objetivam regular as formas de acesso à tecnologia descrita em um documento de patente. A licença voluntária permite que o depositante de um pedido de patente, ou o titular de uma patente, celebre contratos de licença para exploração da tecnologia com terceiros (art. 61 da LPI) e, “constituem importante fonte para a transferência de tecnologia para nosso País” (FURTADO, 2001). Basta a manifestação das partes para formalizarem

o acordo, pois, trata-se de um procedimento simplificado, uma vez que exige apenas o registro do contrato no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) (art. 211 da LPI). Ademais, não há intervenção do poder público nas negociações que antecedem à sua implementação e celebração. (FURTADO, 2001)

Ressalta-se que o uso efetivo de uma patente ocorre em acordo com o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, ou seja, a patente deve ser utilizada em consonância com sua finalidade. Contudo, ao ser usada em desacordo com o seu propósito, contra o direito ou quando o interesse privado se sobrepõe ao interesse coletivo, de modo a ferir o princípio da proporcionalidade, gera um desequilíbrio socioeconômico, que força o Estado a utilizar mecanismos para buscar o equilíbrio do uso social da patente.

A licença compulsória é uma modalidade de licenciamento, que visa impedir que o titular de uma patente exerça seus direitos de forma abusiva ou que pratique abuso de poder econômico, comprovados nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial (art. 68, LPI).

Além disso, a licença compulsória também poderá ser motivada pelas seguintes situações: i) a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto; ou ii) a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou iii) a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado (§1º, art. 68, LPI). Nestes casos, a licença só será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente (§ 5º, art. 68, LPI). Cabe ao requerente da licença apresentar documentos, que comprovem o abuso de direitos patentários ou de poder econômico (§2º, art. 73).

Nos casos acima, só é permitida a aplicação de licença compulsória decorrente da falta de exploração ou de exploração incompleta (FURTADO, 2001). No que tange à falta de exploração da patente, segundo o §3º do art. 73 da LPI, cabe ao titular da patente provar que explora a patente de forma a atender às necessidades do mercado, como disposto no §3º do art. 73 da LPI:

Lei nº 9.279/1996:

Art. 73. O pedido de licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente.

(...)

§ 3º No caso de a licença compulsória ser requerida com fundamento na falta de exploração, caberá ao titular da patente comprovar a exploração.

Quanto ao requerimento da licença compulsória, poderá ser pleiteada por pessoa

com legítimo interesse e com capacidade técnica e econômica para realizar a exploração do objeto da patente, (§2º, art. 68 LPI) ou pelo Poder Executivo Federal, nos casos de emergência nacional ou interesse público (art. 71, LPI), a qual poderá ser concedida de ofício.

Nos casos de decretação da licença motivada pelo interesse público, o Poder Público deverá constatar que o titular da patente ou aquele, que possui autorização para explorá-la, não atende às necessidades relacionadas à saúde pública, como previsto no §2º, art. 2º Dec. nº 3.201/1999.

Decreto nº 3.201/1999:

Art. 2º **Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, neste último caso somente para uso público não-comercial, desde que assim declarados pelo Poder Público, quando constatado que o titular da patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, não atende a essas necessidades.**

§ 1º Entende-se por emergência nacional o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional.

§ 2º **Consideram-se de interesse público os fatos relacionados**, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País. (Grifo nosso)

Observa-se que o §2º do art. 2º do Decreto supracitado relaciona, dentre outros, a saúde pública como fator de interesse público. Neste contexto, caso seja viável, em qualquer situação, utilizar o dispositivo do licenciamento compulsório, caberá ao Ministério da Saúde declarar o interesse público do medicamento para que o Presidente da República possa decretar o licenciamento compulsório à exemplo do caso do medicamento Efavirenz, cuja licença compulsória foi decretada, em 04 de maio de 2007, com a publicação do Decreto nº 6.108/2007.

Apesar de ser nomeada compulsória, a Lei assegura que a exploração da patente não causará prejuízo aos direitos do seu titular (art. 71, LPI) pois a licença será sempre remunerada e concedida sem exclusividade e sem o direito de sublicenciamento (art. 72 LPI).

As condições para concessão de uma licença compulsória estão previstas no art. 71 da LPI e regulamentadas no art. 5º do Decreto nº 3.201/1999, alterado pelo Decreto nº. 4.830, em 4 de setembro 2003, que orienta:

Decreto nº 3.201/1999:

Art. 5º O ato de concessão da licença compulsória estabelecerá, dentre outras, as seguintes condições:

I - o prazo de vigência da licença e a possibilidade de prorrogação; e
 II - aquelas oferecidas pela União, em especial a remuneração do titular.

§1º O ato de concessão da licença compulsória poderá também estabelecer a obrigação de o titular transmitir as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução do objeto protegido e os demais aspectos técnicos aplicáveis ao caso em espécie, observando-se, na negativa, o disposto no art. 24 e no Título I, Capítulo VI, da Lei no 9.279, de 1996.

§2º Na determinação da remuneração cabível ao titular, serão consideradas as circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, o preço de produtos similares e o valor econômico da autorização.

Além das condições previstas nas legislações vigentes, segundo AMARAL e LIMA (2016):

“há que se considerar que o Licenciamento Compulsório requer uma inteligência no sentido de viabilizar o cumprimento das exigências legais, sem esquecer que essas exigências são diretamente dependentes das condições técnicas para a produção do dito medicamento. Dessa forma, é importante ressaltar que o instrumento só pode ser utilizado caso se evidenciem todos os parâmetros necessários para o cumprimento dessas etapas a contento no tempo exigido pela Lei”. (AMARAL e LIMA, 2016) (Grifo nosso)

Quanto à produção do medicamento, segundo o art. 74 da LPI, o licenciado deverá iniciar a exploração do objeto da patente no prazo de 1 (um) ano da concessão da licença, renovável por igual período. É necessário que o país demonstre possuir capacidade de produzir e atender a demanda, paralelo a isso, deve-se considerar o tempo e o investimento para a realização de testes necessários para o registro do medicamento junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). (AMARAL e LIMA, 2016)

Ademais, caso não seja possível atender às situações de emergência nacional ou de interesse público com o produto inserido no mercado interno ou se mostre inviável a produção do objeto da patente pelo terceiro ou pela União, poder-se-á realizar a importação do produto objeto da patente (art. 10, Dec. nº 3.201/1999). Neste caso, a União adquirirá preferencialmente o produto que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou por seu representante legal (parágrafo único, art. 10, Decreto nº 3.201/1999).

AMARAL e LIMA (2016) dizem que “é imprescindível identificar um fornecedor da tecnologia que tenha capacidade de fornecer o medicamento imediatamente após a publicação do decreto de licenciamento, com vistas a evitar o desabastecimento”. (AMARAL e LIMA, 2016).

Neste sentido, vale lembrar que o Brasil já foi acionado, em 2001, no Painel

instaurado na OMC, pelos Estados Unidos, os quais questionaram o inciso I do §1º do art. 68 da Lei nº 9.279/1996, para que não fosse utilizado de forma indiscriminado, visto que o dispositivo legal permite a emissão de licença compulsória de medicamentos não produzidos no Brasil. Diante disso, é importante que se tenha cautela para que o país não seja mais uma vez questionado por organismos internacionais (AMARAL e LIMA, 2016), de modo que ocorra uma negociação exaustiva para aquisição do medicamento.

Ressalta-se que o Brasil possui experiência na negociação de preços e licença compulsória dos medicamentos para HIV. Após ameaçar o uso da licença compulsória para alguns medicamentos, foi possível iniciar negociações com a detentora da patente na redução do valor do medicamento. O Ministério da Saúde, à época, teve auxílio da Farmanguinhos/Fiocruz na realização do estudo para estabelecer o preço do medicamento. Demonstrou-se que o mesmo medicamento comercializado em outros países era vendido com o preço 7 (sete) vezes maior no Brasil. De modo que foi caracterizado abuso econômico por parte do titular da patente. Assim, o Brasil ameaçou utilizar desse mecanismo, como instrumento de “pressão”, o que resultou na redução de preço. (RODRIGUES e SOLER, 2007)

No entanto, essa negociação não prosperou para o medicamento Efavirenz e, em 2007, como alternativa mais eficaz, foi decretada a licença compulsória deste medicamento para uso público não-comercial por se tratar de um medicamento de interesse público. A decretação da licença possibilitou que o Ministério da Saúde importasse versões genéricas de laboratórios pré-qualificados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), aplicando a inversão da exaustão de direitos mecanismo que tem base legal no art. 68, §§ 3º e 4º da LPI. Em 2009, após finalizada a pesquisa e o desenvolvimento - P&D, a Farmanguinhos, laboratório oficial da Fiocruz, iniciou a produção local do medicamento em conjunto com as empresas privadas nacionais. (RODRIGUES e SOLER, 2007)

Naquela ocasião, o Brasil contou com um panorama internacional favorável em que havia fontes alternativas de matéria-prima para a produção com o menor custo do medicamento e contou com a mobilização da comunidade internacional, que permitiram fazer face às ambições da indústria farmacêutica. Além disso, a capacidade industrial já instalada para produção de genéricos e similares de qualidade foi aproveitada. (MEINERS, 2008)

Ademais, é importante alertar para o disposto no artigo 31 B do Acordo TRIPS, que preconiza que “a licença compulsória só pode ser concedida após frustrada a tentativa de obtenção de uma licença voluntária junto ao titular, à exceção dos casos de emergência nacional, de uso público sem fins comerciais ou de abuso de poder econômico” (MEINERS, 2008).

AMARAL e LIMA (2016) acrescentam que para a negociação e a aplicação efetiva do dispositivo legal ter sucesso, atenta-se para alguns detalhes na condução:

- é importante que sejam elaborados estudos com vistas a:
- i. identificar as patentes ou pedidos de patente que devem ser objeto do Licenciamento;
 - ii. conhecer os preços praticados no mundo tanto pela empresa detentora da patente ou pedido de patente quanto por terceiros fabricantes do medicamento genérico;
 - iii. saber se há grupos trabalhando na pesquisa e desenvolvimento do medicamento no país;
 - iv. identificar se há viabilidade técnica para a produção interna;
 - v. considerar a demanda que definirá a necessidade da escala de produção e, consequentemente viabilizará a formação do custo. (AMARAL e LIMA, 2016)

Todavia, a licença voluntária de um medicamento para um laboratório público poderá ser uma alternativa viável. Proporcionará o acesso e domínio de uma nova tecnologia, incentivará o desenvolvimento econômico e tecnológico do País, conforme preconizado na Constituição Federal de 1988, além de reduzir o preço do medicamento. Para AMARAL e LIMA (2016):

1. o ideal é que as empresas privadas entendam, que o Brasil está se aparelhando para fortalecer o Parque Tecnológico pela simples observação da mudança de hábito, a partir de:
2. Investimentos em P&D na área de fármacos e medicamentos;
3. Da prática de realização de estudos de Liberdade de Operar, acompanhando e identificando as patentes que protegem os objetos específicos para a produção dos medicamentos que já tenham expirado para evitarmos problemas semelhantes ao que estamos vivenciando com a negociação conjunta para compra do Darunavir via OPAS;
4. Acompanhamento das novas tecnologias com estudos de Monitoramento e Prospecção Tecnológica visando direcionar o financiamento em P&D;
5. Realizando estudos que possibilitem a apresentação de subsídios ao exame das patentes referentes aos medicamentos identificados como estratégicos, com vista a evitar a concessão indevida dessas patentes, aproveitando, caso seja possível, a expertise instalada na COOPI/ANVISA; (AMARAL e LIMA, 2016)

4. O acesso de medicamentos para combate à pandemia de coronavírus (COVID-19)

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), os coronavírus são uma extensa família de vírus, que podem causar doenças tanto em animais quanto em humanos. Em humanos, sabe-se que vários coronavírus causam infecções respiratórias, que podem

variar do resfriado comum às doenças mais graves, como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS) e a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS). (AMERICAN CANCER SOCIETY, 2020)

O coronavírus, recém-constatado, chamado SARS-CoV-2, causa a doença de coronavírus conhecida como COVID-19. Essa doença infecciosa está presente em 216 países e até 26 de junho de 2020 confirmou-se 9.473.214 casos e 484.249 mortes em todo o mundo. (OMS, 2020)

Devido ao aumento significativo de casos, confirmou-se um surto da COVID-19, causada pelo novo coronavírus. Em 11 de março de 2020, a OMS declarou a Pandemia Global. Com o aumento acelerado dos casos de mortes, relatados no Brasil, a cada 24 horas, o Congresso Nacional reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, nos termos da solicitação do Presidente da República.

Em 3 de fevereiro de 2020, foi declarada Emergência em Saúde Pública pelo Ministro da Saúde por meio da Portaria nº 188/GM/MS. Em 20 de março de 2020, declarou transmissão comunitária do coronavírus em todo território brasileiro por meio da Portaria nº 454. Esse contexto, possibilitou a solicitação de exames prioritários de pedidos de patentes relacionados aos medicamentos Favipiravir, Remdesivir, Tocilizumabe e Kevzara e dos seus princípios ativos, a fim de indicar quais os pedidos de patente de interesse no Ministério da Saúde, no ambiente de pandemia, para que fosse possível acelerar os exames técnicos realizados pelo INPI. (INPI, 2020)

O Governo Brasileiro também adotou estratégia, para reduzir a zero, o imposto de importação sobre uma lista de produtos médicos, de modo a priorizar os trâmites de liberação alfandegária, a fim de enfrentar a crise causada pela doença COVID-19, provocada pelo vírus chamado SARS-CoV-2. (COLETTA, 2020)

Nesse cenário de incerteza gerada em torno de qualquer tecnologia, que seja útil para garantir vigilância, prevenção, detecção, diagnóstico, além de vacinas, medicamentos e equipamentos destinados ao tratamento de pacientes infectados com COVID-19, cabe ao Estado estabelecer estratégia de precaução. Visa-se assegurar, na estrutura regulatória, a possibilidade de responder às medidas e resoluções necessárias para garantir a regularidade das ações, que os setores público e privado, venham realizar a fim de responder à emergência nacional em que o país se encontra.

Paralelamente, a corrida para desenvolver uma vacina vem crescendo a cada dia. Além disso, vários países testam diversos medicamentos, considerados eficazes para o tratamento de outras doenças, como antivirais. Esses têm demonstrado resultados preliminares favoráveis. Embora os estudos realizados fujam aos padrões regulares, estabelecidos pelas agências reguladoras, tem se observado todas as determinações por elas previstas.

Quanto às iniciativas relacionadas às vacinas é importante ressaltar que o

Ministério da Saúde aceitou a proposta enviada pela embaixada Britânica e o Laboratório AstraZeneca visando estabelecer um Acordo de Cooperação para desenvolvimento tecnológico, que propiciará o acesso do Brasil à vacina para COVID-19. Esse instrumento prevê a distribuição de 100 milhões de doses à população brasileira, caso a eficácia seja demonstrada após a finalização dos estudos clínicos, ainda em curso em diversos países, inclusive no Brasil. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

A dita tecnologia vem sendo desenvolvida pelo Laboratório AstraZeneca em parceria com a Universidade de Oxford e será transferida para o Laboratório Biomanguinhos, gerido pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), fundação do Ministério da Saúde.

O Acordo prevê duas etapas, nas quais o Brasil participa, em um primeiro momento, assumindo os riscos de desenvolvimento em conjunto com os parceiros. Investe-se no desenvolvimento tecnológico ainda sem confirmação da eficácia. Após a finalização dos estudos clínicos e, comprovada a eficácia e segurança, a compra será ampliada.

Nessa fase inicial, de risco assumido, serão 30,4 milhões de doses da vacina, no valor total de U\$ 127 milhões, incluídos os custos de transferência da tecnologia e do processo produtivo da Fiocruz, estimados em U\$ 30 milhões. Os dois lotes a serem disponibilizados à Fiocruz, de 15,2 milhões de doses cada, deverão ser entregues em dezembro de 2020 e janeiro de 2021. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

Além dessa iniciativa independente entre o Ministério da Saúde, o Laboratório AstraZeneca e a Universidade de Oxford, com a participação da Fundação Lemann, que financia os testes da vacina em São Paulo, e do Instituto D'Or de Pesquisa e Ensino, que financia os primeiros mil testes no Rio (HAJE, 2020), ressalta-se que o Brasil comunicou a adesão ao Projeto *ACT Accelerator* de iniciativa internacional. Objetiva-se desenvolver, produzir e disponibilizar insumos, kits diagnósticos, vacinas e medicamentos para o enfrentamento da Pandemia provocada pelo vírus SARS-CoV-2. Essa iniciativa é capitaneada pela OMS e tem a participação de 44 países, empresas e entidades internacionais (GRIESINGER, 2020). Ainda encontra-se em negociação para que seja estabelecido um marco legal e compromissos de cada partícipe no apoio aos eixos edificantes da estrutura do Acordo.

Diante da iminência em se desenvolver novas tecnologias, como uma nova vacina, alguns países, como o Chile e Israel, começaram a discutir à respeito do acesso ao novo medicamento. Adotou-se medidas para estabelecer normas quanto à decretação de interesse público e licenciamento compulsório.

No Chile, a Câmara dos Deputados aprovou uma resolução para licenças compulsórias de patentes relacionadas ao vírus coronavírus (CHILE, 2020). Em Israel,

por sua vez, o Ministro de Saúde, após consultar o Procurador Geral, declarou interesse público de três patentes do medicamento anti-retrovírus “KALETRA”, uma vez que o medicamento apresentou eficácia no tratamento de alguns pacientes com o COVID-19. A declaração de interesse público possibilitará ao governo a importação do medicamento genérico para fins de tratamento do coronavírus, visto que o titular da patente no país não possui capacidade para fornecer a quantidade suficiente para atender a demanda nacional. (WILKO, 2020)

No Brasil, projetos de lei encontra-se em discussão no Congresso Nacional. O propósito é alterar o art. 71 da Lei nº 9.279/1996 visando contemplar os pedidos de patentes, haja vista que o dispositivo legal trata-se apenas das patentes concedidas, como se vê:

Lei nº 9.279/1996

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o **titular da patente** ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação. (Grifo nosso)

Nesse ponto, ressalta-se que a análise preliminar do dispositivo legal, em conjunto com as estratégias de depósito, em consonância com os princípios insculpidos na CUP, no TRIPS e na Legislação Nacional, evidencia alguns pontos relevantes a serem considerados. Assim, observa-se que o depósito de um pedido de patente gera uma expectativa de direito ao requerente, visto que o art. 42 da LPI, garante ao depositante que terceiros, sem o seu consentimento, explorem a sua criação em qualquer das seguintes modalidades: produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos. Por consequência, enquanto o pedido de patente estiver sob análise, nada poderá ser feito em relação à produção do objeto ali descrito. A etapa de análise de um pedido de patente segue os ritos legais, o qual carece de um tempo expressivo para conclusão de todo procedimento administrativo, que resultará na concessão ou não de uma patente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

Há que se considerar que, na maioria das vezes, a descrição de um medicamento consta em mais de um documento de patente. Não necessariamente, encontram-se na mesma fase de análise. Um ou mais deles pode ter sido concedido e, com a carta patente expedida, enquanto outros ainda estão em análise pelo INPI. Mesmo que seja decretado o Licenciamento Compulsório de uma patente referente a determinado medicamento, se houver um pedido de patente ainda em andamento, referente ao intermediário relevante

para a produção do medicamento, o processo de produção ficará prejudicada, que dificultará a obtenção do medicamento licenciado.

Ressalta-se que em um contexto de emergência nacional ou internacional de saúde prevalece o interesse público. De modo que, decretado o Licenciamento Compulsório, a exaustão de direitos é invertida automaticamente e cria-se a possibilidade de importação paralela que a exaustão de direitos nacional, vigente no Brasil, não nos permite fazer. Em vista disso, é necessária uma tomada de decisão mais direcionada para viabilizar a aplicabilidade do Art. 31 bis do Acordo TRIPS, que possibilita solicitar, à OMC, autorização para licença compulsória cruzada para importação medicamentos e produtos de saúde específicos para a utilização no período que durar a emergência de saúde. Do mesmo modo, estaria à disposição para exportar para outros países, caso algum dos medicamentos ou equipamentos em questão fossem fabricados no Brasil.

Acordo TRIPS
Artigo 31 bis

1. As obrigações de um Membro exportador sob o Artigo 31(f) não serão aplicáveis quando este conceder licença compulsória na extensão necessária para a fabricação de produto(s) farmacêutico(s) e sua respectiva exportação para um Membro importador elegível, conforme os termos estabelecidos no parágrafo 2 do Anexo deste Acordo.
2. Quando uma licença compulsória for concedida por um Membro exportador sob o sistema estabelecido neste Artigo e no Anexo a este Acordo, é devido o pagamento de remuneração adequada neste Membro, de acordo com o Artigo 31(h), levando em conta o valor econômico para o Membro importador do uso que foi autorizado pelo Membro exportador. Quando uma licença compulsória for concedida para os mesmos produtos no Membro importador elegível, a obrigação deste Membro sob o Artigo 31(h) não se aplicará àqueles produtos para os quais a remuneração, de acordo com a primeira frase desse parágrafo, tiver sido paga no Membro exportador.

De acordo com Artigo 31 *bis* do TRIPS, entende-se por Membro importador:

Acordo TRIPS
Artigo 31 bis
Anexo ao Acordo TRIPS

[...]

(b) **“Membro importador elegível”** significa qualquer País-Membro de menor desenvolvimento relativo, bem como qualquer outro Membro que houver feito uma notificação 2 ao Conselho para TRIPS de sua intenção de usar o sistema estabelecido no Artigo 31 bis e neste Anexo (“sistema”) como importador, ficando entendido que um Membro pode notificar a qualquer momento que usará o sistema inteira ou parcialmente, como, **por exemplo, apenas no caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema emergência ou em casos**

de uso público não-comercial. Observa-se que alguns Membros não usarão o sistema como Membros importadores 3, enquanto **alguns outros Membros declararam que, se usarem o sistema, o fariam apenas em situações de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência;** (c) “**Membro exportador**” significa um Membro que utilizar o sistema para produzir produtos farmacêuticos e exportá-los para um Membro importador elegível. (Grifo nosso)

Há de considerar a possibilidade do licenciamento cruzado, uma vez que constatado que o país não possui capacidade de produção do medicamento licenciado compulsoriamente, poderá importar de país, que tenham condições de produção e fornecimento, cuja fabricação para exportação deverá ser na quantidade necessária para atender a necessidade do país importador.

Atendida a emergência nacional ou o interesse público, a licença será extinta pela autoridade competente, observando os termos firmados em contrato com o licenciado (art. 12, Decreto. nº 3.201/1999). Garante-se ao titular da patente, o direito à remuneração pelo licenciamento do objeto da patente, o qual poderá continuar a sua produção. (Art. 31 *bis*)

5. Conclusão

As ferramentas preconizadas nos Acordos Internacionais e na legislação brasileira para acesso às tecnologias, especialmente, na área da saúde, possibilitam que o poder público estabeleça estratégias para atender o interesse público. É salutar que se realize estudos e, principalmente, busque um licenciamento voluntário junto aos detentores de pedidos de patente ou de patentes concedidas como previsto em lei. Contudo, frustradas as negociações, prevalecendo o interesse público, o Licenciamento Compulsório será a melhor forma de ter acesso a medicamentos, como foi o caso do Efavirenz.

Desta forma, uma vez confirmado o caráter estratégico e o interesse público quanto ao medicamento em questão, há que se considerar a possibilidade de iniciar a Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) da tecnologia para produção local do medicamento financiada por algum dos instrumentos disponíveis na Lei de Inovação.

Ressalta-se que o inteiro teor de todos os documentos de patente referentes à produção do princípio ativo e das composições destinadas à produção do medicamento, encontram-se à disposição nas bases de dados de patentes disponibilizadas pelos escritórios de patentes, mormente no Estados Unidos, Europa e Brasil. Esses deverão ser utilizados como referência pelos grupos de pesquisa indicados para participar do processo de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Tendo em vista o estado de emergência nacional em saúde pública, causada pela

pandemia do coronavírus, o Brasil tem objetivo de obter acesso ao conhecimento, já em iniciados em outros países, bem como participar do desenvolvimento conjunto tecnológico. Por meio de parcerias, à exemplo do Acordo firmado com a empresa AstraZeneca para testes, produção local e distribuição de uma vacina, em estágio avançado de desenvolvimento, e a adesão ao chamamento da OMS, *ACT Accelerator*, que propõe viabilizar o acesso às novas tecnologias e as já desenvolvidas para o enfrentamento da pandemia, o qual estimula o acesso aos dados de pesquisas financiadas com recursos públicos e privados. Facilita-se o compartilhamento aberto de conhecimento e propriedade intelectual dos dados gerados para a identificação, prevenção e tratamento em resposta à COVID-19, inclusive no que tange aos dados obtidos de estudos clínicos realizados.

Por fim, existem diversas proposições legislativas, com o objetivo de alterar o art. 71 da Lei nº 9.279/1996, visando regulamentar o licenciamento compulsório, nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de importância nacional ou internacional. Porém, a decretação de um licenciamento compulsório de patente exige um estudo estratégico. Necessita também da previsão de monitoramento e prospecção tecnológica, envolvendo diversos atores, a fim de identificar e acompanhar a dinâmica das tecnologias desenvolvidas no período de enfrentamento de uma emergência nacional.

Desta forma, no momento de enfrentamento de uma pandemia, é válido estabelecer parcerias rumo ao desenvolvimento tecnológico conjunto. Conforme ocorre com as iniciativas em andamento no país, como as parcerias da Fiocruz com a empresa AstraZeneca, e do Butantan com a empresa Sinovac, une-se os conhecimentos, infraestrutura e capacidade de produção. Assim evitam-se discrepância no acesso da população às tecnologias geradas e possibilita a produção das vacinas por laboratórios públicos brasileiros.

Bibliografia final

BRASIL. Decreto nº 68.806 em 25 de junho de 1971. Institui a Central de medicamentos (CEME). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68806-25-junho-1971-410656-norma-pe.html>. Acesso em 05 de jul. de 2020.

BRASIL. Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971 - Código da Propriedade Industrial (1971). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5772-21-dezembro-1971-357860-norma-pl.html>. Acesso em 05 de jul. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 08 de mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 14 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.html>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2019

BRASIL. Decreto nº 3.201, de 06 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996. Publicado no D.O.U. de 22.12.1999. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3201.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.289, de 21 de fevereiro de 2018. Promulga o Protocolo de Emenda ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, adotado pelo Conselho-Geral da Organização Mundial do Comércio, em 6 de dezembro de 2005. Anexo ao Acordo TRIPS. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9289.htm>. Acesso 22 de mar. 2020

BRASIL. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020 - Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Diário Oficial da União, Publicado em: 20/03/2020 | Edição: 55-F | Seção: 1 - Extra | Página: 1 - Órgão: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro. Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em 24 de Mar. de 2020.

CHILE. Proyecto de Resolución para el otorgamiento de licencias no voluntarias contempladas em el artículo 51 nº 2 de la Ley nº 19.030 de Propiedad Industrial para facilitar el acceso y disponibilidad a los Medicamentos y Tecnologías para la prevención, tratamiento y cura del coronavirus Covid-19.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil anuncia acordo para produção de vacina contra Covid-19.** Disponível em < <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/06/brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contracovid-19>>. Acesso em 26 de jun. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil entra em parceria para produção de vacina contra Covid-19.** Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47132-brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contracovid-19>>. Acesso em 30 de jun. de 2020.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Organização Mundial do Comércio.** Disponível em < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>>. Acesso em 31 de out. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Convenção de Paris.** Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>>. Acesso 06 de mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/agencia/ompi/>>. Acesso em 25 de out. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/organizacao-mundial-da-saude-classifica-novo-coronavirus-como-pandemia/>>Acesso em 26 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Painel da Doença de Coronavírus da OMS (COVID-19).** Disponível em:< <https://covid19.who.int/>> Acesso em 26 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Número de Casos. Disponível em:< https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em 26 de jun. 2020.

AMERICAN CANCER SOCIETY. Common Questions About the New Coronavirus Outbreak. Disponível em < <https://www.cancer.org/latest-news/common-questions-about-the-new-coronavirus-outbreak.html#whatiscovid19>>. Acesso em 03 de jul.2020.

AMARAL, L. F. G.; LIMA, R. A. T. **Licenciamento compulsório do medicamento trastuzumabe de fabricação pela Roche.** Arquivo pessoal. 2016

BARBOSA, Dênis Borges. **Licenças Compulsórias por Abuso de Patentes.** Disponível em <<https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/propriedade15.pdf>>. Acesso em 01 de nov. 2019.

BARBOSA, Dênis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual. A proteção do Software. Do sigilo dos testes para registro de comercialização. Topografia de circuitos integrados.** 1ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2014.

BARBOSA, Dênis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Ed. Lumen Juris, 2ª Edição, 2003.

COLETTA, Ricardo Della. **Governo zera imposto de importação de produtos médicos e dá prioridade nas alfândegas por coronavírus. Medida inclui itens como álcool em gel, máscaras e luvas**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/governo-zera-imposto-de-importacao-de-produtos-medicos-e-da-prioridade-nas-alfandegas-por-coronavirus.shtml>>. Acesso em 03 de jun. de 2020.

CONSENTINO, Leandro. **“Brasil deixou seu status na OMC para se agarrar a uma sinalização na OCDE. Não é prudente”**. Cientista político do Insper Leandro Consentino diz que Brasil perde trunfos por negociações na OCDE e que equipe econômica ainda precisa mostrar resultados. Entrevista. Al País. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/11/politica/1570827156_314753.html>. Acesso em 31 de out. 2019.

CORREA, Carlos Maria. Public health. Southcentre, 2001.

DANE, F. C. **Research methods**. Pacific Grove: Brooks/Cole, 1990.

FURTADO, L. R.. **Licenças Compulsórias e Legislação Brasileira sobre Patentes**. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini ; ARANHA, Márcio Iorio. (Org.). Política de patentes em saúde humana. São Paulo: Atlas, 2001, v., p.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

GRIESINGER, DENISE. **COVID-19: Brasil ingressa em consórcio global para produzir vacina**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/covid-19-brasil-ingressa-em-consorcio-global-para-produzir-vacina>> . Acesso em 30 de jun. de 2020.

HAJE, Lara. **Caso vacina de Oxford contra Covid-19 se comprove eficaz, produção no Brasil começa em dezembro**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/672874-caso-vacina-de-oxford-contra-covid-19-se-comprove-eficaz-producao-no-brasil-comeca-em-dezembro/>> Fonte: Agência Câmara de Notícias – Acesso em 05 de Jul. 2020.

MEINERS, C. M. M. A.. **Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral**. Cadernos de Saúde Pública (FIOCRUZ) **JCR**, v. 24, p. 1467-1478, 2008.

OLIVEIRA, Raul José Galaad. **O princípio da soberania como paradigma de interpretação constitucional**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, I, n. 0, fev 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2073>. Acesso em jun 2019.

ROBLEDO, Kássia Serrano Kozerski. **Evolução histórica da propriedade intelectual**

no Brasil e a evolução das legislações. Publicado em outubro de 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/32908/evolucao-historica-da-propriedade-intelectual-no-brasil-e-a-evolucao-das-legislacoes>>. Acesso em 07 de mai. de 2020.

RODRIGUES, WCV; SOLER O. **Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização.** Rev Panam Salud Publica. 2009;26(6):553–9.

SOUZA, André de Mello. **O Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS): implicações e possibilidades para a saúde pública no Brasil.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro. 2011.

NOVO, Benigno Núñez. **O Brasil e os Tratados Internacionais.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590525&seo=1>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

NUNES BARBOSA, Pedro Marcos. **Uma abordagem propedêutica ao licenciamento compulsório de patentes farmacêuticas.** Editora PUC Goiás.

WILKOF, Neil. **In the wake of the COVID-19 virus, Israeli Government authorizes use of three patents for maintenance of essential supplies and services.** Disponível em: <<http://ipkitten.blogspot.com/2020/03/in-wake-of-covid-19-virus-israeli.html>> Acesso em 20 de mar. 2020.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

OPERAÇÃO “LAVA JATO”: RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO E COMBATE À COVID-19

OPERATION CAR WASH: RELATIONSHIP BETWEEN CORRUPTION AND COMBAT TO COVID-19

Recebido: 14/06/2020

Aceito: 26/11/2020

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho*

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), na área de concentração Direito, Estado e Constituição (Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia).

Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União desde 1996.

Assessora de Ministro do Tribunal de Contas da União.

E-mail: acristinampb@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-4143-605X>

*Agradeço às contribuições de minha filha, Mariana Melo Botelho, aí incluídas as sugestões e revisões necessárias.

RESUMO

Em um cenário dramático de tantas incertezas trazidas pela pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), o presente artigo se propõe a trazer à lume recente discussão travada na Suprema Corte brasileira na ADPF 568 e na Reclamação 33.667, que trataram da adequada destinação de recursos que retornaram aos cofres públicos como resultado do combate à corrupção operacionalizado no âmbito da Operação Lava Jato. O valor da multa paga pela Petrobras com base no acordo “Non Prosecution Agreement”, firmado entre a Estatal e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, tem sido revertido por sucessivas decisões do STF para Estados da Amazônia Legal, para ações de prevenção, contenção, combate e mitigação da pandemia do Coronavírus, o que mostra que o STF, a partir de um diálogo com outras instituições públicas, tem proferido importantes decisões que vem possibilitando o repasse de recursos públicos para a área de saúde pública. Enfatiza-se, ao final, que a situação de calamidade pública não pode permitir que esses recursos sejam mal utilizados, motivo pelo qual não só os órgãos de controle precisam fiscalizar o uso dos recursos públicos, como também toda a sociedade.

Palavras-chave: STF. Operação Lava Jato. Petrobras, Coronavírus. Acordo de Assunção de Compromissos.

ABSTRACT

In a dramatic scenario of so many uncertainties brought about by the pandemic of the new coronavirus (COVID-19), this article aims to bring to light a recent discussion at the Brazilian Supreme Court in ADPF 568 and RCL 33,667, which dealt with the appropriate

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

allocation of resources that returned to the treasury as a result of the fight against corruption operationalized under “Car Wash” Operation. The fine amount paid by Petrobras based on the “Non Prosecution Agreement”, signed with the United States Department of Justice, has been reversed by successive STF decisions for States in the Legal Amazon, for prevention, containment, combat and mitigation of the coronavirus pandemic, which shows that STF, through a dialogue with other public institutions, made important decisions that has been allowing the transfer of public resources to the public health area. In the end, it is emphasized that the situation of public calamity cannot allow these resources to be misused. For this reason, not only the controlling institutions need to inspect the use of public resources, but also the whole society.

Keywords: Supreme Court. Car Wash Operation. Petrobras. Coronavirus. Commitment Assumption Agreement.

I. Considerações iniciais

Thomas Morus, ao falar sobre a soberba¹ dos homens no século XVI considerava que ela é a rainha, a mãe de todos os males e que, por estar profundamente enraizada na natureza humana, é difícil extirpá-la das ações praticadas pelo homem. Reconhecia que havia na República utopiana muitas coisas que desejaria ver nas cidades, mas enfatizava que desejaria mais do que esperaria ver (MORUS, 1997, p. 153).

Muitos dos que sonham com uma sociedade mais igualitária e justa², provavelmente já se imaginaram vivendo na ilha de Utopia. Quantas teorias sociais mais avançadas foram propostas com base na obra paradigmática de Thomas Morus? Quantos modelos de sociedade ideal foram traçados? Todavia, mesmo diante de toda a descrição de uma sociedade ideal contida na obra Utopia, pragmaticamente falando, vemos tal República como um verdadeiro sonho, pois, em regra, a soberba tem se mostrado inerente a própria natureza humana e parece se acentuar quando está associada a ocupação de cargos de poder, o que reverbera, não raro, em ações corruptas em que se rouba o prazer de outrem na busca do próprio prazer³.

1 Acerca da soberba, acentua que: “Essa serpente do inferno se enrola em volta do coração dos homens para desviá-los do caminho correto; ela se prende a eles e os puxa para trás como um freio” (MORUS, Thomas. **A utopia ou o tratado da melhor forma de governo**. Porto Alegre: L&PM Pocket Ensaio, 1997, p. 153.).

2 John Rawls, ao falar da concepção política de justiça, coloca que é necessário respeitar as liberdades individuais. Mas se trata de uma concepção que se recusa a privilegiar uma visão particular do bem. Nesses termos, políticos, muitas vezes, têm uma concepção particular de seu próprio bem e não uma concepção do bem comum e da necessidade de pautarem suas ações em ações morais e éticas (RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

3 Já em 1516, Morus demonstrava preocupação com a consciência ética do serviço prestado em prol da sociedade e enfatizava: “Mas roubar o prazer de outrem ao buscar o seu é verdadeiramente uma injustiça, enquanto privar-se de algo em favor de outrem é verdadeiramente um ato humano e generoso” (MORUS, Thomas. **A utopia ou o tratado da melhor forma de governo**. Porto Alegre: L&PM Pocket

A prática vivenciada por toda a humanidade, infelizmente, tem sido bem diversa. A classe política, em geral, não está preocupada com o bem-estar social, mas com seu próprio bem-estar, felicidade, e, é claro, com a manutenção do poder, não importando os resultados negativos⁴ trazidos para os administrados a partir de ações corruptas e desonestas.

No Brasil, temos uma realidade bastante diferente da teorizada por Morus, desde os primórdios da nossa colonização. São inúmeros os episódios de corrupção na política que nos entristecem, envergonham e fazem com que pensemos sobre possíveis caminhos para reduzir o problema, já que não vislumbramos como ele possa ser extirpado definitivamente da vida social.

A corrupção se dissemina das formas mais diferenciadas possíveis no seio da sociedade e é praticada não só por políticos, como também por servidores públicos, agentes privados, entre outros. No bojo do presente trabalho, focaremos nosso estudo nos benefícios financeiros que estão sendo trazidos para a sociedade brasileira por desdobramentos da Operação Lava Jato na Petrobrás, os quais podem ajudar, sobremaneira, na execução de ações de saúde relacionadas ao combate ao Coronavírus (COVID-19).

A corrupção política, verificada na Operação Lava Jato, não é um fenômeno que pode ser visto de forma simplificada, como uma corrupção praticada, tão-só, por agentes políticos, em virtude de desvios de conduta próprios dos seres humanos. Está situada num nível mais complexo e abrangente, pois se trata de uma corrupção sistêmica, estrutural, que envolve uma rede sofisticada, composta por agentes políticos, empresários, servidores públicos, doleiros e entre outros.

Quando há um bloqueio da Constituição⁵ e ela é deturpada, de forma sistemática, pela pressão de conformações particulares de Poder, aí está presente a corrupção sistêmica. A constitucionalidade e a legalidade são postas de lado de conformidade com a relação concreta de poder e com os interesses políticos daí decorrentes.

A corrupção sistêmica também ocorre quando a política se afasta dos vínculos ao código lícito/ilícito, expondo-se aos particularismos relacionais e exigências econômicas, o que impede a sua reprodução autônoma. O código lícito/ilícito não funciona de forma eficiente como um segundo código da Política, o que implica, nas palavras do professor Marcelo Neves numa “deficiente legitimação pelo procedimento”, impondo

Ensaio, 1997, p. 101).

4 Infelizmente, vemos que em meio a calamidade pública trazida pela pandemia do Coronavírus, a imprensa já noticia superfaturamentos e desvios na aplicação de recursos públicos utilizados para a compra de respiradores e para a construção de hospitais de campanha. Esses fatos ocasionarão a instauração de processos administrativos e judiciais, mas, certamente, não trarão de volta vítimas do COVID-19, que poderiam ter sido salvas caso os recursos tivessem sido corretamente aplicados.

5 A Constituição, na teoria dos sistemas de Luhmann, é conceituada como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico.

apoios “particularistas como mecanismos supridores da falta de legitimação política (generalizada) do Estado como organização” (NEVES, 2006, p. 242).

Nessa ambiência, os subsistemas sociais Direito e Política não podem caminhar dissociados, mas estão intrinsecamente relacionados. Com os bloqueios recíprocos entre Direito e Política, termina acontecendo uma sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código lícito/ilícito, uma vez que este não é suficientemente forte para enfrentar a força do código político⁶. Dessa forma, a Constituição não mais atua como acoplamento estrutural entre a Política e o Direito.

Ao falar em poder⁷ político vem à mente a frase famosa de Lord Acton⁸: “O poder tende a corromper – e o poder absoluto corrompe absolutamente”. Significa dizer que, em geral, o poder político transforma o seu detentor em uma pessoa diferente, pois é cercada de privilégios e imunidades que aumentam não só a hierarquia diante dos demais, como também a sensação de que nada pode interferir no exercício do poder e na sua própria manutenção.

No caso da Operação Lava Jato, a corrupção sistêmica mostrou sua face mais perversa. Os detentores do poder político buscaram benefícios privados a partir da obtenção de recursos ilícitos advindos de operações ilegais e irregulares realizadas em licitações e contratos milionários firmados pela Petrobras.

Constatou-se que os grupos políticos (de vários partidos), que desviavam recursos públicos, agiram por meio de associações criminosas, e uniram esforços para praticar diversos crimes, como os de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, confirmando a afirmação de Lord Acton de que o poder tende a corromper. Houve prisões de várias pessoas importantes, como: políticos, empresários, servidores públicos, dentre outros.

Os atos de corrupção se disseminaram de tal forma em uma enorme rede criminosa, que a Operação Lava Jato, iniciada no Paraná, teve vários desdobramentos e as investigações foram expandidas para os tribunais superiores para conferir maior agilidade aos processos que envolvem investigados com foro especial.

Mas, a boa notícia é que os desdobramentos processuais vêm permitindo que parte dos recursos desviados retornem aos cofres públicos. No presente artigo, focamos a atenção numa parcela desses recursos, que adveio do acordo feito entre a Petrobras

6 A contingência, portanto, está sempre presente quando ocorrem os bloqueios recíprocos entre o Direito e a Política, havendo sempre o perigo de desapontamento diante de determinada expectativa. Daí a necessidade de assumir riscos de apontamento ou desapontamento quando lidamos com a política (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 46).

7 Para Bobbio, o significado mais geral da palavra poder designa “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos.” Em sentido social, o sentido de poder para ele é mais preciso, podendo ir desde “a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem.” (BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995, p. 993).

8 ACTON, Lord. **Pensamentos de Lord Acton**. [S.l.]: Pensador, 2020. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjEyNzY3NQ/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DoJ) e a *Securities & Exchange Commission* (SEC), denominado *Non Prosecution Agreement*. Por meio desse acordo, a Estatal comprometeu-se a pagar multa no valor total de US\$ 853,2 milhões, dos quais US\$ 682,56 milhões (80% do valor) poderiam ser compensados mediante o pagamento de valor equivalente, em reais, no Brasil.

Após isso, a partir de um “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre o Ministério Público Federal do Paraná (MPF/PR) e a Petrobras, com o aval da 13ª Vara Federal de Curitiba⁹, foi definido que os recursos advindos do *Non Prosecution Agreement* seriam destinados à constituição de uma fundação privada para administrar recursos depositados em conta vinculada.

Diante das polêmicas em torno do “Acordo de Assunção de Compromissos”, a questão foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, a partir de iniciativa da Procuradoria-Geral da República, que interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 568). Também a Câmara dos Deputados ingressou com a Reclamação (RCL 33.667), que teve o mesmo objeto da ADPF.

Como veremos adiante, a partir das decisões adotadas nas ações mencionadas acima é que serão gerados, paulatinamente, entendimentos sobre a necessidade de aplicação dos recursos advindos do desdobramento financeiro da Operação Lava Jato no combate ao COVID-19.

Embora o artigo não tenha um marco teórico específico, pois explora, de forma mais aprofundada, a jurisprudência do STF e seus desdobramentos práticos, vários autores foram estudados para que houvesse uma percepção mais nítida sobre a importância das decisões tomadas no âmbito da Suprema Corte e sobre as correlações destas decisões com questões de judicialização da política, de legitimação democrática e de necessidade de fiscalização dos recursos públicos destinados ao combate à Covid (Sars Cov 2).

Na construção dos tópicos exploramos: qual o papel que o Ministério Público Federal (MPF) tem desempenhado na Operação Lava Jato; quais os questionamentos feitos ao STF sobre a legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”; quais as consequências práticas das decisões adotadas pelo STF na ADPF 568 e na RCL 33.667¹⁰ para as ações de combate ao COVID-19; como o STF tem agido para garantir que recursos recuperados da corrupção praticada na Petrobras sejam utilizados no combate ao COVID-19.

9 TRF4, Pet 5002594-35.2019.4.04.7000/PR, julg. 25/01/2019.

10 BRASIL, STF, 2019.

II. O papel do Ministério Público Federal (MPF) na Operação Lava Jato

É bom acentuar que o Ministério Público vem se aperfeiçoando sempre em observância às novas competências que lhe são atribuídas. Aos poucos, como suas funções foram ampliadas, passou ele a atuar não só na parte criminal, onde é o titular da ação penal, como também no processo civil, área na qual tem papel variado e importante.

Antes de ser promulgada a atual Carta Magna, na esfera Federal, o Ministério Público era quem representava os interesses do Poder Executivo em juízo¹¹, o que significava uma verdadeira anomalia, uma vez que as atribuições institucionais do Órgão eram confundidas com a defesa dos interesses do Poder Executivo.

Com o advento da Constituição de 1988, a instituição do Ministério Público teve especial relevo, figurando num capítulo à parte, sendo desvinculada dos demais Poderes da República, de forma a não guardar grau de subordinação com o Poder Executivo, quer de ordem profissional, quer de ordem administrativa, o que faz com que, atualmente, goze de plena autonomia e independência para o desempenho do seu mister, qual seja: “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹².

Dessa maneira, a Constituição conferiu ao Ministério Público a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, razão pela qual assumiu o Órgão importante papel no controle da Administração Pública, visto que é legitimado para a ação civil pública e para a ação de improbidade administrativa e atua de forma independente e de acordo com os limites preconizados pelo Estado Democrático de Direito. Devido a essa independência, alguns querem ver na Instituição um quarto poder¹³ do Estado.

O Ministério Público atua em dois segmentos básicos, quais sejam: extrajudicial e judicial. Neste intervém nos processos que tramitam no Poder Judiciário (promoção

11 Artigo 126 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 *In*: BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 jun. 2020

12 Artigo 126 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

13 José Afonso da Silva, levando em conta que só existem três Poderes, assim se posiciona, *litteris*: “Não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 582).

da Ação Civil Pública - artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988), enquanto, naquele, age fora do âmbito dos processos judiciais (promoção do controle externo da atividade policial - artigo 129, inciso VIII da Constituição Federal de 1988). Tem como princípios norteadores de sua ação a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, os quais asseguram ao Órgão sua autonomia administrativa.

A atuação do Ministério Público na Operação Lava Jato, iniciada em março de 2014, tem sido essencial para a obtenção dos resultados alcançados até o momento. Trata-se de uma operação que já pode ser descrita como a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Conduzida perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação teve por objetivo verificar as operações ilícitas praticadas por quatro organizações criminosas lideradas por doleiros. Mas, no seu desenrolar, foram descobertas irregularidades praticadas no âmbito da Petrobras e da construção da usina nuclear Angra 3.

Coube à Polícia Federal (PF), de um lado, fazer as investigações iniciais, razão pela qual pediu fossem monitoradas as conversas dos investigados. Realizou buscas, apreensões e prisões, ouviu testemunhas. A partir dos elementos colhidos, foram elaborados relatórios e encaminhados ao Ministério Público Federal/PR.

Por outro lado, os Procuradores da República que atuam no caso, vêm confirmando os pedidos da Polícia perante a Justiça. Além de atuarem como fiscais do procedimento policial, dirigem trabalhos investigativos e analisam provas e relatórios. Passaram, a partir daí, a formular as acusações criminais e pleitear, junto à Justiça, o bloqueio dos patrimônios dos réus.

A integração e sintonia dos trabalhos executados no âmbito do MPF/PR, da PF e da Justiça Federal, além de outros órgãos, levou a resultados concretos na luta contra a corrupção, a impunidade e o crime organizado no Brasil. Além das diversas prisões, o resultado mais concreto e proveitoso para a sociedade tem sido o retorno de bilhões de reais ao erário.

Diante dos desdobramentos da operação iniciada no Paraná, a investigação teve que ser expandida para os tribunais superiores. Com isso, em janeiro de 2015, foi criado um grupo de trabalho formado por membros do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (MPDFT) para auxiliar a Procuradoria-Geral da República na análise dos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Logo após, em março de 2015, foi instituída força-tarefa na Procuradoria Regional da República da 4ª Região (PRR4) para atuar junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Doravante, em dezembro do mesmo ano, o Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF) criou uma força-tarefa para atuar na Lava Jato perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Além disso, pelo menos 12 (doze) países iniciaram suas próprias investigações relacionadas à Operação Lava Jato, a partir de informações

compartilhadas por meio de acordos de cooperação internacional.

Com a prisão de várias figuras importantes da área política, empresarial e do serviço público, a Operação Lava jato quebrou um paradigma de que no Brasil só “ladrões de galinha” vão para a cadeia. Políticos de renome nacional, grandes empresários, doleiros, dentre outros, foram encarcerados e respondem processos criminais por terem dado causa a desvios da ordem de bilhões de reais para os cofres públicos.

Mas, mesmo diante do protagonismo da atuação do MPF/PR para o sucesso da Operação Lava Jato, esse fato não lhe conferiu o direito de utilizar recursos oriundos da referida Operação para a constituição de uma fundação privada para administrar os recursos advindos do acordo firmado entre a Petrobras e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DoJ) e a *Securities & Exchange Commission* (SEC), denominado “*Non Prosecution Agreement*”.

III. ADPF 568 e RCL 33.667: questionamentos ao STF sobre a legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre o MPF/PR e a Petrobras

É importante traçar um relato histórico do caso. O acordo “*Non Prosecution Agreement*” foi firmado entre a Petrobras e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e a *Securities & Exchange Commission* com o objetivo de evitar o ajuizamento de ações judiciais em seu desfavor nos EUA. A Estatal brasileira comprometeu-se a pagar multa no valor total de US\$ 853,2 milhões. Como já acentuado, deste montante, 80% (US\$ 682,56 milhões) poderiam ser compensados mediante o pagamento de valor equivalente em reais no Brasil.

Doravante, foram instaladas polêmicas envolvendo o “Acordo de Assunção de Compromissos”, firmado entre a Petrobras e o Ministério Público Federal do Paraná, por intermédio de procuradores regionais da República e procuradores da República com designação para officiar na Operação Lava Jato. A questão foi parar no Supremo Tribunal Federal, pois a então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, interpôs a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF 568. Também a Câmara dos Deputados ingressou com a Reclamação/RCL 33.667, que teve o mesmo objeto da ADPF. No âmbito do TCU foi formulada Denúncia por Deputados Federais que integram a Mesa da Câmara dos Deputados (TC 005.844/2019-3)¹⁴, para a apuração de

¹⁴ Sobre o assunto existiam mais quatro processos tramitando no TCU: 3 representações e 1 pedido de fiscalização advindo do Congresso Nacional. A Unidade Técnica enfatizou que tendo em vista que a questão restou decidida no âmbito do STF, houve perda do objeto dos quatro processos. Em relação ao TC 005.557/2019-4, que tratou de denúncia sobre possíveis irregularidades ocorridas na Petrobras, relacionadas ao “Acordo de Assunção de Compromissos”, no valor de R\$ 2,5 bilhões, firmado com membros

possíveis irregularidades ocorridas na Petrobras, relacionadas ao “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre o MPF/PR e a Petrobras.

Em relação à ADPF, a PGR argumentou que a decisão judicial que homologou o “Acordo de Assunção de Compromissos” violou preceitos constitucionais fundamentais como o da Separação dos Poderes, haja vista que atribuiu a um órgão do Estado brasileiro o desempenho de função e obrigações que extrapolaram os limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e na Lei Complementar 75/1993¹⁵, para a atuação do MPF. No entendimento da PGR, isso implicou numa concentração de poderes entre a atividade de investigar e de atuar em processos judiciais, e a de executar um orçamento bilionário, cuja receita se originou de acordo internacional, em relação ao qual o MPF/PR não é parte, tampouco interessado.

Nesse cenário, afirmou a Procuradora-Geral da República que inexistia fundamento constitucional, legal ou contratual para determinar que a administração desse dinheiro fosse feita pelo MPF/PR ou mesmo com a participação de membros do MPF/PR, tampouco para justificar a criação de entidade de direito privado a ser constituída a partir desses recursos.

Argumentou, ainda, na petição inicial da ADPF 568, que as responsabilidades assumidas pelo MPF/PR desbordariam das finalidades institucionais do Órgão, em violação aos artigos 127 e 129 da CF¹⁶. Em sendo assim, requereu a concessão de medida liminar para determinar a “suspensão do ato impugnado, determinando-se a transferência, com todos os seus acréscimos, do valor depositado pela Petrobras em conta à disposição do Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba-PR, em decorrência do acordo firmado com o Ministério Público Federal, para conta bancária à disposição desse Supremo Tribunal Federal”.

Na Reclamação (RCL) 33.667¹⁷, proposta pela Mesa da Câmara dos Deputados, com o mesmo objeto, que correu em paralelo com a ADPF 568 e também foi distribuída ao Ministro Alexandre de Moraes, as alegações foram no sentido de que o acordo entre a Petrobras e o MPF/PR violou a competência do STF, vez que parte dos inquéritos e

do Ministério Público Federal do Paraná, também foi reconhecida a perda de objeto e por meio do Acórdão 1042/2020-TCU-Plenário, recomendou-se à Secretaria de Orçamento Federal, com base no art. 250, inciso III do Regimento Interno do TCU e na Portaria SOF 1, de 19/2/2001, que altere o nome e a descrição da Fonte 21, de forma que passe a refletir, de maneira clara, a origem dos recursos aportados, impedindo a confusão entre as receitas objeto do “Acordo sobre a Destinação de Recursos” (firmado após a resolução de mérito da ADPF 568 e da RCL 33.667) e as receitas decorrentes de acordos de leniência.

15 A Lei Complementar 75, de 20/5/1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.

16 Artigos 127 e 129 da Artigo 126 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

17 Esta Reclamação, por tratar de mesmo objeto, foi apensada ao processo principal, no caso em pauta a ADPF 568. Ambos transitaram em julgado em 11/10/2019.

ações penais relacionados à Operação Lava Jato tramitaram e ainda tramitam perante a Suprema Corte, ante a presença de indiciados ou réus detentores de foro privilegiado por prerrogativa de função, o que justifica que a celebração de acordos seja feita perante esta instância e atrai também a competência para a homologação do “Acordo de Assunção de Compromissos”.

Questionou-se, outrossim, a afirmação contida na decisão impugnada de que seria o MPF/PR a entidade melhor posicionada para a celebração do acordo. Defendeu-se, assim, que o depósito dos valores pagos pela Petrobras deveria ter sido feito diretamente em favor do Tesouro Nacional e que caberia à União, por meio do Congresso Nacional, definir a destinação do montante, em conformidade com os princípios da unidade e universalidade orçamentárias.

Rememorou que os orçamentos anuais são estabelecidos por leis de iniciativa do Poder Executivo, que são discutidas e votadas pelo Congresso Nacional (art. 166 da Constituição Federal de 1988). Ao destinar o valor da multa pago pela Petrobras para fins específicos, o acordo entre o MPF/PR e a Petrobras, homologado pela Justiça Federal do Paraná, invadiu o âmbito de competência próprio dos Poderes Executivo e Legislativo, o que desembocou em ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Quando da análise da dinâmica dos fatos narrados pelo MPF e pela Mesa da Câmara dos Deputados, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu ser imprescindível analisar os dois acordos que têm relação com os atos de corrupção praticados no âmbito da Petrobras, investigados pela Operação Lava Jato. O primeiro foi realizado entre a Petrobras e o *Department of Justice/USA (DoJ)/Securities and Exchange Commission (SEC)*, no qual foi estipulado o pagamento de multa criminal de US\$ 853.200.000,00, pela Petrobras. Desse montante: a) US\$ 85.320.000,00 seriam destinados ao Tesouro Norte Americano (10% do valor da multa); b) US\$ 682.526.000,00 seriam destinados ao Brasil (80% do valor da multa); c) US\$ 85.320.000,00 seriam destinados à SEC (*Securities and Exchange Commission*) (10% do valor da multa).

Ressaltou o Ministro que em cláusula específica destinada ao Brasil, o acordo estabeleceu prazo máximo para o pagamento obrigatório da multa pela Petrobras a ser destinado às autoridades brasileiras, sob pena de reversão do valor ao Tesouro norte-americano. Segundo o acordo, seria desnecessária a designação de um monitor independente de *compliance* (“*independent compliance monitor*”) para a Petrobras, pois a empresa está submetida à fiscalização do Tribunal de Contas da União e da Comissão de Valores Mobiliários.

O Relator frisou que no Acordo firmado pela Petrobras com as autoridades norte americanas, as referências ao destinatário do pagamento no Brasil sempre eram feitas a “*Brazil*” e “*Brazilian authorities*”, sem a indicação de um órgão específico para a gestão dos US\$ 682.526.000,00 (80% do valor da multa), o que indica que deveriam ser entendidas como remissivas à União, pessoa jurídica de Direito Público Interno, a quem incumbem

as atribuições de soberania do Estado brasileiro.

Destacou, ainda, que a partir desse primeiro acordo celebrado entre as autoridades norte americanas e a Petrobras, a empresa brasileira optou pela realização de um segundo acordo, para efetivar o pagamento da multa. Escolheu, assim, de forma discricionária e duvidosa, os Procuradores do Ministério Público Federal do Paraná, ignorando a Lei Complementar 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), que define que é a chefia da Instituição que tem a competência para a sua representação administrativa (BRASIL, 1993).

No acordo firmado entre a Petrobras e o governo dos Estados Unidos não havia indicação de quais seriam as autoridades brasileiras destinatárias do pagamento da multa, tampouco sobre a obrigatoriedade de que o depósito dos valores fosse realizado perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba.

No entender do Ministro Alexandre de Moraes, a atuação do MPF/PR perante o Juízo da 13ª Vara Federal nos inquéritos e nas ações penais da Operação Lava Jato não tornaria esse órgão preventivo para a “execução” do acordo celebrado nos Estados Unidos, mesmo considerada a relação entre o *Non Prosecution Agreement* e os fatos investigados no Brasil.

Informou, também, que a multa estipulada no acordo entre a Petrobrás e o governo norte americano não se fundou em título condenatório expedido pelo Juízo da 13ª Vara Federal, tampouco decorreu de denúncia proposta pelo MPF do Paraná perante aquele órgão jurisdicional. No caso específico, o *Non Prosecution Agreement* teve por objeto os atos ilícitos sujeitos à legislação norte-americana, que, embora relacionados, não se confundem com os ilícitos sujeitos à jurisdição brasileira.

Salientou que o montante total da multa arbitrada, além de ser destinado a afastar sanções penais, também envolveu sanção aplicada por outras instâncias de controle, como a *Security and Exchange Commission* (SEC). Ao ver do Ministro Relator da ação no STF, caso fosse para traçar um paralelo com as autoridades homólogas no Brasil (como pretendeu o MPF do Paraná e a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba), a Petrobras teria também que fazer negociação com a Advocacia-Geral da União, a Controladoria-Geral da União, com a Comissão de Valores Mobiliários, com o Tribunal de Contas da União, com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e outras autoridades da União, visando a disponibilizar os valores que se destinam ao Brasil, conforme o compromisso assumido e a designação expressamente feita no acordo, ao se referir a “autoridades brasileiras”.

Para piorar a situação, no segundo acordo homologado pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba (“Acordo de Assunção de Compromissos”) foram estabelecidas providências não previstas no *Non Prosecution Agreement*, no qual havia apenas menção para que parte da multa fosse creditada a favor do Brasil, sem estabelecer quaisquer condicionamentos relacionados à constituição de uma pessoa jurídica de direito privado

ou afetação desse montante a atividades específicas do MPF/PR.

Entendeu, pois, ter ocorrido desvirtuamento ilegal na execução do acordo originariamente realizado entre a Petrobras e o *Department of Justice (DoJ)/Securities and Exchange Commission (SEC)*. Ao ver do Relator do caso, os Procuradores da República do MPF do Paraná não foram designados como as autoridades brasileiras competentes para definir que a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba seria o juízo competente para homologar o segundo acordo (“Acordo de Assunção de Compromissos”). Destarte, houve desrespeito ao Princípio do Juiz Natural e estipulação de cláusulas subjetivamente escolhidas pelas partes para a destinação dos valores da multa, as quais não estavam previstas no acordo original.

Mesmo dando especial relevo para o trabalho meritório dos agentes públicos que têm atuado na condução dos inquéritos e ações penais relacionadas com a Operação Lava Jato e para os propósitos contidos no “Acordo de Assunção de Compromissos”, o Relator do feito entendeu que as ações praticadas exorbitaram as atribuições que a Constituição Federal delimitou para os membros do Ministério Público (BRASIL, 1988¹⁸), pois elas não têm correlação com a destinação a ser dada a receita pública, encargo que é do Congresso Nacional (BRASIL, 1998¹⁹).

Também, nos termos do artigo 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, compreendeu ser duvidosa a legalidade de criação e constituição de fundação privada para gerir recursos derivados de pagamento de multa às autoridades brasileiras, cujo valor, ao ingressar nos cofres públicos da União, tornar-se-ia, igualmente, público, e cuja destinação a uma específica ação governamental dependeria de lei orçamentária editada pelo Congresso Nacional, em conformidade com os princípios da unidade e universalidade orçamentárias, definidos nos artigos 165 e 167 da Constituição Federal de 1988.

Considerando a necessidade de suspensão integral da eficácia do acordo celebrado entre Petrobras e Ministério Público Federal do Paraná, homologado perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba; considerando os evidentes riscos ao interesse público, de várias ordens, que a execução do acordo poderia gerar; considerando a possibilidade de desvirtuamento de vultoso montante de dinheiro destinado ao Poder Público; considerando, ainda, a gravidade que envolve a discussão; o Ministro Alexandre

18 Artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

19 Artigo 48, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

de Moraes, mesmo diante das notícias veiculadas na imprensa a respeito da suspensão²⁰ dos procedimentos para a constituição da fundação privada prevista no “Acordo de Assunção de Compromissos”, entendeu estarem presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, requisitos necessários para a concessão da cautelar pleiteada pela Procuradoria-Geral da República.

Em sendo assim, em 15/3/2019, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar²¹ na ADPF 568 para fins de suspender os efeitos da decisão do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba que homologou o “Acordo de Assunção de Compromissos”. Determinou, ainda, o bloqueio do depósito bancário já feito pela Petrobrás e de seus rendimentos na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, que deverão permanecer vinculados ao mesmo Juízo. Proibiu, ademais, a movimentação destes valores sem autorização expressa do STF.

Instada a manifestar-se no feito, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, em 18/3/2019, ao se referir a medida cautelar concedida pelo Relator da ADPF, mostrou-se preocupada com a guarda, pela Caixa Econômica Federal (CEF), de recurso de alta monta. Ressaltou, portanto, a necessidade de a CEF ser intimada para apresentar informações

20 Mesmo antes da concessão da medida cautelar supramencionada, diante do debate social veiculado pela mídia sobre o destino dos recursos, em 12/3/2019, membros do MPF integrantes da Força Tarefa da Operação Lava Jato e que atuam no Estado do Paraná, apresentaram ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba uma Petição para suspender os procedimentos para constituição da fundação em comento, de modo a buscar alternativas favoráveis para assegurar que os valores pudessem ser usufruídos pela sociedade brasileira (Petição 5002594-35.2019.4.04.7000/PR).

Em 13/3/2019, ao acolher a solicitação do MPF/PR, o Juízo da 13ª Vara Federal suspendeu, por noventa dias, o prazo para constituição da fundação privada que seria responsável pela gestão dos recursos depositados pela Petrobras. Com isso, o processo de criação da fundação foi interrompido e os recursos depositados pela Petrobras foram bloqueados.

21 A decisão foi proferida nos seguintes termos (STF, ADPF 568/PR, julg. 17/09/2019, DJe 19/09/2019), *verbis*:

“CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR postulada na presente ADPF, *ad referendum* do Plenário (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999), para, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999:

(a) suspender todos os efeitos da decisão judicial proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou o Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a Petrobras e os Procuradores da República do Ministério Público do Paraná (Força-Tarefa Lava-Jato), bem como a eficácia do próprio acordo;

(b) determinar o imediato bloqueio de todos os valores depositados pela Petrobras, bem como subsequentes rendimentos, na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, a partir desta decisão, deverão permanecer em depósito judicial vinculado ao mesmo Juízo, proibida qualquer movimentação de valores sem expressa decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

(c) determinar a suspensão de todas as ações judiciais, em curso perante qualquer órgão ou Tribunal, ou que, eventualmente, venham a ser propostas e que tratem do objeto impugnado na presente ADPF;

(d) comunicar, com urgência, ao Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, solicitando-lhe informações, no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 6º da Lei 9.882/1999;

(e) intimar todos os subscritores do acordo homologado perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba para a apresentação de informações, no prazo de 10 (dez) dias;

(f) intimar a Câmara dos Deputados, a Advocacia-Geral da União, o Presidente da Petróleo Brasileiro S/A, para a apresentação de informações, no prazo comum de 10 (dez) dias;

(g) oficiar ao Tribunal de Contas da União, solicitando-lhe informações sobre a eventual existência de procedimento no âmbito daquela Corte, com objeto semelhante.”

que retratassem, de forma objetiva, o montante depositado, a data do depósito, o tipo e natureza da aplicação e rendimentos incidentes sobre estes valores, bem assim, se haverá alterações nas regras do depósito decorrentes do bloqueio determinado pelo STF.

Com base nos documentos e informações necessárias para a produção da decisão de mérito, após a realização de reuniões, os participantes reconheceram, de maneira unânime: a ilicitude do “Acordo de Assunção de Compromissos” realizado entre a Petrobras e Procuradores da República no Paraná (Força-Tarefa Lava Jato); ser a União a destinatária dos valores depositados pela Petrobras; a impossibilidade de os valores depositados serem revertidos para os órgãos que atuam perante a Justiça, inclusive o próprio Ministério Público, ou serem revertidos para a Petrobras; bem como a condição de vítima da União e da Petrobras, em virtude dos atos ilícitos praticados por agentes públicos e terceiros, descobertos pela Operação Lava Jato.

Conhecidas a ADPF 568 e a RCL 33.667, no mérito, o Ministro Relator entendeu não haver qualquer dúvida sobre a nulidade absoluta do “Acordo de Assunção de Compromissos”, realizado entre a Procuradoria da República no Paraná e a Petrobras e homologado pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, diante do desrespeito aos preceitos fundamentais da Separação de Poderes, da necessidade de respeito à chefia institucional, da unidade, independência funcional e financeira do Ministério Público Federal e aos princípios republicanos da legalidade e da moralidade administrativas, pois ambas as partes do acordo não possuíam legitimidade para firmá-lo, o objeto foi ilícito e o juízo era absolutamente incompetente para sua homologação.

Para o Relator, o segundo acordo, homologado pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, foi ilícito e praticado com desvio de finalidade, pois restaram estabelecidas inúmeras providências não previstas no *Non Prosecution Agreement*, que apenas previu o crédito da multa em favor do Brasil, sem nenhum condicionamento relacionado à constituição de uma pessoa jurídica de direito privado ou afetação desse montante a atividades específicas.

Colocou que o “Acordo de Assunção de Compromissos” exorbitou das atribuições que a Constituição Federal delimitou para os membros do Ministério Público Federal (art. 129 da CF), que certamente não alcançam a fixação sobre destinação de receita pública, a cargo do Congresso Nacional (BRASIL, 1988²²).

Para o Ministro, a consagração de autonomia financeira para o Ministério Público Federal representa garantia institucional de duplo aspecto. De um lado, existe a garantia que as atividades institucionais do órgão sejam financiadas por impositivo constitucional e legal. Do outro lado, há um impedimento para que o financiamento do órgão ocorra

22 Artigo 48, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

à margem da legalidade e do orçamento público. Nessa linha de análise, o acordo sob enfoque comprometeu a independência institucional do órgão.

Ao mesmo tempo em que a Instituição não pode se financiar à margem da legalidade, seus membros não podem receber valores não estipulados pela legislação, para gerenciamento direto ou por meio de fundação de direito privado. A eventual apropriação por membros do Ministério Público, da administração e destinação de proveito econômico resultante da atuação do órgão, implica em desrespeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Mesmo diante do perfil constitucional fortalecido da Instituição, promovido pela Constituição Federal de 1988, que confere autonomia funcional, administrativa e financeira aos seus membros, não é cabível o exercício de atribuições próprias do Poder Executivo, tampouco o recebimento de quaisquer vantagens pecuniárias relacionadas ao exercício da função (honorários, percentagens, etc). Também há vedação ao exercício de atividade político-partidária e, principalmente, “receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas” (BRASIL, 1988)²³.

O Ministro Relator salientou que o “Acordo de Assunção de Compromissos” foi ilegal e que ao ingressar nos cofres públicos da União, o valor torna-se público, o que demanda que sua destinação seja feita para a uma específica ação governamental, o que depende de lei orçamentária editada pelo Congresso Nacional, em conformidade com os princípios da unidade e da universalidade orçamentárias (BRASIL, 1988)²⁴.

Esclareceu que caso a execução do “Acordo de Assunção de Compromissos” se concretizasse ela iria permitir que, de forma ilegal e imoral, Procuradores da República no Paraná, que participaram da Força-Tarefa da Operação Lava Jato, tivessem a custódia do montante depositado para a criação de fundação de direito privado, a elaboração de seus estatutos, a escolha de seu Conselho Curador (com a possibilidade de participação direta de membro do MPF/PR), a fiscalização de suas atividades e a destinação dos recursos, inclusive para os sócios minoritários da Petrobras.

No mérito, nos termos do artigo 166 do Código Civil (BRASIL, 2002), o negócio jurídico celebrado por Procuradores da República no Paraná (Força-Tarefa Lava Jato) com a Petrobras, denominado “Acordo de Assunção de Compromissos”, foi declarado

23 Artigo 128, § 5º, II, “f”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

24 Artigos 165 e 167 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

nulo, sendo nula também a homologação feita pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, haja vista que: (1) foi realizado por partes absolutamente ilegítimas e homologado por juízo incompetente, com exclusão da participação da União e da Chefia Institucional e Administrativa do Ministério Público Federal; (2) apresentou objeto ilícito. Demais disso, entendeu não aplicáveis o art. 65, parágrafo único, e o art. 66 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Em 17/9/2019, nos termos do artigo 487, III, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 21, IX do Regimento Interno do STF (RISTF), foi homologado o “Acordo Sobre a Destinação de Valores” e julgados extintos os processos ADPF 568 e RCL 33.667, em vista da resolução de mérito²⁵.

Com isso, autorizou-se a transferência dos recursos financeiros depositados, com a devida correção, para a conta única do Tesouro Nacional, de modo a permitir o integral cumprimento do novo acordo homologado (“Acordo sobre a Destinação de Valores”), observados os critérios objetivos a serem fixados pelos Ministérios implicados para distribuição dos recursos financeiros.

IV. Consequências práticas das decisões adotadas pelo STF na ADPF 568 e na RCL 33.667 para as ações de combate ao COVID-19

Após o trânsito em julgado dos processos, com a emissão da certidão em 14/10/2019, os Estados do Maranhão, Pará, Amazonas, Mato Grosso, Amapá, Acre, Roraima, Rondônia e Tocantins entraram com uma manifestação por meio da Petição 73013 (BRASIL, STF, 2019).

Os Estados mencionados pleitearam o cumprimento da Cláusula 1.2.2. do “Acordo sobre Destinação de Valores” (Petição STF 54.953/2019), que determinou a destinação de R\$ 430.000.000,00 (quatrocentos e trinta milhões de reais) aos Estados da Região Amazônica, “a serem executados de maneira descentralizada”, a partir da transferência dos recursos por meio de fundos ou fontes específicas.

A argumentação dos Estados foi pela impropriedade da descentralização dos recursos via convênios, pois essa modalidade suporia transferência obrigatória de recursos de titularidade da União, e, no caso, os Estados entenderam que seriam os titulares dessas

25 STF, ADPF 568/PR, julg. 17/09/2019, DJe 19/09/2019. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Apontou como ato atentatório a preceito fundamental, a decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) e o Ministério Público Federal (MPF), para cumprir obrigações assumidas por aquela empresa perante autoridades públicas dos Estados Unidos, com relevo para a destinação de US\$ 682.560.000,00 (seiscentos e oitenta e dois milhões e quinhentos e sessenta mil dólares) a autoridades brasileiras.

receitas, conforme o acordo homologado. Ressaltaram que a transferência por meio de convênios esbarraria em dificuldades, como a consulta a cadastros de restrição da União (CAUC/CADIN²⁶), além de outros procedimentos e exigências. Assim, asseveraram que, independentemente da modalidade de transferência de recursos, os mecanismos de controle e prestação de contas estão absolutamente atrelados às finalidades do acordo homologado, o que afasta riscos que seriam relacionados com modalidades simplificadas de transferências.

Solicitaram, ao final, que fosse determinado à União a descentralização mediante transferências aos Fundos Estaduais e/ou Fontes Específicas, de cada unidade federada, conforme a ADPF 568. O requerimento foi complementado pela Petição 77.072/2019 (BRASIL, STF, 2019), que pediu que restasse explicitado que os recursos destinados aos Estados requerentes “sejam descentralizados de forma simplificada, sem exigência de projetos prévios, sem consultas em cadastros de restrição (CAUC/CADIN), ao tempo em que registram a total subsunção do uso dos recursos nas finalidades definidas em decisão judicial homologatória, o que, por si só, vincula a utilização da receita por parte dos entes beneficiados”.

Instada a se manifestar, a PGR apontou que “não há nos autos documentação que indique quais foram os critérios efetivamente elencados para a distribuição de recursos”. Com isso, solicitou fosse feita determinação de nova intimação da União para que apresentasse critérios fixados para a execução descentralizada dos recursos.

A Advocacia-Geral da União, de seu lado, apontou que a decisão judicial homologatória “constitui-se inegavelmente em obrigação a ser cumprida pelo entes públicos a elas vinculados... tendo a mesma força normativa de uma disposição constitucional ou legal, já que homologados por decisão judicial que faz coisa julgada material”, para concluir tratar-se de “determinação autoexecutável”. Apontou que os créditos definidos no item 1.2.2 do “Acordo sobre a Destinação de Valores” a serem executados na forma de transferências obrigatórias, para todos os fins orçamentários e financeiros, dever ser fiscalizados pela Controladoria-Geral da União e Tribunal de Contas da União.

No mérito, o Relator enfatizou que a destinação das ações foi definida tomando por base os interesse e o proveito público e social e que se construiu um consenso a respeito da destinação de significativa parte dos recursos para o desenvolvimento de ações na Amazônia Legal²⁷, com especial atenção para o desenvolvimento de ações voltadas

26 Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal e no Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (CADIN/CAUC).

27 Em termos administrativos brasileiros, a região chamada Amazônia Legal é composta dos seguintes estados: Acre , Amapá , Amazonas , Pará , Rondônia , Roraima , Tocantins , Mato Grosso e Maranhão. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional. **Mais informações sobre a Amazônia Legal**. Brasília, DF, [20-]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/>

para a preservação ambiental no âmbito do bioma amazônico, parte das quais são de competência constitucional dos Estados (BRASIL, 1988²⁸). Por esse motivo, o Acordo²⁹ expressamente previu a destinação de parte desses recursos para o desenvolvimento de ações diretamente pelos Estados da Região.

Além disso, no tocante aos procedimentos a serem seguidos pela União para a utilização das receitas públicas em questão, preconizou-se a adoção do itinerário apresentado pela própria AGU³⁰, no qual também restou assentada a execução

cindra/amazonia-legal/mais-informacoes-sobre-a-amazonia-legal. Acesso em: 13 jun. 2020).

28 Artigo 23, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

29 Transcrevo os seguintes excertos do acordo homologado:

1. Os valores depositados pela Petrobras serão alocados em ações voltadas para educação e proteção ao meio ambiente, conforme as seguintes discriminações: (...) 1.2. AMAZONIA LEGAL: R\$ 1.060.000.000,00 (um bilhão e sessenta milhões de reais), com as devidas atualizações, serão destinados à prevenção, fiscalização e ao combate do desmatamento, incêndios florestais e ilícitos ambientais na Amazônia Legal, inclusive na faixa de fronteira, sendo: 1.2.1. R\$ 630.000.000,00 (seiscentos e trinta milhões de reais), com as devidas atualizações, a serem executados diretamente pela União, inclusive por meio de ações como as operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), ao amparo de orçamento no âmbito do Ministério da Defesa para atuação, inclusive nos termos do art. 16-A da Lei Complementar 97/1999; ações de responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; de Regularização Fundiária e de Assistência Técnica e Extensão Rural, ambas ao amparo de orçamento do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. 1.2.2. R\$ 430.000.000,00 (quatrocentos e trinta milhões de reais), com as devidas atualizações, a serem executados de maneira descentralizada envolvendo para tanto a articulação entre o Governo Federal e os Estados da região amazônica (grifos nossos).

30 Foram fixados os seguintes parâmetros para a utilização dos recursos: a) Com a homologação do Acordo sobre a Destinação dos Valores, o saldo em conta dos recursos financeiros depositados, devidamente corrigido, será transferido para a conta única do Tesouro Nacional, para alocação nos termos acordados; b) Uma vez que os recursos em causa sejam repassados e convertidos em receita da União, esta se compromete a fazer com que os referidos recursos passem a compor fonte de recursos específica, sendo sua aplicação passível de acompanhamento pelos órgãos de controle; c) Para concretização das medidas previstas no referido Acordo, foi publicada a Portaria SECAD/SOF n. 6, de 26/8/2019, para reativar o Código de Fonte de Recursos “21- Recursos Oriundos de Leis ou Acordos Anticorrupção”, para situações do gênero, de modo a prover meios para assegurar transparência e controle quando os valores forem utilizados para financiar as despesas públicas a que se refere o Acordo; d) Com a observância das normas orçamentárias e financeiras aplicáveis, em especial o art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e o art. 9º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a União, por meio do Ministério da Economia, se compromete a garantir as condições necessárias para execução total das despesas exclusivamente nas ações referidas no aludido Acordo neste exercício financeiro e nos seguintes, até o completo exaurimento dos valores nele referidos; e) A realização das despesas será concretizada especialmente por meio da concessão de limite de empenho e de movimentação financeira (“descontingenciamento”) e da abertura de créditos adicionais, abrangendo a abertura de crédito extraordinário quando admitido pela legislação, sendo sempre utilizada como fonte de recursos aquela indicada na alínea “c”, acima; f) Os recursos financeiros a serem executados de maneira descentralizada serão objeto de distribuição entre os Estados da região amazônica mediante critérios objetivos a serem fixados pelos ministérios implicados, ouvindo-se os Estados afetados. Dessa maneira, trata-se de “transferência obrigatória” da União para os Estados, não sendo possível qualquer interpretação que subtraia dos entes indicados na Cláusula 1.2.2 a disponibilidade dos recursos necessários para o financiamento das ações ali previstas; pois, embora a disponibilidade desses recursos tenham sido inicialmente franqueada à União, por meio da transferência para a conta única do Tesouro Nacional, importa dizer que, por meio do próprio Acordo, a União assumiu o compromisso

descentralizada dos montantes advindos da multa paga pela Petrobras.

Em 18/12/2019, após a fixação dos parâmetros, o Ministro Relator determinou que fosse realizado o repasse imediato para os Estados, dos créditos definidos no item 1.2.2 do “Acordo sobre a destinação de valores executados”, na forma de transferências obrigatórias, para todos os fins orçamentários e financeiros, sob fiscalização da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União. Consignou, ainda, que os créditos deveriam ser empenhados, ainda no ano de 2019, ficando os respectivos valores inseridos na rubrica de restos a pagar do orçamento, caso não fossem quitados até o dia 31/12/2019.

Na sequência, ao se pronunciar nos autos, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, colocou que em 5/9/2019 foi celebrado acordo sobre a destinação dos R\$ 2,6 bilhões recuperados da Petrobras a partir da Operação Lava-Jato. Ressaltou que segundo o acordo homologado, R\$ 1,6 bilhão seriam destinados a ações voltadas ao incentivo à educação e R\$ 1 bilhão para a proteção ao meio ambiente.

Todavia, diante da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19), que atinge o Brasil e cria uma preocupação quanto à saúde pública sem precedentes na história recente do País³¹, o Procurador ressaltou que essa situação exige a adoção de ações emergenciais e extraordinárias para conter a propagação e contágio do vírus e cuidar dos doentes e públicos prioritários.

Considerando que parte dos pagamentos dos valores que seria destinado às ações de incentivo à educação³² ainda não foram executados; considerando, ainda, que se tratam de recursos extraorçamentários que permitem realocação; em 19/03/2020, a PGR solicitou a transferência dos recursos definidos no “Acordo sobre a Destinação de

de repassar obrigatoriamente parte desses valores para os Estados diretamente afetados pelas queimadas na Amazônia Legal, compromisso esse que, à evidência, exorbita da mera cooperação intergovernamental e não pode ser embaraçada por circunstâncias alheias ao próprio “Acordo sobre Destinação de Valores.”

31 O Decreto Legislativo 88/2020, reconhece a ocorrência de estado de calamidade pública, trazido pela pandemia do Coronavírus.

32 O Item 1.1 do Acordo Sobre Destinação de Valores previa a aporte de recursos na área da Educação nos seguintes termos: 1.1. EDUCAÇÃO: R\$ 1.601.941.554,97 (um bilhão, seiscentos e um milhões, novecentos e quarenta e um mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos) 1.1.1 R\$ 1.001.941.554,97 (um bilhão, um milhão, novecentos e quarenta e um mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos), com as devidas atualizações, serão destinados para o Ministério da Educação para ações relacionadas à educação infantil. 1.1.2. R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais), com as devidas atualizações, serão destinados para o Ministério da Cidadania, para ações relacionadas ao Programa Criança Feliz, que compreende uma série de iniciativas vocacionadas ao desenvolvimento integral da Primeira Infância. 1.1.3. R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais), com as devidas atualizações, serão destinados para o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, para ações relacionadas a projetos ligados a empreendedorismo, inovação, popularização da ciência, educação em ciência e tecnologias aplicadas, tais como Bolsas de pesquisa pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e a Construção da Fonte de Luz Síncrotron de 4ª Geração – SÍRIUS. 1.1.4. R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), com as devidas atualizações, para ações socioeducativas em cooperação com os Estados, preferencialmente por intermédio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Valores” à União para ser gerido pelo Ministério da Saúde e aplicado, exclusivamente, no custeio de ações voltadas ao combate do COVID-19.

Logo em seguida, em 20/03/2020, diante da reconhecida situação de emergência na saúde pública e da premente necessidade de enfrentamento à pandemia do Coronavírus, o Relator entendeu que a análise dos pedidos realizados dependeria de prévio requerimento conjunto de todos os signatários do “Acordo sobre a Destinação de Valores”.

O Presidente da Câmara dos Deputados, chamado a se manifestar, expressou anuência para que os recursos destinados à Educação “sejam imediatamente realocados para o custeio de ações voltadas ao combate à pandemia do COVID-19, para sua contenção e mitigação”.

O Senado Federal, por meio de seu Vice-Presidente, também concordou com a proposta da Procuradoria-Geral da República, assentindo que “os recursos públicos recuperados da Petrobrás a partir da Operação Lava-Jato, objeto de acordo homologado nestes autos, sejam imediatamente revertidos ao custeio das ações de prevenção e combate à pandemia do coronavírus, diante da situação excepcional e drástica de calamidade pública que assola o Brasil e o mundo neste momento, e que impõe a atuação urgente do Poder Público na disponibilização dos recursos necessários”.

A União, por meio do Advogado-Geral da União, em manifestação também subscrita pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, manifestou concordância com a proposta, sensível à “grave situação de saúde pública e a essencialidade da destinação de recursos para o custeio de medidas de enfrentamento da pandemia na proteção da coletividade”.

Ao adentrar no mérito da questão levantada pelo Procurador-Geral da República, o Relator acentuou que a Constituição Federal de 1988 prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública. Nesse cenário, destaca que o direito à vida e a saúde consagram a dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil e que os artigos 196 e 197 consagram a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde.

Nessa linha, a gravidade da emergência do Coronavírus exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde/SUS. Com base na iniciativa da PGR e na anuência dos Poderes Legislativo e Executivo, frisa que é consenso que as atividades de saúde assumem prioridade sobre os demais programas de governo contemplados pelo “Acordo sobre a Destinação de Valores”.

Feitas as diligências e com base cronograma de liberação dos valores em questão, registrou que, no tocante ao montante destinado à educação, a realocação solicitada

não acarretará descontinuidade de ações ou programas de governo. Demais disso, suprirá necessidade premente que ameaça a vida e a integridade física dos brasileiros. Destacou que o desafio atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas não pode ser minimizado, diante da elevada gravidade da situação e que a pandemia representa uma ameaça real e iminente que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato.

Compreendeu, pois, que a iniciativa da PGR e das demais autoridades anuentes está à altura do interesse de toda a sociedade, na busca de uma melhor estruturação e apoio ao Sistema Único de Saúde, pois deste depende o bem-estar da grande maioria dos brasileiros. Refletindo acerca do dinamismo com que o quadro de disseminação do coronavírus se desenvolve e das incertezas científicas acerca das melhores práticas para o seu enfrentamento, recomendou que não sejam definidas, com antecipação, quais serão as ações e programas específicos a serem custeados com os recursos a serem disponibilizados ao Ministério da Saúde.

Após a intimação da PGR para eventual aditamento do pedido, o Ministro Relator, em 22/03/2020, homologou a proposta de ajuste no “Acordo sobre a Destinação de Valores”, conforme pedido da PGR e anuído pelas autoridades intervenientes, e determinou a imediata destinação de R\$ 1.601.941.554,97 (um bilhão, seiscentos e um milhões, novecentos e quarenta e um mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos), prevista no Item 1.1 do Acordo, ao Ministério da Saúde, para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do Coronavírus (COVID-19).

Na sequência, em 7/4/2020, o Ministro Alexandre de Moraes homologou a proposta de ajuste no “Acordo sobre a Destinação de Valores”, conforme requerimento do Estado do Acre e anuído pelas autoridades intervenientes e determinou a imediata destinação de R\$ 32.731.487,36 (trinta e dois milhões, setecentos e trinta e um mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e trinta e seis centavos), referente ao Item 1.2.2, para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do Coronavírus no Estado, o qual deverá comprovar a efetiva utilização do montante autorizado.

Nessa mesma linha, também os Governadores do Maranhão (Petição STF 21048/2020), do Tocantins (Petição STF 21980/2020) e do Mato Grosso (Petição STF 22827/2020) apresentaram requerimentos para pleitear a desvinculação dos recursos repassados por força do Acordo homologado (Item 1.2) de sua destinação originária para o enfrentamento (prevenção, contenção e mitigação) da pandemia do COVID-19, para a aplicação em ações de saúde, assistência social e segurança pública (BRASIL, STF, 2019).

Diante das solicitações contidas nas petições, a Advocacia-Geral da União (Petição STF 21360/2020) apresentou pedido para o esclarecimento a respeito do alcance da

decisão adotada em 22/3/2020, de modo de definir “(i) se ela atinge realmente todo o montante de recursos previstos no item 1.1 do acordo homologado nos autos, isto é, os cerca de R\$ 1,6 bilhão, independentemente do estado de execução orçamentária; ou (ii) se ela destinou-se a compreender apenas os recursos do item 1.1 cuja execução ainda não havia sido iniciada (nem sequer empenhada) na data da prolação da decisão” (BRASIL, STF, 2019).

Em 22/4/2020, por meio de Despacho, o Relator intimou, com a urgência necessária, os participantes e intervenientes do acordo homologado nos presentes autos – Procurador-Geral da República, Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e a Advocacia-Geral da União – a se manifestarem sobre o requerimento do Estados do Maranhão, Tocantins e Mato Grosso, bem como a respeito do pedido de esclarecimento apresentado pela Advocacia-Geral da União.

Ao rememorar as decisões adotadas em 22/3/2020 e em 7/4/2020 e seus respectivos fundamentos, o Relator reafirmou a necessidade de adotar ações rápidas, em todos os níveis de governo, diante da emergência causada pela pandemia do COVID-19, de modo a concretizar a proteção à saúde pública, para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.

Na linha do que restou decidido em relação ao Estado do Acre, considerando que as ações originalmente previstas com a destinação desses recursos, não tinham sido iniciadas; considerando, ainda, que a realocação não acarretaria a descontinuidade de ações ou programas de governo, ao mesmo tempo em que virá ao encontro de uma necessidade premente que ameaça a vida e a integridade física da população dos Estados postulantes; considerando que a alteração proposta teve a concordância das autoridades que firmaram o Acordo originalmente homologado; o Relator entendeu que as solicitações dos Estados guardam consonância com o interesse público, sendo a medida indispensável para tutelar o direito à saúde (art. 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal).

No que diz respeito ao pedido de esclarecimento formulado pela Advocacia-Geral da União, o Relator deixou assente que a decisão de 22/3/2020 delimitou, expressamente, que o montante a ser desvinculado de sua destinação originária diz respeito a quantia de “R\$ 1.601.941.554,97 (um bilhão, seiscentos e um milhões, novecentos e quarenta e um mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos), prevista no Item 1.1”. Acrescentou que a desvinculação, por lógico, só será aplicável aos valores que ainda não foram empenhados na data da decisão homologatória.

Em sendo assim, em 13/5/2020, a proposta de ajuste para o Acordo Sobre Destinação de Valores foi homologada na forma solicitada pelos Estados do Maranhão, Tocantins e Mato Grosso, com a anuência das autoridades intervenientes. Determinou-se, assim, a imediata destinação dos recursos recebidos por esses Estados para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia. Ressalvou-se, no

entanto, que os Estados requerentes deverão comprovar a efetiva utilização do montante autorizado.

V. A atuação do STF para garantir que recursos recuperados da corrupção praticada na Petrobras sejam utilizados no combate ao COVID-19

Com base nas atribuições constitucionais e legais do MPF, o STF entendeu que o MPF/PR extrapolou suas competências, tendo sido declarada a nulidade do negócio jurídico (“Acordo de Assunção de Compromissos”), celebrado entre a Petrobras e os Procuradores da República no Paraná (Força-Tarefa Lava Jato), bem assim da homologação feita pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba.

Com a homologação do “Acordo Sobre a Destinação de Valores”, no mérito, foram julgados extintos os processos ADPF 568 e RCL 33.667. Doravante, por meio de petições advindas dos Estados, o STF passou a ser demandado para resolver como os recursos seriam repassados. A partir daí, uma atividade dialógica intensa começou a ser empreendida entre a Suprema Corte, a Procuradoria-Geral da República, a Advocacia-Geral da União, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, para se chegar a uma melhor solução orçamentária/financeira para a distribuição dos valores pagos pela Petrobras a título de multa, a partir do Acordo *Non Prosecution Agreement*, firmado entre a Petrobras e o *Department of Justice/USA* (DoJ) e a *Securities & Exchange Commission* (SEC).

Na medida do possível e considerando as regras orçamentárias aplicáveis ao caso, a destinação dos recursos do “Acordo Sobre a Destinação de Valores”, inicialmente vinculados para ações de educação e meio ambiente a serem desenvolvidas em Estados da Amazônia Legal, vem sendo revertida para ações de saúde atreladas ao combate e prevenção ao Coronavírus.

Esse fato demonstra que a Suprema Corte está atuando em sintonia com as necessidades sociais que emergiram com a pandemia, bem assim com o art. 196 da Carta Magna que estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Essa postura institucional tem, inegavelmente, consequências diretas na concretização do direito fundamental à saúde, haja vista que vem permitindo que recursos financeiros sejam direcionados à Estados da Amazônia Legal para a execução de ações de saúde relacionadas ao combate à pandemia.

O Relator do feito junto ao STF, Ministro Alexandre de Moraes, destacou que a

utilização dos recursos está sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União, o que demonstra a preocupação da Corte com a boa e regular aplicação dos recursos federais repassados e com a observância, por parte dos gestores públicos, do princípio da prestação de contas, insculpido no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988. Noutros termos, a situação de pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde/OMS e de Calamidade Pública instituída pelo Decreto 88/2020, não pode servir de pretexto para que os recursos sejam utilizados ao alvedrio dos gestores públicos.

Vê-se que a Suprema Corte brasileira vem criando as condições necessárias para que os princípios administrativos contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, em especial os da legalidade, impessoalidade e moralidade sejam observados, num contexto social tão atípico, atualmente vivenciado não só pela sociedade brasileira, como mundialmente.

Espera-se que os intercâmbios de informações e a atuação conjunta e baseada no diálogo construtivo dos órgãos possam se refletir em resultados concretos para a eficácia das ações de saúde voltadas ao combate ao Coronavírus nos Estados beneficiados com os recursos do “Acordo sobre a Destinação de Valores”.

Em meio a tantas manifestações antidemocráticas que pleiteiam o fechamento do STF e expõem mensagens de ódio para a instituição e seus Ministros, percebe-se, no presente artigo, um pequeno exemplo da importância da Instituição para evitar a “erosão da justiça do contexto social” (RAWLS, 2002, p. 25) e concretizar o princípio democrático.

Mostrou o STF, nos argumentos traçados para fundamentar tanto a decisão liminar quanto a decisão de mérito adotadas na ADPF 568 e RCL 33.667, que por mais justas e equitativas que possam parecer transações particulares firmadas por instituições públicas, elas podem representar uma estratégia que, embora com ares de legalidade, mostra-se extremamente injusta para o contexto social como um todo, principalmente levando em conta as prioridades sociais mais prementes.

É importante perceber que em um tempo onde a escassez de recursos é mais visível do que nunca, há, sem dúvida, uma necessidade urgente de busca de novas fontes de recursos para financiar ações sociais prioritárias, com especial foco para as ações de saúde.

Fica bem claro, com base nos exames das decisões adotadas na ADPF 568, que

numa democracia constitucional³³ cada instituição³⁴ tem seu papel para que a engrenagem do Estado possa funcionar de forma adequada. É evidente que as instituições não são perfeitas e precisam de aperfeiçoamentos contínuos, diante da própria evolução social, mas isso não significa que não tenham funções primordiais na formação do Estado Democrático de Direito e em garantir que a Constituição seja plenamente cumprida.

Tratando mais especificamente da Suprema Corte brasileira, é inconteste que as decisões por ela adotadas têm um peso para a sociedade, pois esta guarda expectativas em relação às consequências das decisões. Mesmo diante das críticas a ela direcionadas no sentido de que ultrapassa, com frequência os limites de suas competências constitucionais, interferindo no equilíbrio da Separação dos Poderes, o STF precisa ter uma margem de manobra para agir examinando a política, pois não é um órgão essencialmente jurídico, mas também político³⁵. É claro que a adoção de medidas de autocontenção (*judicial self restraint*) é de extrema importância para o alcance a legitimação democrática que lhe falta.

Nesse contexto, muitos benefícios do envolvimento judicial em questões políticas são sistêmicos, tendo consequências de longo ou curto prazo, não só para minorias, como também para maiorias, o que torna necessário que as Cortes Constitucionais estejam cada vez mais atentas com os anseios do constitucionalismo democrático³⁶. Em assim sendo, o Direito Constitucional e vários princípios constitucionais foram usados pelo STF para garantir que o direito fundamental à saúde possa ser observado com prioridade

33 Em relação ao sentido de uma democracia constitucional representativa, Mangabeira Unger nos ensina que: “Take for example, a constitutional representative democracy. Some of its laws will be part of the constitutional framework. Others will be the results of decisions made by authorized persons within the framework. (...) But why should all men have equal reason to favor majority rule? Surely some expect to find more allies than others in the pursuit of their objectives. That majority rule is not a principle of self-evident wisdom is shown by the fact that in a constitutional regime there are certain things the majority is not allowed to do.” (UNGER, Roberto Mangabeira. **Knowledge and politics**. New York: The Free Press, 1975, p. 86-87).

34 Para Antoine Garapon “um mundo que seria governado sem instituições, é simplesmente uma utopia.” (GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 92).

35 Dahl, já na década de 50, reconhecia que critérios políticos são utilizados nas Cortes Constitucionais, muitas vezes, porque os jurídicos não são mais adequados. Firmado na experiência concreta e objetiva da sociedade americana, coloca como ficção o fato de alguns entenderem que a instituição tem feição exclusivamente jurídica (DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker**. Journal of Public Law 6, 279-295, 1957, p. 280-281).

36 Ackerman em seu livro “Nós, o povo soberano”, ao tratar de “momento constitucional” afirmou que a Suprema Corte é uma legítima protagonista do processo de desenvolvimento do constitucionalismo americano, sem deixar de lado a importância das decisões tomadas no âmbito da democracia deliberativa. A ideia expressa por Ackerman é que devemos viver o Direito Constitucional de forma evolutiva, não deixando que o estado de coisas que nos rodeia monopolize nossa visão jurídica. Ao enfatizar que devemos ter uma percepção abrangente e não restrita do direito moderno, ele quer nos alertar que caminhos formalistas são obstáculos para que novas soluções constitucionais surjam. Para que as alterações requeridas por novos contextos sociais possam se tornar realidade, há necessidade de interação entre os poderes (ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 19).

nesses tempos de pandemia.

A postura garantista contida nas decisões adotadas na ADPF 568 e na RCL 33.667 ora sob enfoque pode dar ao STF a legitimidade³⁷ que não é obtida nas urnas. Ao adotar decisões que tragam bons frutos para a coletividade, a Corte pode obter a legitimação popular, própria dos demais poderes da República. Também chamam a atenção para o fato de que o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União têm que se manter vigilantes e trabalhar em conjunto para buscar garantir que os recursos repassados aos Estados da Amazônia Legal, para serem utilizados no combate à pandemia do Coronavírus, estão sendo regularmente utilizados, pois, paradoxalmente, pode ocorrer que recursos recuperados de ações corruptas praticadas no âmbito da Petrobras, detectadas pela Operação Lava Jato, possam ser usados em outras práticas corruptas derivadas de ações de saúde relacionadas com a Pandemia.

Não se pode abrir mão da lisura com que esses recursos devem ser aplicados. Os gestores públicos estaduais que atuam na área de saúde não podem pensar que em virtude da situação de pandemia estão autorizados a utilizar os recursos públicos advindos do “Acordo sobre a Destinação de Valores” do modo que lhes convier. A partir de ações concretas e incisivas, bem assim de ações de orientação, o TCU e a CGU têm que deixar claro que não vão abrir mão da eficiência e da transparência da aplicação desses recursos, afinal, essa situação calamitosa não representa um salvo conduto para que o dinheiro público possa ser usado ao alvedrio de normas públicas de *accountability*.

Um argumento que preocupa e que foi utilizado por Estados para a transferência dos recursos do “Acordo sobre Destinação de Valores”, por meio das petições mencionadas no item IV deste artigo, foi pela impropriedade da descentralização dos recursos via convênios, o que imporia uma série de restrições para a liberação dos recursos, inclusive relacionadas à regularidade documental dos entes federados. Por isso que pleitearam que os Estados fossem os titulares dessas receitas. Mas a PGR, instada a se manifestar sobre o fato de não terem sido indicados critérios para a distribuição de recursos, solicitou fosse feita determinação de nova intimação da União para que apresentasse critérios para a execução descentralizada dos recursos.

A Advocacia-Geral da União entendeu que a decisão judicial homologatória faz coisa julgada material e representa uma obrigação a ser cumprida pelos entes públicos a elas vinculados. Concluiu, pois, que a determinação é autoexecutável e, por isso, os créditos definidos no item 1.2.2 do “Acordo sobre a Destinação de Valores” sejam executados na forma de transferências obrigatórias, para todos os fins orçamentários

37 Para Alexander Bickel é a prudência e o contínuo exercício das “virtudes passivas” que habilitam o *judicial review* a ampliar seu grau de legitimidade e justificar, cada vez mais, sua atuação na defesa de minorias (BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 111-196).

e financeiros e que a fiscalização ficará a cargo do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União, o que confirma o posicionamento já esposado pelo Relator da ADPF 568, Ministro Alexandre de Moraes.

Em relação à vinculação de significativa parte dos recursos para a realização de ações de saúde em Estados da Amazônia Legal, vê-se que o consenso para essa destinação não foi obtido sem justificativas plausíveis, mas adveio de uma percepção da real necessidade de que Estados mais carentes, em termos financeiros, possam promover, a partir de dinheiro recuperado de corrupção, ações de elevado interesse público e social na área de saúde pública.

Diante da importância de reverter recursos antes vinculados a ações de educação e de preservação do bioma amazônico, o Relator das ações junto ao STF ressaltou que a Constituição Federal de 1988 prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública e que o direito à vida e a saúde consagram a dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil.

Ao ponderar sobre a rapidez com que a pandemia se dissemina e sobre as incertezas científicas acerca das melhores práticas para o seu enfrentamento, o Relator pôs em destaque que a iniciativa da PGR e das demais autoridades que concordaram com a reversão dos recursos para ações de saúde está à altura do interesse de toda a sociedade na melhor estruturação e apoio ao Sistema Único de Saúde. Reafirmou, assim, a necessidade de adotar ações rápidas, em todos os níveis de governo, diante da emergência causada pela pandemia do COVID-19.

VI. Conclusão

Como visto, o combate à corrupção sistêmica operado no âmbito da Operação Lava Jato (sinônimo de combate à corrupção), vem possibilitando que recursos revertidos para os cofres públicos a partir do *Non Prosecution Agreement* estejam sendo aplicados em ações de saúde pública relacionadas ao combate ao Coronavírus (SARS COV-2).

Estados da Amazônia Legal têm se beneficiado financeiramente da repartição de recursos, cuja destinação foi objeto de homologação pelo STF, por meio do “Acordo sobre a Destinação de Valores” e, certamente, os cidadãos que neles habitam esperam que tais recursos possam ser aplicados na finalidade para a qual foram transferidos, qual seja: ações de combate à pandemia do Coronavírus.

A sociedade, como um todo, penalizada pelas consequências danosas causadas por essa patologia social que se chama “corrupção política”, espera que os recursos, tão escassos e altamente necessários para alavancar o sistema de saúde público brasileiro, sabidamente carente e vulnerável a atos corruptos, sejam utilizados com eficiência, eficácia, economicidade e dentro de estritos parâmetros de moralidade e transparência.

Afinal, como o próprio nome já identifica, recursos públicos são destinados para a sociedade e não para interesses privados de quem quer que seja.

Nesse cenário, os órgãos de controle devem estar atentos para que haja a boa e regular aplicação dos recursos públicos destinados à pandemia, pois, a partir da soberba humana, teorizado por Morus na obra *Utopia*, muitos ainda querem tirar proveito da desgraça alheia e não medem esforços para buscar ludibriar os órgãos de controle, buscando dar uma feição regular a atos irregulares praticados contra as regras e princípios que regem a Administração Pública no Brasil.

Destacamos aqui que o papel da sociedade³⁸ e da imprensa³⁹ também é extremamente importante neste momento, pois os órgãos de controle podem não conseguir fiscalizar, de forma concomitante, a totalidade dos recursos federais descentralizados aos Estados da Amazônia Legal beneficiados com os recursos advindos do “Acordo sobre a Destinação de Recursos”, homologado no âmbito do STF.

Enfim, como sociedade democrática que somos, precisamos empreender esforços para que haja um equilíbrio entre a necessidade de combate à doença, em muitos casos extremamente grave, e a necessidade de governança dos gastos realizados com recursos públicos nesse enfrentamento. Caso contrário, corremos sério risco de continuarmos sendo ludibriados!

38 A respeito da necessidade de controle social dos gastos públicos, frisei em meu livro “Corrupção Política: uma patologia social” que “Com a redemocratização, previram-se, constitucionalmente, algumas formas de controle social, tais como descritas no art. 31, §§ 2º e 3º e no artigo 74 da CF/88, respectivamente. Nesse contexto, transparência estatal significa dar ao cidadão possibilidade de acesso às informações governamentais. Parte-se do fundamento de que a maior eficiência advém de um regime político democrático e transparente, no qual a cobrança da ética e da transparência na condução dos negócios públicos torne-se essencial.” (BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política**: uma patologia social. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 178).

39 Ao falar sobre a pretensão da mídia em encarnar um novo espaço público, Antoine Garapon enfatiza que “...a verdadeira natureza da mídia é certamente aquela de uma *autoridade de fato*.” (GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 93).

Bibliografia final

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

ACTON, Lord. **Pensamentos de Lord Acton**. [S.l.]: Pensador, 2020. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjEyNzY3NQ/>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política**: uma patologia social. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional. **Mais informações sobre a Amazônia Legal**. Brasília, DF, [20-]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cindra/amazonia-legal/mais-informacoes-sobre-a-amazonia-legal>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker. **Journal of Public Law** 6, 279-295, 1957. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. 2. ed. México: Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998.
- MORUS, Thomas. **A utopia ou o tratado da melhor forma de governo**. Porto Alegre: L&PM Pocket Ensaios, 1997.
- NEVES, Marcelo. **Entre Thêmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STF, ADPF 568/PR, julg. 17/09/2019, DJe 19/09/2019.
- STF, Rcl 33.667, julg. 17/09/2019, DJe 19/09/2019.
- TRF4, Pet 5002594-35.2019.4.04.7000/PR, julg. 25/01/2019.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Knowledge and politics**. New York: The Free Press, 1975.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

O ABUSO DO TELETRABALHO A PARTIR DA LEGISLAÇÃO EMERGENCIAL DA PANDEMIA COVID-19

THE ABUSE OF TELEWORKING FROM THE EMERGENCY LEGISLATION OF THE COVID-19 PANDEMIC

Recebido: 14/06/2020

Aceito: 09/12/2020

Marco Aurélio Serau Junior

Professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR), nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário.
Doutor e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP).

E-mail: maseraujunior@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3904-1315>

Isabel Ceccon Iantas

Graduanda da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

E-mail: isabel.iantas9@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-3255-8431>

RESUMO

O presente artigo trata da adoção intensificada do teletrabalho como alternativa à realização das atividades laborais durante o período de pandemia de COVID-19, que impôs drásticas medidas de confinamento social e paralisação das atividades econômicas. Analisa-se criticamente, a partir de metodologia centrada na revisão bibliográfica, a adoção desse modo de trabalho, muitas vezes praticado ao arrepio da legislação trabalhista: a empresa diminui seus gastos e se onera a classe trabalhadora, que passa a arcar com os custos da infraestrutura do trabalho. Aproveitando o contexto de pandemia, as recentes reformas trabalhistas avançaram no sentido de aumentar a mais-valia e flexibilizar ainda mais as relações de emprego.

Palavras-chave: Teletrabalho. *Home office*. Pandemia. COVID-19. Responsabilidade.

ABSTRACT

This article deals with the intensified adoption of the teleworking as an alternative to continue work activities during the COVID-19 pandemic period, which imposed drastic measures of social confinement and the shutdown of economic activities. The adoption of this mode of work is critically analyzed in this piece, from a methodology centered on bibliographic review, since is often practiced in breach of labor legislation: while the company reduces its expenses, the working class is burdened and starts to bear the costs of labor infrastructure. Regardless of the pandemic context, the recent labor reforms also contributed to increase the employer's surplus value and make employment relations more flexible, a scenario that is accentuated during the COVID-19 pandemic.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Keywords: Teleworking. Home office. Pandemic. COVID-19. Responsibility.

1. Introdução

Em meio à crise social causada pela pandemia de COVID-19, uma forma encontrada para manter o funcionamento do trabalho e da economia foi a adoção do teletrabalho ou *home office*. Assim, aqueles que podiam, passaram a realizar seus ofícios dentro de casa, com tarefas remotas e utilizando de sua própria infraestrutura.

O teletrabalho já existe desde 2011, quando a CLT foi alterada pela Lei 12.551/11, para viabilizá-lo ou introduzi-lo no ordenamento jurídico:

Lei 12.551/11, Art. 6º: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.
Lei 12.551/11, parágrafo único: Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O teletrabalho, sobretudo a partir da previsão do art. 6º, p. único, da CLT, pode ser conceituado como um *gênero que abarca todas as formas de trabalho realizado fora das dependências do empregador*, especialmente a partir do uso de ferramentas tecnológicas que facilitam a continuidade da subordinação jurídica, mesmo à distância.

Dentre o gênero do teletrabalho existe um segmento específico, e que às vezes acaba sendo considerado como seu sinônimo, o *home office*. Em que pese uma grande proximidade conceitual entre ambos, *home office* é apenas uma das espécies de teletrabalho, que se dá no interior do âmbito residencial dos trabalhadores e trabalhadoras (daí *home office*).

O *trabalho remoto* é o trabalho desempenhado externamente às dependências do empregador, mas não no âmbito residencial dos empregados e empregadas, podendo ser efetuado, por exemplo, em *pontos de apoio* montados pelas empresas ou em locais de *coworking*.

Em que pese a previsão legal genérica contida no art. 6º, parágrafo único, da CLT, o modelo do teletrabalho foi mais bem delineado especificamente a partir da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que introduziu um capítulo específico para o tratamento deste tema, inserindo na CLT os artigos 75-A a 75-E.

Todavia, a regulação trazida pela Reforma Trabalhista não abarcou por completo todas as questões advindas dessa modalidade de exercício da relação de trabalho,

deixando muitas das obrigações à mercê de negociações individuais a serem dirimidas em contrato escrito.

Para além disso, o contexto de calamidade pública levou ao abuso do modelo, sendo adotado sem seguir à risca as determinações legais e, mesmo, onerando ainda mais a classe trabalhadora em prol de manter a lucratividade da empresa durante a pandemia.

A partir deste tema, o artigo procura demonstrar um quadro maior, da precarização do trabalho por meio da legislação emergencial, utilizando como metodologia o método de revisão da bibliografia documental e jurídica que abarca o tema - não tendo sido efetuada pesquisa empírica.

Em contextos de crise social, econômica, política e, agora, de saúde pública, vemos uma tendência à desregulamentação de legislações protetivas (MACHADO, 2009: 81), abrindo-se margem para uma maior exploração dos(as) trabalhadores(as). Apesar de passageira a pandemia, a adoção de modelos menos onerosos para o empresariado tende a permanecer vigentes, como forma de aumentar a mais-valia e precarizar as relações de trabalho.

A adoção do teletrabalho, ainda mais na forma abusiva que tem sido praticado, corresponde a mais uma entre as muitas alterações que o Direito do Trabalho brasileiro vem sofrendo, com a tendência de flexibilizar os contratos de trabalho e limitar as proteções e garantias da classe trabalhadora.

2. Legalização do teletrabalho

A Reforma Trabalhista, de 2017 (Lei 13.467/2017) regulamentou de forma mais detalhada o teletrabalho no Brasil (já autorizado pelo art. 6º, da CLT), acrescentando os artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), adiante transcritos:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

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.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§1º. Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho

desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. §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.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Conforme essa normativa, define-se como a prestação de serviços que ocorre preponderantemente fora das dependências da empresa, utilizando-se tecnologia de informação e comunicação, porém que não constitui, por sua natureza, trabalho externo.

Desde a época de início da vigência da Reforma Trabalhista já se percebia que este modelo de execução do trabalho era “onipresente, e a tendência é seu aprofundamento e dispersão ainda maior” (CARELLI, 2017: 327).

Para se adotar esse modelo de trabalho, a lei exige que conste expressamente no contrato de trabalho, especificando, inclusive, quais atividades serão realizadas e como serão pagas as despesas. Por fim, a Reforma Trabalhista também instituiu que o empregador(a) deve instruir seus empregados(as) quanto às precauções para evitar doenças e acidentes de trabalho, sendo assinado termo de responsabilização. Com isso, isentou a empresa de qualquer responsabilidade por eventuais acidentes.

É possível perceber que diversas temáticas não foram admitidas pela legislação referente à adoção do modelo de teletrabalho, como o controle da jornada, a vigilância e monitoramento do trabalho e a responsabilidade por custos como a infraestrutura e demais gastos.

O teletrabalho configura como uma das exceções do capítulo da jornada de trabalho, no artigo 62, III, da CLT. Dessa forma, a legislação considera-o incompatível com a fiscalização e regulação das 8 horas diárias de trabalho. Quanto a esse ponto, todavia, é contundente a crítica doutrinária no sentido de desmascarar a premissa equivocada utilizada pela reforma trabalhista:

Havendo meios acessíveis de controle de jornada, por unidade de produção por fiscalização direta, por meios eletrônicos, não se deve impressionar com o fato de o trabalho ser realizado à distância, em dependências estranhas ao empregador, na residência do empregado, em cafeteria ou espaço coletivo de trabalho. Tudo isso era e continua sendo irrelevante para o direito do trabalho, assim como o

serviço externo somente se enquadra no art. 62 se for efetivamente incompatível com o controle de jornada (SILVA, 2017: 57).

Nesse sentido abre-se a possibilidade do(a) trabalhador(a) estar exposto a uma jornada de trabalho infinita, que se mistura com o seu lazer e descanso em casa, gerando desgastes mentais e físicos (MIZIARA, 2018: 1021). Abre-se a possibilidade da negativa ao direito de desconexão e pode-se configurar o dano existencial.

O direito de desconexão procura assegurar que o trabalhador ou a trabalhadora não passem as 24 horas de seus dias envolvidos com questões do trabalho, procurando resguardar sua saúde e preservar sua vida privada (SOUTO MAIOR, 2003: 03).

Embora o tema do dano existencial seja controverso na jurisprudência, isto é, seja um instituto ainda não incorporado por completo ao rol de direitos trabalhistas, o desrespeito a esse direito de desconexão, com o uso intensificado do teletrabalho, pode configurá-lo (nos termos em que compreendido pela doutrina).

Dessa forma, a doutrina define esse dano como sendo a exposição a uma jornada de trabalho aquém da normal e da legalmente permitida, de forma repetitiva, contínua ou por longos períodos. Com isso, fere-se o direito de possuir tempo razoável e proporcional a ser usufruído com questões pessoais, familiares e sociais (DELGADO, 2016: 727-728).

O diploma legal, da forma concebida, desobriga o patronato a arcar com horas extras, hora noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e interjornada (FILHO, 2020: 08) - restando ao trabalhador o ônus de comprovar, por meio do princípio da supremacia da realidade, as horas extras realizadas. Ademais, por se tratar de trabalho dentro de casa, a comprovação da prolongação da jornada fica comprometida, haja vista a inexistência de “testemunhas”.

Com relação aos gastos com equipamentos, energia elétrica, *internet* e demais custos da estrutura do teletrabalho, o artigo da CLT infere que o “reembolso” e a “responsabilidade pela aquisição” deverá ser estipulado no contrato de trabalho:

Decreto-Lei 5.452/43, Art. 75-D: As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

A redação do artigo é confusa e pouco conclusiva no tocante a quem deve ser o responsável para arcar com a infraestrutura do trabalho, bem como a forma como se dará o reembolso, deixando essa decisão aberta para negociação individual dentro do

contrato de trabalho.

Com esse arranjo, abre-se margem para que o trabalhador seja o responsável por arcar com esses custos, ferindo diretamente o princípio da alteridade no Direito do Trabalho, no qual é o empresariado quem deve arcar com os riscos do negócio (MIZIARA, 2018: 1014). Segundo Rodrigo Carelli:

O *caput* do art. 75-D é mera legitimação do poder do empresário, que poderá dispor o que quiser no contrato de trabalho em relação aos equipamentos e infraestrutura que o trabalhador necessitará para realizar o teletrabalho, inclusive empurrando os custos para o empregado. O parágrafo único do art. 75-D afirma que as “utilidades” caso pagas pelo empregador não integrarão a remuneração (CARELLI, 2017: 332).

Essa flexibilização confere maior poder para o empresariado impor suas vontades ao trabalhador, vez que a Reforma Trabalhista confere liberdade de negociação, incluindo no rol do artigo 611-A, da CLT, no inciso VIII, o teletrabalho. Dessa forma, prevalecem as disposições decorrentes de negociações e, em alguns casos, a negociação individual, em detrimento da legislação celetista.

MENDES (2018) sugere que esse tipo de cláusula contratual que sujeita os trabalhadores e trabalhadoras ao teletrabalho e, sobretudo, arcar com os custos de infraestrutura dessa modalidade de execução do contrato de trabalho a uma perspectiva hermenêutica que passe pelo crivo do princípio da boa-fé objetiva:

Um dos métodos para a assimilação das regras do artigo 75 e da nova inserção no artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho é exatamente submeter às regras estipuladas para a adesão dos empregados ao teste da boa fé objetiva, de modo que se possa afigurar razoável as regras fixadas no momento da celebração elas atendiam aos interesses recíprocos dos contratantes, sem criar obrigações excessivas ao empregado e sem desnaturar ou relativizar a fruição de seus direitos indisponíveis (MENDES, 2018: 143).

Em síntese, é evidente que essa modalidade de trabalho, portanto, é muito menos “onerosa” em termos de “custo de trabalho” para o patronato, fazendo com que o trabalhador tenha uma “produtividade maior”, sem receber muitas das garantias conferidas à classe trabalhadora pela CLT. Em outras palavras, aumenta-se a mais-valia e, também, diminui-se o custo arcado pela empresa.

3. Adoção e intensificação do teletrabalho no período da pandemia

Com a pandemia, o teletrabalho tornou-se a alternativa mais viável de manter o funcionamento dos serviços, bem como o vínculo de emprego. Para regulamentar a adoção do teletrabalho no período considerado como de “calamidade pública”, o Governo Federal editou a Medida Provisória 927/2020.

A MP flexibilizou ainda mais as regras para essa modalidade de trabalho, como forma de “facilitar” sua adoção em meio à pandemia. Com o pretexto de “força maior”, permite-se que o contrato de trabalho seja alterado unilateralmente, sem a exigência de qualquer manifestação de vontade dos(as) trabalhadores(as), conforme prevê a CLT.

Dessa forma, em seu artigo 4º, dispensa-se a alteração prévia do contrato para a adoção do regime de teletrabalho e, ao mesmo tempo, em seu parágrafo §3º, determina-se que as despesas com infraestrutura e os equipamentos serão decididos por meio de contrato escrito a ser firmado em um prazo de trinta dias da conversão da modalidade de trabalho.

MP 927/2020, Art. 4º: Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

(...)

MP 927/2020, art. 4º, §3º: As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

A questão das despesas permanece como a problemática central da adoção desse modelo de trabalho, uma vez que ambas as legislações deixam aberta à negociação entre as partes, por meio de contrato escrito.

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina majoritária concordam em impor ao patronato os custos com a infraestrutura do teletrabalho (NAHAS, 2020), uma vez que o(a) trabalhador(a) não deve arcar com os gastos da sede da empresa, por exemplo. Todavia, apesar desse entendimento, a Medida Provisória deixa aberta a questão para as arbitrariedades de uma negociação entre desiguais.

Ao dar plena liberdade para as partes “acordarem” quanto aos valores envolvidos

nessa operação, o governo abandona o princípio da proteção da parte mais vulnerável e deixa a classe trabalhadora à mercê das futuras negociações individuais. Todavia, é impossível falar em “liberdade” quando uma parte tem o condão de impor sua vontade sob pena de demissão ou, mesmo, suspensão do contrato de trabalho (art. 3º, III, Lei nº 14.020/2020), em meio à grave crise social.

Em 19 de julho de 2020, a inércia do Senado Federal e as diversas emendas ao Projeto de Conversão em Lei fizeram com que a MP 927/2020 caducasse. O art. 62, § 3º, da Constituição Federal, determina que a Medida Provisória, então, perde sua validade, cabendo ao Congresso Nacional modular seus efeitos. Sem a devida regulamentação do órgão, segue-se o entendimento jurisprudencial do STF de que os atos praticados durante a sua vigência são válidos. Todavia, após o dia 20 de julho de 2020, as medidas estabelecidas pela MP não poderão mais ser adotadas.

Dessa forma, os artigos 75-A ao 75-E, da CLT, acima citados, voltam a ser os únicos capazes de regulamentar o teletrabalho, tanto aos contratos adotados posteriores à caducidade da MP, mas também quanto aos contratos em andamento, que deverão ser adaptados no que estiverem em contrariedade.

4. O abuso do modelo de teletrabalho

Com a pandemia, esse modelo de *home office* foi adotado amplamente no mundo, como forma de manter o funcionamento do trabalho durante a crise na saúde pública, sendo considerada a maior experiência de teletrabalho já vista (YEUNG, 2020). Cerca de 43% das empresas, tanto de médio quanto de pequeno porte, já no começo da quarentena passaram a instalar softwares de acesso remoto para dar continuidade ao trabalho em meio à crise sanitária (LABS, 2020).

Apesar do trabalho dentro de casa possa ser considerado um privilégio, em comparação com as demais alternativas trabalhistas frente à pandemia - suspensão contratual, trabalho essencial presencial e dispensas -, o abuso de sua adoção coloca a classe trabalhadora em um contexto de ausência de regulamentação de direitos sociais mínimos (PAIXÃO; SCHAEFER, 2020: 282). A ausência de formalidades e, mesmo, os vazios legislativos, resultaram em um benefício maior para o patronato, colocando a classe trabalhadora em um contexto de insegurança e precariedade.

Os custos oriundos da contratação de teletrabalhadores(as) são muito inferiores, quando comparados com os de um contrato normal de trabalho, uma vez que as despesas com a estrutura da empresa e equipamentos necessários para a realização do ofício deixam de existir. Com a legislação abrindo a temática para negociações individuais, a responsabilidade pelos gastos advindos do teletrabalho fica à mercê das vontades do capitalismo - ainda mais em um contexto de crise sanitária e econômica.

Além disso, outros valores não são obrigatórios no contrato de *home office*, como o pagamento de vale transporte e o de vale refeição. Portanto, esse modelo de trabalho torna-se um grande atrativo para o empresariado, que visa a diminuição dos gastos com a produção, que são arcados majoritariamente pelos próprios(as) trabalhadores(as), aumentando a mais-valia.

Levando em conta a teoria marxista da crítica a economia política, tendo como pressuposto que o processo de produção capitalista sempre visa a maior expansão possível da mais-valia, há, por consequência, a maior exploração possível da mão de obra de trabalho (MARX, 1985: 380). Portanto, para o empresariado, é preciso que cada produto e tempo de serviço seja realizado com o máximo possível de trabalho não pago (MARX, 2004: 108).

Dessa forma, a modalidade de teletrabalho assume uma posição na evolução do capitalismo na qual a exploração de trabalho não pago é elevada ao máximo: o patronato não arca com os custos dos meios de produção, uma vez que a produção ocorre dentro da moradia do(a) trabalhador(a), a mão de obra é mais barata, tendo em vista que há menos gastos em seu holerite e, ainda, a CLT não prevê pagamentos a título de horas extraordinárias, hora noturna, sobreaviso, entre outros.

O benefício econômico deste modelo para o empresariado fica ainda mais evidente com as declarações públicas de empresas que pretendem manter o modelo de contratação de teletrabalho mesmo após a pandemia (TEIXEIRA, 2020), prevendo, inclusive, o aumento em 30% do número de contratos nessa modalidade (ORTEP, 2020).

Para a classe trabalhadora, o abuso de direitos fica mais evidente, com relatos de diminuição do salário, aumento da intensidade e da quantidade de trabalho e o aumento do tempo à disposição do patronato - que se mistura com os demais afazeres domésticos e tarefas proporcionadas também pela pandemia (PAIXÃO; SCHAEFER, 2020: 290).

Demonstra-se, portanto, que os efeitos da adoção desmedida do teletrabalho, sem o devido resguardo dos direitos fundamentais do trabalho, aumentam sobremaneira o tempo de trabalho “não pago”. Aumenta-se a exploração da mão de obra, sem a devida contrapartida, servindo apenas para gerar mais lucro ao empresariado e adoecer a força de trabalho.

5. Consequências

Com as revoluções tecnológicas, o uso de tecnologias da informação e comunicação se tornam ainda mais presentes dentro do ambiente de trabalho, seja facilitando a execução de tarefas e auxiliando os(as) trabalhadores(as), seja substituindo a mão de obra e extinguindo determinados postos de trabalho.

Diante do vírus COVID-19 e sua alta taxa de transmissão e contágio, a sociedade

se viu obrigada a realizar o isolamento social e fechar a sede de empresas cujos serviços não eram essenciais. A saída mais efetiva para manter os postos de trabalho foi a adoção do teletrabalho e o uso de tecnologias foi essencial para combater a crise sanitária e, conseqüentemente, econômica (CUADRADO, 2020: 56). Todavia, a maneira abusiva como foi implementada abriu margem para a exploração desmedida da força de trabalho, em detrimento de direitos fundamentais do trabalho.

As conseqüências para a classe trabalhadora da ampla adoção do teletrabalho são as mais diversas: aumento do desgaste físico e psicológico, a falta de convívio social para além dos membros da família, isolando o trabalhador e a trabalhadora, as chamadas “jornadas infinitas”, a desmobilização sindical e o aumento dos gastos sem a devida contraprestação.

O desgaste físico está ligado principalmente ao aumento da carga de trabalho e sua intensidade. Como demonstrado acima, muitos são os relatos sobre o teletrabalho ter intensificado a execução das tarefas do dia a dia laboral. Essa conseqüência encontra-se mascarada nas notícias que versam sobre, por exemplo, o “aumento da produtividade”. Essa ideia de produtividade, por sua vez, beneficia somente o patronato, que aumenta sua mais-valia com o conseqüente aumento do desgaste da força de trabalho, sem a devida contraprestação. O discurso de maior produtividade não está, necessariamente, ligado à maior qualidade no exercício do trabalho, mas ao aumento do rendimento, que pode ser traduzido como aumento da extorsão de trabalho da classe trabalhadora.

Apesar da evidente diminuição do tempo despendido para o trabalho, como por exemplo com o corte do tempo para deslocamento, tal “vantagem” acaba por não compensar totalmente as desvantagens oriundas da adoção desgovernada do modelo de *home office*.

Tendo em vista a transferência do trabalho para dentro de casa, uma parte muito importante do trabalho foi cortada ou reduzida: a possibilidade de interação social. O ambiente de teletrabalho causa o isolamento dos trabalhadores e trabalhadoras, sendo a solidão um fator importante quando analisamos essa faceta do teletrabalho. Ademais das questões já tratadas acima, a importância do contato social e da troca de ambiente casa-trabalho também são fatores psicossociais importantes para a saúde do trabalho.

Mais da metade dos(as) trabalhadores(as) preferem trabalhar na sede da empresa do que em suas casas, tendo em vista as oportunidades para discussões profissionais em grupos e o contato com outras pessoas para além de seus familiares, sendo a convivência em grupo um fator necessário para a qualidade de vida no desempenho do trabalho (BOONER, 2003: 117-118).

O desgaste psicológico oriundo do teletrabalho advém do já mencionado direito à desconexão que, como dito, consiste em resguardar que a vida desse(a) trabalhador(a) não gire em torno unicamente do trabalho, garantindo atividades pessoais, sociais, culturais, familiares e de lazer.

O desenvolvimento da tecnologia facilitou a comunicação e o controle entre o(a) empregador(a) e seu(ua) trabalhador(a), fazendo com que o teletrabalho, apesar de não prever o controle de jornada, seja dificilmente um trabalho livre de qualquer mecanismo de controle. Dessa forma, observa-se uma situação de hiperconectividade, resultando em jornadas extensas, ou mesmo “infinitas”, dado o constante acesso ao trabalho pelo meio virtual. Tudo isso gera a fadiga psíquica, com consequências graves em termos de saúde do trabalho (LIMA; MELO, 2020: 12-13).

Em paralelo a esse mencionado sentimento de solidão que amplamente acomete os trabalhadores e trabalhadoras em *home office*, ocorre um fenômeno complementar, ainda que contraditório: a superexposição de diversos elementos que, a princípio, compõem um quadro de privacidade da classe trabalhadora¹: o ambiente residencial, o vestuário, a voz e a imagem de seus familiares, especialmente filhos menores, etc.

A violação da privacidade e o excesso de controle, por parte das empresas, é um problema muito alarmante no mundo do trabalho atual, visto que o avanço da tecnologia cria diversos *softwares* capazes de observar cada passo dado pelo(a) trabalhador(a) dentro de sua casa, nas conversas com colegas, nos sites acessados e em suas próprias intimidades. Esse estado de constante vigilância, além de configurar um abuso de poder diretivo, bem como violação das novas normativas da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), gera um estado de constante alerta e tensão:

A médio e longo prazos, surgem problemas como depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), transtorno de personalidade limítrofe (TPL) ou síndrome de “burnout” (SB), amplificando o que se conhece hoje por sociedade do cansaço (HAN, 2017, p. 7). O esforço descomedido na busca de desempenho é o mais novo problema do século XXI e essas práticas de controle panóptico das empresas poderiam agravar ou acelerar o aparecimento dessas doenças mentais (MARA-NHÃO; *et al.*, 2020: 176-177).

O desrespeito e o mal uso das informações de titularidade da classe trabalhadora configura violação a, agora em vigência, LGPD. Dessa forma, o abuso das tecnologias de vigilância, bem como do acesso às intimidades do(a) trabalhador(a), além de causarem malefícios na saúde do trabalho, também desrespeitam proteções legais e garantias de um meio ambiente de trabalho regular e de qualidade.

Conforme já mencionado, outra questão que afeta a classe trabalhadora diz respeito ao aumento dos gastos com, por exemplo, conta de luz, *internet* e demais gastos,

¹ Pontuando, por necessário, que o direito à intimidade e privacidade dos trabalhadores e trabalhadoras são considerados direitos fundamentais: ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**, 3ª ed., S. Paulo: LTr, 2009, p. 284-288.

por outro lado, não recebem em contrapartida um valor mensal justo.

Os sindicatos cumprem um importante papel na busca por condições mais benéficas para a classe trabalhadora. Todavia, a dinâmica do teletrabalho favorece a desmobilização do movimento sindical, em decorrência da dificuldade de se mobilizar, de se articular, de realizar eleições e constituir os órgãos de representação desses trabalhadores(as). O isolamento e a dispersão da classe operária fazem com que, muitas vezes, não haja sequer a constituição de sindicatos para a categoria (RODRIGUES, 2011: 122).

Sem o amparo sindical, muitas questões acabam ficando à mercê das arbitrariedades do empresariado, que possui melhores condições para impor sua vontade em negociações individuais. Considerando que é por meio de um sindicato forte e atuante, em prol dos interesses do operariado, que se faz possível conquistar melhorias nas condições de trabalho (GALVÃO; TEIXEIRA, 2018: 157), as questões advindas do teletrabalho restam comprometidas pela característica falta de mobilização.

Tendo em vista os vazios legislativos em determinadas matérias, a atuação sindical no tocante ao controle da jornada de trabalho, a garantia do direito à desconexão e o custeio das tecnologias e gastos com a infraestrutura poderia corroborar uma execução do teletrabalho de forma mais justa, protegendo a classe trabalhadora e não permitindo que ela arque com o preço da crise econômica trazida pelo contexto de pandemia de COVID-19. Nesse sentido defendeu o sindicato UGT, União Geral dos Trabalhadores, ao reivindicar que as empresas arquem com os equipamentos informáticos, as redes de *Wi-Fi* e demais utensílios que forem necessários para a execução do ofício (OLÍAS, 2020).

Em suma, a adoção do modelo de teletrabalho se deu de forma urgente como forma de dar continuidade à execução dos trabalhos e, ao mesmo tempo, garantir o isolamento necessário da população, como forma de prevenção ao vírus. Todavia, essa ampla - e abusiva - adoção gerou muito mais consequências negativas para a classe trabalhadora, em comparação com os efeitos para o empresariado.

Diante das consequências expostas, bem como as declarações de várias empresas que pretendem continuar com o teletrabalho como modelo padrão de execução do trabalho, conclui-se que é de suma importância uma regulamentação do trabalho na qual se resguarde os direitos e garantias trabalhistas, respeitando a saúde dos trabalhadores e trabalhadores e a justa definição da responsabilidade com os gastos com estrutura e infraestrutura.

6. Conclusão

Uma das saídas para a economia e o trabalho dentro da pandemia de COVID-19 foi a adoção imediata do teletrabalho, para manter a produção diante do isolamento social

exigido. Dessa forma, o modelo foi amplamente adotado, com respaldo em Medidas Provisórias que flexibilizaram ainda mais essa relação trabalhista já precária.

O largo abuso do modelo, apesar do contexto de crise econômica trazido pela pandemia, favoreceu sobremaneira o patronato, em detrimento dos trabalhadores. Aqueles puderam cortar gastos com a infraestrutura e a estrutura da empresa, enquanto estes tiveram de se organizar com as tecnologias de suas casas, arcando com os custos com *internet*, energia elétrica e telefone.

Uma das consequências para o futuro do mundo do trabalho será o aumento do número de trabalhadores que permaneceram dentro do modelo de teletrabalho, mesmo após a volta à normalidade. Dessa forma, segue o caminho da precarização do trabalho, onerando a classe trabalhadora e favorecendo a mais-valia do patronato. Por isso, é importante regulamentar essa modalidade de contratação de forma mais protetiva, visando a responsabilização do empresariado e resguardando um meio ambiente de trabalho saudável para a classe trabalhadora.

Bibliografia final

BARBERINO, Marcus. **“Lei 13.467/2017 e teletrabalho: notas sobre os efeitos jurídicos da relação entre o tempo e o vento”**. In: Laura Rodrigues Benda (org.). *A Reforma Trabalhista na visão da AJD - Associação Juízes para a Democracia*. Análise Crítica. (Belo Horizonte: Casa do Direito), p. 137-148, 2018.

BOONER, Eduardo Magno. **“As várias faces do teletrabalho”**. *Revista economia & gestão*, v. 2, n. 4 (2002), Dez (2002) / Jul (2003). Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/104>>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

CARELLI, Rodrigo. **“O teletrabalho”**. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SOUTO SEVERO, Valdete (coord.). *Resistência - aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. (São Paulo: Expressão Popular), p. 327-334, 2017.

CUADRADO, Aníbal. **“Trabajo a distancia, remoto o a domicilio en el marco de la crisis sanitaria”**. *Revista de Derecho Laboral actualidad*, suplemento digital nº. 2: el impacto del coronavirus en las relaciones laborales. Diego Guirado (coord), 1ª ed. revisada. (Santa Fe: Rubinzal - Culzoni), (2020).

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

FILHO, Fulgêncio de Lima; GOMES PEREIRA, Eddla Karina. **“Precarização das relações laborais: análise crítica sobre as disposições do teletrabalho na lei 13.467/2017”**. *Revista De Direito*, 12(01), 01-19, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.32361/202012019871>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

GALVÃO, Andréia; TEIXEIRA, Marilene Oliveira. **“Flexibilização na lei e na prática: o impacto da reforma trabalhista sobre o movimento sindical”**. José Darikrein, Denis Maracci Gimenez; Anselmo Luis dos Santos (org.). *Dimensões críticas da Reforma Trabalhista no Brasil*. (Campinas, SP: Curt Nimuendajú), (2018).

LABS. **Big, medium and small tech companies already decided**: their employees will be working from home for months to come. Latin America Business Stories, 09 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://labs.ebanx.com/en/notes/big-medium-and-small-tech-companies-already-decided-their-employees-will-be-working-from-home-for-months-to-come/>>. Acesso em: 09 de jun. de 2020.

LIMA, Fabíola Bessa Salmito; MELO, Sandro Nahmias. **“Teletrabalho, meio ambiente do trabalho, redes sociais e os reflexos na saúde mental do trabalhador”**. *Nova Hileia | Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia*, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1-22, mar. 2020. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/1698>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**: uma perspectiva reconstrutiva.

São Paulo: LTr, 2009.

MARANHÃO, Ney; BENEVIDES, Davi Barros; ALMEIDA, Marina Nogueira de. **“Empresa panóptica: poder diretivo do empregador e direitos fundamentais à privacidade e intimidade do empregado diante das novas formas de tecnologia”**. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 34, p. 167-190. jan/jun. 2017. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>. Acesso em 28 de set. de 2020.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Difel, 10^a edição, 1985.

MARX, Karl. **Capítulo VI de O capital, resultados do processo de produção imediata**. São Paulo: Centauro, 2^a ed., 2004.

MIZIARA, Raphael. **“A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil”**. *RJLB*, Ano 4 (2018), nº 6, p. 1007-1030. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_1007_1030.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. **Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais**. In: Cielo Laboral, 2020. Disponível em: <http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/brasil_noticias_cielo_coronavirus.pdf>. Acesso em: 01 de jun. de 2020.

OLÍAS, Laura. **UGT pide que la ley de teletrabajo obligue a la empresa a dotar de ordenador, wifi y otros medios al empleado**. *Eldiario.es*, 10 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.eldiario.es/economia/UGT-teletrabajo-contemple-ordenador-trabajador_0_1036596523.html>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

ORTEP. **Pesquisa aponta que teletrabalho pode aumentar 30% após pandemia**. Estado de Minas, 26 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://www.em.com.br/app/noticia/patrocinado/ortep/2020/05/26/noticia-patrocinado-ortep,1150798/pesquisa-aponta-que-teletrabalho-pode-aumentar-30-apos-pandemia.shtml>>. Acesso em: 09 de jun. de 2020.

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SCHAEFER, Matheus Karl Schmidt. **“Covid-19 e teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de não trabalho”**. Ezilda Melo, Lize Borges e Marco Aurélio Serau Júnior (org.). *Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*, 1^a ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, (2020). Disponível em: <<https://editorial.tirant.com/br/libro/E000020005246>>. Acesso em 09 de jun. de 2020.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho**: a tecnologia transformando as relações de trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/en.php>>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**, 3ª ed., S. Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do Direito à Desconexão do Trabalho**. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 12 de jun. de 2020.

TEIXEIRA, Leonardo Ávila. **Empresas decidem fixar o home office na rotina mesmo após a pandemia**. GQ, 22 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://gq.globo.com/Prazeres/Poder/noticia/2020/05/empresas-decidem-adotar-o-home-office-na-rotina-mesmo-apos-pandemia.html>>. Acesso em: 09 de jun. de 2020.

YEUNG, Jessie. **The world's biggest work-from-home experiment has been triggered by coronavirus**. CNN, 15 de fev. de 2020. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2020/02/14/asia/coronavirus-work-from-home-intl-hnk-scli/index.html>>. Acesso em: 09 de jun. de 2020.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

TELETRABALHO E COVID-19: OS IMPACTOS NA VIDA E NA SAÚDE DO TRABALHADOR

TELEWORK AND COVID-19: IMPACTS ON WORKER LIFE AND HEALTH

Recebido: 20/06/2020

Aceito: 21/12/2020

Vanessa Rocha Ferreira

Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA).
Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam/RJ).
Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).
Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CNPq/CESUPA).

E-mail: vanessarochaf@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5997-3198>

Anna Luiza Andion Farias Juncqua

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).
Estagiária do Ministério Público do Estado do Pará (MPPA).

E-mail: annaluizajuncqua@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8616-5049>

Fernanda de Oliveira Silva

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

E-mail: fernandaoliveira0990@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-7414-0685>

RESUMO

O presente artigo busca analisar de que forma a inserção do teletrabalho, estabelecido no art. 4º da Medida Provisória (MP) nº 927/20, durante a Pandemia da Covid-19, modificam a vida, a saúde e a duração da jornada de trabalho do trabalhador. Trata-se de pesquisa exploratória e de análise qualitativa, feita por meio de estudo teórico-normativo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica, normativa e documental, para alcançar o propósito da pesquisa. Inicialmente, faz-se uma análise do surgimento da 4ª Revolução Tecnológica e da Pandemia da Covid-19. Em seguida, analisa-se o uso do teletrabalho durante a Pandemia. Posteriormente, discute-se os efeitos do teletrabalho na vida e na saúde do trabalhador. Ao final, defende-se que a utilização do teletrabalho viola os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Palavras-chave: Teletrabalho. Covid-19. Adaptação laboral. Impactos. Saúde do trabalhador.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

This article seeks to analyze how the insertion of telework, established in the fourth article of Provisional Measure (MP) No. 927/20, during the Covid-19 Pandemic change life, health and the length of the worker's workday. It is exploratory research and qualitative analysis, carried out through theoretical-normative study, applying the technique of bibliographic and documentary research, to achieve the purpose of the research. Initially, an analysis is made of the emergence of the 4th Technological Revolution and the Covid-19 Pandemic. Then, the use of telework during Pandemic is analyzed. Subsequently, the effects of telework on the worker's life and health are discussed. In the end, it is argued that the use of telework violates the fundamental rights provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB / 88) and in the Consolidation of Labor Laws (CLT).

Keywords: Telework. Provisional Measure. Pandemic. Worker's health. Fundamental rights.

Introdução

O avanço tecnológico, iniciado timidamente com a Revolução Industrial, em meados do século XVIII e do início do XIX, propiciou uma grande transformação em diferentes aspectos da sociedade, impactando diretamente as relações de trabalho. Do mesmo modo, o uso da tecnologia da informação e a utilização da internet em larga escala, marcos da Revolução 4.0, além de impulsionarem o capitalismo, modificaram a forma como as pessoas se relacionam entre si e com o mundo, inclusive no meio ambiente laboral.

O uso do teletrabalho, regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 13.467/17, é um exemplo de como a tecnologia foi capaz de transformar significativamente as relações laborais. Ressalta-se que a possibilidade do teletrabalho não é algo novo no mundo trabalhista, uma vez que está prevista no ordenamento jurídico desde 2011, com a alteração do parágrafo único do art. 6º, da CLT, pela Lei nº 12.551/11, mas só foi regulamentado posteriormente, com o advento da Lei nº 13.467/2017, nos art. 75-A a 75-E da CLT.

Recentemente, o mundo presenciou a disseminação de um vírus potencialmente letal (SARS-CoV-2), conhecido como Coronavírus, causador da doença COVID-19. Devido ao seu elevado nível de propagação, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, declarou que se trata de uma pandemia.

Para evitar o aumento do contágio da doença, diversas medidas precisaram ser adotadas, dentre elas: a recomendação de isolamento social, a paralisação de atividades não essenciais e o fechamento de escolas e universidades. Com essa nova realidade, as empresas e estabelecimentos foram obrigados a fechar suas portas para que o vírus não se dissemine, causando um colapso no sistema de saúde.

Diante disso, como forma de contornar a ausência de produtividade e consequente *déficit* nos lucros, as empresas migraram para outras modalidades, de maneira que a dar continuidade nas atividades, submetendo seus funcionários a uma nova rotina que não estavam adaptados.

É neste cenário que o teletrabalho ganha relevância durante a pandemia da COVID-19, uma vez que permite a continuidade da prestação de serviço, sem violar as recomendações de distanciamento social. Frente a isso, a Medida Provisória nº 927/20 elencou como uma das medidas para o enfrentamento do estado de calamidade pública, flexibilizando algumas regras previstas na CLT sobre o assunto.

Esse artigo busca analisar de qual forma o uso do teletrabalho, assentado no art. 4º da referida MP, isto é, durante a pandemia da COVID-19, impacta na vida e na saúde do trabalhador e interfere nos aspectos profissionais e pessoais do empregado. Para tanto, faz-se uma análise qualitativa, por meio de um estudo teórico-normativo, que utiliza eminentemente a pesquisa bibliográfica, normativa e documental, para atingir o propósito da pesquisa.

Quanto à estrutura, o artigo está dividido em três itens, além da introdução e da conclusão. O primeiro item trata da pandemia da COVID-19 e a necessidade de adaptação às novas formas de trabalho. Na sequência, o segundo item aborda o uso do teletrabalho durante a pandemia. O terceiro item volta-se ao objeto central desse texto, abordando os reflexos do teletrabalho na vida e na saúde do trabalhador. Ao final, apresenta-se algumas considerações sobre o estudo proposto.

1. A pandemia da COVID-19 e a necessidade de adaptação às novas formas de trabalho

Após a descoberta do novo Coronavírus humano (SARS-CoV-2), no final de 2019, o mundo presenciou a sua rápida disseminação. No Brasil, o primeiro caso foi registrado em janeiro de 2020, o que ocasionou a publicação da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020¹, dispoendo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020.

Diante de tal conjuntura, essa lei, seguindo as definições previstas no Regulamento Sanitário Internacional, trouxe diretrizes para os diversos âmbitos sociais, como o familiar, escolar, trabalhista, dentre outros, priorizando o isolamento social como o

¹ BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: Acesso em: 19 jun. 2020.

melhor mecanismo de controle.

A lei conceituou “isolamento”, como separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, I). Foi também definida a “quarentena” como restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar possível contaminação ou propagação do coronavírus (art. 2º, II).²

Em março de 2020, foi deliberado o Ofício Circular SEI nº 1088/2020 ME, pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, com a finalidade de apresentar instruções genéricas aos trabalhadores e empregadores, como a boa higiene no ambiente laboral, uso de máscara, diretrizes aos funcionários enquadrados no grupo de risco, dentre outras. Nessa circunstância e a partir do reconhecimento de Estado de Calamidade (Decreto nº 06/2020³), foram editadas diversas Medidas Provisórias (MP) para enfrentamento da Pandemia, dentre as quais destaca-se a MP nº 927/20;⁴ e a MP nº 936/20⁵, ambas voltadas para a seara laboral.

Acerca da MP nº 927/20, é importante mencionar que, embora a mesma tenha sido aprovada pela Câmara dos Deputados, ela não chegou a ser convertida em lei, uma vez que o Presidente do Senado (Davi Alcolumbre) resolver retirá-la de pauta em decorrência da falta de acordo entre os líderes partidários, razão pela qual perdeu a sua validade em 19 de julho de 2020.

2 STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise. **Teletrabalho em Tempos de Calamidade por Covid19: Impactos das medidas trabalhistas de urgência**. In: Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão. O Direito do Trabalho na Crise da Covid-19. p. 353.

3 BRASIL. **Decreto Legislativo 06, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

4 BRASIL. **Medida Provisória nº 927**, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

5 BRASIL. **Medida Provisória nº 936**, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 25 mai. 2020

Todavia, destaca-se que os contratos realizados durante a sua vigência continuam válidos, conforme seus termos, enquanto perdurar o estado de calamidade pública, tendo em vista que a Constitucionalidade do art. 4º da mencionada MP não foi questionada. Porém, após a vigência da referida MP, não é possível a realização de novos contratos sob o seu regramento, sendo reestabelecidas as regras contidas na CLT.

A MP nº 927/20, em seu texto legal, busca dispor de mecanismos que poderão ser adotados pelos empregadores para a conservação do emprego e da renda, viabilizando a atividade econômica, além de tentar reduzir o impacto social decorrente da nova realidade.

Conforme prevê o seu art. 3º, os empregadores poderão adotar algumas deliberações em prol de contornar os efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade. Como segue a seguir:

Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

II - a antecipação de férias individuais;

III - a concessão de férias coletivas;

IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V - o banco de horas;

VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. (original sem grifos).

Portanto, a partir da decretação de estado de calamidade, e suas novas diretrizes legislativas, houve a necessidade de readaptação das atividades laborais, antes realizadas presencialmente, para virtual, como forma de dar continuidade aos negócios e preservar os empregos. Porém, tais medidas têm causado consequências, principalmente, no que diz respeito à saúde do trabalhador.

2. O uso do teletrabalho durante a pandemia

Verifica-se que o mundo tem vivenciado um acelerado avanço tecnológico, que afeta diferentes aspectos da vida humana, como pessoais, educacionais, saúde, e, em especial, o trabalho. Esse crescimento dos meios de comunicação, como a internet, geram um fluxo de informações, no qual pessoas em países diferentes possam interagir ao mesmo tempo.

A disseminação da tecnologia promoveu uma mudança de estratégia das empresas, que passaram a se moldar a esta nova realidade para continuar atuando no mercado, haja vista que esse avanço gerou crescente competitividade. Uma dessas medidas foram as flexibilizações dos processos do trabalho, isto é, diminuir os custos, além de buscar meios de agilizar resultados.

Essas flexibilizações quanto aos horários são oriundas das insatisfações decorrentes dos requisitos organizacionais, a exemplo do processo de locomoção ao trabalho, remuneração tradicional, diminuição da qualidade de vida dos trabalhadores em decorrência da diminuição de tempo de fazer com os familiares, dentre outros, migrando, dessa forma, para novas práticas organizacionais.

Todavia, essa novidade nos modelos organizacionais não implica estar de acordo com as habilidades disponíveis e necessárias dos recursos humanos para conduzir os avanços tecnológicos. Conseqüentemente, geram conseqüências negativas nessa implementação de novas diretrizes trabalhistas, como afirma Jackson⁶:

Os problemas envolvidos variam da resistência do grupo gerencial em lidar com agendas políticas diferentes e adquirir ou desenvolver perícia, valores e atitudes necessários para realizar as novas configurações do trabalho. Isso ocorre principalmente onde as mudanças radicais que são produzidas demandem novos métodos de supervisão, novos relacionamentos entre colegas e novos conjuntos de responsabilidades. Tais práticas então são atadas às novas dinâmicas sociais e organizacionais e demandam novo pensamento organizacional.

Na mesma seara, uma pesquisa realizada por profissionais⁷ da área de Ciências Sociais concluiu:

Por outro lado, nossos achados evidenciam como desvantagens: problemas de infraestrutura tecnológica, especialmente a falta de treinamento específico, não adaptação ao teletrabalho, perda de vínculo com a empresa, isolamento profissional, falta de comunicação imediata, perda de status, receio de má avaliação e falta de reconhecimento, comprometendo o crescimento e o desenvolvimento na empresa.

6 JACKSON, Paul James (Ed). **Virtual Working: Social and Organizational Dynamics**. Londres: Routledge, 1999, p. 5.

7 TASCHETTO, Maria; FROEHLICH, Cristiane. TELETRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS PROFISSIONAIS DE RECURSOS HUMANOS DO VALE DO SINOS E PARANHANA NO RIO GRANDE DO SUL. Revista de Carreiras & Pessoas. Cad. EBAPE.BR, v. 18, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2020, p. 44. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/ReCaPe/article/download/39652/29651>. Acesso em: outubro de 2020.

Nesse sentido, o teletrabalho veio como uma resposta a essa realidade volátil, cheias de incertezas e presente na atual realidade dos empregados e empregadores, que buscam se adequar ao mercado competitivo. Conceitualmente, ele consiste em uma modalidade laboral contemporânea, enquadrada na era da Revolução Industrial 4.0.

Embora só tenha sido expressamente regulamentando no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 13.467/2017 (art. 75-A e seguintes, da CLT), o teletrabalho já era permitido e utilizado anteriormente. O colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), por exemplo, reproduzia decisões regionais para a legitimação do reconhecimento do teletrabalho. Acompanhe trecho do julgamento da 8ª Turma do TST sobre o assunto, proferido em 2008⁸:

[...] a despeito de novas condições laborais tais como o teletrabalho ou o renascido trabalho a domicílio - é certo que a vinculação subordinada à determinada empresa pressupõe um mínimo de tempo em que o trabalhador esteja fisicamente presente nas dependências da empresa.

Anos depois, a CLT foi modificada pela Lei nº 12.551/11, passando a prever a equiparação, no parágrafo único do art. 6º, para fins de subordinação jurídica, do uso de meios telemáticos e informatizados, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho. Assim, o teletrabalho foi interpretado por analogia ao trabalho externo, visto que a referida norma tratava sobre as formas de realização do trabalho, as quais poderiam ser realizadas no estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado, inclusive realizado à distância, sendo condicionado à existência dos pressupostos da relação de emprego.

Além desta norma, na mesma legislação, o art. 62, I, localizado no Capítulo intitulado “Da Duração do Trabalho”, ressalta sobre a impossibilidade de conferir horas extras aos empregados, que exercem atividade externa, quando houver dificuldade em fixar os horários. Isto é, para ter direito a horas extras nas atividades exercidas fora do ambiente laboral do empregador, era necessário ter meios possíveis de controlar os horários do empregado.

Nesta seara, a jurisprudência pactuava com a legislação no que se refere à comprovação para garantir as horas extras. Acompanhe a decisão⁹ da 8ª Turma do TST sobre o assunto:

8 TST-AIRR-178240-98.2003.5.01.0051, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 27/2/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 29/2/2008.

9 TST-AIRR-268300-58.2008.5.02.0005, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/6/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/6/2014.

Segundo se infere, o Regional, mediante a análise de fatos e provas, concluiu não ser a hipótese de sobreaviso, já que constatou que o reclamante tinha sua liberdade de locomoção preservada, pois não necessitava permanecer em sua casa, e consignou tratar-se de teletrabalho, porquanto evidenciado pela prova testemunhal que ele permanecia cerca de três horas de seu tempo livre aos finais de semana realizando procedimentos de manutenção do sistema do reclamado. Em razão disso, determinou o pagamento dessas três horas, como extras, com adicional de 100%, garantidos os reflexos legais.

Já na atual legislação, essa modalidade de trabalho tem tido enorme visibilidade em razão das recomendações de isolamento social durante para evitar o contágio do novo coronavírus. Dessa forma, os trabalhadores – muito dos quais nunca tiveram contato com essa modalidade – passaram a utilizá-la para dar continuidade as atividades e preservar a renda.

Logo, a tecnologia de informação e comunicação passam a ser os protagonistas da relação de trabalho, conectando o empregado e empregador via internet e ultrapassando fronteiras. Observa-se o que Alice Monteiro de Barros¹⁰ tem a dizer nesse sentido:

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.

A partir de então, os empregados, para ter seus empregos preservados, passam a realizar suas atividades a partir de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada normal do empregado. Dessa forma, não serão contemplados com as mesmas regras atribuídas ao limite de jornada, pagamento de horas extras, pagamento de sobreaviso ou horas de prontidão – a não ser que haja previsão em acordo individual e coletivo, conforme art. 4º, §5º da MP. Veja: “O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo”.

Observa-se a Nota Técnica sobre a Medida Provisória apresentada pelo Ministério Público do Trabalho descreve o artigo citado:

10 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 213.

Veja-se que, ao dispor, genericamente, que o uso de aplicativos e programas de comunicação não configura jornada ou tempo à disposição, não se está garantindo devidamente o direito do repouso do trabalhador. Evidente que, na modalidade de teletrabalho ou trabalho à distância, o controle realizado pelo empregador se dá também por meio de aplicativos de mensagens, como WhatsApp, telegrama, Skype, e-mail, dentre outros. O empregado, ao receber as mensagens, permanece alerta, à disposição para responder, realiza a tarefa solicitada e presta contas do andamento das atividades, havendo que se respeitar a duração do trabalho disposta no artigo 7º, XIII, Constituição da República.¹¹

Dessa maneira, conforme o art. 4º, §1º, o empregado, no regime de teletrabalho, não registrará o horário, assim como não tem direito ao adicional de horas extras enquanto perdurar a pandemia.

§1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

Em decorrência disso, há preocupações observadas de forma mais evidente com a migração em massa para atividades remotas, dentre elas, o controle do ambiente laboral, salubridade e condições do exercício da atividade atribuída. Esse cuidado deve ser exercido pelo empregador que, à luz das diretrizes aprovadas pelos órgãos da saúde nacional e internacional, orienta a higiene, saúde e segurança do trabalho. Mas, além disso, do controle emocional e da carga atribuída somados ao estresse vivenciado uma crise sanitária.

Contudo, há uma informalidade que recai sobre as horas de trabalho desse empregado e da ausência de controle pelo empregador, o qual confere atividades e metas a serem cumpridas independente de quanto tempo ela durará, deixando o funcionário refém do mecanismo digital. Vale ressaltar que a alteração contratual realizada a partir do direito potestativo do empregador, não é considerada legalmente lesiva, tendo respaldo por decorrer de políticas públicas¹², objetivando a diminuição do contágio no ambiente de trabalho. Logo, cabe a ele alterar o regime dos seus funcionários de presencial para

11 NOTA TÉCNICA SOBRE A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927/2020. Ministério Público do Trabalho. DocPlayer. Disponível em: <http://docplayer.com.br/183814375-Nota-tecnica-sobre-a-medida-provisoria-no-927-2020.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

12 Lei nº 13.979/20, Decreto Legislativo nº 5/20 e, a MP nº 927/20.

teletrabalho.

Em um momento de reclusão nas suas respectivas residências, os trabalhadores se veem na dupla função, dividindo-se entre as tarefas domésticas, cuidado com os filhos, atenção com os idosos, e a prestação de serviços. Esse fator ainda é maximizado em relação às mulheres, as quais tem um fardo a mais quando se trata de um país, que culturalmente não possui a divisão social do trabalho doméstico, pendendo a uma sobrecarga.

Dessa forma, a percepção do trabalhador torna-se hermética, conflitando as barreiras do trabalho e o pessoal, com a sensação de longa jornada, o que pode acabar comprometendo a própria produtividade, pois não conseguirá descansar como deveria para um novo dia de trabalho. Assim, o isolamento atingiu o âmbito social e profissional de muitos trabalhadores que foram inseridos na nova modalidade de prestação de serviço, atingindo o campo físico e emocional de diversas pessoas.

3. Os reflexos do teletrabalho nas normas previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

O Brasil adotou a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST). Porém, não ocorreu a ratificação da Convenção nº 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), segundo a qual versa sobre a inserção de medidas mais eficazes no concernente à preservação da segurança e da saúde do trabalhador. Além do mais, o Brasil aprovou por intermédio do Decreto Legislativo nº 2/1992¹³, a Convenção de nº 155 da OIT, que prevê a segurança dos trabalhadores e a garantia ao meio ambiente de trabalho.

Destarte, tal Decreto possui a previsão no art. 4 que estabelece a política estatal direcionada para “prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequências do trabalho”, consoante o entendimento de Tereza e Daniel Gemignani¹⁴.

A Convenção nº 161 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 86/1989 versa, no seu art. 1º, sobre as funções preventivas e os critérios para dispor de um local de trabalho “seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho”¹⁵.

13 BRASIL. **Decreto-lei nº 2**, de 18 de março de 1992. Aprova o texto da Convenção n.155, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a segurança e saúde dos Trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, adotada em Genebra, em 1981, durante a 67ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

14 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. In: **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 145-166, jul./ago. 2012.

15 BRASIL. **Decreto-lei nº 86**, de 15 de dezembro de 1989. Aprova os textos das Convenções nº s 135

Em uma primeira análise, é cabível ressaltar que o debate acadêmico sobre teletrabalho eclodiu no ano de 1970, com os estudos de Jack Nilles¹⁶, antigo cientista aeronáutico, segundo o qual conceitua o teletrabalho como a permuta realizada entre o deslocamento do trabalhador pela utilização de tecnologias de informação e comunicação.

Por conseguinte, de acordo com os trabalhos de Nilles, a definição de teletrabalho consiste na comutação, ou seja, o deslocamento que o empregado realiza da sua residência até a empresa será substituído de maneira total pela aplicação da tecnologia e distância. No teletrabalho, o empregado e empregador encontram-se afastados fisicamente, uma vez que a tecnologia de informação e comunicação prevalecem em detrimento do trabalho presencial.

No Brasil, o teletrabalho foi reconhecido apenas em 2017 com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, como ressaltado anteriormente. Com a eclosão da pandemia da COVID-19, têm-se o predomínio e relevância do teletrabalho, enfatizando a Medida Provisória nº 927 de 2020. Durante a sua vigência foram realizados vários contratos de trabalho que refletem os efeitos desse texto enquanto perdurar o estado de calamidade pública, isto é, até 31 de dezembro de 2020, conforme Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

A priori, vale ressaltar que as regras vigentes na Medida Provisória 927/20 aplica-se apenas aos trabalhadores do setor formal da economia; os demais, não podem se socorrer dela. A referida MP não consolidou as precauções que o empregado precisa realizar para evitar os acidentes e doenças decorrentes do trabalho.

Essa medida foi aprovada com a finalidade de respaldar os empregadores na preservação do emprego e renda, além de medidas de enfrentamento do estado de calamidade pública, conforme o Decreto Legislativo referido anteriormente, e estado de emergência, à luz da Lei nº 13.979/2020, decretada pelo Ministro de Estado da Saúde.

Enquanto perdurar o estado de calamidade pública, o empregador tem o direito de migrar do regime de trabalho presencial para o teletrabalho ou outro que permita o acompanhamento à distância. Essa alteração dispensa acordo individual ou coletivo. Apesar disso, a MP prevê que os empregados e empregadores podem celebrar acordos individuais para conteúdo de natureza trabalhista, conforme o art. 2º.

De acordo com Alice Monteiro de Barros, segundo a qual alega que o teletrabalho desencadeia a ausência de limites, antepõem o trabalho intelectual e excede o marco territorial. Veja:

e 161 e rejeita a de nº 143, da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

16 NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. São Paulo, Futura, 1997. Disponível em: <http://www.estantevirtual.com.br/busca?q=jack+nilles+fazendo+do+teletrabalho+uma+realidade>. Acesso em 04 out. 2020.

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.¹⁷

Segundo o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁸, a duração do trabalho é limitada por fatores de caráter biológico, religioso, familiar, social e econômico. A Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) possui a previsão da duração do trabalho, nos artigos 57 a 75.

No concernente às normas de duração do trabalho no aspecto biológico, essas visam a proteção da integridade física e psíquica do trabalhador, com o intuito de que seja preservado a saúde deste e prevenindo os problemas de saúde ocasionados pelo esforço físico e mental excessivo que a rotina diária pode desencadear. Quanto ao fator de ordem econômico, ressalta-se que a produtividade do trabalhador aumenta com a concessão do descanso para este, como o intervalo interjornada, ou seja, o período direcionado, intrajornada, semanal e anual.

De acordo com Sérgio Pinto Martins¹⁹, a jornada de trabalho foi estabelecida com pelo menos quatro fundamentos: “(a) biológicos, que dizem respeito aos efeitos psicofísicos causados ao empregado, decorrentes da fadiga; (b) sociais: o empregado deve poder conviver e relacionar-se com outras pessoas, de dedicar-se à família, de dispor horas de lazer; (c) econômicos; (d) humanos”.

A jornada de trabalho possui um sentido mais amplo no que se refere à duração de trabalho, estando inserida não apenas o tempo em que o trabalhador está trabalhando de forma presencial, mas sim o tempo em que este coloca o seu trabalho à disposição do empregador, seja por um prazo contratual ou legalmente pactuado, como o regime de sobreaviso ou o tempo de prontidão. Ainda sobre o tema, o supracitado autor também estabelece a distinção entre o regime de sobreaviso e de prontidão. Acompanhe:

No sobreaviso o empregado fica em casa, podendo ser chamado a qualquer momento; por isso, deve ficar aguardando a comunicação do empregador. No regime de prontidão, o empregado não fica em casa, mas nas dependências da estrada de ferro, aguardando ordens, estando, à disposição do empregador (art. 4º da CLT).²⁰

17 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr. 2016.

18 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.474.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 515.

20 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 548.

Destaca-se que com o aumento dos avanços tecnológicos, os obstáculos referentes ao lugar e espaço estão sofrendo rupturas, tendo como exemplo o uso de smartphones e bips eletrônicos, consonante o exposto de Maurício Godinho Delgado²¹:

É o que se passa com a utilização, pelo empregado, fora do horário de trabalho, de aparelhos de comunicação, como BIPs, pagers ou telefones celulares - instrumentos que viabilizam seu contato imediato com o empregador e consequente imediato retorno ao trabalho.

Em conformidade com o art. 7º, XIII, da Constituição da República Federativa de 1988, segundo a qual prevê o limite de duração da jornada de trabalho diária, sendo permitido até 8 horas diárias e 44 horas semanais. Torna-se facultativo a redução da jornada e a compensação de horas, perante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Ademais, o trabalho que for realizado depois da duração da jornada de trabalho é caracterizado como trabalho extraordinário e de acordo com o art. 7º, XVI, CF/88. O trabalhador terá direito ao adicional de no mínimo 50% em cima do valor da hora normal de trabalho. Segundo a Súmula 428 do TST²², a utilização dos instrumentos informatizados ou telemáticos, que são disponibilizados pela empresa ao trabalhador, não configuram o regime de sobreaviso. Configura-se como sobreaviso o trabalhador que está distante da empresa fisicamente, porém, está sendo controlado pelo seu empregador por intermédio de instrumentos telemáticos ou informatizados, estando em regime de plantão e a qualquer momento podendo ser acionado para a realização de tarefas.

Segundo Leite²³, a jornada de trabalho insere a ideia de jornada semanal, jornada mensal e jornada anual. Em regra, a jornada de trabalho é caracterizada pela duração do trabalho, que é realizado diariamente. No que tange ao termo horário de trabalho, esse possui uma acepção mais reduzida, sendo assimilado como o período referente ao início e término da jornada de trabalho, estando inclusos os intervalos. No que refere à jornada de trabalho, conforme o art. 62, III da CLT, o trabalhador que exerce suas atividades por meio do teletrabalho não possui direito às horas extras.

Contudo, o empregador precisa ter o controle diante do caso concreto, a partir das ferramentas de controle de horário, tempo de realização de cada tarefa, dentre outros. Caso haja jornada extraordinária, sobressairá o princípio da primazia da realidade.

21 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 817.

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 428 do TST**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428. Acesso em: 17 jun. 2020.

23 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.475.

Assim, em caso de horas suplementares, o teletrabalhador fará jus à remuneração correspondente ao tempo trabalhado.

Dessa maneira, entende-se que não há nenhuma regulamentação específica de critério de regime de duração de trabalho para o empregado, que exerce o teletrabalho, apenas se houver cláusula no acordo coletivo ou individual.

3.1. Indústria 4.0: Evolução Histórica

Em 1760, iniciou-se na Inglaterra a Primeira Revolução Industrial²⁴. Esse período foi caracterizado pelas modificações socioeconômicas e nos meios de produção. O trabalho nas fábricas passou a ser realizado por intermédio das máquinas, ocorrendo a otimização do tempo do trabalhador por meio da produção em larga escala e o aumento dos lucros. Anteriormente, o trabalho era realizado em casa ou nas oficinas dos indivíduos. A execução era manual e requeria um tempo elevado dos trabalhadores, pois era necessário efetuar todas as etapas do sistema produtivo.

A Primeira Revolução Industrial possui a modificação do processo produtivo, como característica primordial, uma vez que a manufatura foi substituída pela maquinofatura. Destaca-se que nesse período surgiu a divisão do trabalho, ou seja, o trabalhador realizava somente uma etapa de produção. Ademais, eclode-se o trabalho assalariado. O trabalhador, que tinha o seu processo produtivo controlado, transforma-se em um funcionário, que auferia lucros pela produção. A mão de obra passa a ser comercializada, ocorrendo novas relações de trabalho e a eclosão de duas classes sociais: o proletariado e a burguesia.

Em 1767, o inglês James Hargreaves construiu a primeira máquina de fiar, toda de madeira, e esta foi extensamente utilizada na Inglaterra. Em 1769, o inventor Richard Arkwright desenvolveu o tear hidráulico, o qual foi utilizado na indústria de tecidos. Nesse mesmo ano, James Watt iniciou o aprimoramento da máquina a vapor. Em 1785, Edmund Cartwright criou o tear mecânico e este poderia ser utilizado por uma mão de obra não especializada e assim, iniciou-se a tecelagem industrial na Inglaterra, também chamada de Primeira Revolução Industrial.

Com o desenvolvimento do tear mecânico, os proprietários dos aparelhos para tecer e as empresas começaram a trabalhar para os donos dos meios de produção, ou seja, os capitalistas. Com isso, têm-se a eclosão da classe operária. As jornadas de trabalho eram de até dezesseis horas diárias. Nas fábricas, as crianças e adolescentes eram obrigadas a trabalhar, auferindo baixos salários.

24 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL INGLESA, 1999. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-industrial-inglesa/>. Acesso em 03 out. 2020.

No início do século XIX, os altos-fornos a coque ampliaram a produção de aço²⁵, facilitando a produção de um maquinário e ferramentas mais modernas. No concernente às estradas de ferro, essas favoreceram o transporte de pessoas e de mercadorias, propiciando o progresso²⁶. No período de 1856 a 1915, Frederick Taylor aprimorou a divisão do trabalho em várias etapas e realizou a racionalização do trabalho, desencadeando o surgimento da Segunda Revolução Industrial.

Em 1850 a 1870, na metade do século XIX, iniciou-se a Segunda Revolução Industrial. Esse período foi simbolizado pelos avanços da tecnologia, como o surgimento de novas indústrias e sua capacidade produtiva. Em virtude da tecnologia utilizada nessa fase, foi possível que houvesse a produção em massa; a automatização do trabalho; desencadeamento da indústria elétrica e química; aperfeiçoamento das indústrias siderúrgicas e expansão das ferrovias. Os meios de produção visavam que o trabalho fosse produzido em um período de tempo ínfimo e com o custo reduzido.

Henry Ford promoveu a adaptação da manufatura artesanal da produção de carros para a manufatura em massa. Ford tinha o intuito de diminuir os custos de produção e realizava o pagamento do salário dos seus funcionários, para que fosse exequível que os referidos tivessem a aquisição dos carros que foram fabricados. Conquanto, o trabalho repetitivo, a rigorosa supervisão dos donos das empresas e a hierarquia entre as classes sociais, a força de trabalho chegou a um patamar elevado nas fábricas Ford. Esses fatores foram imprescindíveis para o surgimento do senso crítico em relação à manufatura em massa, sendo criado filmes que reproduzem a rotina exaustiva dos trabalhadores na linha de produção, a exemplo do filme *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin.

A produção em massa possibilitou a diminuição dos custos de produção e, por conseguinte, o valor do produto que seria adquirido pelo consumidor, de modo que houve a ampliação da aquisição de bens e serviços pela sociedade. Na Segunda Revolução Industrial, houve a padronização das mercadorias e a verticalização das indústrias, as quais detinham do domínio do ciclo de produção em sua totalidade, ou seja, da produção da matéria prima a até a venda das mercadorias. Destaca-se que os produtos que não eram massificados, possuíam uma rigidez na produção e logo, como a produção destinava-se para a qualidade, não havia o requisito qualidade nas produções.

A Terceira Revolução Industrial, também conhecida como Terceira Revolução Técnico-Científica-Informacional, foi marcada pela utilização da alta tecnologia, como a metalurgia, indústria de automóveis e siderurgia. Ocorreu a modificação de todo o sistema produtivo, tendo relevância a robótica, genética, informática, eletrônico e

25 NOLDIN JR., J.H. **Contribuição ao estudo da cinética de redução de briquetes auto-redutores**. 2002. 143 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia Metalúrgica) – Departamento de Ciência dos Materiais e Metalurgia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

26 FERREIRA, A.A.; REIS, A.C.F.; PEREIRA, M.I. **Gestão empresarial: de Taylor aos nossos dias: evolução e tendências da moderna administração de empresas**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

telecomunicações. Houve a criação de máquinas mais eficazes, instrumentos específicos para a inserção de robôs, que modificaram o processo de produção das manufaturas. Nessa fase, as tecnologias que foram criadas, propiciaram a redução do tempo e distância e facilitaram que as informações fossem propagadas de maneira mais rápida.

Ao término da Segunda Guerra Mundial, o Japão estava assolado pela guerra e com uma quantidade reduzida de recursos. O governo do Japão propeliu uma campanha que incentivava os indivíduos a minimizar os desperdícios e poupar os recursos existentes. De modo que não foi possível que a Toyota cometesse plágio no que tange à produção em massa de Henry Ford. Entretanto, em virtude do mercado competitivo, desenvolveu-se o Sistema Toyota de Produção ou *lean manufacturing*, sendo criado por dois engenheiros cujos nomes são Eiji Toyoda e Taiichi Ohno²⁷.

A ideia principal do referido sistema consiste na minimização dos desperdícios; eliminação da produção que não detenha de nenhum valor para o produto; cautela com a qualidade das mercadorias desde a projeção; alto desempenho no decorrer da fabricação; sistematização; manufatura condicionada à demanda dos clientes; diminuição de matérias primas e acordo entre o fornecedor e produtor.

No final de 1960, eclodiram os controladores lógicos programáveis (CLP), propiciando a automação industrial. A tecnologia eletrônica evoluiu com o avançar dos anos. Deteve-se de uma maior aptidão diante dos obstáculos advindos da Tecnologia de Informação (TI), além dos preços mais acessíveis e realização do controle da manufatura. Enfatiza-se a utilização do *Material Requirements Planning (MRP)* para a fiscalização da matéria-prima e o *Enterprise Resources Planning (ERP)*, o qual está inserido no processo industrial da empresa²⁸.

Em 1967, no período da Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética, iniciou-se a Quarta Revolução Industrial. Os pesquisadores militares dos Estados Unidos estenderam a internet. Idealizou-se um sistema, que efetuasse a troca e compartilhamento de informações. No Canadá, em 1969, a *Chevrolet- Pontiac-GM* realizou uma tarefa experimental, que consistia em transportar os pedidos dos fornecedores pela internet. Alguns países como Japão e Coreia do Sul realizaram a mesma tarefa, mas não obtiveram sucesso em virtude dos custos elevados da manutenção do sistema e a ausência de eficácia dos equipamentos.

Com o avanço dos anos, os equipamentos eletrônicos foram aprimorados. Dessa forma, surgiram novos *softwares*, os valores foram reduzidos e a incorporação das operações de manufatura com os fornecedores foi viabilizada. Em 2011, na feira de

27 ELIAS, S. J. B.; MAGALHÃES, L.C. Contribuição da produção enxuta para obtenção da produção mais limpa. In: **ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO**, 23., 2003, Ouro Preto. Anais... Rio de Janeiro: Abepro, 2003, p.1-8.

28 MOURTIZ D. ET AL. Cloud-based integrated shop-floor planning and control of manufacturing operations for mass customization. In: **9th CIRP Conference of Intelligence Computation in**

Hannover, a Alemanha apresentou um projeto nomeado de Plataforma 4.0 (*Plattform Industrie 4.0*). Visou-se o desenvolvimento da tecnologia possibilitando que aqueles sistemas, que eram automatizados realizassem a troca de dados entre as máquinas e os cidadãos. De modo que ocorreria a otimização do processo de produção por intermédio do sistema que inspecionava os equipamentos industriais.

No ano de 2013, a Indústria 4.0 foi divulgada por academias, empresas e associações. Em 2015, essa plataforma foi lançada novamente, porém pelo programa do governo da Alemanha²⁹. No que tange à aquela, ressalta-se que por intermédio desta os trabalhadores deixam de realizar funções repetitivas na jornada de trabalho, tendo em vista que as funções tradicionais tornam-se automáticas com a inserção das novas tecnologias.

Logo, não é imprescindível que o empregado esteja presente durante as oito horas de trabalho diárias, que são previstas no art. 58 da CLT. Contudo, será necessário que seja inserido um padrão no maquinário ao iniciar a linha de produção e o seguimento do trabalho com a máquina. Com a flexibilização da jornada de trabalho, devido à Indústria 4.0, o trabalhador precisaria estar disponível em vários horários, no mesmo dia de trabalho e em conformidade com a demanda da função.

Quanto ao uso contínuo das plataformas digitais, em virtude do isolamento social ocasionado pela COVID-19, pode-se afirmar que a jornada de trabalho sofre uma influência por causa dessas plataformas, uma vez que o empregado possui a ciência das tarefas que precisam ser realizadas e dos prazos que devem ser observados. Assim, o trabalhador detém da liberdade sobre a sua jornada de trabalho.

Valdete Souto Severo³⁰ alega que as indústrias, hospitais, escritórios e empresas não existem de forma autônoma, uma vez que todos esses dependem da tecnologia:

[...] a relação de trabalho reflete, como não poderia deixar de ser, a sociedade em que ela se estabelece. Essa urgência da vida contemporânea invade o ambiente de trabalho para determinar a necessidade de especialização contínua, de controle contínuo, de conexão contínua. Isso, porém, tem consequências graves, que afetam diretamente a vida privada e social do empregado.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se que o teletrabalho desencadeia uma sobrecarga de trabalho, principalmente, em horários que não são destinados à jornada

Manufacturing. Engineering. Procedia CIRP 33, 9-16, 2015.

29 HERMANN, M.; PENTEK, T.; OTTO, B. Design principles for Industrie 4.0 scenarios a literature review. In: **Working Paper No. 01/ 2015**, Technische Universitat Dortmund. Fakultat Maschinenbau and Audi Stifungslehrstuhl- Supply Net. Order Management, p. 1-5, 2015.

30 SEVERO, Valdete Souto. **O direito fundamental à desconexão do trabalho**. Anais IV - Congresso

de trabalho e deixando de cumprir com o direito ao descanso e à saúde física e mental do trabalhador. Além de tratar como irrelevante o fato de que o trabalhador encontra-se em seu domicílio e com o direito de locomoção cessado.

Somado a estes fatores, com a publicação da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, no Diário Oficial da União, a qual dispõem das medidas trabalhistas em relação ao estado de calamidade pública e da emergência da saúde pública em virtude da COVID-19, o teletrabalho foi adotado como medida emergencial e para fins de preservação do emprego trabalhador, sendo possível a alteração do contrato de trabalho de forma unilateral pelo empregador, consoante dispõe o art. 4 da referida MP.

O teletrabalho, por sua vez, foi adotado com o intuito de evitar aglomerações nas empresas, além de realizar o distanciamento social e reduzir a propagação do Coronavírus. A Consolidação das Leis do Trabalho caracteriza o teletrabalho como aquele que é realizado com o manuseio de tecnologias e em um ambiente externo às dependências da empresa, consoante a previsão do art. 75-B, CLT: “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”.

Ocorre que com a adoção do regime de teletrabalho, a fiscalização da jornada de trabalho torna-se lesada, uma vez que o art. do artigo 62, III, da CLT possui a previsão de que o empregado em regime de teletrabalho não detém da proteção da jornada de trabalho. Logo, o tempo da jornada de trabalho foi extinto, pois a saúde do empregado foi desconsiderada, visto que o seu direito de descanso foi extinto.

Por conseguinte, os empregados não estão à disposição do empregador em todos as horas de um dia para exercer atividades laborais, mas possuem uma carga horária estipulada contratualmente, que deve ser respeitada, em prol do direito à saúde e ao lazer, configurando-se como direitos sociais, à luz do art. 6, CF/88.

Conforme prevê o art. 1º, III e IV, os indivíduos estão protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é caracterizado pelo direito a ter suas garantias e honra resguardadas. Ingo Sarlet³¹ define da seguinte maneira:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre - RS: Magister, 2011, p. 211.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano [...]

Diante disso, a saúde do empregador é um direito fundamental, além de estar protegido pela dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, devem exercer atividades compatíveis com uma rotina que conserve as tarefas de casa, do dia-a-dia com os familiares, entretenimento, descanso, dentre outros.

Embora exista previsão constitucional, que defende a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais e a saúde, constata-se que os trabalhadores têm estado a cada dia mais desgastados e, conseqüentemente, doentes, pelo excesso de trabalhos em decorrência dessa flexibilização organizacional. Isso decorre, especialmente da ausência de conscientização dos empregadores a se empenhar em conferir adequadas condições de trabalho e da falta de fiscalização estatal.

Otavio Amaral Calvet³² alega que a duração da jornada de trabalho sofreu uma ruptura com o teletrabalho, tal fundamento se perfaz por três teorias, veja:

A primeira ligada ao aspecto econômico, pois a quantidade de trabalho prestado indica geralmente o quantitativo da contraprestação a ser percebida pelo trabalhador (...). A segunda, ligada à saúde do empregado, seja para a prevenção de acidentes, seja para ocorrência de doenças decorrentes do trabalho. Finalmente, uma terceira vertente relaciona o aspecto social do instituto, com o reconhecimento da limitação da jornada para viabilizar a existência de um tempo de vida para que o empregado possa efetuar uma interação com a família e os amigos, ou seja, numa leitura do ponto de vista constitucional, um tempo para afirmação dos direitos fundamentais individuais da intimidade e da vida privada.

Destaca-se que o não cumprimento da previsão de duração da jornada de trabalho e das condições de trabalho, previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas, implicam no retrocesso social e em problemas de saúde do trabalhador. Quanto ao retrocesso no âmbito jurídico, este perfaz a ideia de perda dos direitos, reforma da lei ou a utilização dos mecanismos jurídicos em um viés regressista, no qual consiste na realização de ações, que estão no sentido oposto das previsões jurídicas e formais, seja inserido no direito processual ou material.

Ressalta-se que os trabalhadores em teletrabalho estão propícios ao desencadeamento de uma patologia psíquica, a qual prejudica a saúde do trabalhador,

32 CALVET, Otavio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 86.

eclodindo em consequências negativas para o trabalhador, tido como vício de trabalho e sendo chamado de *workaholics*, conforme elenca Jorge Gomes e Patrícia Soares³³:

No que concerne às consequências do workaholismo, as investigações enfatizam o seu lado negativo (e.g. Killinger, 1991), muito embora alguns trabalhos sugerem haver benefícios para indivíduos e organizações (e.g. Machlowitz, 1980). Os dados obtidos neste estudo corroboram a perspectiva negativa, havendo apenas uma resposta de carácter positivo (progressão na carreira). Todos os restantes sujeitos focam factores nocivos como o afastamento de amigos e família, problemas pessoais e de saúde ou perda de valores. As consequências do workaholismo são analisadas segundo várias perspectivas: satisfação com o trabalho e carreira; saúde mental, perfeccionismo e desconfiança; sucesso na carreira, relações sociais e saúde física; e o papel do tempo (curto prazo vs. longo prazo).

Nos direitos sociais, o retrocesso social desencadeia resultados negativos para estabelecer a paz social. Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais estão protegidos por intermédio da proibição do retrocesso social e ante as medidas efetuadas pelo Poder Público, estas configuram-se como ações do legislador ou administrador, que podem ser negativas, uma vez que tendem a restringir os direitos sociais, ou seja, os direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 não possui a previsão expressa da proibição do retrocesso social, sendo tido como um princípio implícito e perfazendo a proteção dos direitos sociais no âmbito interno. Ocorre que esse princípio é conexo com normas internacionais nas quais o Brasil faz parte, como o Pacto Internacional dos Direitos Sociais e o Pacto de São José da Costa Rica, os quais possuem a previsão de satisfação progressiva³⁴.

A proibição do retrocesso social é imprescindível para que haja a luta pelos direitos de cidadania, defesa dos direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse contexto, o princípio da proibição do retrocesso social enquadra-se na esfera dos direitos sociais, especialmente, nas realizações positivas do Estado de Direito. Além disso, esse princípio é essencial para que haja a estabilidade jurídica dos direitos sociais, que são relevantes para a dignidade da pessoa humana.

33 GOMES, Jorge F. S.; SOARES, Patrícia. **O excesso de trabalho mata ou dá prazer? Uma exploração dos antecedentes e consequentes do workaholismo**. *Psicologia*, v. 25, n.1, p. 51-72, jun. 2011.

34 BUHRING, Márcia Andrea. *Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão*. In: **Revista Direito e Justiça**. v. 41, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/18175/12667>. Acesso em: 16 jun. 2020.

3.2. Análise Do Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social No Teletrabalho

O princípio da vedação ao retrocesso social é autenticado pela jurisprudência dos países como Portugal, Itália e Alemanha. Em Portugal, é necessário que o referido obtenha as prestações do Estado, sendo pautado da representação do legislador, nas atuações comissivas e dentro do marco do Poder Legislativo. É relevante ressaltar o entendimento lusitano de José Joaquim Gomes Canotilho³⁵. Veja:

Os direitos sociais apresentam uma dimensão subjetiva, decorrente da sua consagração como verdadeiros direitos fundamentais e da radicação subjetiva das prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos reconhecidos na Constituição, isto é, dos chamados direitos derivados a prestações, justificando a sindicabilidade judicial da manutenção de seu nível de realização, restando qualquer tentativa de retrocesso social. Assumem, pois, a condição de verdadeiros direitos de defesa contra as medidas de natureza retrocessiva, cujo objetivo seria a sua destruição ou redução.

José Afonso da Silva reconhece o referido princípio no Brasil, segundo o qual delibera que os direitos sociais são tidos como normas constitucionais de eficácia limitada e de conteúdo programático, e estes direitos estão condicionados à intervenção legislativa, para que haja a concretização destes por intermédio da vedação ao retrocesso³⁶. Ingo Wolfgang³⁷ e Luís Roberto Barroso³⁸ reconhecem a não vedação ao retrocesso social como um princípio que está implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A corrente minoritária diverge no que tange à existência deste princípio, alegando a ausência de previsão expressa no texto constitucional, conforme aduz Renata Cesar³⁹: “trata-se de princípio implícito que não pode ser ignorado e que inclusive os tribunais já vêm aplicando”.

O princípio da Proibição do Retrocesso Social é caracterizado pela imposição

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

36 SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros. 2008. p. 162

37 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v1 n.1 2001. Acesso em: 03 out. 2020.

38 BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:** Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira .5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158-159.

39 CEZAR, Renata. **Direitos sociais frente ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>. Acesso em: 29 set. 2020.

do Estado para que não ocorra a atuação em desacordo com desregulamentação dos direitos sociais. De modo que este princípio está implícito na Constituição Federal de 88 e por ser previsto como um direito fundamental, incluindo-se os direitos sociais, afirma-se que não pode ocorrer a supressão ou exclusão inadequada deste. Caso contrário, ocorrerá o retrocesso social a partir do momento da sua aplicação.

Consonante o entendimento de Felipe Granjero Carvalho⁴⁰:

Ao estabelecer na Constituição previsão de Direitos Fundamentais, o constituinte originário impõe que sejam atendidas todas as fases para a efetivação de tais direitos. Ademais, é necessário que haja uma certeza de que esses direitos não possam ser cerceados por ausência de amparo normativo hábil.

Vale destacar, ainda, que o princípio da proibição do retrocesso é caracterizado pela imposição do Estado para que não ocorra a atuação em acordo com desregulamentação dos direitos sociais. De modo que este princípio está implícito na Carta Magna e por ser previsto como um direito fundamental, incluindo-se os direitos sociais, afirma-se que não pode ocorrer a supressão ou exclusão inadequada deste. Caso contrário, ocorrerá o retrocesso social a partir do momento da sua aplicação.

O mencionado princípio detém a função de limitar a atuação do administrador ou do legislador. Assim, quando um desses indivíduos modificam a aplicação da lei ou somente a interpretam, não é cabível que seja determinado o retrocesso nos direitos sociais, tampouco a supressão das normas elencadas na Consolidação das Leis Trabalhistas quanto à duração da jornada de trabalho.

Assim, o teletrabalho desencadeado pela 4ª Revolução Tecnológica e introduzido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) implica no retrocesso social, em virtude da ausência de fiscalização do local de trabalho; comprometimento da saúde do trabalhador e flexibilização da jornada de trabalho e conseqüentemente a violação das normas previstas da CLT. Esse conjunto de fatores prejudicam os direitos que são previstos aos trabalhadores na Constituição Federal de 1988 e nos dispositivos da CLT.

Ingo Sarlet alega que está vedado a supressão pura e simples de um princípio, para quem: ⁴¹

40 CARVALHO, Felipe Grangeiro de. **Os direitos fundamentais à luz do princípio da proibição do retrocesso social e da cláusula de reserva do possível**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-direitos-fundamentais-%C3%A0-luz-do-princ%C3%ADpio-da-proibi%C3%A7%C3%A3o-do-retrocesso-social-e-da-cl%C3%A1usula>. Acesso em: 29 set. 2020.

41 SARLET, Ingo Wolfgang **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso**: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de

[...] a proibição de retrocesso assume (...) feições de verdadeiro princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à responsabilidade jurídica), quanto ao princípio do Estado Social (...). Destaca-se que a proibição ao retrocesso social não consiste em uma regra geral e absoluta, e sim em um princípio no qual estará vedado a sua supressão pura e simples.

A 4ª Revolução Tecnológica e a utilização do teletrabalho pelas empresas acarretam a regressão no Direito do Trabalho, estando análogo às condições históricas de trabalho que antecedem o surgimento dos direitos sociais no Brasil. Ocasionalmente a violação dos princípios, que regulam o Estado Democrático de Direito, e efetua o Direito em concordância com os interesses em promover a ampliação do capital no país.

A proibição do retrocesso deve ser concretizada em harmonia com os direitos sociais e com a acessão dos direitos fundamentais, consonante o entendimento de Ingo Sarlet⁴²:

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes.

O teletrabalho também desencadeia o direito à desconexão do trabalhador, uma vez que este decorre em virtude da inserção dos aparelhos eletrônicos e da tecnologia de informação na rotina dos empregados. Christina D'arc Damascen Oliveira⁴³ conceitua o direito à desconexão. Veja:

Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 126.

43 OLIVEIRA, Christina D'arc Damasceno. O direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. In: **Revista IOB: Trabalhista e previdenciária**. Ano XXII, nº253. Julho de 2010. São Paulo, p. 64.

[...] o direito do trabalhador (teletrabalhador ou não) de permanecer desligado ou 'desconectado' do polo patronal e da exigência de serviços em seus períodos de repouso, notadamente em virtude da possibilidade de interferências do tomador de serviços nesses lapsos de tempo diante da existência das novas tecnologias.

A proteção desse direito é de extrema relevância. O direito à desconexão está interligado com os direitos fundamentais, que são elencados na Constituição Federal de 88. O direito ao lazer do trabalhador consiste no ponto central dos demais direitos, pois com a aplicação desse, o direito à saúde, à intimidade, à privacidade e a duração da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais estão resguardados.

A partir do momento em que o local de trabalho do trabalhador consiste na sua residência, não será possível delimitar o tempo no qual determinada tarefa foi realizada fora do ambiente de trabalho, de modo que:

Não existem mais limites para a exigência de metas, pois o empregado pode terminar seu trabalho em sua residência, no caminho de volta para casa ou até mesmo durante as refeições (quem nunca comeu um sanduíche em frente ao computador para não "perder tempo" e conseguir concluir uma tarefa?). A concorrência e a "luta" pela permanência no mercado do trabalho fazem com que o empregado aceite esta situação e acabe legitimando-a. Nestas circunstâncias, o trabalho por produção ou metas (ou mesmo o trabalho nos moldes convencionais) pode ser a nova face da escravidão caso não sejam determinados limites para estas práticas ⁴⁴.

Como a inserção da tecnologia e a utilização do teletrabalho é extremamente necessária na pandemia da COVID-19, uma vez que foi a solução encontrada pelo Poder Executivo para a continuação das atividades laborais. É possível concluir que o direito do trabalho deve agir em consonância com as novas tecnologias, porém deve ser garantido os direitos fundamentais aos trabalhadores.

Conclusão

Diante da pandemia, que assola o Brasil, houve necessidade de decretação de estado de calamidade, como forma de contenção do contágio do novo coronavírus.

44 MEDEIROS, Dárilen Prietsch. **As novas tecnologias e suas consequências nas relações de emprego: uma releitura de antigos conceitos.** In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Fortaleza: Conpedi, 2010, p. 3922. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3267.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

Diante disso, os empregados e empregadores viram-se em um novo cenário, havendo necessidade de novas adaptações para dar continuidade a renda e a manutenção dos empregos.

Com a mudança da rotina do trabalhador, em virtude das medidas adotadas pela CLT, tendo em vista a perda de validade da Medida Provisória nº 927/20, ao findar o estado de calamidade pública, e com a inserção do teletrabalho para a realização das atividades laborais, é necessário que haja a observância dos direitos que são previstos Constituição da República Federativa do Brasil.

Deve ser preservado o direito à saúde, à privacidade, ao lazer, à dignidade da pessoa humana, algo que tem se observado na contramão do que previsto na Carta Magna, tendo em vista a ausência de regularização e formas de contornar a linha tênue que separa a vida profissional do pessoal ao realizar as atividades de sua residência.

No que tange aos direitos fundamentais, o direito do trabalho está protegido em relação aos direitos de segunda e quinta dimensão, principalmente, nos direitos provenientes das novas tecnologias. Todavia, essa proteção é reduzida pelos aparelhos tecnológicos ou qualquer tecnologia de informação ou comunicação, pois a segurança, privacidade e lazer do trabalhador estarão mitigados.

Ocorre que com a utilização das máquinas, aparelhos eletrônicos e da tecnologia de informação como meio de produção, não há a observância da jornada de trabalho prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Assim, com o advento da Indústria 4.0 e do teletrabalho, observa-se a violação dos direitos fundamentais; dos direitos sociais; do direito à desconexão do trabalhador e o retrocesso social. Evidenciado de forma latente no novo contexto de isolamento social oriundos da pandemia.

Bibliografia final

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: 16 jun. 2020.

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

BRASIL. **Decreto Legislativo 06, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2, de 18 de março de 1992. Aprova o texto da Convenção n.155, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a segurança e saúde dos Trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, adotada em Genebra, em 1981, durante a 67ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1989/decretolegislativo-86-14-dezembro-1989-358807-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 86, de 15 de dezembro de 1989. Aprova os textos das Convenções nº s 135 e 161 e rejeita a de nº 143, da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-2-17-marco-1992-358340-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei Federal 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936**, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo

Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 428. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428. Acesso em: 17 jun. 2020.

BUHRING, Márcia Andrea. **Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão.** In: Revista Direito e Justiça. v. 41, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/18175/12667>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CALVET, Otavio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

CARVALHO, Felipe Grangeiro de. **Os direitos fundamentais à luz do princípio da proibição do retrocesso social e da cláusula de reserva do possível.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-direitos-fundamentais-%C3%A0-luz-do-princ%C3%ADpio-da-proibi%C3%A7%C3%A3o-do-retrocesso-social-e-da-cl%C3%A1usula>. Acesso em: 29 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CEZAR, Renata. **Direitos sociais frente ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6963/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social>. Acesso em: 29 set. 2020.

DA SILVA, Gabriela Rangel. **As novas tecnologias no Direito do Trabalho: direito à desconexão.** Publica direito, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41b0db49fd10d959>. Acesso em: 15 jun. 2020.

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

ELIAS, S. J. B.; MAGALHÃES, L.C. Contribuição da produção enxuta para obtenção da produção mais limpa. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, 23., 2003, Ouro Preto. Anais... Rio de Janeiro: Abepro, 2003, p. 1-8.

FERREIRA, A.A.; REIS, A.C.F.; PEREIRA, M.I. Gestão empresarial: de Taylor aos nossos dias: evolução e tendências da moderna administração de empresas. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

FERREIRA, Lara Lorena. **Pandemia desmascara o teletrabalho: jornadas exaustivas e inadequação.** Brasil de Fato. São Paulo. 08 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.>

brasildefato.com.br/2020/05/08/artigo-pandemia-desmascara-o-teletrabalho-jornadas-exaustivas-e-inadeguacao. Acesso em: 18 jun. 2020.

FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; VALENTE, Nara Luiza; SILVA, Silmara Carneiro. **A Reforma Trabalhista brasileira e a proibição de retrocesso social: uma análise do texto reformista a partir do processo de resignificação dos direitos sociais**. Juslaboris, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/143751/2018_fogaca_vitor_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 jun. 2020.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção**. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 145-166, jul./ago. 2012.

GOMES, Jorge F. S.; SOARES, Patrícia. **O excesso de trabalho mata ou dá prazer? Uma exploração dos antecedentes e consequentes do *workaholismo***. Psicologia, v. 25, n.1, p. 51-72, jun. 2011.

HERMANN, M.; PENTEK, T.; OTTO, B. Design principles for Industrie 4.0 scenarios a literature review. In: Working Paper No. 01/ 2015, Technische Universität Dortmund. Fakultät Maschinenbau and Audi Stifungslehrstuhl- Supply Net. Order Management, 2015, p. 01-05.

JACKSON, Paul James (Ed). *Virtual Working: Social and Organizational Dynamics*. Londres: Routledge, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Dárlen Prietsch. **As novas tecnologias e suas conseqüências nas relações de emprego: uma releitura de antigos conceitos**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: Conpedi, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3267.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

MOURTZIZ D. ET AL. Cloud-based integrated shop-floor planning and control of manufacturing operations for mass customization. In: 9th CIRP Conference of Intelligente Computation in Manufacturing. Engineering. Procedia CIRP 33, 9-16, 2015.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Letícia Costa Mota. **O Coronavírus: uma pandemia jurídica trabalhista e a Medida Provisória 927/2020**. CIELO LABORAL. Disponível em: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/ferreira_quadros_costa_noticias_cielo_n4_2020.pdf. Acesso em: jun. 2020.

NILLES, Jack M.. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. São Paulo, Futura, 1997. Disponível em: <http://www.estantevirtual.com.br/>

busca?q=jack+nilles+fazendo+do+teletrabalho+uma+realidade. Acesso em: 04 out 2020.

NOLDIN JR., J.H. **Contribuição ao estudo da cinética de redução de briquetes auto-redutores**. 2002. 143 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia Metalúrgica) – Departamento de Ciência dos Materiais e Metalurgia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

NOTA TÉCNICA SOBRE A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927/2020. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://docplayer.com.br/183814375-Nota-tecnica-sobre-a-medida-provisoria-no-927-2020.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

OLIVEIRA, Christina D'arc Damasceno. **O direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista**. In: Revista IOB: Trabalhista e previdenciária. Ano XXII, nº253. Julho de 2010. São Paulo.

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SHAEFER, Matheus Karl Schmidt. **Covid-19 e Teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de não trabalho**. In: Covid-19 e Direito Brasileiro: Mudanças e Impactos. São Paulo: Tirant Lo Blanch. 2020. p. 278-298.

RAMOS, Leilane Nogueira. **Desordem social: quarentena, teletrabalho e saúde do trabalhador**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniao-quarentena-teletrabalho-saude-trabalhador#_ftn5. Acesso em: 18 jun. 2020.

REVOLUÇÃO INDUSTRIAL INGLESA, 1999. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-industrial-inglesa/>. Acesso em: 03 out. 2020.

SACOMANO, José Benedito; GONÇALVES, Rodrigo Franco; DA SILVA, Márcia Terra; BONILLA, Silvia Helena; SÁTYRO, Walter Cardoso. **Indústria 4.0 conceitos e fundamentos**. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Ind%C3%BAstria_4_0.html?id=PNCuDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 03 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004I, p. 121-168.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v1 n.1 2001. Acesso em 03 out. 2020.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo : Malheiros . 2008.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. World Economic Forum. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SEVERO, Valdete Souto. **O direito fundamental à desconexão do trabalho**. In: Anais IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre (RS): Magister, 2011, p. 207-223.

STEIL, A. V.; BARCIA, R.M. **Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho**. In: Revista de Administração. São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise. *Teletrabalho em Tempos de Calamidade por Covid19: Impactos das medidas trabalhistas de urgência*. In: Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão. **O Direito do Trabalho na Crise Da Covid-19**. São Paulo: JusPodivm. 2020. p. 341-364.

TASCHETTO, Maria; FROEHLICH, Cristiane. **Teletrabalho sob a perspectiva dos profissionais de recursos humanos do vale do sino e paranahana no rio grande do sul**. Revista de Carreiras & Pessoas. Cad. EBAPE.BR, v. 18, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/ReCaPe/article/download/39652/29651>. Acesso em: 06 out. 2020.

TST-AIRR-178240-98.2003.5.01.0051, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 27/2/2008, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 29/2/2008.

TST-AIRR-268300-58.2008.5.02.0005, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/6/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/6/2014.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

O DESEMPREGO TECNOLÓGICO DIANTE DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

THE TECHNOLOGICAL UNEMPLOYMENT BEFORE THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION

Recebido: 09/07/2020

Aceito: 22/12/2020

Cláudio Jannotti da Rocha

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), na Graduação e no Mestrado.
Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).
Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo (UFES-CNPq).
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq).
Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior.
Advogado.
Palestrante.

E-mail: claudiojannotti@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>

Bruna de Sá Araújo

MBA em Ciências e Legislação do Trabalho pelo IPOG.
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás (UFG).
Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Sul Americana (FASAM).
Coordenadora do Núcleo de Direito do Trabalho do IEAD – Instituto de Estudos Avançados em Direito.

E-mail: bruna.sa.araujo@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-9536-1228>

Juliana Mendonça e Silva

Mestranda em Direito Constitucional Econômico pelo Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA).
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Sul Americana (FASAM).
Diretora do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT).
Diretora da Associação Goiana dos Advogados Trabalhistas (AGATRA).
Parecerista da Revista Pensamento Jurídico.

E-mail: jumendonc@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-4676-8029>

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo trazer breves considerações sobre o impacto da Quarta Revolução Industrial no mundo do trabalho, com foco no fenômeno denominado por estudiosos como “desemprego tecnológico”. Partindo de uma análise da implementação da tecnologia nos processos de produção e prestação de serviços, buscou-se distinguir os diferentes estágios da industrialização capitalista, ao levar em conta o desenvolvimento da tecnologia e suas consequências sobre o trabalho humano. Comparando o entendimento de diversos estudiosos, procura-se entender se haverá um desemprego em larga escala e/ou a criação de novos postos de trabalho, como esse processo foi acelerado pela

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

pandemia do novo coronavírus e, por fim, aponta-se a necessidade de estabelecer uma proteção jurídica aos empregados brasileiros em face da inevitável automação.

Palavras-chave: Desemprego Tecnológico. Automação. Tecnologia. Quarta Revolução Industrial. Pandemia.

ABSTRACT

This paper's aims to bring brief considerations on the impact of the Fourth Industrial Revolution on the world of work, focusing on the phenomenon called by scholars as "technological unemployment". Starting from an analysis of the technology implementation system in the production and service provision processes, we sought to distinguish the different stages of capitalist industrialization, taking into account the development of technology and its consequences on human work. Comparing the understanding of several scholars, we sought to understand whether there will be large-scale unemployment and / or the creation of new jobs, how this process was accelerated by the new coronavirus pandemic and, finally, the need to establish legal protection for Brazilian employees in the face of the inevitable automation.

Keywords: Technological Unemployment. Automation. Technology. Fourth Industrial Revolution. Pandemic.

Introdução

O economista e fundador do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab¹, defende a ideia de que nos encontramos na Quarta Revolução Industrial, que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Essa nova fase da revolução industrial seria marcada pelas tecnologias que fazem parte do conjunto da Indústria 4.0, tais como a nanotecnologia, neurotecnologia, biotecnologia, robótica, inteligência artificial e armazenamento de energia.

No linear da 4ª Revolução Tecnológica, as inovações advindas da tecnologia são fantásticas e capazes de alterar a concepção clássica dos modelos de produção e de trabalho, causando grande preocupação com o fenômeno do desemprego tecnológico².

O Direito do Trabalho é um dos ramos do ordenamento jurídico que, pela sua própria natureza e razão de existir, sofre maiores influências das mudanças tecnológicas, em especial nos direitos trabalhistas legalizados. Os sistemas produtivos têm-se

1 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 15.

2 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, Tecnologia e Desemprego**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, ano IX, n. 86, mar. 2020, p. 125. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=86&edicao=11298#page/125>. Acesso em: 24 ago. 2020.

caracterizado pela sua contínua modernização e melhoria das técnicas utilizadas, de tal forma que o emprego do termo “novas tecnologias” pode ser compreendido como uma característica permanente deste ramo do Direito.

Apesar dos aspectos positivos produzidos no mundo do trabalho, costumeiramente ressaltados por economistas, a implementação tecnológica vem diminuindo a utilização do “trabalho vivo” e causando um verdadeiro “desemprego tecnológico”, como se verifica em diversos setores da economia. Máquinas agrícolas como tratores, colheitadeiras, pulverizadores e equipamentos de preparo do solo fazem o mesmo serviço que centenas de trabalhadores rurais, as betoneiras substituíram o penoso processo humano de misturar-se argamassa com pás e enxadas na construção civil, e os profissionais liberais utilizam softwares cada vez mais avançados, organizando e facilitando o desempenho das suas atividades profissionais.

Diferentes categorias de trabalho, particularmente aquelas que envolvem o trabalho mecânico repetitivo e o trabalho manual de precisão, já estão sendo automatizadas. Outras categorias seguirão o mesmo caminho, enquanto a capacidade de processamento continuar a crescer exponencialmente. Antes do previsto, o trabalho de diversos profissionais poderá ser parcial ou completamente automatizado.

O economista Klaus Schwab³ alerta que, até o momento, evidências apontam que a Quarta Revolução Industrial parece estar criando menos postos de trabalho nas novas indústrias do que as revoluções industriais anteriores, e tal fato pode desencadear um desemprego tecnológico com proporções inimagináveis.

Por outro lado, um estudo realizado pelo Laboratório de Aprendizado de Máquina em Finanças e Organizações (Lamfo)⁴, da Universidade de Brasília (UnB), aponta que novos postos de trabalho estão sendo criados, mas em profissões totalmente novas, que não existiam até alguns anos atrás. A pesquisa chefiada pelo professor Pedro Henrique Melo Albuquerque revela que muitas ocupações serão extintas, várias passarão por adaptações e outras vão seguir em frente.

Karl Marx⁵ já alertava desde o século XIX que a produtividade da máquina é medida pelo grau em que ela substitui a força humana de trabalho, e no século XX, Harry Braverman⁶ advertia que o ponto no qual o trabalhador é mais barato do que a maquinaria que o substitui é determinado por mais que simples relacionamento técnico,

3 SCHWAB, op. cit., p. 45.

4 CORREIO BRAZILIENSE. **Estudo da UnB expõe impactos da automação no mercado de trabalho**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/02/11/internas_economia,736646/estudo-da-unb-expoe-impactos-da-automacao-no-mercado-de-trabalho.shtml. Acesso em: 24 ago. 2020.

5 MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Livro I. O Processo de Produção do Capital. São Paulo: Boi Tempo, 2013, p. 464.

6 BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Ganabara, 1987, p. 204.

depende também do nível de salários, que por sua vez é afetado pela oferta de trabalho em comparação com a demanda.

Segundo Braverman⁷, a oferta de trabalho, inclusive o tamanho do exército de reserva de trabalhadores à caça de trabalho, depende em parte da mecanização da indústria, que transforma trabalhadores empregados em trabalhadores excedentes.

Ricardo Antunes⁸ adverte que o capital não se desenvolve sem alguma forma de interação entre trabalho vivo e trabalho morto, ao contrário, o capital procura aumentar a produtividade do trabalho intensificando os mecanismos de extração do sobretrabalho, com a expansão do trabalho morto corporificado no maquinário tecnológico-científico-informacional. Contudo, o autor alerta para o fato de que se essa lógica não for confrontada e obstada, os novos proletários se encontrarão divididos entre o desemprego completo ou, na melhor das hipóteses, na disponibilidade para tentar obter o privilégio da servidão.

A pandemia global do novo coronavírus acelerou tendências relativas à modernização tecnológica no âmbito laboral, uma delas foi a intensificação da adoção do *home office* pelas empresas. Todavia, ainda resta uma grande parcela da economia que não poderia adotar o regime de teletrabalho por diversas incompatibilidades, de modo que para esses setores o impacto provocado pela pandemia viral foi maior, ocasionando falências e demissões generalizadas.

Diante deste cenário, já alertado por estudiosos de diferentes séculos, bem como a intensificação da modernização no mundo do trabalho pelo contexto atual de calamidade global advinda de um vírus, a proposta do presente artigo é entender como ocorre o processo de implementação da tecnologia nos processos de produção e prestação de serviços, analisar o impacto da automação no mundo do trabalho, sob a perspectiva da criação e/ou extinção de postos de trabalho, e quais medidas poderão ser adotadas pelos governadores, legisladores e empregadores, desde o atual momento de crise pandêmica, levando em consideração a proteção jurídica constitucional do empregado brasileiro em face da automação.

1. O processo de implementação da tecnologia nos processos de produção e prestação de serviços

Desde o início da história do Brasil, com a utilização da mão de obra indígena e posteriormente a mão de obra escrava africana, observa-se uma busca pela redução de custos com os meios de produção, almejando ao máximo gastar o mínimo, e assim, obter

7 Ibid., p. 205.

8 ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital.** São Paulo: Boitempo, 2018, p. 571-573.

maiores lucros e rentabilidade.

Essa busca pela redução de custos está enraizada não só na cultura brasileira, mas no mundo em geral, afinal, é fruto do próprio capitalismo. As tentativas de reduzir os gastos com mão de obra para o empregador e o próprio Estado são diversas, legalizadas e principalmente, ampliadas em tempos de crise. Terceirização, trabalho intermitente, avulso, temporário, trabalhadores por demanda ou aplicativos (produto da chamada *gig economy*), além de flexibilizações do contrato de trabalho, são também formas de redução de custos para o empresariado e demais contratantes de mão de obra.

Martin Ford⁹ vaticina que, historicamente, o mercado de trabalho sempre se pareceu com uma pirâmide, no aspecto das qualificações e habilidades dos trabalhadores. No topo, um número relativamente pequeno de profissionais e empresários qualificados tem sido responsável pela maior parte da criatividade e da inovação. A vasta maioria dos trabalhadores sempre esteve envolvida com atividades que são, em algum nível, rotineiras e repetitivas. À medida que vários setores da economia se mecanizaram ou automatizaram, os trabalhadores deixaram de se dedicar a atividades rotineiras em um setor e passaram a se dedicar a atividades rotineiras em outro.

A Quarta Revolução Industrial trouxe consigo uma possibilidade inimaginável de empregadores reduzirem seus custos, posto que o desenvolvimento tecnológico proporcionou que máquinas sejam capazes de substituir parcial ou totalmente a mão de obra humana em determinadas atividades manuais, intelectuais ou especializadas.

No sistema capitalista, a tecnologia é uma mediação, representa a ação inventada pelo homem para atender a uma exigência do processo produtivo¹⁰. Na lógica desse modelo econômico, o homem substituiu a tecnologia existente por outra melhor, mais produtiva e econômica¹¹.

À frente do seu tempo, Karl Marx¹², ao estudar os impactos da maquinaria na indústria, identificou alguns dos reflexos da implementação da tecnologia no processo de produção. Em alguns sistemas de produção, como na manufatura e no artesanato, Marx constata que o trabalhador utiliza a ferramenta (o movimento parte do trabalhador), enquanto que na fábrica, o trabalhador passa a servir à máquina (o trabalhador acompanha o movimento). Assim, “na manufatura, os trabalhadores constituem membros de um mecanismo vivo. Na fábrica, tem-se um mecanismo morto, independente deles e ao qual são incorporados como apêndices vivos”¹³.

9 FORD, Martin. **Os robôs e o futuro do emprego**. Tradução: Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Best Business, 2019, p. 95.

10 VIEIRA PINTO, Álvaro. **O conceito de Tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 209.

11 Ibid., p. 308.

12 MARX, op. cit., p. 445-494.

13 Ibid., p. 495.

Alfredo J. Ruprech¹⁴ elenca diversas transformações no trabalho como decorrência das novas tecnologias, sendo algumas: a) a diminuição relativa das tarefas manuais em que existe intervenção humana; b) o trabalho se torna cada vez mais complexo e científico; c) as relações entre os trabalhadores são mais dependentes, controladas e modificadas periodicamente; d) a transformação na noção de responsabilidade; e) a especialização vai desaparecendo, tornando o homem uma simples engrenagem da máquina.

De modo semelhante, Hubert Schmitz¹⁵ procura distinguir os diferentes estágios da industrialização capitalista, ao realizar uma periodização gradativa que leva em conta o desenvolvimento da tecnologia e suas consequências sobre o trabalho humano. Segundo o estudioso, são: a) primeira etapa: os trabalhadores são reunidos sob um mesmo teto sem que este altere a tecnologia existente; b) segunda etapa: as tarefas são divididas e surgem as ferramentas especializadas; c) terceira etapa: fase marcada pelo desenvolvimento de máquinas e subordinação do trabalhador a estas; d) quarta etapa: produção automatizada e trabalhador apenas monitora as máquinas.

Normalmente, apenas as mudanças disruptivas drásticas e com grandes impactos costumam ser visualizadas e compreendidas com maior concretude pela população. Ao contrário, as mudanças gradativas e vagarosas, como o avanço silencioso de novas tecnologias no dia a dia, podem passar despercebidas até que estejam completamente integradas no nosso cotidiano, como a utilização de aplicativos para solicitar serviços de entrega ou a facilitação do transporte móvel entre um lugar e outro.

Tal mudança ocorre com o processo de implementação da tecnologia nos processos de produção e prestação de serviços, máquinas começam a substituir um determinado setor da empresa, um grupo específico de profissionais ou até mesmo uma categoria inteira de trabalhadores.

2. Entre o pessimismo e o otimismo: criação de novos empregos e/ou desemprego tecnológico?

No século XIX, além de alertar sobre a possibilidade do desemprego tecnológico no futuro, Karl Marx também criticava economistas burgueses como John Stuart Mill, que defendiam a teoria da compensação. Marx¹⁶ vaticina que os trabalhadores deslocados pela maquinaria são jogados da oficina para o mercado de trabalho, engrossando o

14 RUPRECHT, Alfredo J. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução: Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 253.

15 SCHMITZ, Hubert. **Automação microeletrônica e trabalho: a experiência internacional**. In: SCHMITZ, Hubert; CARVALHO, Ruy de Quadros (Org.). *Automação, competitividade e trabalho: a experiência internacional*. São Paulo: Hucitec, 1988, p. 134.

16 MARX, op. cit., p. 513.

número de forças de trabalho já disponíveis para a exploração do capitalismo.

David Ricardo¹⁷, economista e político britânico do século XIX, constatou que a utilização de cavalos na agricultura, substituindo a força física do homem, seria mais vantajosa diante da maior produtividade e lucro, em contraponto, a situação dos trabalhadores pioraria em termos gerais.

Assim como John Stuart Mill, estudiosos como Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas¹⁸ acreditam na existência de um “efeito compensatório” na expansão da tecnologia nos meios de produção. Harry Braverman¹⁹, por sua vez, defende a ideia de que, em alguns setores, não há a eliminação do trabalho, mas o deslocamento para outras atividades.

Deveras, a inovação tecnológica e sua expansão nos processos de produção e prestação de serviços acarretam a destruição de alguns postos de trabalho, contudo, resta saber se estes postos de trabalho extintos serão substituídos por novos empregos em uma atividade diferente, para atender novas necessidades da sociedade, preservando ou mesmo ampliando as proteções jurídico-trabalhistas.

No início do século XIX, 90% da força de trabalho dos Estados Unidos era constituída por pessoas que trabalhavam na zona rural, mas atualmente elas somam menos de 2%. Não obstante, Klaus Schwab²⁰ também aponta que a Quarta Revolução Industrial parece estar criando menos postos de trabalho nas novas indústrias do que as revoluções industriais anteriores.

De acordo com uma estimativa do Oxford Martin Programme on Technology²¹, apenas 0,5% da força de trabalho dos EUA está empregada em indústrias que não existiam na virada do século, uma porcentagem muito menor do que os aproximadamente 8% de novos postos de trabalho criados em novas indústrias durante a década de 1980 e os 4,5% de novos postos de trabalho criados durante a década de 1990.

Schwab²² também alerta para o fato de que as inovações em tecnologias da informação e em outras tecnologias descontinuadoras tendem a elevar a produtividade por meio da substituição dos trabalhadores existentes, mas não por intermédio da criação de novos produtos que necessitam de mais trabalho para serem produzidos, revelando

17 RICARDO, David. **Princípio de economia política e tributação**. Tradução: Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 293.

18 OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antonio Vico. **Tecnologia, trabalho e desemprego: um conflito social**. São Paulo: Érica, 2004, p. 110-111.

19 BRAVERMAN, op. cit., p. 150-151.

20 Ibid., p. 45.

21 LEVERINGHAUS, Alex; GIACCA, Gilles. **Robo-Wars — the Regulation of Robotic Weapons**, The Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, The Oxford Martin Programme on Human Rights for Future Generations e a Oxford Martin School, 2014. Disponível em: www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/briefings/Robo-Wars.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

22 SCHWAB, op. cit., p. 46.

uma interessante e preocupante relação entre tecnologia e desemprego.

Para entender isso basta comparar Detroit em 1990 (então um grande centro de indústrias tradicionais) com o Vale do Silício em 2014. Em 1990, as três maiores empresas de Detroit possuíam uma capitalização de mercado combinada de US\$ 36 bilhões, faturamento de US\$ 250 bilhões, e 1,2 milhão de empregados. Em 2014, as três maiores empresas do Vale do Silício tinham uma capitalização de mercado consideravelmente mais elevada (US\$ 1,09 trilhão), haviam gerado aproximadamente as mesmas receitas (US\$ 247 bilhões), mas com cerca de 10 vezes menos empregados (137 mil).²³

Digitalização também significa automação, que por sua vez, reflete que as empresas não incorrem em rendimentos decrescentes de escala ou, no mínimo, em menos rendimentos desse tipo. Atualmente é possível criar uma empresa altamente rentável com menos trabalhadores, em comparação a 10 ou 15 anos atrás, porque os custos marginais das empresas digitais tendem a zero²⁴.

É prova desta redução de custos das empresas atuais o fato de que a Uber, o Facebook, a AirBnB, empresas que se destacam por serem as maiores dentro de um mercado, não apresentam as características até então necessárias para dele pertencer. A Uber como a maior empresa do mundo de transporte, sem ser proprietária de veículos, o Facebook como maior empresa do mundo de mídia social, que não produz conteúdo e o AirBnB, como a maior empresa de aluguéis do mundo, que não possui imóveis²⁵.

Com efeito, Schwab²⁶ explica que na realidade da era digital, muitas novas empresas oferecem “bens de informação” com custos praticamente nulos de armazenamento, de transporte e de replicação.

No que toca à inserção do Brasil em um quadro de mudanças globais na organização da produção e das formas de produção, a Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁷ tem destacado os fortes impactos no mundo do trabalho causados pela crise econômica global, bem como os processos de redução e precarização de postos de trabalho relacionados à globalização, o desenvolvimento tecnológico e à manufatura avançada, analisando o papel desempenhado pelas tecnologias de informação, pela

23 MANYIKA, James; CHUI, Michael. **Digital Era Brings Hyperscale Challenges**, The Financial Times, 13 ago. 2014. Disponível em: <https://www.ft.com/content/f30051b2-1e36-11e4-bb68-00144feabdc0>. Acesso em: 20 ago. 2020.

24 SCHWAB, op. cit., p. 22.

25 AGUIAR, Antonio Carlos. **Direito digital do trabalho**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajeridica.pucsp.br/verbete/384/edicao-1/direito-digital-do-trabalho>. Acesso em: 20 ago. 2020.

26 SCHWAB, op. cit., p. 22.

27 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites 2018**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020, p. 10.

automação e pela robotização.

Um estudo realizado pela consultoria McKinsey²⁸, em 2017, estimou uma perda de até 50% dos postos de trabalho no Brasil em função do crescente uso de processos automatizados, tecnologia de informação e inteligência artificial, capazes de progressivamente substituir trabalhos rotinizados, até mesmo aqueles exercidos por trabalhadores altamente especializados.

De acordo com Adam Schaff²⁹, na atualidade, a microeletrônica, com a automação e a robotização dela resultantes, anula o poder de atração de mão de obra barata, porque nem mesmo com ela seria possível competir com os autômatos modernos. Com efeito, não há como competir com a máquina, ao acompanharmos o ritmo da tecnologia, inevitavelmente nos enxergamos como parte dela, no entanto, evidente que o trabalhador não é uma máquina, e, justamente por isso, nunca irá alcançar a mesma produtividade que esta, em razão das necessidades biológicas, físicas e sociais inerentes ao ser humano.

Com a amplitude e a ampliação da utilização da tecnologia no exercício das profissões houve um aumento da produtividade no trabalho, mas não necessariamente do próprio trabalhador. Entender que, ao contrário das máquinas, o trabalhador humano tem suas limitações físicas e biológicas é importante para evitar sobrecargas que se revelam através do surgimento de doenças ocupacionais psicossociais, sendo este um dos maiores desafios da atualidade em matéria de segurança e saúde no trabalho, tendo em vista o impacto significativo na saúde de pessoas, organizações e economias nacionais.

Sob outro ponto de vista, alguns estudiosos mostram-se entusiasmados e otimistas com a implementação da tecnologia nos processos de produção e prestação de serviços. Deveras, a incorporação tecnológica no processo de produção poderia reduzir a sobrecarga de trabalho dos trabalhadores, como uma maneira de manter os postos de trabalho e, com isso, representar um ganho real não apenas na lucratividade das empresas, mas para a força de trabalho – caso as empresas não focalizassem apenas na redução do custo com trabalhadores, mas partilhasse o incremento lucrativo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD)³⁰ vê na mudança tecnológica um impulso para o crescimento econômico a longo prazo, uma

28 MCKINSEY, Global Institute. **Jobs Lost, Jobs Gained: Workforce Transitions in a Time of Automation**, 2017. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/Future%20of%20Organizations/What%20the%20future%20of%20work%20will%20mean%20for%20jobs%20skills%20and%20wages/MGI-Jobs-Lost-Jobs-Gained-Report-December-6-2017.ashx>. Acesso em: 24 ago. 2020, p. 69.

29 SCHAFF, Adam. **A sociedade informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial**. Tradução de Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Arturo Obojes, 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade Paulista Brasileira, 1995, p. 89.

30 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **The OECD jobs strategy. Technology, productivity and job creation: best policy practices**. Disponível em: <http://www.oecd.org/industry/ind/2759012.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

maior produtividade e a melhoria nos padrões de vida.

Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas³¹ também defendem que a inovação tecnológica e a elevação da produtividade, ao mesmo tempo que destruiriam produtos, empresas, atividades econômicas e empregos, também poderiam criar novos produtos, novas empresas, novos setores e atividades econômicas e, portanto, novos empregos.

Patrícia Dittrich Ferreira Diniz³² salienta que a tecnologia é benéfica quando utilizada para proteger o trabalhador de doenças e acidentes, substituindo o homem em trabalhos extenuantes, além de permitir a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

O jurista Amauri Mascaro Nascimento³³ defendia a ideia de que a aceleração das inovações tecnológicas deve ser usada não só como fator de crescimento econômico, mas também como causa de valorização do trabalho, no sentido da melhoria da condição social do trabalhador e da realização ética do ser humano.

No Relatório *The Future of Jobs*³⁴, resultado do Fórum Econômico Mundial realizado em Davos no ano de 2016, estimou-se que em 2021 as novas tecnologias devem criar dois milhões de novas funções em virtude do surgimento de novos modelos e do comércio, e setores como finanças, gestão, tecnologia da informação, arquitetura ou de vendas devem se beneficiar. Contudo, cerca de 7,1 milhões de empregos podem ser extintos, em especial, em setores administrativos e burocráticos.

É certo que a Quarta Revolução Industrial tem causado profundas transformações no mundo, e uma dessas transformações deu-se no processo produtivo e no estilo de vida dos trabalhadores. Praticamente todas as profissões estão e serão impactadas pela implementação tecnológica nos processos de produção e prestação de serviços.

Diante desta inevitabilidade revolucionária tecnológica, é preciso refletir e antecipar as possíveis situações que o avanço da tecnologia irá provocar nos meios de produção, nas relações trabalhistas, no emprego de milhões de trabalhadores, na economia global e na sociedade como um todo.

31 OLIVEIRA; MAÑAS, op. cit., p. 94-95.

32 DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Trabalhador versus automação: impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz da tecnodireito e da tecnoética**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 150.

33 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 143.

34 FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **The Future Of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution**. 2016. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020, p. 13.

3. Proteção jurídica dos empregados brasileiros em face da automação

Além de todos os direitos sociais trabalhistas assegurados aos empregados urbanos e rurais no art. 7º da Constituição Federal de 1988, há um importante direito dependente de regulamentação, o inciso XXVII que prevê “proteção em face da automação, na forma da lei”.

Schwab refere-se à Quarta Revolução Industrial como uma onda, isto é, algo orgânico, poderoso e principalmente, irrefreável. Desta forma, indaga-se se a proteção constitucional à automação teria força coercitiva suficiente para frear a constante substituição de trabalhadores, a despeito da ausência de regulamentação legislativa sobre o assunto.

O futuro do mercado de trabalho no Brasil é tema de preocupação do movimento sindical, que tem papel importante na tentativa de minimizar os riscos de um significativo e crescente nível de desemprego em decorrência da distribuição assimétrica dos benefícios da globalização econômica, bem como sobre a exponencial taxa de evolução das inovações tecnológicas, as quais exigem urgentes e profundas transformações no sistema legislativo e corporativo, em particular nas economias em desenvolvimento³⁵.

Os desafios criados pela Quarta Revolução Industrial parecem concentrar-se principalmente no lado da oferta, isto é, no âmbito do trabalho e da produção. Durante os últimos anos, a maioria dos países mais desenvolvidos e também algumas economias em rápido crescimento, como a China, têm passado por um declínio significativo de sua mão de obra vista como porcentagem do PIB. Metade dessa queda é em razão da diminuição no preço relativo dos bens de investimento, sendo que esta última foi causada pelos progressos das inovações, que obriga as empresas a substituírem trabalho por capital³⁶.

A OIT³⁷ é uma peça fundamental para enfrentar os desafios da globalização, pois ela fornece parâmetros internacionais uniformes, começando pelos direitos fundamentais do trabalho como parte integrante dos direitos humanos, por meio da Agenda do Trabalho Decente. Mas vai além e explicita as normas básicas desejáveis a todo o mundo, ainda que adaptáveis aos diversos níveis de desenvolvimento.

Considerando o desafio de se pensar políticas públicas para um mercado de trabalho em profunda transformação, uma primeira observação deve ser realizada com foco preponderante na classe trabalhadora, como elemento humano do processo

35 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), op. cit., p. 25.

36 FREY, Cari Benedikt; OSBORNE, Michael. **Technology at Work — the Future of Innovation and Employment**, Oxford Martin School and Citi, 2015. Disponível em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/reports/Citi_GPS_Technology_Work.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

37 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), op. cit., p. 44.

produtivo. O arcabouço institucional das novas formas de trabalho, associado às novas tecnologias e automação, possibilitam a redução de custos para as empresas, como aqueles associados ao treinamento, promoção, supervisão da mão de obra, manutenção das condições de trabalho e de níveis salariais estruturados.

Só nos últimos três anos novas formas de trabalho foram gradativamente implementadas e regulamentadas na legislação trabalhista brasileira – ainda que algumas modalidades vigoraram por pouco tempo e não tenham sido convertidas em lei – houve a criação do trabalhador intermitente (artigo 443 alterado pela Lei nº 13.467/2017), ampliação da terceirização (Lei nº 13.429/2017), regulamentação do teletrabalho (Medida Provisória nº 927/2020³⁸) e a criação do contrato verde e amarelo pela Medida Provisória nº 905/2019³⁹, que perdeu a vigência em abril de 2020.

As constantes alterações e inovações legislativas demonstram que a relação de emprego prevista nos artigos 2º e 3º da CLT está tornando-se mais fluida e flexível. A relação de emprego propriamente dita, com todos os direitos e benefícios previstos em lei, está sendo paulatinamente substituída por novos tipos de contratos de trabalho, atendendo muito mais às necessidades próprias do mercado de trabalho e da situação econômica do país, do que às necessidades dos trabalhadores em geral.

Em meio a maior pandemia viral dos últimos cem anos, nota-se uma aceleração da imersão tecnológica no mundo do trabalho. A crise provocada pelo novo coronavírus acelerou uma cultura que estava em processo em muitas empresas, e o impacto desta pandemia revelou claramente às organizações como a transformação digital é vital para a sobrevivência de qualquer instituição.

O contexto atual de crise pandêmica e o futuro das relações de trabalho faz com que a proteção dos direitos trabalhistas requeira uma governança mais sofisticada e um funcionamento, ao mesmo tempo, mais flexível e articulado, tendo em conta não apenas o lado do empresariado, mas ressaltando a dignidade do trabalhador como pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e o objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e do valor social do trabalho, independentemente do contexto que o Brasil e o mundo estejam enfrentando.

Conclusão

A Quarta Revolução Tecnológica será capaz de alterar todo o processo de produção de bens e serviços, o mundo do trabalho e o comércio global. Nesse contexto,

38 A Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020.

39 A Medida Provisória nº 905 de 11 de novembro de 2019 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 18 de agosto de 2020.

as implementações tecnológicas permitiram algumas empresas estarem entre as mais valiosas do mundo e colaboraram com o surgimento de novos setores da economia, com a extinção de diversos outros.

A inovação tecnológica e sua expansão nos processos de produção e prestação de serviços acarretam na destruição de alguns postos de trabalho, contudo, resta saber se essa massa de trabalhadores será absorvida por novos postos de trabalho em outras atividades, para atender novas necessidades da sociedade.

Ainda que haja uma visão otimista de vários estudiosos em relação ao surgimento de novos setores da economia capazes de abarcar a mão de obra dispensada, gerar novos postos de trabalho e assim compensar a extinção de vários outros (teoria da compensação), a Organização Internacional do Trabalho, o Fórum Econômico Mundial e antigos pensadores como Karl Marx e Harry Braverman não sinalizam para o crescimento significativo do número de postos de trabalho capazes de absorver aqueles que perderam seus empregos.

Diversos estudos econômicos para setores da economia indicam para a redução significativa do “trabalho vivo”, com risco, segundo alguns especialistas, para até 47% dos empregos existentes⁴⁰.

Wolfgang Streeck⁴¹ entende que a inteligência artificial e a robotização vão fazer com a classe média o que a “mecanização” fez com a classe trabalhadora nos séculos XIX e XX, e que os reais beneficiados serão os donos da tecnologia em questão. Streeck cunhou o termo “eletronização” para a atual fase vivenciada no século 21, na qual computadores e robôs passam a ser dotados de competência para criar e desenvolver tarefas cognitivas próprias de diversos profissionais, especializados ou não, sem desconhecer que os algoritmos definidores dos comandos sobre a produção e serviços é estabelecida por empresários e sem a participação de trabalhadores.

Em tempos de uma nova revolução tecnológica acrescido da maior pandemia viral do século, é necessário compreender os dois efeitos concorrentes que a tecnologia exerce sobre os empregos. Primeiro há um efeito destrutivo que ocorre quando as rupturas alimentadas pela tecnologia e a automação substituem o trabalho por capital, forçando os trabalhadores a ficarem desempregados ou realocar suas habilidades em outros lugares. Em segundo lugar, pode-se definir o efeito destrutivo que vem acompanhado por um efeito capitalizador, em que a demanda por novos bens e serviços aumenta e leva à criação de novas profissões, empresas e até mesmo indústrias.

A grande maioria das profissões sofrerão impactos pela implementação tecnológica

40 FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. **The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?**. Disponível em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

41 STREECK, Wolfgang. **How Will Capitalism End?: Essays on a Failing System**. London/New York: Verso, 2016, p. 262.

nos processos de produção e prestação de serviços. Diante deste quadro cada vez mais presente no nosso cotidiano, e antecipado por uma grave crise epidemiológica, é fundamental construir uma proteção jurídica sólida às pessoas em face da automação, embasada em proteções constitucionais, coletivas e internacionais do trabalho.

Bibliografia final

AGUIAR, Antonio Carlos. **Direito digital do trabalho**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/384/edicao-1/direito-digital-do-trabalho>. Acesso em: 20 ago. 2020.

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

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Ganabara, 1987.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, Tecnologia e Desemprego**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, ano IX, n. 86, mar. 2020, p. 125. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=86&edicao=11298#page/125>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **Estudo da UnB expõe impactos da automação no mercado de trabalho**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/02/11/internas_economia,736646/estudo-da-unb-expoe-impactos-da-automacao-no-mercado-de-trabalho.shtml. Acesso em: 24 ago. 2020.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Trabalhador versus automação: impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz da tecnodireito e da tecnoética**. Curitiba: Juruá, 2015.

FORD, Martin. **Os robôs e o futuro do emprego**. Tradução: Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Best Business, 2019.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **The Future Of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution**, 2016. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

FREY, Cari Benedikt; OSBORNE, Michael. **Technology at Work — the Future of Innovation and Employment**, Oxford Martin School and Citi, 2015. Disponível em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/reports/Citi_GPS_Technology_Work.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. **The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?**. Disponível em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

LEVERINGHAUS, Alex; GIACCA, Gilles. **Robo-Wars — the Regulation of Robotic Weapons**, The Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, The Oxford Martin

Programme on Human Rights for Future Generations e a Oxford Martin School, 2014. Disponível em: www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/briefings/Robo-Wars.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

MANYIKA, James; CHUI, Michael. **Digital Era Brings Hyperscale Challenges**, The Financial Times, 13 ago. 2014. Disponível em: <https://www.ft.com/content/f30051b2-1e36-11e4-bb68-00144feabdc0>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Livro I. O Processo de Produção do Capital. São Paulo: Boi Tempo, 2013.

MCKINSEY, Global Institute. **Jobs Lost, Jobs Gained: Workforce Transitions in a Time of Automation**, 2017. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/Future%20of%20Organizations/What%20the%20future%20of%20work%20will%20mean%20for%20jobs%20skills%20and%20wages/MGI-Jobs-Lost-Jobs-Gained-Report-December-6-2017.ashx>. Acesso em: 24 ago. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antonio Vico. **Tecnologia, trabalho e desemprego: um conflito social**. São Paulo: Érica, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites 2018**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **The OECD jobs strategy. Technology, productivity and job creation: best policy practices**. Disponível em: <http://www.oecd.org/industry/ind/2759012.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

RICARDO, David. **Princípio de economia política e tributação**. Tradução: Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

RUPRECHT, Alfredo J. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução: Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SCHAFF, Adam. **A sociedade informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial**. Tradução de Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Arturo Obojes, 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade Paulista Brasileira, 1995.

SCHMITZ, Hubert. **Automação microeletrônica e trabalho: a experiência internacional**. In: SCHMITZ, Hubert; CARVALHO, Ruy de Quadros (Org.). Automação, competitividade e trabalho: a experiência internacional. São Paulo: Hucitec, 1988.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

STREECK, Wolfgang. **How Will Capitalism End?: Essays on a Failing System**. London/ New York: Verso, 2016.

VIEIRA PINTO, Álvaro. **O conceito de Tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

ARTIGOS TRADUZIDOS

TRABALHO PRISIONAL PRIVADO: PARADOXO OU POSSIBILIDADE? AVALIAÇÃO DOS SISTEMAS MODERNOS E ESTABELECIMENTO DE UM MODELO DE ESTRUTURA ATRAVÉS DAS LENTES DA CONVENÇÃO SOBRE TRABALHO FORÇADO

PRIVATE PRISON LABOUR: PARADOX OR POSSIBILITY? EVALUATING MODERN-DAY SYSTEMS AND ESTABLISHING A MODEL FRAMEWORK THROUGH THE LENS OF THE FORCED LABOUR CONVENTION

Recebido: 31/08/2020

Aceito: 11/12/2020

Mário Guido (Autor)

LLM (University College London).

LLB com Estudos Jurídicos na Europa (University of Reading, Uppsala University, University of Geneva), Certificado em Direito Transnacional (University of Geneva).

E-mail: mi67mario@hotmail.com


 <https://orcid.org/0000-0002-9473-6750>

Renata Queiroz Dutra (Tradutora)

Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Professora Adjunta de Direito e Processo do trabalho da Universidade de Brasília (UnB).

E-mail: renataqdutra@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-0736-8556>

Fernanda Potiguara Carvalho (Tradutora)

Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Especialização lato sensu em Direito Processual Constitucional na Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás (ESMEG).

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

E-mail: fernandapotiguarac@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-4934-5176>

RESUMO

Superlotação, deterioração das condições, custos cada vez maiores, reincidência. Esses são os termos que vêm à mente ao pensar nos sistemas de justiça punitiva mundiais. Aparentemente, a comunidade internacional se propôs a combater essas questões e seria incorreto afirmar que medidas nessa direção não tem sido tomadas. No entanto, certos estados têm procurado remediar a reincidência e favorecer a reinserção, aumentando as oportunidades de emprego para prisioneiros e delegando esta tarefa ao setor privado. Em algumas jurisdições *common law*, as prisões foram inteiramente privatizadas (abordagem *wholesale*), enquanto em jurisdições *civil law* tendem a privatizar apenas

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

serviços específicos enquanto as funções de custódia permanecem com o Estado (sistema *semi-privée*). Independentemente disso, considerando que França, Alemanha e Austrália realizam essas práticas apesar de adotarem a Convenção sobre o Trabalho Forçado da Organização Internacional do Trabalho que, *prima facie*, se opõe ao trabalho prisional privado, é então necessário analisar as razões para esse desenvolvimento e avaliar esses sistemas. Esse artigo identifica o sistema francês como o mais compatível com a Convenção, e propõe um modelo de estrutura que está em conformidade com a norma e atende aos objetivos dos sistemas penais modernos.

Palavras-Chave: Trabalho Prisional. Prisão Privada. Sistemas de Justiça Punitiva. Convenção sobre o Trabalho Forçado. Direito Comparado.

ABSTRACT

Overcrowding, deteriorating conditions, ever-increasing costs, recidivism. These are the terms that come to mind when thinking of the world's punitive justice systems. Ostensibly, the international community has set out to combat these issues and it would be incorrect to say that measures in that direction have not been taken. Nonetheless, certain states have sought to remedy reoffending and favour reinsertion by increasing employment opportunities for prisoners and delegating the task to the private sector. In some common law jurisdictions, prisons have been entirely privatised ('wholesale' approach) whereas civil law jurisdictions tend to only privatise specific services while custodial functions remain with the State ('semiprivée' system). Regardless, given that France, Germany, and Australia have adopted these practices despite adoption of the Forced Labour Convention of the International Labour Organisation, which *prima facie* precludes private prison labour, it is thus necessary to analyse the reasons for these developments and to evaluate these systems. This article identifies the French system as the most compatible with the Convention and proposes a model framework that complies with the norm and serves the objectives of modern penal systems.

Keywords: Prison Labour. Private Prison. Punitive Justice Systems. Forced Labour Convention. Comparative Law.

1. Introdução

Nosso contínuo uso do aprisionamento como punição tem nos levado à situação caracterizada pela superlotação das prisões, esquemas insustentáveis e condições inaceitáveis em vários sistemas penais ao redor do globo. Portanto, não é surpreendente encontrar altas taxas de reincidência em vários Estados. Como resposta, e de acordo com tendências econômicas, vários governos têm delegado a gestão penitenciária às empresas privadas, na esperança de gradualmente resolver essas questões. No entanto, como membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT), França, Alemanha e Austrália têm concordado em cumprir suas obrigações internacionais no que diz respeito aos direitos trabalhistas. Ainda que tenham distintas tradições legais em termos de justiça

criminal e direito do trabalho, todas essas jurisdições foram sujeitas aos comentários da OIT, em relação ao emprego dos prisioneiros em entidades privadas.

Neste artigo, eu defendo que, ao projetar um sistema prisional privado, o cumprimento dos requisitos da Convenção sobre o Trabalho Forçado é o primeiro passo necessário para evitar a exploração dos prisioneiros e proteger os direitos humanos. Para alcançar o objetivo adicional de reduzir a reincidência através desse sistema, a estrutura apresentada na Convenção deve ser emulada e desenvolvida. A análise concentrará na maneira pela qual os Estados têm acomodado essa prática e avaliará se eles têm cumprido com êxito os padrões internacionais, para criar, posteriormente, um modelo que não apenas respeite à Convenção, mas também incentive a reabilitação e a reinserção social.

Para isso, a Seção B explorará as origens e os objetivos em evolução do trabalho prisional, bem como o contexto em que a privatização da prisão e do trabalho prisional foram realizadas pelos Estados. A Seção C abordará, então, os requisitos da Convenção sobre o Trabalho Forçado a fim de transpô-los para as situações na Alemanha e Austrália, na Seção D. A escolha dessas jurisdições deve-se as distintas tradições jurídicas e ao fato de eu estar ciente de estudos anteriores na área em que o tópico havia sido discutido na OIT. Finalmente, a Seção E determinará o sistema mais compatível com a Convenção e oferecerá uma estrutura legalmente compatível para futuras privatizações do trabalho nas prisões. É claro que o envolvimento do setor privado no sistema penitenciário tem tido a intenção, *inter alia*, de proporcionar melhores oportunidades de reabilitação e reinserção, além de melhorar as condições prisionais. No entanto, décadas depois, os sistemas erguidos permanecem em desacordo com a Convenção e podem não atingir os seus objetivos. No geral, embora deficiente em relação ao requisito de “supervisão e controle público” da Convenção, o sistema francês permanece o mais próximo do padrão internacional e é o mais protetor dos direitos humanos.

2. Trabalho prisional e privatização

Compreender a evolução dos objetivos do trabalho prisional, o contexto e as razões por trás da tendência mundial no total ou parcial privatização do sistema criminal de justiça, é crucial antes de iniciar uma discussão quanto aos seus méritos contemporâneos.

2.1. Trabalho prisional

O trabalho prisional tem sido empregado por séculos, embora seus objetivos

pareçam ter evoluído ao longo do tempo. Como a medida é inerentemente controversa¹ e várias questões emergem de seu uso, por exemplo, Feldman pergunta: “qual papel a função do trabalho laboral serve? O trabalho laboral pode ser voluntário ou é sempre um ato de coação estatal?”^{2 3} Críticos apontam “a natureza exploradora de tal trabalho e [sugerem] que grandes lucros podem ser extraídos daqueles que são incapazes de resistir ao poder do Estado que apoia as autoridades penitenciárias.”^{4 5} Contudo, alguns autores defendem que o trabalho prisional serve aos propósitos de reabilitação e pode reduzir as taxas de reincidência enquanto outros afirmam que ele pode prover uma fonte de lucro, se implementado adequadamente.⁶ Ainda de maior relevância, recentemente, surgiram os argumentos de que o trabalho prisional pode alcançar ambos os objetivos. A observação de Richardson, de que os direitos dos prisioneiros variam de acordo com a finalidade a qual a prisão serve, parece se aplicar ao trabalho prisional⁷, uma vez que sua natureza se alterará dependendo do seu objetivo. Desta forma, como os prisioneiros são “enviados [para a prisão] como punição [e] não para punição”^{8 9}, o trabalho prisional não deve servir como dissuasor ou como punição, mas ao invés disso, como meio de reforma e reinserção social. Essa formulação não é incompatível com a proposta de que o trabalho prisional proporcione lucro para interesses públicos ou privados. No entanto, pode dar origem as implicações morais e legais que serão examinadas mais adiante neste artigo.

2.1.1. Origens

Como originariamente concebido, o trabalho prisional foi empregado mundialmente principalmente como ferramenta de punição. Por exemplo, o trabalho forçado representou

1 Dirk van Zyl Smit and Frieder Dünkel, *Prison Labour: Salvation or Slavery?* (Ashgate Dartmouth 1999) VII.

2 Tradução livre. Citação original: “what role does prison labour serve? (...) Can prison labour ever be voluntary, or is it always an act of state coercion?”

3 Lindsey Raisa Feldman ‘Prison Labour’ (*Oxford Bibliographies*, 2018) <<http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396607/obo-9780195396607-0236.xml>> accessed on 28 June 2018.

4 Tradução livre. Citação original: “the exploitative nature of such labour and [hint] that large profits may be squeezed out from those who are unable to resist the might of the State that backs the prison authorities”.

5 van Zyl Smit and Dünkel (n 1).

6 *ibid.*

7 Geneva Richardson, ‘The Case for Prisoners’ Rights’ in Mike Maguire, Rod Morgan and Jon Vagg (eds), *Accountability and Prisons: Opening up a Closed World* (Tavistock Publications 1985) 22.

8 Tradução livre. Citação original: “sent [to prison] as punishment [and] not for punishment”.

9 Ian O’Donnell, ‘The aims of imprisonment’ in Yvonne Jewkes, Jamie Bennett and Ben Crewe (eds), *Handbook on Prisons* (2nd edn, Routledge 2016) 45.

o elemento penal em uma sentença na Inglaterra e no País de Gales, no século XIX¹⁰. O *Hard Labour Act* de 1822; o *Prision Act* de 1865, criaram um regime de trabalhos forçados e inúteis; e a Era Du Cane (1869-1895)¹¹, consolidaram o conceito de trabalho prisional como uma punição baseada nas ideias de dissuasão e redistribuição. Até a abolição dos trabalhos forçados sem propósitos, através do *Prision Act* de 1898, atividades extenuantes como o *penal treadmill* ou a manivela eram amplamente empregadas na Inglaterra e no País de Gales.¹² Ao longo da história, o trabalho prisional tem aparecido por meio das colonizações ou situações de guerra.¹³ De fato, em contextos coloniais, a servidão era parte integrante do sistema¹⁴. De forma geral, na Europa, o trabalho forçado nas prisões ganhou popularidade a partir do século XVI¹⁵. Curiosamente, já havia casos em que os prisioneiros eram confiados aos empregadores privados. Por exemplo, na “América Espanhola, os prisioneiros sentenciados ao trabalho forçado pelos tribunais coloniais eram também arrendados aos empregadores privados, que os utilizavam nas minas, manufaturas e fábricas”.^{16 17} Assim, embora os arranjos, bem como a natureza do trabalho imposto tenham mudado, o trabalho prisional juntamente com o emprego de prisioneiros para benefício privado são conceitos antigos.

2.1.2. Objetivos

Para os fins desse artigo, a reabilitação e os objetivos financeiros são pontos de interesses.

2.1.2.1. Reabilitação e Reinserção

A ideia de reabilitação refere-se ao provimento de “oportunidades para os

10 Victor Bailey, ‘English Prisons, Penal Culture, and the Abatement of Imprisonment: 1895-1922’ (1997) 36(3) *Journal of British Studies* 285, 295.

11 Sean McConville, ‘The Victorian Prison’ in Norval Morris and David J. Rothman (eds), *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society* (OUP1998) 138.

12 Encyclopaedia Britannica, ‘Britannica on the treadmill’ *Encyclopaedia Britannica* (13th edn) <<https://www.britannica.com/topic/Britannica-on-the-treadmill-1998450#ref1205851>> accessed on 29 June 2018.

13 Christian G. De Vito and Alex Lichtenstein, ‘Writing a Global History of Convict Labour’ (2013) 58 *International Review of Social History* 285, 291.

14 *ibid* 298.

15 Pieter Spierenburg, ‘The Body and the State: Early Modern Europe’ in Norval Morris and David J. Rothman, (eds), *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society* (OUP 1998) 46.

16 Tradução Livre. Citação Original: in “Spanish America, prisoners sentenced to hard labour by the colonial courts were also leased to private employers who used them in mines, manufactures, and mills”.

17 De Vito and Lichtenstein (n 10).

prisioneiros obterem conhecimento e habilidades que possam ajudá-los em sua bem-sucedida reintegração após a soltura, com vistas a se evitar futuras ofensas”.^{18 19} Em 1932, a comunidade internacional reconheceu que o processo de reabilitação era “precisamente o objetivo dos sistemas prisionais modernos”.^{20 21} Para atingir esse objetivo, os Estados obrigam ou ofertam oportunidades de emprego aos prisioneiros, uma vez que o trabalho prisional tem sido identificado como o fator-chave para a redução da reincidência.²² Embora à época de redação da Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório de 1930 (Nº 29) da OIT, o trabalho prisional ainda estivesse baseado no princípio da retribuição e dissuasão, reconheceu-se que um outro “objetivo do emprego de prisioneiros em trabalhos úteis e instrutivos é fortalecer o seu caráter moral durante o período de detenção e fazê-lo capaz de viver uma vida correta e regular”.^{23 24}

De fato, o emprego é um elemento vital para a vida bem sucedida, e “fornece aos indivíduos independência financeira, um senso de valor próprio, envolvimento comunitário, satisfação, *status*, e pertencimento”.^{25 26} Na prática, o trabalho prisional “tem o potencial de fornecer importantes habilidades laborais que podem ser úteis para os prisioneiros em sua busca por emprego após a soltura. A participação regular no trabalho pode também ajudar a inculcar nos prisioneiros trabalho e hábitos pessoais mais disciplinados”.^{27 28} Em 2005, Shea descobriu que poucos prisioneiros estavam realmente empregados: 46.5 % na França e 53,6% na Alemanha.²⁹ Como restou claro que o serviço penitenciário nesses Estados era incapaz de acomodar oportunidades de emprego suficientes para os

18 Tradução Livre. Citação original: “opportunities for prisoners to obtain knowledge and skills that can assist them in their successful reintegration upon release, with a view to avoiding future offending”.

19 United Nations Office on Drugs and Crime, *Roadmap for the development of prison-based rehabilitation programmes* (United Nations Office at Vienna, 2017) 1.

20 Tradução Livre. Citação original: “precisely the aim of modern penal systems”.

21 International Labour Organisation, ‘Prison Labour I’ (1932) 25 International Labour Review 311, 314.

22 Social Exclusion Unit, ‘Reducing re-offending by ex-prisoners’ (Office of the Deputy Prime Minister, July 2002) 6.

23 Tradução Livre. Citação Original: “aim of employing the prisoner on instructive and useful work is to strengthen his moral character during the period of detention and make him capable of living a straight and regular life”.

24 International Labour Organisation, ‘Prison Labour II’ (1932) 25 International Labour Review 499, 522.

25 Tradução Livre. Citação original: “provides individuals with financial independence, a sense of self-worth, community involvement, satisfaction, status, and belonging”.

26 The Howard League for Penal Reform, ‘Prison, work and social enterprise: the story of Barbed’ (Esmée Fairbairn Foundation, 2008) 11.

27 Tradução Livre. Citação original: “has the potential to provide important job skills that might be useful for prisoners in seeking employment after their release. Regular participation in work can also help to inculcate prisoners with more disciplined work and personal habits”

28 Colin Fenwick, ‘Private Use of Prisoners Labour: Paradoxes of International Human Rights Law’ (2005) 27(1) Hum.Rts.Q. 249, 261.

29 Evelyn Shea, ‘A Comparative Study of Prison Labour in France, Germany and England’ [2005] Penal Issues 11.

prisioneiros, eles foram “forçados a recorrer cada vez mais às empresas externas”.^{30 31}
Na Austrália também existem “mais prisioneiros do que empregos disponíveis”.^{32 33}

2.1.2.2. Objetivos financeiros

O trabalho prisional também pode ajudar a liquidar os custos do encarceramento, e ser uma fonte de mão-de-obra barata. Fenwick observa que “a geração de dinheiro é outro fator importante de trabalho dos presos.”^{34 35} Devido aos altos custos do encarceramento, os prisioneiros podem ser empregados para a geral “manutenção e administração do cárcere: lavanderia, cozinhas, manutenção, e afins”^{36 37}, bem como em indústrias prisionais que podem incluir algum envolvimento de entidades privadas.³⁸ Aqueles que são a favor do envolvimento de entidades privadas no trabalho prisional têm argumentado que as prisões podem se transformar em uma empresa com fins lucrativos.³⁹ No entanto, na minha opinião, como nem sempre é o caso do trabalho mais lucrativo ter o maior valor de reabilitação, “projetos de parceria com empresas privadas devem ser estritamente regulamentadas para evitar a carga de exploração”.^{40 41} A tensão “entre os objetivos restaurativos do Estado e os interesses comerciais das entidades privadas”⁴²⁴³ pode comprometer a consecução dos primeiros. No entanto, vários Estados, incluindo a Austrália, argumentaram que “o envolvimento do setor privado era necessário para

30 Tradução Livre. Citação original: “forced to turn increasingly to outside companies”.

31 *ibid* 12.

32 Tradução Livre. Citação original: “more prisoners than jobs available”

33 Rob White, ‘On Prison Labour’ (1999) 11(2) *Current Issues in Criminal Justice* 243, 245.

34 Tradução Livre. Citação original: ‘the generation of money is another important factor of inmate labour’.

35 Colin Fenwick, ‘Regulating Prisoners’ Labour in Australia: a Preliminary View’ [2003] *AJLL* 284, 303.

36 Tradução Livre. Citação original: “upkeep and running of a prison: laundry, kitchens, maintenance, and the like”

37 Fenwick, ‘Private Use of Prisoners Labour’ (n 19) 261.

38 *ibid*.

39 Lisa C. Phelan, ‘Making Prisons Work’ (1997) 30 *Loy.L.A.L.Rev.* 1747, 1754.

40 Tradução Livre. Citação original: “partnership projects with private companies must be strictly regulated to avoid the charge of exploitation”.

41 The Howard League for Penal Reform, ‘Rehabilitating Work: What are Prison Workshops For?’ (London, 2000) 3.

42 Tradução Livre. Citação original: “between the reformatory aims of the State and the business interests of private entities”.

43 International Labour Organisation, ‘Prison Labour I’ (n 15) 321.

prover trabalho significativo para os prisioneiros”^{44 45} e aumentar o número de prisioneiros empregados. Além disso, enquanto a questão envolvendo o lucro proveniente das indústrias prisionais permanece sujeita aos acordos entre os Estados e às próprias entidades privadas, é claro que surge um incentivo perverso. Como afirma o reverendo Dr. Peter Selby “se os números nas prisões precisam ser reduzidos (...) é útil criar um interesse em seu crescimento entre as companhias e seus acionistas?”^{46 47}

2.2. Privatização

Logan define a privatização como a “transferência de ativos, e a produção de bens públicos e serviços públicos do governo para o setor privado”.^{48 49}

A partir de então, a privatização das prisões pode implicar a “construção, propriedade, administração [de prisões], oficinas industriais de prisões ou serviços específicos, como limpeza, manutenção ou escolta judicial”^{50 51} por um período determinado. Estados como a França e a Alemanha firmaram parcerias público-privadas, nas quais “as especificações contratuais deixam claro que o subempreiteiro [pode ser] (...) responsável pela manutenção geral dos prédios, aquecimento, alimentos para prisioneiros, assistência médica e trabalho dos prisioneiros”.^{52 53} Por outro lado, na Austrália e no Reino Unido, a privatização da prisão “usualmente se refere à totalidade do pacote de serviços necessários em uma prisão”.^{54 55} Além disso, mesmo que o movimento

44 Tradução Livre. Citação original: “private sector involvement was needed in order to provide meaningful work for prisoners”.

45 International Labour Organisation, *Report of the CEACR, Report III (Part 1A), ILC 90th Session, (2002)*, 97, [9].

46 Tradução Livre. Citação original: “if numbers in prisons need to be reduced (...) is it helpful to create an interest in their growth among companies and their shareholders?”

47 Prison Reform Trust, ‘Private Punishment: Who Profits?’ (London 2005) 1.

48 Tradução Livre. Citação original: “transfer of assets, and of the production of public goods and services, from government to the private sector.”

49 Charles Logan, *Private Prisons: Cons & Pros* (OUP 1990) 3-4.

50 Tradução Livre. Citação original: “construction, ownership, management [of prisons], prison industrial workshops, or specific services such as cleaning, maintenance, or court escort.”

51 Bob Semmens, ‘The Public / Private Dilemma in Australia’ (1996) 47(2) *Journal of Correctional Education* 86, 87.

52 Tradução Livre. Citação original: “contractual specifications make it clear that the subcontractor [may be] (...) responsible for the general maintenance of the buildings, heating, food for prisoners, medical care, and for prisoners’ labour”

53 Philippe Combessie, ‘France’ in Dirk van Zyl Smit and Frieder Dünkel (eds) *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners’ Rights and Prison Conditions* (2nd edn, Kluwer Law International 2001) 256.

54 Tradução Livre. Citação original: ‘usually refers to the full package of services required in a prison’.

55 John Rynne and Richard Harding, ‘Private Prisons’ in Yvonne Jewkes, Jamie Bennett and Ben

pela privatização das prisões tenha iniciado por volta dos anos 80, em um momento em que a ideologia neoliberal estava florescendo, “a privatização das prisões com fins lucrativos (...) remonta à Inglaterra do século XVI”.^{56 57} Vários fatores agiram como catalisadores para esse retorno do envolvimento do setor privado nas penitenciárias em todo o mundo. Harding sugere que, entre outros fatores, o aumento da população carcerária, a superlotação, as condições deterioradas das prisões e as preocupações com os custos crescentes levaram os Estados a retornar aos acordos privados.⁵⁸ Embora “o estilo de privatização ou o seu método de entrega varie consideravelmente dependendo do país e de sua experiência contínua com a privatização”^{59 60}, a maioria dos Estados voltou a privatizar suas prisões por razões similares às mencionadas acima.

Ainda assim, mais do que uma alternativa à administração pública das prisões, os defensores da privatização das prisões sustentam que as entidades privadas são mais inovadoras e voltadas para reformas do que o setor público⁶¹ e “fornecem um serviço melhor (...) a um menor custo”.^{62 63} O conceito de prisões privadas é parte de uma “ideologia econômica mais ampla, na qual o setor privado e sua natural forma competitiva são vistos como uma alternativa à indústria de serviços governamentais”.^{64 65} Pensou, e a ainda pensa que, uma vez que o setor privado opera sob o incentivo ao lucro e está sujeito à concorrência, ele se esforçaria para ofertar o melhor serviço possível ao menor custo possível, sem medidas desproporcionais de cortes de custo que comprometessem a qualidade do serviço. Em contraste, no entanto, Mason argumenta persuasivamente que as prisões privadas “não têm um desempenho melhor do que as operadas por instalações públicas, não garantem a redução dos custos correcionais, e fornecem um incentivo ao crescimento das populações correcionais e da detenção”.^{66 67} Na verdade,

Crewe (eds), *Handbook on Prisons* (2nd edn, Routledge 2016) 150.

56 Tradução Livre. Citação original: ‘for-profit prison privatisation (...) dates back to sixteenth-century England’

57 Cody Mason, ‘International Growth Trends in Prison Privatisation’ (The Sentencing Project, Washington 2013) 1.

58 Richard Harding, ‘Private Prisons’ (2001) 28 *Crime and Justice* 265, 269.

59 Tradução Livre. Citação original: ‘the style of privatisation or its delivery method vary considerably depending on the country and its ongoing experience with privatization’.

60 Rynne and Harding (n 34) 153.

61 Prison Reform Trust (n 30) 8.

62 Tradução Livre. Citação original: “provide a better service (...) at a lower cost”.

63 Julian Le Vay, *Competition for Prisons: Public or Private?* (Policy Press 2016) 105.

64 Tradução Livre. Citação original: “broader economic ideology, where the private sector and its natural competitive form are seen as an alternative to government service industry”.

65 Jesuit Social Services, *Outsourcing Community Safety: Can private prisons work for public good?* (2017) 2.

66 Tradução Livre. Citação original: “perform no better than publicly operated facilities, are not guaranteed to reduce correctional costs, and provide an incentive for increasing correctional and detention populations”.

67 Mason (n 35) 11.

colocar interesses econômicos no crescimento da população carcerária parece contra intuitivo quando o objetivo dos serviços prisionais é evitar a reincidência e reduzir a população carcerária. Na minha opinião, embora as prisões privadas não tenham em si causado o massivo encarceramento, Selman e Leighton estão corretos ao apontar que “elas [as prisões privadas] nasceram de um encarceramento fundamentalmente injusto, e exigem a continuação dessas dinâmicas para crescer na sua forma atual”.^{68 69}

2.2.1. Uma tendência global?

Durante o tempo de Jacques Chirac como Primeiro Ministro, uma onda de privatizações varreu a França, envolvendo o serviço penitenciário em um processo mais amplo de reforma. Uma legislação de 1987⁷⁰ permitiu que o setor privado fosse encarregado de todas as funções penais, com exceção da supervisão, controle e segurança dos prisioneiros. O programa objetivou criar 13.000 novos espaços prisionais, sob a forma de 25 novas prisões⁷¹. A mudança foi parcialmente motivada pela ideia de modernizar o serviço penitenciário, bem como aumentar a quantidade de espaços disponíveis e melhorar as condições, e ao mesmo tempo reduzir os custos do encarceramento⁷². No entanto, ao contrário de outras jurisdições, a privatização francesa seria parcial e levaria à criação de, nos termos de Harding, instituições “*semi-privées*”⁷³, em outras palavras, uma parceria público-privada. Como mencionado anteriormente, sob essa abordagem as “funções de custódia permanecem com o Estado, enquanto os serviços de suporte são oferecidos por meio de contratos”.^{74 75}

Em troca de prover o aquecimento, alimentação, assistência médica, trabalho para prisioneiros e manutenção geral, o subempreiteiro recebe uma taxa diária por prisioneiro.⁷⁶ Para gerar lucro, a entidade privada pode reduzir “o custo dos serviços prestados aos prisioneiros [ou até cobrar] uma taxa mais alta de trabalho prisional do

68 Tradução Livre. Citação original: “they [private prisons] were born of a fundamentally unjust incarceration, and they require the continuation of those dynamics in order to grow in their current form”.

69 Donna Selman and Paul Leighton, *Punishment for Sale: Private Prisons, Big Business, and the IncarcerationBinge* (Rowman & Littlefield Publishers 2010) 6.

70 Loi n°87-432 du 22 Juin 1987 relative au Service Public Pénitentiaire.

71 Combessie (n 33) 255.

72 ibid 256

73 Harding (n 36) 274.

74 Tradução Livre. Citação original: “custodial functions remain with the State while support services are tendered through contracts”.

75 Rynne and Harding (n 34) 153-54.

76 Combessie (n 33) 256.

que o custo do salário dos prisioneiros”.^{77 78}

A abordagem “*wholesale*”, adotada inicialmente no Reino Unido, mas também na Austrália e nos Estados Unidos da América (doravante “EUA”), na qual as entidades privadas constroem e administram integralmente as prisões, também foi rejeitada na Alemanha⁷⁹ em favor de uma sistema de gestão “*semi-privée*”. Embora a lei penal e penitenciária “seja uma questão de competência federal, a administração penitenciária e a administração cotidiana das prisões são de responsabilidade dos estados federais.”⁸⁰ Além disso, “a primeira prisão construída por uma companhia privada foi inaugurada em 1996, em Waldeck, próximo a Rostock, na parte leste da Alemanha, enquanto a administração privada das prisões começou apenas neste século.”^{82 83} No entanto, o direito constitucional alemão impõe limites sobre quais funções do Estado podem ser delegadas às empresas privadas.⁸⁴ Assim, embora semelhante ao modelo francês, a privatização penitenciária alemã não tem sido tão extensa. Até o momento, as entidades privadas operam em cinco prisões em quatro estados diferentes e, no caso da prisão de Waldeck, a entidade privada construiu e posteriormente alugou a instituição ao Estado.⁸⁵ Devido ao requisito constitucional de que “poderes soberanos” sejam confiados a funcionários públicos,⁸⁶ “contratantes particulares não realizam nenhuma atividade de execução, guarda ou trato com prisioneiros. Em vez disso, eles lidam com atividades como manutenção e operação de cozinhas e oficinas.”^{87 88}

Ao contrário da França e do Reino Unido, “a Austrália não tem um longo

77 Tradução Livre. Citação original: “the cost of services to prisoners [or even charge] companies a higher rate for prison labour than the cost of prisoners’ salary”

78 *ibid.*

79 Rob Allen, ‘Global Prison Trends 2015’ (Penal Reform International, 2015) 24.

80 Tradução Livre. Citação original: “is a matter of federal competence, the prison administration and day-to-day running of prisons are the responsibility of federal states”.

81 van Zyl Smit and Dünkel (n 1) 288.

82 Tradução Livre. Citação original: “the first prison built by a private company was opened in 1996 in Waldeck near Rostock in the eastern part of Germany, while the private management of prisons was only started in this century”.

83 Manfred Nowak, *Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization* (University of Pennsylvania Press 2016) 126.

84 *ibid* 127-28.

85 Jonas Mueller-Töwe, ‘Geheime Verträge, versteckte Kosten. Warum Private Dienstleister Deutschlands Gefängnisse nicht billiger, sondern teurer machen’, *Correctiv* (Correctiv, 12 November 2015) <https://correctiv.org/recherchen/stories/2015/11/12/teilprivatisierte-gefaengnisse-der-staat-zahlt-drauf/> accessed on 6 July 2018.

86 Nowak (n 52) 127.

87 Tradução Livre. Citação original: “private contractors do not carry out any activities of enforcement, guarding, or handling prisoners. Instead, they handle activities such as maintenance and operation of kitchens and workshops”.

88 Johannes Rieckmann, ‘Privatization of Security Services: Comparing approaches to policing and prisons across the Atlantic’ (*American Institute for Contemporary German Studies*, 5 June 2017) <<https://www.aicgs.org/publication/privatization-of-security-services/>> accessed on 6 July 2018.

independente histórico de envolvimento comercial em seu sistema penal desde que o degredo terminou e a Austrália obteve sua independência. Não obstante, foi o segundo maior estado penal após os EUA a demonstrar interesse de envolvimento em larga escala na recente onda de privatizações”.^{89 90} Em 1989, a *Corrections Corporation* da Austrália foi contratada para gerenciar e operar a primeira prisão privada na Austrália: Borallon Centro Correccional.⁹¹ A Austrália apesar de ter apenas nove instituições contratadas em um total de 101 instalações prisionais, detém a maior parcela de indivíduos encarcerados em estabelecimentos privados do mundo:⁹² 18,7%.⁹³ Assim como na Alemanha, a administração penitenciária e o trabalho prisional são da competência dos estados e territórios australianos.⁹⁴ Portanto, enquanto algumas prisões adotaram a abordagem “*wholesale*”, como a prisão de Ravenhall, em Victoria,⁹⁵ outros estados optaram por um sistema híbrido de prestação de serviços mais semelhante aos exemplos alemão e francês, exceto que mais serviços são terceirizados.⁹⁶

2.2.2. Trabalho prisional privado

Não obstante, este artigo enfoca o trabalho prisional privado, independentemente de este trabalho ser realizado em uma prisão privada ou pública. Como observado por Fenwick, junto com a privatização das prisões, o envolvimento do setor privado no trabalho prisional tem aumentado consideravelmente, devido aos custos crescentes de manter uma população penal em constante expansão.⁹⁷ Em 1932, a OIT identificou diferentes sistemas por meio dos quais o trabalho prisional era organizado: o sistema

89 Tradução Livre. Citação original: “Australia has not had a long independent history of commercial involvement in its penal system since transportation ended and Australia was granted independence. Nevertheless, it was the second major penal estate after the USA to show interest in large-scale involvement in the recent wave of privatization.”

90 James Mehigan, and Abigail Rowe, ‘Problematising prison privatisation: an overview of the debate’ in Yvonne Jewkes, (ed.) *Handbook on Prisons* (Willan Publishing 2007) 363-64.

91 Joseph Sozzani, ‘Privatisation in the United States and Australia: A Comparative Analysis of the Modern Privatisation Movement in Corrections’, (2001) 13(1) *Bond Law Review* 136, 156.

92 Colin Penter, ‘The power of the corporate (private) prison industry’ (*The Stringer*, 14 April 2014) <<http://thestringer.com.au/the-power-of-the-corporate-private-prison-industry-and-why-australia-has-the-highest-proportion-of-private-prisons-in-the-world-7189?cv=1>> accessed on 15 July 2018.

93 Productivity Commission for the Steering Committee for the Review of Government Service Provision, *Report on Government Services 2017*, (Volume C: Justice, 2017), Table 8A.4.

94 Colin Fenwick, ‘Private Benefit from Forced Prison Labour: Case studies on the application of Convention 29’, Report to the International Confederation of Free Trade Unions (Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne School of Law, 2000-2001) 19.

95 Jesuit Social Services (n 40) 6.

96 *ibid.*

97 Colin Fenwick, ‘When Privatization means exploitation: Prison labour in privatized facilities’ in International Labour Organisation, *Fundamental Rights at Work: Overview and Prospects* (Labour Education 122(1) 2005) 40-43.

de concessão, o sistema de contratos especiais e o sistema geral de contratos.⁹⁸ Ainda, em 1955, um relatório das Nações Unidas sobre o trabalho prisional “denunciou [a] concessão e os sistemas de contrato do trabalho prisional como violação da Convenção sobre o Trabalho Forçado N° 29, mas foi brando no que diz respeito às formas de (...) trabalho dos prisioneiros para os empregadores privados.”^{99 100} Além disso, existem várias maneiras pelas quais as entidades privadas podem se envolver no trabalho prisional. Por exemplo, os prisioneiros podem trabalhar em uma entidade privada “como parte de um esquema de educação ou treinamento para obter qualificações; podem trabalhar em oficinas dentro da prisão para produzir bens que serão vendidos para entidades privadas no mercado aberto; podem trabalhar fora da prisão para uma entidade privada como parte de um esquema pré-liberação; [e] os prisioneiros podem fornecer o trabalho dentro nas prisões, o que contribui com o funcionamento de prisões dirigidas por entidades privadas.”^{101 102} No entanto, em várias ocasiões esses arranjos conflitaram com normas ratificadas internacionalmente.

3. Padrão internacional

A próxima seção identifica os requisitos os quais os signatários da Convenção devem cumprir e demonstra que, embora, *prima facie*, incompatível com a norma, o sistema de trabalho privatizado pode ser implementado, mas possui requisitos adicionais que devem ser respeitados.¹⁰³ Eu pretendo usar esses indicadores de boas práticas e identificar qual abordagem estatal é preferível para desenvolver um modelo de estrutura. Essa área tem recebido pouca atenção nas pesquisas existentes e a lei sobre esse tópico parece estar subdesenvolvida em muitas jurisdições.¹⁰⁴

98 See International Labour Organisation, ‘Prison Labour I’ (n 15) 319.

99 Tradução Livre. Citação original: “denounced [the] lease and contract systems of prison labour as a violation of the Forced Labour Convention No. 29, but was lenient with regard to forms of (...) labour by prisoners for private employers”

100 Gerad De Jonge, ‘Still Slaves of the State: Prison Labour and International Law’ in Dirk van Zyl Smit and Frieder Dünkel, *Prison Labour: Salvation or Slavery?* (Ashgate Dartmouth 1999).

101 Tradução Livre. Citação original: “as part of an education or training scheme to obtain qualifications, prisoners may work in workshops within the prison to produce goods which are sold to private entities in the open market, prisoners may work outside prison for a private entity as part of a pre-release scheme [and] prisoners may provide labour within prisons which contribute to the running of prisons run by private entities”

102 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 89th Session, (2001), 39.

103 *ibid* 47ff.

104 Lee Swepston, ‘Prison Labour and International Human Rights’ (2001) 52 *Industrial Relations Research Association* 359.

3.1. Convenção sobre o Trabalho Forçado N° 29

A Convenção sobre o Trabalho Forçado (N° 29) é uma das oito convenções fundamentais da OIT. Em vigor desde 1932, a Convenção é a mais ratificada pelos Estados membros: 178, com algumas exceções, como os EUA e a China. O principal objetivo da Convenção está consagrado em sua primeira disposição, pela qual as partes da Convenção se comprometem a “suprimir o uso de trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas dentro do menor período possível”.^{105 106} De fato, a Convenção “foi adotada para desenvolver os aspectos trabalhistas da Convenção da Escravidão”^{107 108}, elaborados pela Liga das Nações em 1926. Em outras palavras, as convenções da OIT foram inicialmente concebidas pela comunidade internacional como um meio de erradicar a escravidão.¹⁰⁹ Nos termos do Artigo 2(1), o trabalho forçado ou obrigatório abrange “todo o trabalho ou serviço exigido de qualquer pessoa sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual a pessoa não se ofereceu voluntariamente”.^{110 111} No entanto, a proibição não é absoluta. A norma identifica cinco exceções à regra.¹¹² Focamos na terceira exceção, do artigo 2(2)(c).

3.2. Art. 2(2)(c)

Segundo este dispositivo, o trabalho prisional se distancia do trabalho forçado se for imposto “como uma consequência da condenação pelo tribunal, desde que o referido trabalho ou serviço seja realizado sob a supervisão e controle da autoridade pública e que essa pessoa não seja contratada ou colocada à disposição de particulares, companhias ou associações”.^{113 114} Contudo, isso não exclui a prática do conceito de trabalho forçado ou obrigatório. Não obstante, foi incorporado na Convenção já que “os benefícios de

105 Tradução Livre. Citação original: “to suppress the use of forced or compulsory labour in all its forms within the shortest possible period”.

106 Convention Concerning Forced or Compulsory Labour Convention, 1930 (No. 29) of the International Labour Organisation, Art.1(1).

107 Tradução Livre. Citação original: “was adopted to develop the labour related aspects of the Slavery Convention”.

108 Swepston (n 69) 361.

109 Fenwick, ‘Private Benefit from Forced Prison Labour’ (n 61) 4.

110 Tradução Livre. Citação original: “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”

111 Forced Labour Convention (n 70) Art. 2(1).

112 *ibid*, Art. 2(2)(a)-(e).

113 Tradução Livre. Citação original: “as a consequence of a conviction in a court of law, provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations”.

114 *ibid*, Art. 2(2)(c).

excepcionar o trabalho prisional (...) se davam [direta ou indiretamente] no interesse da sociedade em geral”^{115 116}. Um exemplo seria um local onde os prisioneiros participassem das atividades de construção pública.¹¹⁷ Além disso, a sociedade obtém um benefício indireto do emprego de prisioneiros, destacando-se a perspectiva de reabilitação, que acaba contribuindo para a redução da reincidência. No entanto, certas condições devem ser satisfeitas para assegurar a conformidade com a norma e evitar a exploração. Curiosamente, embora a norma proteja os prisioneiros do trabalho forçado em benefício privado, ela não impede sua exploração pelo Estado.

3.2.1. Condenação em Tribunal

Embora simples, esse requisito garante que o trabalho prisional seja imposto apenas quando os princípios gerais da lei, como a presunção de inocência e igualdade perante a lei, são respeitados.¹¹⁸ Em que pese a redação do dispositivo proíba os prisioneiros que aguardam julgamento sejam colocados sob a obrigação de executar trabalho, o Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (posteriormente “CEACR”¹¹⁹) observou que a própria Convenção não os impede de participar voluntariamente do trabalho.¹²⁰

3.2.2. Supervisão e controle da autoridade pública

Em segundo lugar, o trabalho prisional deve ser supervisionado e controlado por uma autoridade pública. Nos casos em que uma entidade privada está envolvida no trabalho prisional, surgem problemas de conformidade. Fenwick observa que esse elemento tem uma função protetiva específica. Isso se deve ao fato de que “o foco inevitável de uma entidade privada em seus próprios interesses comerciais aumenta a perspectiva de um

115 Tradução Livre. Citação original: “the benefits of exempting prison labour (...) were [directly or indirectly] in the interests of society in general.”

116 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 38.

117 *ibid.*

118 International Labour Organisation, *Eradication of Forced Labour: General Survey by the CEACR*, Report III (Part 1B), ILC 96th Session, (2007) 26.

119 A sigla se refere ao nome em inglês, qual seja: *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*.

120 International Labour Organisation, *General Survey on the Reports concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, Report III, ILC 52nd Session, (1968) 211.

conflito com os objetivos reformativos do Estado”.^{121 122} Assim, esse requisito procura assegurar que, em vez de simplesmente proporcionar benefícios privados, o trabalho prisional gere um benefício público mais amplo.¹²³ Além disso, o CEACR tem notado que, como os prisioneiros não desfrutam dos mesmos direitos que os trabalhadores livres, as autoridades públicas devem exercer supervisão e controle para impedir que as entidades privadas determinem as condições de emprego dos prisioneiros.¹²⁴ Ao contrário de outros requisitos da Convenção, o CEACR ainda não identificou nenhum nível específico de supervisão ou controle. No entanto, o Comitê tem deixado claro que “se a supervisão e o controle forem restritos a autoridade pública, para inspecionar as instalações periodicamente, isto por si não parece cumprir os requisitos”^{125 126}. Finalmente, a “supervisão e o controle devem ser eficazes, sistemáticos e regulares, e devem ser levados em consideração para os serviços dos fiscais do trabalho do governo.”^{127 128}

3.3. Requisitos para o emprego de prisioneiros por entidades privadas

3.3.1. Privatização do trabalho prisional

O final do século XX foi marcado por desenvolvimentos nos sistemas penais dos Estados membros da OIT que tiveram um impacto significativo na aplicação da Convenção. Atualmente, as empresas privadas costumam tanto empregar - dentro e fora das instalações penitenciárias – prisioneiros alojados em instituições públicas, quanto empregar prisioneiros alojados onde a administração prisional foi delegada a uma empresa privada.¹²⁹ Consequentemente, existe um nexo triangular entre os prisioneiros, os serviços prisionais e as companhias privadas.¹³⁰ Além disso, os requisitos da supervisão e controle públicos, bem como a condição de que os prisioneiros não podem ser contratados

121 Tradução Livre. Citação original: ‘the inevitable focus of a private entity on its own business interests raises the prospect of a conflict with the reformative aims of the State’.

122 Fenwick, ‘Private Use of Prisoners Labour’ (n 19) 270-71.

123 *ibid.*

124 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 86th Session, (1998) 31.

125 Tradução Livre. Citação original: “if the supervision and control are restricted to a public authority to inspect the premises periodically, this by itself would not appear to meet the requirements”

126 *ibid* 32.

127 Tradução Livre. Citação original: “supervision and control must be effective, systematic, and regular and should be considered a matter for the services of government labour inspectors”.

128 International Labour Organisation, *Eradication of Forced Labour* (n 78) 65.

129 International Labour Organisation, *Giving Globalisation a Human Face: General Survey by the CEACR*, Report III (Part 1B), (2012), 123.

130 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 82) 31.

ou colocados à disposição das entidades privadas aplicam-se independentemente e cumulativamente. Em outras palavras, “o fato de o prisioneiro permanecer em todo o tempo sob a supervisão e controle da autoridade pública não dispensa por si o governo de cumprir uma segunda condição, qual seja a de que a pessoa não é contratada ou colocada à disposição de particulares, companhias ou associações”.¹³¹¹³²

3.3.2. “Contratado ou colocado à disposição de”

Implicitamente, surge um problema de compatibilidade no que se refere às prisões privadas. O CEACR tem observado que “nas prisões privadas existem duas formas inter-relacionadas de limitação: primeiro, a empresa privada que opera uma prisão inclui o trabalho prisional no seu cálculo de lucros, e, segundo, a empresa privada não é apenas uma usuária do trabalho prisional, mas também exercita, na lei ou na prática, uma importante parte da autoridade que pertence à administração penitenciária.”^{133 134} Não obstante, vários argumentos têm sido aprimorados, os quais sugerem que o prisioneiro empregado por entidades privadas (em qualquer tipo de acordo), nunca é de fato “contratado ou posto à disposição” de tal órgão. Por exemplo, um representante do Estado argumentou que apenas nas situações onde o prisioneiro é “empregado por uma empresa privada, (...) ou onde o prisioneiro é colocado em uma posição de servidão em relação à empresa privada, mas não onde o desempenho do trabalho era apenas uma das condições da prisão imposta pelo Estado”^{135 136} é que ele será considerado como sendo contratado ou colocado à disposição de uma empresa privada. Ademais, uma organização membro empregadora opinou que devido à natureza atípica de tais acordos contratuais,¹³⁷ nos quais o Estado subsidia os contratados privados com uma taxa *per capita* acordada,¹³⁸

131 Tradução Livre. Citação original: “the fact that the prisoner remains at all times under the supervision and control of a public authority does not in itself dispense the government from fulfilling the second condition, namely that the person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations.”

132 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 40.

133 Tradução Livre. Citação original: “in private prisons there are two inter-related forms of constraint: first, the private enterprise operating a prison includes prison labour in its profit calculations and, second, the private enterprise is not only a user of prison labour, but also exercises, in law or in practice, an important part of the authority which belongs to the prison administration”

134 International Labour Organisation, *Summary of Reports*, Report III (Parts 1, 2 and 3), ILC 82nd Session, (1995), 90.

135 Tradução Livre. Citação original: “employed by the private company (...) or where the prisoner was placed in a position of servitude in relation to the private company, but not where the performance of work was merely one of the conditions of imprisonment imposed by the state”

136 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 31.

137 *ibid.*

138 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 29) 95.

eles não equivalem a um acordo de contratação e, portanto, os prisioneiros não são contratados ou colocados à disposição das empresas privadas. Isso também é apoiado pelo fato de não existir acordo contratual entre a empresa e o prisioneiro. Por fim, vários governos sustentam que as empresas privadas são limitadas pelas regras estabelecidas pelo poder público e, portanto, não gozam de “discrição absoluta sobre o tipo de trabalho que poderiam solicitar ao prisioneiro”.^{139 140} Ainda assim, o CEACR discorda, já que “as disposições do artigo 2(2)(c), não estão condicionadas a nenhum tipo particular de relação jurídica.”^{141 142} Em outras palavras, eles aplicam independentemente da relação, sob a forma de um contrato ou de outro, existir entre a entidade privada e o prisioneiro, o que derrota as reivindicações apresentadas acima. No geral, como será explorado, embora a Convenção proíba o trabalho forçado para fins de lucro ou benefício privado, ela não impede o trabalho prisional consensual para fins de lucro ou benefício privado.¹⁴³

3.3.3. Lucro ou benefício privado

O CEACR observou que nenhuma condição que exclui o lucro para entidades privadas jamais foi exemplificado¹⁴⁴. Ao mesmo tempo, o Comitê opina que “a universal aceitação do princípio do livre mercado pode exigir requisitos legais obsoletos da Convenção básica de direitos humanos.”^{145 146} Portanto, embora não exista uma proibição estrita, é importante que a norma anti escravidão prevaleça sobre as considerações econômicas. Por outro lado, na minha visão, permitir que entidades privadas obtenham lucros derivados do trabalho prisional pode exacerbar o risco de exploração.

3.4. Voluntariedade

Fenwick explica que “mais do que permitir o trabalho voluntário, no entanto, a Convenção 29 positivamente exige que o trabalho prisional em benefício de interesses

139 Tradução Livre. Citação original: “absolute discretion over the type of work they could request the prisoner to do”.

140 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 31.

141 Tradução Livre. Citação original: “the provisions of Article 2(2) (c) are not conditioned on any particular kind of legal relationship”

142 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 82) 31.

143 International Labour Organisation, *Summary Reports on Ratified Conventions*, Report III (Part I), ILC 38th Session, (1955), 83.

144 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 29) 96.

145 Tradução Livre. Citação original: “the universal acceptance of the freemarket principle might make obsolete legal requirements of a basic human rights Convention”

146 *ibid* 96.

privados deve ser executado voluntariamente.”^{147 148} O Comitê identificou dois requisitos que devem ser satisfeitos para garantir a voluntariedade por parte dos prisioneiros: o livre consentimento e as condições sob as quais os prisioneiros realizam trabalho devem “aproximar-se de uma relação de trabalho livre.”¹⁴⁹¹⁵⁰

3.4.1. Livre consentimento

Com relação ao consentimento, surge uma difícil questão: “se os prisioneiros, a despeito das circunstâncias de cativeiro, podem estar numa situação de verdadeira voluntariedade laboral, na qual eles se ofereçam voluntariamente e sem a ameaça de qualquer penalidade, incluindo a perda de direito ou privilégio, para que seu trabalho não se enquadre na definição de trabalho forçado ou obrigatório”.^{151 152} Esse requisito busca proteger os prisioneiros da exploração, uma vez que “o trabalho prisional é trabalho cativo no sentido pleno do termo, ou seja, em contraste com os trabalhadores temporários, esses trabalhadores não têm acesso, legal e na prática, a empregos fora do ambiente prisional. De fato, na maioria dos casos, seu trabalho não é coberto por nenhuma lei trabalhista”.^{153 154} Além disso, como mencionado, é importante que o trabalho continue sendo uma escolha real e não aquela em que a recusa levaria a qualquer prejuízo para os prisioneiros, como “permanecer confinado” em suas celas por períodos irracionalmente longos, sem alternativa ao tédio ou sendo prejudicados em qualquer programa de liberação precoce por falta de trabalho.”^{155 156} Assim, o Comitê opinou que, dadas as circunstâncias de cativeiro dos presos, o consentimento formal deveria ser por escrito.¹⁵⁷ Ainda assim, esse requisito não é suficiente em seus próprios termos. “O indicador mais

147 Tradução Livre. Citação original: “more than permitting voluntary labour, however, Convention 29 positively requires that prison labour for the benefit of private interests must be performed voluntarily”

148 Fenwick, ‘Private Benefit from Forced Prison Labour’ (n 61) 14.

149 Tradução Livre. Citação original: “approximate a free labour relationship”.

150 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 44.

151 Tradução Livre. Citação original: “whether prisoners, notwithstanding their captive circumstances, can be in a situation of truly voluntary labour, for which they have offered themselves voluntarily and without the menace of any penalty, including the loss of a right or a privilege, so that their work does not come under the definition of forced or compulsory labour”

152 International Labour Organisation, *Eradication of Forced Labour* (n 78) 29.

153 Tradução Livre. Citação original: “prison labour is captive labour in the full sense of the term, namely, in contrast to temporary workers these workers have no access, in law and in practice, to employment outside the prison environment. Indeed, in most cases their work is covered by no labour law whatsoever”

154 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 82) 31.

155 Tradução Livre. Citação original: “remaining confined in their cells for unreasonably long periods, having no alternative to boredom, or being disadvantaged in any early release programme because of failure to undertake work”

156 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 43.

157 International Labour Organisation, *Eradication of Forced Labour* (n 78) 65.

confiável e aberto de voluntariedade pode ser obtido das circunstâncias e condições sob as quais o trabalho é realizado e se essas condições se aproximam às de uma relação de emprego livre”.¹⁵⁸¹⁵⁹

3.4.2. “Condições que se aproximam as de uma relação de emprego livre”

O CEACR considera que o trabalho prisional em benefício de interesses privados só é compatível com a Convenção, quando o consentimento é dado livremente pelas pessoas envolvidas, “além de se adicionar garantias e salvaguardas que abarquem os elementos essenciais de uma relação de trabalho, como o nível de salários, a extensão da seguridade social e a aplicação dos regulamentos de segurança e saúde.¹⁶⁰ No entanto, até que ponto essas condições devem se assemelhar as dos trabalhadores livres? “Se a lei trabalhista normal fosse aplicada, isso poderia implicar que todas as condições de trabalho, incluindo salários, previdência social, segurança e saúde e inspeção trabalhista comparáveis àquelas prevalecentes no mercado de trabalho livre seriam necessárias”.^{161 162} No entanto, apesar das diferenças em termos de salário e previdência social serem aceitáveis, não é permitida variação no que diz respeito à segurança e à saúde ocupacional.¹⁶³ Algumas deduções “são, por vezes, justificadas com base na menor produtividade do trabalho prisional; ou (...) porque [os prisioneiros] realizam um trabalho com custos muito mais baixos que, de outra forma, não seriam economicamente viáveis”.¹⁶⁴¹⁶⁵ Além disso, seus salários podem ser usados para compensar as vítimas junto com a prestação de alimentos ou outras obrigações relevantes.”¹⁶⁶ Finalmente, são feitas deduções em relação à pensão e ao alojamento dos prisioneiros.¹⁶⁷ No entanto, o CEACR declarou que, embora essas condições não precisem refletir as condições aplicáveis em

158 Tradução Livre. Citação original: “The most reliable and overt indicator of voluntariness can be gleaned from the circumstances and conditions under which the labour is performed and whether those conditions approximate a free employment relationship”

159 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 44.

160 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 106th Session, (2017), 252.

161 Tradução Livre. Citação original: “If normal labour law were to apply, this might imply that all conditions of work, including wages, social security, safety and health and labour inspection comparable to those prevailing on the free labour market would be required.”

162 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 46.

163 International Labour Organisation, *Eradiation of Forced Labour* (n 78) 65-66.

164 Tradução Livre. Citação original: “are sometimes said to be justified on the basis that there is lower productivity of prison labour; or (...) because [prisoners] carry out work at much lower cost which would otherwise not be economically feasible”

165 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 46.

166 *ibid* 46.

167 *ibid*.

uma relação de trabalho livre, elas “não devem ser tão desproporcionalmente inferiores ao mercado livre que possam ser caracterizadas como exploradoras”.^{168 169} Embora impreciso, o requisito visa estabelecer uma referência para determinar se acordos particulares são abusivos. Ao realizar tal avaliação, as condições acima mencionadas devem ser “pesadas juntamente com as circunstâncias sob as quais o consentimento formal foi concedido, a fim de verificar se a Convenção está sendo respeitada quando entidades privadas estão envolvidas com trabalho prisional”.^{170 171}

3.5. Trabalho Significativo

Embora não faça parte da Convenção, deve ser inserido o requisito de que os serviços prisionais ofereçam um trabalho “significativo”. Além dos critérios identificados pelo CEACR, tal obrigação ajudaria a “proteger contra o risco de que os objetivos do negócio privado (...) conflitem com o propósito reformador do trabalho pelos prisioneiros”.^{172 173} De fato, o trabalho prisional deve ser realizado devido aos seus efeitos reabilitadores e restaurativos. No entanto, nem todo emprego servirá a esse propósito. A adição de trabalho “significativo”, “intencional” ou “útil” é, portanto, necessária. Ele deve ser interpretado como emprego que concede “habilidades e hábitos profissionais aos prisioneiros (...) [bem como] competência social e pessoal”.^{174 175} Se os prisioneiros forem submetidos aos programas de trabalho que forneçam pouco valor de reabilitação, “eles não terão incentivo para participar ativamente do programa de trabalho e desenvolver bons hábitos de trabalho”.^{176 177} Portanto, o “trabalho significativo” poderia potencialmente ajudar a reduzir a reincidência, bem como proteger os prisioneiros da exploração. No entanto, embora seja preferível, um trabalho significativo, ou “trabalho real” nas palavras

168 Tradução Livre. Citação original: “should not be so disproportionately lower than the free market that it could be characterised as exploitative.”

169 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 47.

170 Tradução Livre. Citação original: “weighed together with the circumstances under which formal consent has been given in order to ascertain whether the Convention is being respected when private entities are involved with prison labour.”

171 *ibid.*

172 Tradução Livre. Citação original: “guard against the risk that private business goals (...) conflict with the reformatory purpose of prisoners’ labour”.

173 International Labour Organisation, *Fundamental Rights at Work: Overview and Prospects* (n 64) 277.

174 Tradução Livre. Citação original: “employment skills and habits to prisoners (...) [as well as] social and personal competence”.

175 Phelan (n 26) 1758.

176 Tradução Livre. Citação original: “they will have no incentive to participate actively in the work program and develop good work habits”

177 *ibid.*

da Liga Howard para a Reforma Penal, se fornecido pelas empresas, “deve obter lucro”.¹⁷⁸ Em consequência, nem sempre será fácil oferecer-lhes esse emprego.

4. Os casos da França, Alemanha e Austrália

Ao delegar a administração penitenciária ou confiar certas funções correcionais ao setor privado, França, Alemanha e Austrália podem encontrar-se em desacordo com a Convenção. De fato, seus modelos diferem e todos foram sujeitos a comentários da OIT quanto à conformidade. Esta seção procura identificar diferenças institucionais com o objetivo de discernir a abordagem preferível e estabelecer um modelo de estrutura. Dado o espaço limitado para discussão, vou me concentrar nas garantias mais controversas.

4.1. Requisitos

4.1.1. Supervisão e controle pela autoridade pública

Na França, os prisioneiros, que realizam trabalho, são monitorados por supervisores. Assegura-se que as regras disciplinares e de saúde e segurança sejam cumpridas.¹⁷⁹ Nos casos dos prisioneiros, que trabalham para empresas privadas, os supervisores são empregados dessas últimas e credenciados pelo Diretor Inter-Regional de Serviços Penitenciários.¹⁸⁰ Uma circular do governo de 1999, que regula as relações entre os serviços de inspeção laboral e a administração penitenciária, contém várias disposições, que regem as inspeções penitenciárias.¹⁸¹ A Inspeção Laboral no Ministério do Trabalho tem um poder limitado para realizar inspeções.¹⁸² De fato, o diretor de uma penitenciária deve garantir a cada ano que inspeções regulares ocorram. Após a inspeção, os funcionários devem comunicar suas descobertas à administração da prisão, que deve responder dentro de dois meses.¹⁸³ No entanto, em contraste com o “mercado de trabalho livre”, seus poderes são limitados aos campos de higiene e segurança no

178 The Howard League for Penal Reform, ‘Business Behind Bars Making Real Work in Prison Work’ (London, 2011), 12.

179 Code de Procédure Pénale, Art. D433-5.

180 *ibid.*

181 Caroline Mandy, *L’inspection du travail en prison*, Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l’Emploi (Bordeaux, December 2017), 2.

182 Code de Procédure Pénale, Art. D433-8.

183 Laure Anelli and Cécile Marcel, ‘Inspecteur du travail en prison: un pouvoir limité’ (*Dedans-Dehors* 14 February 2018) <<https://blogs.mediapart.fr/observatoire-international-des-prisons-sectionfrancaise/blog/140218/inspecteur-du-travail-en-prison-un-pouvoir-limite>> accessed on 15 July 2018.

local de trabalho.¹⁸⁴ É o diretor da penitenciária que deve convidar os inspetores¹⁸⁵. A Circular e a legislação são silentes quanto à possibilidade de autorreferência e, portanto, a capacidade de intervenção dos inspetores é mais uma recomendação do que uma supervisão e controle. Ao que diz respeito às empresas privadas, o inspetor comunicará suas conclusões à própria empresa e o diretor da prisão poderá impor um embargo a ela.¹⁸⁶ Assim, embora o CEACR não tenha esclarecido o nível de supervisão e controle públicos necessários e os poderes da inspeção do trabalho sejam limitados, a França possui um mecanismo de supervisão para evitar formas mais óbvias de exploração. No entanto, os funcionários públicos não são encarregados da tarefa de supervisionar o trabalho prisional privado.

Na Alemanha, a situação é diferente. Embora os modelos germânico e francês de privatização das prisões sejam virtualmente idênticos em outros aspectos, “os funcionários da empresa privada (...) [têm] o direito de emitir instruções relacionadas ao trabalho [mas] a supervisão dos prisioneiros e todas as decisões relativas ao seu tratamento permanecem sob a responsabilidade da autoridade de execução penal”.^{187 188} Além disso, o CEACR reconheceu que na Alemanha, os “prisioneiros permanecem todo o tempo sob a autoridade e controle da administração penitenciária”,^{189 190} como “quando o trabalho é realizado para empresas privadas nas prisões, apenas o material para o trabalho é trazido para dentro das prisões pelas empresas, sendo a supervisão dos prisioneiros de exclusiva responsabilidade dos funcionários da prisão”,^{191 192} correspondendo ao sistema de contratos especiais do trabalho prisional.¹⁹³ Além disso, “as oficinas prisionais podem ser investigadas próprios inspetores [dos Länders] ou por inspetores de associações de seguros de acidentes mútuos.”^{194 195} Consequentemente, pode-se observar que o regime

184 Code de Procédure Pénale, Art. D433-5.

185 Anelli and Marcel (n 120).

186 Mandy (n 118) 2.

187 Tradução Livre. Citação original: “the staff of the private enterprise (...) [has] the right to issue work related instructions [but] the supervision of prisoners and all decisions related to inmate treatment remain the responsibility of the penal enforcement authority.”

188 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 104) 198.

189 Tradução Livre. Citação original: “prisoners remain at all times under the authority and control of the prison administration”.

190 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 101st Session, (2012), 262.

191 Tradução Livre. Citação original: “when work is carried out for private companies in prisons, only the material for the work is brought into the prison by the companies, the supervision of the prisoners concerned being the sole responsibility of the prison staff”.

192 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 98th Session, (2009), 214.

193 International Labour Organisation, ‘Prison Labour I’ (n 15) 319.

194 Tradução Livre. Citação original: “prison workshops may be investigated by the [Länder’s] own inspectors or by mutual accident insurance association inspectors.”

195 International Labour Organisation, *Extension of the Labour Inspection Convention, (1947) (No. 81)*,

de supervisão alemão é compatível com a Convenção e assegura que o trabalho realizado pelos prisioneiros seja sempre supervisionado por funcionários públicos.

Por outro lado, a Austrália tem seguido um caminho diferente, uma vez que cada estado é competente para regular suas respectivas administrações penitenciárias. Por exemplo, na Austrália do Sul, a Lei de Serviços Correcionais de 1982 limita a extensão, que as funções correcionais podem ser delegadas a empresas privadas, deixando o Departamento de Serviços Corretivos (“DCS”) encarregado de funções não delegáveis. Consequentemente, o DCS emprega supervisores de duas unidades “que fazem parte da estrutura organizacional da G4S”,^{196 197} a entidade que administra a prisão de Mount Gambier. Além disso, um oficial de conformidade do contrato, nomeado pelo estado, trabalha no local e garante que os termos contratuais sejam cumpridos.¹⁹⁸ Por outro lado, outros estados, como Victoria, que optaram pela abordagem *wholesale* da privatização das prisões, encontram-se em desacordo com a Convenção, pois o CEACR observou que a norma “não permite delegação total de supervisão ou controle para empresas privadas.”^{199 200} Segundo este modelo, a gestão da instituição é organizada conforme as condições contratuais entre a autoridade pública e a entidade privada. O governo australiano tem argumentado que, como a entidade privada administra a instituição em seu nome, regulamentada por contrato,²⁰¹ além do fato de que um Ouvidor, um Auditor Geral e o Escritório de Revisão de Serviço Correcionais examinam prisões particulares,²⁰² os prisioneiros em prisões privadas estariam sob “a supervisão” de uma autoridade pública. Além disso, a Austrália sustenta que, como “o setor privado não tem direitos em relação ao estabelecimento de condições para o trabalho dos prisioneiros”,^{203 204} a entidade em questão não controla seu trabalho. Portanto, embora exista alguma forma de supervisão e controle, ela pode ser caracterizada como fraca, especialmente porque os contratos de administração penitenciária normalmente não estão disponíveis ao público,²⁰⁵ o que é considerado como um arranjo insatisfatório.

to activities in the non-commercial services sector, Report VI (1), ILC 82nd Session, (1995), 17.

196 Tradução Livre. Citação original: “that form part of the organisational structure of G4S”

197 Jane Andrew, Max Baker and Philip Roberts, *Prison Privatisation in Australia: The State of the Nation*, (University of Sydney 2016) 31.

198 *ibid* 32.

199 Tradução Livre. Citação original: “does not allow full delegation of supervision or control to a private business”.

200 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 87th Session, (1999), 109.

201 *ibid*.

202 Andrew, Baker and Roberts (n 129) 40.

203 Tradução Livre. Citação original: “the private sector has no rights in relation to establishing conditions for the work of prisoners”

204 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 99th Session, (2010), 222.

205 Andrew, Baker and Roberts (n 129) 4.

4.1.2. “Contratado para ou colocado à disposição de”

A relação triangular descrita acima surge em todas as jurisdições, que permitem o emprego de prisioneiros por órgãos privados. Isso significa que, uma vez que um acordo contratual seja alcançado entre a empresa externa e o governo, os prisioneiros serão “contratados para” aquela.

Na França, o trabalho prisional é realizado de três maneiras: trabalho de serviço geral, trabalho para o Conselho Industrial de Estabelecimentos Prisionais e contratação de trabalho prisional por empresas privadas.²⁰⁶ No que diz respeito ao último, “a relação de trabalho entre o detento e a empresa, que utiliza a mão de obra ou responsável pela função de trabalho, não dá origem a um contrato de emprego, uma vez que a empresa é privada de uma grande proporção dos direitos e obrigações que incumbem ao empregador, particularmente em termos de recrutamento e demissão, designação e destituição de atribuição, a cargo de funcionários públicos”.²⁰⁷ ²⁰⁸ Então, o artigo 33 do *Prision Act* de 2009 estipula que a participação dos prisioneiros em atividades laborais deve ser coberta por um formulário de compromisso de trabalho, assinados por ambos, a administração prisional e o prisioneiro,²⁰⁹ mas não pelo contratante. O documento “especifica os assuntos como “a contratação, a duração do trabalho, a remuneração, os períodos de teste, as condições relacionadas à suspensão e o término da relação de trabalho e os requisitos relacionados à frequência regular ”²¹⁰ ²¹¹ com o objetivo de reconhecer “o prisioneiro como um sujeito de direitos trabalhistas”²¹² ²¹³ em conformidade com o princípio da ressocialização. O governo francês não tem contestado o fato de que os prisioneiros, que trabalham para interesses privados, são “contratados para” a entidade privada, pois sustentam que esse trabalho “não é exigido sob a ameaça de qualquer

206 International Labour Organisation (n 29) 125.

207 Tradução Livre. Citação original: “the labour relationship between the detainee and the enterprise using the labour or responsible for the work function do not give rise to an employment contract, as the enterprise is deprived of a large proportion of the rights and obligations incumbent on the employer, particularly in terms of recruitment and dismissal, assignment and de-assignment being carried out by public officials”

208 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 4A), ILC 83rd Session, (1996), 81- 82.

209 Loi n° 2009-1436 Pénitentiaire du 24 Novembre (1).

210 Tradução Livre. Citação original: “specifies matters such as hiring, the duration of work, remuneration, trial periods, conditions relating to the suspension and termination of the labour relationship and requirements relating to regular attendance ”

211 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29*, (France), ILC 99th Session, (2009).

212 Tradução Livre. Citação original: “the prisoner as a labour rights’ bearer”

213 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29*, (France), ILC 101st Session, (2011).

penalidade de uma pessoa que não se ofereceu voluntariamente por esse trabalho”²¹⁴ e, portanto, esta situação não é da competência da Norma. Apesar disso, a França continua violando essa condição.

Os prisioneiros empregados por entidades privadas na Alemanha podem ser divididos em dois grupos, “alguns desfrutando de todos os benefícios de uma relação de emprego livre, enquanto outros foram contratados para aqueles que usam seu trabalho sem o seu consentimento”.^{216 217} O CEACR observou que o sistema contratual especial de trabalho prisional empregado na Alemanha conflitua com a Convenção, pois os prisioneiros são “contratados para” entidades privadas.²¹⁸ Na opinião do Comitê, um prisioneiro é “tipicamente contratado para uma empresa onde não há relação contratual entre os dois, enquanto existe um contrato entre a empresa e a instituição penal sob a qual a instituição penal recebe o preço da mão-de-obra que oferece à empresa”,^{219 220} o que é o caso do sistema alemão, violando claramente a norma. Ao contrário da França, o serviço penitenciário não tem obrigação de elaborar um formulário de compromisso de trabalho para os prisioneiros que trabalham na Alemanha. No entanto, na maioria dos *Länder*, a obrigação de trabalhar permanece em vigor.

A situação da Austrália é um pouco distinta. Como mencionado, em alguns estados, entidades privadas gerenciam prisões inteiramente. No entanto, ao contrário da Alemanha e da França, o governo australiano apresenta vários argumentos no sentido de que os arranjos em torno da contratação ou disponibilização da mão-de-obra dos prisioneiros para entidades privadas são compatíveis com a Convenção. O governo acredita que os prisioneiros “não são contratados ou colocados à disposição de particulares, empresas ou associações, já que sua custódia legal não foi transferida para um provedor privado de serviços penitenciários e os prisioneiros condenados permanecem sob custódia legal do Secretário do Departamento de Justiça (Victoria) ou ao Chefe do Executivo do Departamento de Serviços Correcionais (Austrália do Sul) até

214 Tradução Livre. Citação original: “is not exacted under the menace of any penalty from a person who has not offered himself voluntarily for that work.”

215 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 137) 79.

216 Tradução Livre. Citação original: “with some enjoying the full benefit of a free employment relationship, while others were hired to those who use their labour, without their consent”

217 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 92nd Session, (2004), 132-133.

218 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 126) 215.

219 Tradução Livre. Citação original: “typically hired to an undertaking where there is no contractual relationship between the two, while a contract exists between the undertaking and the penal institution under which the penal institution is paid the price of the labour it provides to the undertaking”

220 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 85th Session, (1997), 80.

que sejam libertados da prisão”.^{221 222} Em segundo lugar, como as entidades privadas que empregam prisioneiros não têm o direito de determinar as condições de trabalho, os prisioneiros não se encontram em uma situação de completa servidão e, portanto, não são “colocados à disposição de” ninguém.²²³ Finalmente, alega que, como a relação de trabalho entre a entidade privada e o prisioneiro não é coberta por um contrato de trabalho, um prisioneiro não pode ser “contratado para” um empregador particular. No entanto, o CEACR rejeitou esses argumentos, uma vez que o requisito da Convenção que impede que os prisioneiros sejam “contratados ou colocados à disposição” de entidades privadas deve cobrir “situações em que as empresas não têm absoluta discricção sobre o tipo de trabalho que podem solicitar que o prisioneiro faça”.^{224 225} Além disso, é irrelevante que não exista uma relação contratual direta entre um empregador do setor privado e o prisioneiro. Será suficiente que “um prisioneiro seja disponibilizado como trabalhador para o setor privado, mesmo de acordo com um acordo triangular de contratação de mão-de-obra”.^{226 227} Consequentemente, a prática australiana também excede os limites estabelecidos pela norma.

4.2. Vontariedade

“O Comitê tem reconhecido que onde o trabalho é realizado sob condições aproximadas às de uma relação de trabalho livre, ou seja, com consentimento do prisioneiro e acompanhado de uma série de garantias [a contratação dos prisioneiros ou sua alocação a disposição das entidades privadas] pode ser compatível com a Convenção.”^{228 229}

221 Tradução Livre. Citação original: “are not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations, since their legal custody has not been transferred to a private provider of prison services, and sentenced prisoners remain in the legal custody of the Secretary to the Department of Justice (Victoria) or the Chief Executive of the Department of Correctional Services (South Australia) until they are released from prison.”

222 International Labour Organisation, *Giving Globalisation a Human Face* (n 85) 247.

223 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 67) 31.

224 Tradução Livre. Citação original: “situations where the companies do not have absolute discretion over the type of work they can request the prisoner to do.”

225 International Labour Organisation, *Giving Globalisation a Human Face* (n 85) 247.

226 Tradução Livre. Citação original: “a prisoner is made available as a worker to the private sector, even pursuant to a triangular labour hire arrangement.”

227 Fenwick, ‘Private Use of Prisoners Labour’ (n 19) 275.

228 Tradução Livre. Citação original: “The Committee has acknowledged that where work is performed under conditions approximating those of a free labour relationship, namely with the consent of the prisoner and accompanied by a number of guarantees, [the hiring of prisoners or their placement at the disposal of private entities] may be compatible with the Convention.”

229 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29* (n 139).

4.2.1. Consentimento livre e informado

Desde 1987, o trabalho não é mais tratado como uma obrigação, mas, ao invés disso, como um direito nas prisões francesas.²³⁰ Os prisioneiros podem solicitar que o trabalho lhes seja disponibilizado. A Lei Prisional subsequente de 2009²³¹, no entanto, coloca “todas as pessoas condenadas sob a obrigação de realizar pelo menos uma das atividades oferecidas a eles pelo chefe do estabelecimento e pelo diretor do Serviço de Prisão Preventiva e Reintegração”.^{232 233} Por outro lado, “a recusa em assumir um cargo oferecido não constitui em si uma ofensa disciplinar”,^{234 235} mas questiona-se a voluntariedade de tal trabalho.

Na Alemanha, sob a Lei de Execução de Sentenças de 1976, os prisioneiros devem consentir em seu emprego por entidades privadas. No entanto, essa disposição foi suspensa pela Lei posterior de 1981, a fim de “melhorar a estrutura orçamentária”^{236 237} Em consequência, como o *Länder* tem a competência sobre a execução penal em suas jurisdições desde 2006, alguns tem adotado seus próprios regulamentos, enquanto outros estados seguem a Lei Federal das Prisões, segundo a qual o trabalho é obrigatório. Fora dos dezesseis *Länder*, o trabalho continua sendo uma obrigação em doze e, salvo em três, os prisioneiros podem ser designados para oficinas operadas por entidades privadas.²³⁸ Infelizmente, “os prisioneiros que não trabalham podem perder sua reivindicação de remissão ou enfrentar desvantagens quando a decisão sobre a liberação é considerada [no final das contas] uma forma indireta de compulsão”,^{239 240} que pode potencialmente levar à exploração.

O CEACR tem feito várias observações acerca de cada estado australiano. Em Nova Gales do Sul, o emprego é voluntário²⁴¹ e “para garantir que seja obtido o consentimento

230 Loi n°87-432 du 22 Juin 1987 relative au Service Public Pénitentiaire.

231 Loi n°2009-1436 Pénitentiaire du 24 Novembre, s.27.

232 Tradução Livre. Citação original: “all convicted persons under the obligation to carry out at least one of the activities offered to them by the head of the establishment and the director of the Prison Probation and Reintegration Service.”

233 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29* (n 140).

234 Tradução Livre. Citação original: “the refusal to take up a post offered does not in itself constitute a disciplinary offence.”

235 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29* (n 139).

236 Tradução Livre. Citação original: “improve the budget structure.”

237 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 104) 198.

238 *ibid.*

239 Tradução Livre. Citação original: “prisoners who fail to work may lose their claim to remission or may face disadvantages when the decision about release is considered [ultimately amounting to an] indirect form of compulsion.”

240 van Zyl Smit and Dünkel (n 1) 831-32.

241 Crimes (Administration of Sentences) Act 1999 (NSW), s.6(1).

informado dos prisioneiros para trabalhar em empresas privadas, (...) um prisioneiro que deseja se candidatar deve preencher um formulário, assinando e apresentando-o ao gerente da indústria.”^{242 243} Além disso, na Austrália Ocidental, embora o trabalho prisional seja obrigatório de acordo com a Seção 95 (4) da Lei de Prisões de 1981, o estado argumenta que essa previsão “não tem sido cumprida e os prisioneiros não têm sido obrigados a participar dos programas de trabalho.”^{244 245} No entanto a Seção. 69(b) da mesma lei prevê, como ofensa, não realizar adequadamente o trabalho, portanto “exigindo trabalho sob ameaça de uma penalidade” em violação à norma. Finalmente, tanto em Queensland quanto no Sul da Austrália, o trabalho é obrigatório²⁴⁶. No primeiro, a CEACR tinha observado que “embora não seja necessário o consentimento formal dos prisioneiros, o programa de trabalho é uma iniciativa voluntária (...) [e] não existem consequências para o prisioneiro em se recusar a participar”^{247 248} enquanto no segundo, os prisioneiros na única instituição privada (Mount Gambier), solicitam por escrito oportunidades de trabalho.²⁴⁹ Consequentemente, nessas circunstâncias, apenas na Austrália Ocidental há a prática de se exigir expressamente o consentimento informado.

4.2.2. Condições que se aproximam de uma relação de trabalho livre

O governo australiano argumentou que “sob a Convenção 29, não são necessários requisitos que aproximem às condições do trabalho livre para assegurar o consentimento dos prisioneiros para o trabalho”^{250 251}, acusando a CEACR de atuar *ultra vires* e aparentemente rejeitar o conceito de normalização. Para evitar a exploração da força laboral cativa e para facilitar sua reabilitação, “seu consentimento formal para o trabalho necessita ser autenticado pelas condições gerais de emprego aproximadas daquelas

242 Tradução Livre. Citação original: “to ensure that the informed consent of prisoners to work for private companies is obtained, (...) an inmate wishing to apply for work must complete a form, sign it and present it to the Industry manager.”

243 International Labour Organisation, *Report of the CEACR*, Report III (Part 1A), ILC 104th Session, (2014),141.

244 Tradução Livre. Citação original: “has not been enforced and prisoners have not been forced to participate in work programmes.”

245 *ibid.*

246 Corrective Services Act 2006, s.66 (Queensland); Correctional Services Act 1982, s.29(1) (SA).

247 Tradução Livre. Citação original: “although no formal consent of prisoners is required, the work programme is a voluntary initiative (...) [and] there are no consequences for a prisoner for refusal to participate”.

248 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 158).

249 *ibid.*

250 Tradução Livre. Citação original: “under Convention 29, no requirement that conditions approximating a free employment relationship are necessary to ensure the consent of prisoners to work.”

251 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 29) 177.

aceitas pelos trabalhadores que têm acesso ao mercado laboral livre.”^{252 253}

4.2.2.1. Salários

Na França, a Seção 32 do *Prison Act* de 2009 estipula que todos os salários não podem ser inferiores à taxa horária fixada pelo Decreto nº 2010-1635 em 45% do salário mínimo (SMIC)²⁵⁴, que é submetido como uma referência adequada. A remuneração mínima (SMR) deve ser respeitada nas atividades desenvolvidas nos termos do contrato de trabalho prisional ou nas instituições *semi-privées*.²⁵⁵ No entanto, esse último não fornece uma remuneração mínima garantida, pois, embora seja definido pela administração, “a SMR é alcançada dividindo o salário total pelo número de horas trabalhadas, [correspondendo assim] a uma remuneração mínima coletiva média.”²⁵⁶ ²⁵⁷ Em consequência, “os prisioneiros trabalham em média 30 horas por semana”²⁵⁸ e recebem uma média de 3,97 euros por hora,²⁵⁹ ou seja, 120 euros por semana.

Os salários dos prisioneiros nas prisões alemãs também causaram controvérsia. Embora o CEACR tenha observado, anteriormente, que o nível de remuneração “fixado em 9% do salário médio dos trabalhadores e empregados abrangidos pelo seguro de velhice [não era suficiente], (...) o projeto de lei para elevar o salário de referência para 15% do valor de referência não pôde passar devido à resistência dos *Länder*”.^{260 261} Portanto, “os presos alemães trabalham mais horas: 38,5 horas por semana por um salário de”^{262 263} € 62²⁶⁴, que pode ser caracterizado como sendo “desproporcionalmente mais baixo que os

252 Tradução Livre. Citação original: “their formal consent to work needs to be authenticated by arm’s length conditions of employment approximating those accepted by workers having access to the free labour market.”

253 *ibid* 98.

254 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29*, (France), ILC 104th Session, (2014).

255 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29* (n 140).

256 Tradução Livre. Citação original: “the SMR [is] reached by dividing the total wages by the number of hours worked, [thus amounting] to an average collective minimum remuneration”

257 *ibid*.

258 Shea (n 20) 12.

259 International Labour Organisation, *Direct Request by the CEACR on C29* (n 140).

260 Tradução Livre. Citação original: “set at 9 per cent of the average wage of workers and employees covered by the old-age insurance scheme [was not sufficient], (...) the draft legislation to raise the benchmark wage to 15 per cent of the reference value could not be passed due to the resistance of the *Länder*”

261 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 142) 133.

262 Tradução Livre. Citação original: “German inmates work longer hours: 38.5 hours per week for a salary of.”

263 Shea (n 20) 12.

264 Rachel Knaebel, ‘Prison workers in Germany are organising’ (*Equal Times*, 2 March 2015) <<https://>

salários de livre mercado” e, portanto, exploradores.

Enquanto a França e a Alemanha tentam desenvolver políticas, de acordo com o princípio da normalização, a Austrália argumentou que “é completamente irreal sugerir ou esperar que os presos sejam remunerados de acordo com as condições de remuneração do mercado aberto”.^{265 266} Além disso, faltam informações sobre a remuneração dos prisioneiros em alguns estados²⁶⁷ e o governo australiano tem falhado em fornecer ao CEACR níveis salariais detalhados por vários anos. No entanto, a partir das informações disponíveis, vemos que os prisioneiros que trabalham em prisões particulares em Victoria recebem entre \$ 5,5 e \$ 8,25 por dia, em contraste com \$ 75 para funcionários no mercado de trabalho livre.²⁶⁸ Em Queensland, “os níveis de remuneração variam de \$ 2,04 por dia a \$ 3,99 por dia para cargos não qualificados a qualificados (...) [com] um teto total de \$ 55,86 por semana”^{269 270}. O fato de os níveis salariais serem desproporcionalmente mais baixos do que no mercado livre torna a relação trabalhista exploradora e mais uma vez deixa a Austrália em violação da norma e em uma posição pior em relação à Alemanha.

4.2.2.2. Segurança social

De acordo com o artigo D366 do Código de Processo Penal francês, os prisioneiros se beneficiam do sistema de seguridade social francês da mesma maneira que outros trabalhadores, “com a única exceção dos subsídios de desemprego”.^{271 272} A remuneração é “sujeita a contribuição dos empregadores e trabalhadores (...) para seguro de doença, maternidade e velhice”.^{273 274} Os prisioneiros alemães gozam de proteção social semelhante “aos da França, com a diferença de que os trabalhadores presos alemães são cobertos por seguro-desemprego, mas excluídos do plano de pensão.”²⁷⁵

www.equaltimes.org/prison-workers-in-germany-are#.VPWBnfmsWCK accessed on 25 July 2018.

265 Tradução Livre. Citação original: “it is completely unrealistic to suggest or expect that inmates might be remunerated in accord with open market remuneration conditions.”

266 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 142) 123.

267 Information concerning the wage levels of prisoners in SA and NSW was not transmitted.

268 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 29) 100.

269 Tradução Livre. Citação original: “levels of remuneration range from \$2.04 per day to \$3.99 per day for unskilled to skilled positions (...) [with] an overall ceiling of \$55.86 per week.”

270 *ibid* 101.

271 Tradução Livre. Citação original: “with the sole exception of unemployment benefits”.

272 Shea (n 20) 12.

273 Tradução Livre. Citação original: “subject to employers’ and workers’ contributions (...) for sickness, maternity and old-age insurance”

274 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 29) 126.

275 Tradução Livre. Citação original: “to those in France with the difference that German prison workers are covered by unemployment insurance but are excluded from the pension scheme.”

²⁷⁶ Finalmente, na maioria das jurisdições de *common law*, empregados prisioneiros não são considerados empregados.²⁷⁷ Porém, neste estudo faltam informações relacionadas à extensão da previdência social, que cobre os prisioneiros na Austrália. Não obstante, Fenwick observou que na Austrália “o dever de cuidado devido ao prisioneiro era considerado análogo ao dever do empregador ao empregado” ^{278 279}, portanto, fornecendo alguma forma de proteção. Assim, como a seguridade social não precisa espelhar a dos trabalhadores externos, a França e a Alemanha parecem oferecer uma cobertura satisfatória da seguridade social em oposição à da Austrália.

4.2.2.3. Segurança e saúde ocupacional

De acordo com os comentários do CEACR, todas as três jurisdições em questão estabelecem condições de segurança e saúde análogas às relação de emprego livre, dado seu status não derogável.

A legislação francesa²⁸⁰ especifica que “as medidas de segurança e saúde previstas no Código do Trabalho (...) serão aplicáveis ao trabalho realizado pelos detidos dentro e fora dos estabelecimentos prisionais”^{281 282} e os presos empregados têm direito à indenização por acidentes e doenças profissionais.²⁸³ Em instituições alemãs, “as disposições legais de segurança e saúde e prevenção de acidentes também são totalmente aplicadas”²⁸⁴ ²⁸⁵ sem restrição. Na Austrália, as Diretrizes Padrão para Correções na Austrália 2012 exigem - nos termos do Artigo 4.50 - que os padrões de saúde e segurança ocupacional aplicados na comunidade se apliquem ao trabalho prisional.²⁸⁶ Todas as três jurisdições adotaram esse requisito com sucesso.

276 Shea (n 20) 12.

277 *Pullin v Prisoner Commissioners* [1957] 1 WLR 1186 (UK); *State of New South Wales v Napier* [2002] NSWCA 402 (Australia).

278 Tradução Livre. Citação original: “the duty of care owed to the prisoner was held to be analogous to that of the duty of employer to employee.”

279 Fenwick, ‘Regulating Prisoners’ Labour in Australia’ (n 23) 29.

280 Code of Criminal Procedure, Art. D109, as amended by Decree No. 98 1099 of 8 December 1998; Code of Social Security, Arts.D412-36 to 412-71.

281 Tradução Livre. Citação original: “the safety and health measures provided in the Labour Code (...) shall be applicable to work performed by detainees within and outside prison establishments.”

282 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 29) 126.

283 *ibid.*

284 Tradução Livre. Citação original: “the statutory safety and health and accident prevention provisions are also fully applied.”

285 International Labour Organisation, *Report of the CEACR* (n 126) 215.

286 Fenwick, *Regulating Prisoners’ Labour in Australia’* (n 23) 18.

4.3.2 Trabalho significativo

O Observatório Europeu das Prisões sustenta que, nas penitenciárias francesas, o trabalho disponível é direto, monótono e “é extremamente raro que o trabalho disponível (...) dê aos prisioneiros a oportunidade de desenvolver qualquer habilidade específica e valorizada”.²⁸⁷ ²⁸⁸ As informações sobre a natureza das oportunidades de emprego na Alemanha e na Austrália estão desatualizadas e, portanto, provavelmente imprecisas, mas geralmente os prisioneiros realizam carpintaria, impressão ou qualquer trabalho de processamento.²⁸⁹ Como assinalado por mim durante uma entrevista com um funcionário da OIT, enquanto trabalho que confere habilidades é um primeiro passo para evitar reincidência, não garante a reintegração bem-sucedida dos prisioneiros na sociedade. O processo de reabilitação através do trabalho não deve parar ao final do cumprimento da sentença de um prisioneiro, mas, idealmente, o serviço penitenciário deve ser pensando para além do portão.²⁹⁰

5. Convenção 29: um piso, não um teto

Conforme observado na análise acima, como as três jurisdições em questão implementaram modelos distintos de privatização do trabalho prisional, o cumprimento da Convenção sobre Trabalho Forçado varia de acordo com os respectivos requisitos. Esta seção avalia as práticas atuais na França, Alemanha e Austrália e estabelece um modelo de estrutura compatível com o direito internacional que protege os prisioneiros da exploração e favorece a reinserção social. Embora a Convenção sobre Trabalho Forçado proíba que os prisioneiros sejam supervisionados, controlados, contratados ou colocados à disposição de interesses privados quando envolvidos em trabalho compulsório, ela permite esses arranjos, desde que o trabalho seja voluntário. No entanto, do ponto de vista dos direitos humanos, como é difícil obter consentimento livre e informado, dadas as circunstâncias cativas dos prisioneiros, uma abordagem que exija o cumprimento de todas as condições acima serviria melhor ao objetivo da Convenção: evitar a exploração da força de trabalho vulnerável. Vale ressaltar que o CEACR identificou requisitos mínimos

287 Tradução Livre. Citação original: “it is extremely rare that the work available (...) will give prisoners the opportunity to develop any specific and valued skill.”

288 Marie Crétenot and Barbara Liaras, ‘Prison Conditions in France’ in European Prison Observatory, *Detention Conditions in the European Union* (Paris 2013) 28.

289 European Social Fund, *Prison Work in Europe: Organisation and Management of Prison Workshops*, (Centre D’Iniciatives per a la Reinsercio 2007) 85.

290 See Rowena Mason, ‘John Timpson’s workshops at Wandsworth Prison help inmates learn a trade’ (*The Telegraph*, 31 May 2010) <<https://www.telegraph.co.uk/finance/jobs/john-timpson/7790842/John-Timpson-workshops-at-Wandsworth-Prison-help-inmates-learn-a-trade.html>> accessed on 29 July 2018.

em vez de uma lista exaustiva. Em outras palavras, a norma é um piso e não um teto.

5.1 Classificação

Para avaliar as abordagens, agrupo os requisitos da Convenção nas seguintes categorias: responsabilidade, salvaguardas e condições de emprego. A responsabilidade abrange os modelos de privatização das prisões e os requisitos de supervisão e controle público. Em segundo lugar, as salvaguardas incluem o consentimento dos prisioneiros e a proibição de contratá-los ou colocá-los à disposição de entidades privadas. Finalmente, salários dos prisioneiros, previdência social, segurança e saúde ocupacional e trabalho significativo fazem parte das condições de emprego.

5.1.1. Responsabilidade

Em termos de responsabilidade, é claro que a privatização das prisões e do trabalho prisional coloca um problema, uma vez que “os atores privados são isolados do público e não estão sujeitos aos mesmos controles políticos que os atores do governo”.^{291 292} Para se preservar alguma forma de responsabilidade nesse contexto, é necessário ter um nível de controle público. Em primeiro lugar, no que diz respeito aos modelos de privatização das prisões adotados pelas jurisdições em questão, a saber, as instituições de privatização *wholesale* e *semi-privées*, o último sistema é “mais aceitável do ponto de vista dos direitos humanos, como o maior poder soberano de usar a força para manter a ordem pública e a segurança na prisão permanece com o Estado”.^{293 294} Conseqüentemente, afirma-se que o sistema de contratos especiais é o mais adequado. Em segundo lugar, no que diz respeito à supervisão pública e ao controle do trabalho prisional, apenas a Alemanha permanece no padrão, dado que a França e a Austrália têm delegado a tarefa de supervisão à entidade que fornece trabalho aos prisioneiros. Portanto, embora exista alguma forma de supervisão e inspeção pública na França, o fato de os poderes da inspeção do trabalho estarem restritos às medidas de segurança e à saúde ocupacional e, de que as inspeções devem ser solicitadas pelo diretor da prisão, prejudicam fortemente a responsabilidade pública e dificultam a transparência.

291 Tradução Livre. Citação original: “private actors are insulated from the public and not subject to the same political controls as are government actors”

292 Logan (n 31) 194.

293 Tradução Livre. Citação original: “more acceptable from a human rights perspective, as the major sovereign power of using force to uphold public order and security in the prison remains with the State.”

294 Nowak (n 52) 130.

No entanto, o sistema de privatização de prisões e trabalho prisional, em alguns estados australianos, parece ser o menos favorável de todos, uma vez que a administração de algumas prisões foi totalmente confiada ao setor privado, existem poucos poderes de inspeção e o sigilo contratual prevalece.

Intuitivamente, seria contraproducente isolar o emprego nas prisões da sociedade, especialmente porque a ideia de “condições que aproximam uma relação de trabalho livre” já está incorporada na própria Convenção como um requisito para conformidade. Também não devemos esquecer que alguns dos produtos produzidos, embalados ou montados dentro das paredes de nossas prisões acabam de volta na sociedade. Isso pode parecer óbvio, mas pode servir como um lembrete importante de que as prisões formam uma parte ativa do nosso mundo. Por essas razões, no desenvolvimento de um sistema de trabalho prisional privatizado, a abordagem alemã deve ser refletida em termos de responsabilidade pública e supervisão direta.

5.1.2. Salvaguardas

A proibição de contratar ou colocar um prisioneiro à disposição de entidades privadas e a necessidade de obter o consentimento dos prisioneiros para o emprego servem como salvaguardas contra exploração e servidão. Contudo, embora nenhuma jurisdição coloque os prisioneiros à completa disposição de entidades privadas, ninguém criou um sistema no qual os prisioneiros não sejam “contratados para” empresas privadas devido à maneira como os estados têm contratado a gestão do trabalho nas prisões (relacionamento triangular). Todavia, pode-se argumentar que, como a política penal moderna deve garantir que a vida nas prisões reflita a sociedade livre o mais próximo possível, esse requisito está desatualizado e já existe proteção suficiente contra a exploração, pois os prisioneiros não podem ser “colocados à disposição de” entidades privadas e as condições subsequentes. Independentemente disso, o requisito de “formulário de compromisso de trabalho” adotado na França deve ser seguido, pois desempenha um papel protetivo e ajuda a habituar os prisioneiros aos contratos de trabalho “normais”. Assim, embora a conformidade ainda não tenha sido totalmente alcançada por nenhum estado, a abordagem francesa parece estar se movendo na direção certa. Além disso, a Alemanha, que já havia sido sujeita a comentários na Conferência Internacional do Trabalho, foi detectada como violando essa condição,²⁹⁵ e se propôs a fazer mudanças progressivamente. Por outro lado, a Austrália parece ter resistido a uma mudança a esse respeito, embora o CEACR tenha rejeitado os argumentos apresentados

295 International Labour Organisation, *Observations and Information Concerning Particular Countries* (Part 2), ILC 90th Session (2002).

e, portanto, mais uma vez, a Austrália teve o menor desempenho nesse sentido.

Em segundo lugar, no que diz respeito ao consentimento livre e informado, a França, Nova Gales do Sul, Queensland e Austrália do Sul garantem que os prisioneiros sejam empregados voluntariamente e sem a ameaça de qualquer penalidade. O consentimento informado garante que o trabalho seja tratado como um direito, não como uma obrigação, e protege os prisioneiros da exploração, portanto, seu significado não pode ser subestimado. Embora a abordagem alemã seja a mais adequada em matéria de responsabilidade, a maioria dos Länder obriga os prisioneiros ao emprego ou os penaliza por se recusarem a trabalhar. A esse respeito, a Alemanha possui o sistema menos apropriado na matéria de consentimento dos prisioneiros. Na minha opinião, em termos de salvaguardas, a França criou o sistema mais abrangente. Idealmente, qualquer sistema futuro de trabalho prisional privado não deve permitir que o serviço penitenciário “contrate” (conforme entendido na Convenção) prisioneiros para empregadores particulares. Eles devem assegurar que os prisioneiros sejam cobertos por uma relação contratual com os últimos e, além disso, devem permitir que eles tenham a opção de se envolver em trabalho prisional, especialmente quando trabalham para interesses privados.

5.1.3 Condições de emprego

Finalmente, como discutido acima, as condições de emprego garantem que o trabalho seja genuinamente voluntário, já que a prisão pode dificultar o consentimento informado. A França adota as condições mais adequadas, aproximada de uma relação de trabalho livre. Em termos salariais, o salário de um prisioneiro na França não é desproporcionalmente menor do que no livre mercado; enquanto na Alemanha e na Austrália os salários dos prisioneiros são tão baixos que essas relações de trabalho seriam caracterizadas como exploradoras pela Convenção. Embora a Austrália não tenha fornecido informações suficientes sobre a seguridade social, as condições de emprego na França e na Alemanha são adequadas. No que diz respeito à segurança e saúde ocupacional, as práticas em todas as jurisdições são satisfatórias. Finalmente, como descrito, um trabalho significativo é vital para o processo de reabilitação e reinserção social; no entanto, a partir das informações coletadas neste estudo, todos os Estados têm falhado em acomodar essas oportunidades. Portanto, em um sistema ideal, os prisioneiros devem receber salários semelhantes ao salário mínimo legal. As provisões de seguridade social devem ser análogas ao sistema francês, onde os prisioneiros têm direito as mesmas proteções que os trabalhadores em relações de trabalho livres. As normas legais de saúde e segurança devem ser aplicadas, bem como trabalhos, que confirmam habilidades transferíveis, devem ser fornecidos. Além disso, empenhados em alcançar os objetivos da Convenção, os Estados devem aplicar o princípio da normalização por meio

das medidas a serem adotadas.

6. Conclusão

Em resumo, embora a França, a Alemanha e a Austrália não cumpram totalmente a Convenção, é necessário resistir a uma abordagem puramente legalista da questão, pois as razões para recorrer ao setor privado merecem uma consideração mais aprofundada. Na maioria dos casos, a privatização foi realizada para aliviar a superlotação, aumentar o número de prisioneiros empregados com os objetivos de coibir a reincidência, reduzir os custos de encarceramento e melhorar as condições da prisão.

Este artigo não defende que não há alternativa aos atuais acordos privados de trabalho em prisões, mas sim que, como muitos estados não encontraram uma solução alternativa para os problemas, eles deveriam ao menos desenvolver seus sistemas de acordo com os padrões internacionais. O modelo identificado pode servir como um guia para o cumprimento da Convenção, enquanto adota uma abordagem favorável à reabilitação. No modelo identificado: um estado deve adotar o modelo de instituição *semi-privée*, fazer com que os funcionários públicos supervisionem o trabalho prisional, permitir inspeções frequentes do trabalho, garantir que os prisioneiros não sejam “contratados para” empregadores particulares, fornecer um contrato de trabalho, exigir o consentimento livre e esclarecido dos prisioneiros para o trabalho e proporcionar condições de emprego que se assemelhem, o mais próximo possível de uma relação de trabalho livre.

Por enquanto, embora deficiente em alguns aspectos, o sistema francês é o mais capacitado para proteger os prisioneiros da exploração e o mais próximo do modelo identificado. Ainda que esse modelo não resolva uma série de questões discutidas no artigo, diferentemente dos sistemas atuais, ele propõe um modelo compatível com a Convenção do Trabalho Forçado, uma vez que a reabilitação é objetivo principal. Em que pese o envolvimento do setor privado na correção possa ser uma solução temporariamente viável, as consequências morais, econômicas, legais e sociais parecem superar os benefícios nos casos em que o Estado construiu seu sistema de privatização das prisões com base na *wholesale*.

Juntamente com a criação de interesses financeiros no crescimento da população prisional e com a disponibilização do trabalho prisional como fonte de mão-de-obra barata, o populismo penal também contribuiu para a percepção de que não há alternativas à prisão e à gestão do trabalho prisional. Os prestadores privados de serviços de correções parecem ter a impressão de que, devido aos deficits fiscais de parte dos governos, novas

oportunidades de negócios surgirão no futuro.²⁹⁶ No entanto, resta perguntar se os estados devem questionar a praticabilidade e eficiência da regulamentação penitenciária por contrato à luz das recentes falhas de parte dos empreiteiros privados²⁹⁷, além de questionar a que práticas exploradoras de trabalho esses contratos podem levar.²⁹⁸

296 Stephen Nathan, 'Overview of prison privatisation' (Annual Conference EPSU prison services network, Athens, 2011) 2.

297 Jessica Elgot, 'MoJ seizes control of Birmingham Prison from G4S' (*The Guardian*, 20 August 2018) <<https://www.theguardian.com/business/2018/aug/20/moj-seizes-control-of-birmingham-prison-from-g4s>> accessed on 21 August 2018.

298 Ed Pilkington, 'US Inmates stage nationwide prison labour strike over modern slavery' (*The Guardian*, 21 August 2018) <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/20/prison-labor-protest-america-jailhouselawyers-speak>> accessed on 26 August 2018.

Bibliografia final

ANDREW, Jane; BAKER, Max; ROBERTS, Philip. **Prison Privatisation in Australia: The State of the Nation**, University of Sydney, 2016.

ANELLI, Laure; MARCEL, Cécile. **Inspecteur du travail en prison: un pouvoir limité**. Dedans-Dehors, 14 de fevereiro de 2018. Disponível em <<https://blogs.mediapart.fr/observatoire-international-des-prisons-sectionfrancaise/blog/140218/inspecteur-du-travail-en-prison-un-pouvoir-limite>> acesso em: 15 de julho de 2018.

ALLEN, Rob. **Global Prison Trends 2015**. Penal Reform International, 2015.

BAILEY, Victor. **English Prisons, Penal Culture, and the Abatement of Imprisonment: 1895-1922**. 36(3) Journal of British Studies, 1997.

COMBESSIE, Philippe. 'France' in Dirk van Zyl Smit and Frieder Dünkel (eds) **Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions**. 2ª ed., Kluwer Law International, 2001.

CONVENTION CONCERNING FORCED OR COMPULSORY LABOUR CONVENTION. (No. 29) of the International Labour Organisation, , 1930.

CRÉTENOT, Marie; LIARAS, Barbara. 'Prison Conditions in France' in European Prison Observatory, **Detention Conditions in the European Union**. Paris: 2013.

DE JONGE, Gerard. 'Still Slaves of the State: Prison Labour and International Law' in Dirk van Zyl Smit and Frieder Dünkel, **Prison Labour: Salvation or Slavery?** Ashgate Dartmouth, 1999.

DE VITO, Christian G; LICHTENSTEIN, Alex, **Writing a Global History of Convict Labour** (2013) 58 International Review of Social History.

DÜNKEL, Frieder; SMIT, Dirk van Zyl. **Prison Labour: Salvation or Slavery?** Ashgate Dartmouth, 1999, VII.

ELGOT, Jessica. **MoJ seizes control of Birmingham Prison from G4S**. The Guardian, 20 de Agosto de 2018. Disponível em <<https://www.theguardian.com/business/2018/aug/20/moj-seizes-control-of-birmingham-prison-from-g4s>> acesso em 21 de agosto de 2018.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, **Britannica on the treadmill**. Encyclopaedia Britannica. 3ª ed. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/Britannica-on-the-treadmill-1998450#ref1205851>> acesso em 29 de junho de 2018.

EUROPEAN SOCIAL FUND, **Prison Work in Europe: Organisation and Management of Prison Workshops**. Centre D'Iniciatives per a la Reinsercio 2007.

FELDMAN, Lindsey Raisa. **Prison Labour**. Oxford Bibliographies, 2018. disponível em: <<http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396607/obo-9780195396607-0236.xml>> acesso em 28 de junho de 2018.

FENWICK, Colin. **Private Benefit from Forced Prison Labour: Case studies on the application of Convention 29**. Report to the International Confederation of Free Trade Unions. Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne School of Law, 2000-2001.

FENWICK, Colin. **Private Use of Prisoners Labour: Paradoxes of International Human Rights Law**. 27(1) Hum.Rts.Q, 2005.

FENWICK, Colin. **Regulating Prisoners' Labour in Australia: a Preliminary View**. 2003. AJLL.

FENWICK, Colin. **When Privatization means exploitation: Prison labour in privatized facilities' in International Labour Organisation**. Fundamental Rights at Work: Overview and Prospects. Labour Education 122(1). 2005.

HARDING, Richard; RYNNE, John. **Private Prisons' in Yvonne Jewkes**. Jamie Bennett and Ben Crewe (eds), Handbook on Prisons. 2^a ed., Routledge, 2016.

HARDING, Richard. **'Private Prisons'** 28 Crime and Justice, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Abolition of Forced Labour Convention**, 1957 (No. 105), Report III, ILC 52nd Session, 1968.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Direct Request by the CEACR on C29**, France, ILC 99th Session, 2009.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Direct Request by the CEACR on C29**, France, ILC 101st Session, 2011.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Direct Request by the CEACR on C29**, (France), ILC 104th Session, 2014.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Extension of the Labour Inspection Convention, (1947) (No. 81), to activities in the non-commercial services sector**, Report VI (1), ILC 82nd Session, 1995.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Eradication of Forced Labour: General Survey by the CEACR**, Report III (Part 1B), ILC 96th Session, 2007.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Fundamental Rights at Work: Overview and Prospects**. n 64, Labour Education 122(1), 2005.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **General Survey on the Reports concerning the Forced Labour Convention**. No. 29, 1930.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Giving Globalisation a Human Face: General Survey by the CEACR**, Report III (Part 1B), 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Observations and Information Concerning Particular Countries** (Part 2), ILC 90th Session, 2002.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Prison Labour I**. 25 International Labour Review, 1932.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Prison Labour II**. 25 International Labour Review, 1932.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 4A), ILC 83rd Session, 1996.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 85th Session, 1997.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 86th Session, 1998.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 87th Session, 1999.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 89th Session, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 90th Session, 2002.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 92nd Session, 2004.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 98th Session, 2009.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 99th Session, 2010.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 101st Session, 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A),

ILC 104th Session, 2014.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Report of the CEACR**, Report III (Part 1A), ILC 106th Session, 2017.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Summary of Reports**, Report III (Parts 1, 2 and 3), ILC 82nd Session, 1995.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, **Summary Reports on Ratified Conventions**, Report III (Part I), ILC 38th Session, 1955.

JESUIT SOCIAL SERVICES, **Outsourcing Community Safety: Can private prisons work for public good?** 2017.

KNAEBEL, Rachel. **Prison workers in Germany are organising**. Equal Times, 2 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.equaltimes.org/prison-workers-in-germany-are#.VPWBnfmsWCk>> acesso em 25 de julho de 2018.

LE VAY, Julian. **Competition for Prisons: Public or Private?** Policy Press, 2016.

LEIGHTON, Paul; SELMAN, Donna. **Punishment for Sale: Private Prisons, Big Business, and the IncarcerationBinge**. Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

LOGAN, Charles. **Private Prisons: Cons & Pros**. OUP, 1990.

MANDY, Caroline. **L'inspection du travail en prison, Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommoation, du Travail et de l'Emploi**. Bordeaux: Dezembro de 2017.

MASON, Cody. **International Growth Trends in Prison Privatisation**. The Sentencing Project, Washington, 2013.

MASON, See Rowena. **John Timpson's workshops at Wandsworth Prison help inmates learn a trade**. The Telegraph, 31 de maio de 2010. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/finance/jobs/john-timpson/7790842/John-Timpsonsworkshops-at-Wandsworth-Prison-help-inmates-learn-a-trade.html>> acesso em 29 Julho de 2018.

MCCONVILLE, Sean. **The Victorian Prison**. in Norval Morris and David J. Rothman (eds), *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society* (OUP1998).

MEHIGAN, James; ROWE, Abigail. **Problematising prison privatisation: an overview of the debate**. in Yvonne Jewkes, (ed.) *Handbook on Prisons*. Willan Publishing, 2007.

MUELLER-TÖWE, Jonas, **Geheime Verträge, versteckte Kosten. Warum Private Dienstleister Deutschlands Gefängnisse nicht billiger, sondern teurer Machen**,

Correctiv. Correctiv, 12 de Novembro de 2015. Disponível em <<https://correctiv.org/recherchen/stories/2015/11/12/teilprivatisierte-gefaengnisse-der-staat-zahlt-drauf/>> acesso em 6 julho de 2018.

NATHAN, Stephen. **Overview of prison privatisation.** Annual Conference EPSU prison services network, Athens, 2011.

NOWAK, Manfred. **Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization** (University of Pennsylvania Press, 2016).

O'DONNELL, Ian. **The aims of imprisonment.** In: Yvonne Jewkes, Jamie Bennett and Ben Crewe (eds), *Handbook on Prisons 2^a ed.*, Routledge, 2016.

PENTER, Colin. **The power of the corporate (private) prison industry.** The Stringer, 14 de abril de 2014. Disponível em <<http://thestringer.com.au/the-power-of-the-corporate-private-prison-industry-and-why-australia-has-the-highest-proportion-of-private-prisons-in-the-world-7189?cv=1>> acesso em 15 de julho de 2018.

PHELAN, Lisa C. **Making Prisons Work.** 30 *Loy.L.A.L.Rev*, 1997.

PILKINGTON, Ed. **US Inmates stage nationwide prison labour strike over modern slavery.** The Guardian, 21 de agosto de 2018. Disponível em <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/20/prison-labor-protest-america-jailhouse-lawyers-speak>> acesso em 26 de agosto de 2018.

PRISON REFORM TRUST. **Private Punishment: Who Profits?** London: 2005.

PRODUCTIVITY COMMISSION FOR THE STEERING COMMITTEE FOR THE REVIEW OF GOVERNMENT SERVICE PROVISION. **Report on Government Services 2017**, (Volume C: Justice, 2017), Table 8A.4.

PULLIN V PRISONER COMMISSIONERS. [1957] 1 WLR 1186 (UK); **State of New South Wales v Napier.** Australia: 2002, NSWCA.

RICHARDSON, Geneva **The Case for Prisoners' Rights.** In: Mike Maguire, Rod Morgan and Jon Vagg (eds), *Accountability and Prisons: Opening up a Closed World.* Tavistock Publications, 1985.

RIECKMANN, Johannes. **Privatization of Security Services: Comparing approaches to policing and prisons across the Atlantic.** American Institute for Contemporary German Studies, 5 de junho de 2017. Disponível em <<https://www.aicgs.org/publication/privatization-of-security-services/>> acesso em 6 de julho de 2018.

SEMMENS, Bob. **The Public / Private Dilemma in Australia.** 47(2) *Journal of Correctional Education*, 1996.

SHEA, Evelyn. **A Comparative Study of Prison Labour in France, Germany and England.** Penal Issues, 2005.

SOCIAL EXCLUSION UNIT, **Reducing re-offending by ex-prisoners.** Office of the Deputy Prime Minister, Julho de 2002.

SOZZANI, Joseph. **Privatisation in the United States and Australia: A Comparative Analysis of the Modern Privatisation Movement in Corrections,** 13(1) Bond Law Review, 2001.

SPIERENBURG, Pieter. **The Body and the State: Early Modern Europe.** In Norval Morris and David J. Rothman, (eds), *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society* (OUP 1998).

SWEPSTON, Lee. **Prison Labour and International Human Rights.** 52 Industrial Relations Research Association 2001.

THE HOWARD LEAGUE FOR PENAL REFORM, **Business Behind Bars Making Real Work in Prison Work.** London: 2011.

THE HOWARD LEAGUE FOR PENAL REFORM, **Prison, work and social enterprise: the story of Barbed.** Esmée Fairbairn Foundation, 2008.

THE HOWARD LEAGUE FOR PENAL REFORM, **Rehabilitating Work: What are Prison Workshops For?** London, 2000.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, **Roadmap for the development of prison-based rehabilitation programmes.** United Nations Office at Vienna, 2017.

WHITE, Rob. **On Prison Labour.** 11(2) Current Issues in Criminal Justice, 1999.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.