

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO**

MARCELO IVAN MELEK

**DIREITO PENAL DO TRABALHO
COMO OUTORGAR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE
PERSONALIDADE**

CURITIBA

2013

MARCELO IVAN MELEK

**DIREITO PENAL DO TRABALHO
COMO OUTORGAR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE
PERSONALIDADE**

Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.
Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther.

CURITIBA

2013

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

M519d
2013 Melek, Marcelo Ivan
Direito penal do trabalho como outorgar efetividade aos direitos fundamentais e de personalidade / Marcelo Ivan Melek ; orientador, Rodrigo Sánchez Ríos ; co-orientador, Luiz Eduardo Gunther. – 2013.
252 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013
Bibliografia: f. 240-251

1. Justiça do trabalho. 2. Direito penal. 3. Direitos civis. 4. Personalidade (Direito). 5. Relações trabalhistas. I. Ríos, Rodrigo Sánchez. II. Gunther, Luiz Eduardo. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Doris 4. ed. – 341.68

FOLHA DE APROVAÇÃO

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para o grau de Doutor em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado em Direito- avaliada pela banca composta por:

Presidente: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios (Orientador)
Prof. Dr. Luiz Edson Fachin (Convidado - UFPR)
Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther (Convidado - UNICURITIBA)
Prof. Dr. Wilson Ramos Filho (Convidado - UFPR)
Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore (Membro - PPGD)
Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter (Suplente - PPGD)

Ao final dos trabalhos a banca examinadora julgou a tese **APROVADA** por unanimidade.

Curitiba, 21 de março de 2013.

Dedico esta tese à minha querida amada e
companheira esposa Cassiana Maria
Medeiros Frazão Melek e aos meus amados
filhos Letícia Frazão Melek e Maurício
Frazão Melek por saber, por meio deles, o
que é o amor e a felicidade.

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas as quais devo agradecer não só por esse produto final de doutoramento em Direito, mas também quando do ingresso no Programa de Doutorado.

Agradeço a Deus por permitir-me com saúde e disposição para ingressar e cursar o Programa de Pós-Graduação de Doutorado em Direito e escrever esta tese.

Agradeço à minha família pelo constante apoio e compreensão pelo tempo despendido para que eu pudesse concluir o meu doutorado. À minha esposa por me acompanhar por todos esses anos que me dediquei ao Programa e por ter contribuído em discussões sobre os temas abordados na tese. À minha filha que nasceu no mesmo ano em que ingressei no Doutorado representando um presente de Deus, no período em que tinha aulas com o Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Ao meu filho que nasceu em outro marco histórico importante, a qualificação, sendo outro presente divino. Aos meus pais e irmão pelo constante apoio e acompanhamento das etapas até a defesa.

Agradeço aos meus orientadores, os brilhantes professores doutores, Rodrigo Sánchez Ríos e Luiz Eduardo Gunther, que, além de conduzirem o processo de orientação, serviram como inspiração para esta produção. O Prof. Rodrigo sempre disposto e pronto para ouvir e auxiliar-me; o Prof. Gunther do mesmo modo, além de considerá-lo um verdadeiro exemplo pessoal e profissional a ser seguido.

Aos professores deste Programa de Pós-Graduação, em especial ao Prof. Dr. Roland Hason que iniciou a minha orientação e, desde o início, acreditou nesta pesquisa. Um agradecimento especial também para os professores que compuseram a banca de qualificação, momento único que serviu para amadurecer e continuar a pesquisa após as valiosas contribuições dos doutores Marco Antônio César Villatore e Luiz Edson Fachin.

À diretora do Programa, Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, pela condução primorosa do PPG durante praticamente todo o curso do de Doutorado.

A sempre presente Eva Curelo que contribui de forma significativa para a excelência do Programa, especialmente pelos vários anos dedicados ao mesmo.

Aos colegas do Doutorado, pelo prazeroso e harmonioso convívio, bem como pelas inúmeras contribuições valiosas para a minha pesquisa ao longo das aulas ou mesmo em momentos informais.

Agradecimento mais do que especial para a minha querida e estimada amiga, Neiva Kmeteuk, pelo estímulo para ingressar no Doutorado, pelo acompanhamento das etapas ao longo dos anos e pelas discussões teóricas e respectivas contribuições na pesquisa.

À minha querida e estimada amiga e Profa. Dra. Naura Syria Carapeto Ferreira, orientadora no Mestrado, pelo constante estímulo e interesse na pesquisa, além de seus ensinamentos.

À Coordenação do Curso de Direito da Universidade Positivo, na pessoa do Prof. Roberto Di Benedetto, pela compreensão e pelo incentivo na criação de três projetos de iniciação científica na Universidade, sobre o objeto de pesquisa desta tese.

Agradeço, finalmente, a todas as pessoas que acompanham a minha trajetória profissional na Federação das Indústrias do Estado do Paraná, no Sindicato das Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado do Paraná, na Confederação Nacional da Indústria, no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e na Junta Comercial do Estado do Paraná.

O que é vergonhoso e desumano é usar dos
homens como de vis instrumentos de lucro,
e não os estimar senão na proporção do
vigor dos seus braços.

Encíclica Rerum Novarum

RESUMO

A presente pesquisa objetiva verificar se e como o Direito Penal contribui na proteção dos direitos fundamentais e da personalidade nas relações do trabalho. Para tanto, investiga-se a partir do Direito do Trabalho e do Direito Penal a concepção de um Direito Penal do Trabalho que tem por objeto os tipos penais trabalhistas. As relações de trabalho se modificaram ao longo do tempo, resultante, sobretudo, do processo da mundialização da economia, o que traz constantes e direitos reflexos em maior ou menor grau para a economia brasileira, fazendo com que as empresas tenham que se adequar a essa realidade, e com isso criar um ambiente propício ao desrespeito aos direitos trabalhistas, em especial aos direitos fundamentais e da personalidade. Logo, justifica-se ainda mais, nesse contexto laboral, a proteção a esses direitos. Existem diversos diplomas legais que tutelam esses direitos, mas verificar no Direito Penal os tipos penais trabalhistas permite concluir como o Direito Penal trata a questão e contribui para a proteção desses direitos. Isto somente é possível com a análise de cada um dos tipos penais sob a ótica do Direito Penal do Trabalho. A criação de novos tipos penais trabalhistas é uma possibilidade a ser estudada com cautela, tendo em vista o princípio do Direito Penal mínimo aliado à real necessidade da intervenção estatal na tipificação da conduta.

Palavras-chave: Direito Penal do Trabalho. Direitos fundamentais e da personalidade. Tipos penais trabalhistas. Relações de trabalho.

ABSTRACT

This research aims to verify if and how the Criminal Law contributes to the protection of fundamental human rights and personality in labor relations. For that reason, the conception of Criminal Law applied to work aiming the penal types is investigated, based on Labor Law and Criminal Law. Working relationships have changed over time, resulting mainly from the process of economic globalization, which brings constant and direct reflections to a greater or lesser degree for the Brazilian economy. This fact means that companies have to adapt to this reality, and so, there is an environment conducive to the disrespect of labor rights in particular to fundamental human rights and personality. Soon, the protection of these rights is even more justified in this labor context. There are several statutes protecting these rights; but checking the penal types applied to work inside the Criminal Law allows us to conclude how the Criminal Law treats the issue and if it contributes for the protection of these rights. This is only possible with the analysis of each penal type under a Criminal Law perspective applied to work. The creation of new penal types applied to work is a possibility to be studied with care, taking into account the principle of minimal Criminal Law combined with the real need of State intervention in classification of the conduct.

Keywords: Criminal law applied to work. Fundamental human rights and personality. Penal types applied to work. Labor relations.

SYNTHÈSE

Cette recherche vise à vérifier si et comment le droit pénal contribue à la protection des droits fondamentaux et de la personnalité dans les relations de travail. À ce fin on étudie appuyé sur le droit du travail et du droit pénal la conception du droit pénal dont l'objet sont les types du travail pénitentiaire. Les relations de travail ont changé au long du temps, principalement en raison du processus de mondialisation économique, qui apporte des réflexions constantes et direct à un degré plus ou moins grand pour l'économie brésilienne. Cela signifie que les entreprises doivent s'adapter à cette réalité et il y a donc une ambiance propice à la négation des droits du travail en particulier des droits fondamentaux et de la personnalité. Par conséquence, on justifie plus encore, dans ce contexte de travail, la protection de ces droits. Il y a plusieurs lois qui protègent ces droits, mais vérifier dans le droit pénal les types pénaux travaillistes permet conclure comme le droit pénal traite la question et s'il contribue à la protection de ces droits. Cela n'est possible que par l'analyse de chaque type sous une perspective du droit pénal du travail. La création de nouveaux types pénaux travaillistes est une possibilité à être étudié avec soin, parce que le principe du droit pénal minimum est allié à la royale nécessité d'intervention de l'état sur la tipification de la conduite.

Mots-clé: Droit pénal du travail. Droits fondamentaux et de la personnalité.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	A PROPEDÊUTICA DO DIREITO PENAL DO TRABALHO	17
2.1	DA IDENTIFICAÇÃO DE ZONAS DE CONTATO: O DIREITO PENAL E O DIREITO DO TRABALHO PARA ALÉM DO PENSAMENTO CLÁSSICO	17
2.2	AS ORIGENS DA VIAGEM PROPEDÊUTICA	21
2.2.1	A bagagem do direito penal	22
2.2.1.1	Perspectiva histórica	22
2.2.1.2	<i>Quo vadis!</i> : o direito penal a partir de seus modelos e fundamentos	30
2.2.1.2.1	Modelos do direito penal	30
2.2.1.2.2	Fundamentos do direito penal	37
2.2.1.3	Garantismo, a teoria básica.....	39
2.2.1.4	Adotando uma definição de direito penal	44
2.2.1.5	<i>Quo vadis!</i> Respondendo ao questionamento inicial.....	48
2.2.2	A bagagem do direito do trabalho	50
2.2.2.1	Perspectiva histórica no mundo.....	51
2.2.2.2	Notas históricas sobre o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil	62
2.2.3	Princípio da proteção do direito do trabalho	69
2.2.4	Conceito de direito do trabalho	74
2.3	DA CHEGADA AO DESTINO: O DIREITO PENAL DO TRABALHO.....	76
3	UM CONVITE DA MUNDIALIZAÇÃO DA ECONOMIA PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO: DESRESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE, EIS A QUESTÃO	84
3.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS NA RELAÇÃO DE TRABALHO OU DIREITO DA PERSONALIDADE APLICADOS NA RELAÇÃO DE TRABALHO ?	84
3.1.1	Tecendo considerações sobre os direitos fundamentais e da personalidade ...	95
3.1.2	O direito essencial: direito da dignidade humana	100
3.1.3	O direito de ser: direito da personalidade	102
3.2	O CONVITE DA MUNDIALIZAÇÃO DA ECONOMIA PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO	105
3.2.1	Notas iniciais acerca da globalização e impactos na atividade laboral	107
3.2.2	Economias mundiais no mundo globalizado	109

3.3.	PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE TRABALHO EM TEMPOS DE PLENO EMPREGO, PARA QUÊ?	123
3.3.1	Restrição ao uso do banheiro: ofensa ao direito à privacidade	125
3.3.2	Uso de uniforme com logotipo de fornecedores: direito à imagem	127
3.3.3	Submissão a detector de mentiras: direito à intimidade e vida privada	129
3.3.4	Revista íntima: direito à intimidade	130
3.3.5	Instalação de câmeras de segurança no banheiro: direito a imagem, intimidade e privacidade	131
3.3.6	Controle de e-mail e internet: direito à intimidade e a privacidade	132
3.3.7	Discriminação	134
3.3.7.1	Discriminação ao portador de HIV	137
3.3.7.2	Discriminação racial	139
3.3.7.3	Discriminação por orientação ou opção sexual do empregado	140
3.3.7.4	Discriminação por deficiência física	141
3.3.7.5	Discriminação da gestante	142
3.3.7.6	Inclusão do nome de empregado em lista discriminatória: direito à honra	144
3.3.8	Assédio moral	145
3.3.9	Assédio sexual	153
3.3.10	Sequestro de valores de precatório: dignidade da pessoa humana e direito à vida	154
3.4	PONTOS CONCLUSIVOS	155
4	DO DIAGNÓSTICO AO RESULTADO DO DIREITO PENAL COMO SUPOSTO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	157
4.1	DAS FORMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO	157
4.2	A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL	162
4.2.1	Identificação preliminar dos tipos penais trabalhistas no ordenamento jurídico	163
4.2.2	Tipos penais previstos no Código Penal	169
4.2.2.1	Atentado contra a liberdade de trabalho	170
4.2.2.2	Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta	174
4.2.2.3	Atentado contra a liberdade de associação	178

4.2.2.4	Frustração de direito assegurado por lei trabalhista.....	184
4.2.2.5	Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho	188
4.2.2.6	Aliciamento para o fim de emigração	191
4.2.2.7	Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.....	198
4.2.2.8	Redução à condição.....	200
4.2.2.9	Assédio sexual	209
4.2.3	Legislação esparsa	220
4.2.3.1	Lei nº 9.029/1995.....	221
4.2.3.2	Lei nº 7.716/1989.....	228
4.2.3.3	Lei nº 7.853/1989.....	233
4.3	PONTOS CONCLUSIVOS	235
5	CONCLUSÕES	238
	REFERÊNCIAS.....	243

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal e o Direito do Trabalho parecem ser disciplinas pertencentes a ciências diferentes, pois é raro encontrar ambientes em que esses ramos do direito dialogam. Talvez, em uma visão extremamente pragmática, esses ramos do Direito, realmente, pertencem a universos distintos ou pelo menos muito distantes, pois enquanto um trata do poder punitivo do Estado, por meio das normas penais, o outro disciplina e regula as relações de trabalho.

No entanto, o Direito Penal cuida em tipificar condutas de todo o universo jurídico, e as relações de trabalho não fogem a esta regra. Assim, um primeiro contato é estabelecido: o Direito Penal não pode ignorar o mundo do trabalho, e por isso possui tipos penais que incidem nas relações de trabalho, que passa a denominar de tipos penais trabalhistas.

Desta forma, o primeiro desafio desta tese será, exatamente, demonstrar as zonas de contato, ou as interações entre esses dois ramos, necessitando também investigar as características e os contornos do chamado Direito Penal do Trabalho. Compreender o seu objeto, o seu âmbito de incidência e a sua delimitação é essencial para o desenvolvimento desta tese, que tem por objetivo verificar como, e se, o Direito Penal contribui para a proteção dos direitos pertencentes às relações de trabalho, em especial aos direitos fundamentais.

Esse recorte metodológico, que privilegia os direitos fundamentais ou da personalidade dos trabalhadores, se deu em face do entendimento de que esses direitos devem ser objeto de máxima tutela, logo devem ser respeitados em qualquer circunstância e em qualquer contexto econômico, social ou jurídico, no qual o país esteja inserido. Os demais direitos dos trabalhadores previstos ficam em segundo plano pelo fato de que os direitos fundamentais ou da personalidade garantem o respeito à dignidade da pessoa, fundamento da República Federativa do Brasil definido como tal na Constituição da República de 1988.

Para tanto, será preciso buscar nas origens, isto é, no contexto histórico em que se originou e desenvolveu o Direito do Trabalho e o Direito Penal para nortear e demonstrar a racionalidade jurídica de cada um deles, e assim melhor compreendê-los, o que permitirá iniciar o esboço de uma definição de Direito Penal do Trabalho, bem como conceber e analisar os tipos penais trabalhistas.

Com o objetivo de demonstrar a incidência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade no contrato de trabalho, se faz necessária uma abordagem a respeito desses direitos, a fim de se definir qual deles será aplicável à relação laboral. Isto se deve ao fato de que a distinção clássica entre direitos fundamentais e direitos da personalidade consiste, basicamente, no fato de que esse é exercido nas relações interprivadas e aquele em face do Estado.

Superada a questão teórica acima descrita, terá todo o sentido de demonstrar a necessidade de proteger os direitos fundamentais e/ou da personalidade nas relações de trabalho, as quais se modificaram em virtude do estágio do capitalismo atingido, isto é, da mundialização da economia. Economia e trabalho guardam uma relação direta, entendendo como figuras indissociáveis, uma vez que economia aquecida representa ampla oferta de trabalho. Ao contrário, isto é, quando a economia está desaquecida restringe a oferta de trabalho e, especialmente, a de emprego. O Brasil tem vivido um contexto econômico favorável que privilegia a oferta de trabalho, mas ao mesmo tempo é fruto da globalização da economia, pois exige-se maior produtividade, há maior concorrência e assim as relações de trabalho se modificam.

A partir da demonstração das mudanças ocorridas no mundo do trabalho e as influências das economias internacionais nas relações de trabalho no Brasil, deverá ser demonstrada, finalmente, a necessidade perene de proteger os direitos fundamentais ou da personalidade nas relações laborais.

Finalmente, serão analisadas as formas de proteção desses direitos nas relações de trabalho em diversos diplomas legais. O objeto específico de análise se dará na Legislação Penal em que, primeiramente, deverão ser identificados os tipos penais trabalhistas para a posterior análise de cada um deles.

Feita esta exposição, alguns questionamentos podem ser aventados: aplicam-se ao Direito do Trabalho os direitos fundamentais e os direitos de personalidade? Em que medida a criminalização das condutas empresariais pode conferir maior efetividade ao Direito do Trabalho? Existem fundamentos científicos para a instituição de penas específicas relacionadas aos crimes trabalhistas no Código Penal?

Parte-se da hipótese positiva de que o Direito Penal do Trabalho contribui para o respeito dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, por meio de

suas normas punitivas, com o seu decorrente caráter pedagógico, devendo assim ampliar a tipificação penal de condutas pertencentes às relações trabalhistas.

Como hipótese negativa, coloca-se que não cabe ao Direito Penal do Trabalho contribuir para a garantia desses direitos por meio da norma penal, e que as formas de proteção em Legislação Penal e extrapenal já são suficientes em termos jurídicos para tutelar esses direitos.

Cabe dizer também que esta tese parte da premissa de que o Direito Penal do Trabalho é ainda uma disciplina ou segmento do Direito, pouco explorada pela doutrina, em comparação com os demais ramos, e assim pouco estudada, divulgada e explorada pela comunidade científica. Não obstante, o Direito Penal traz grandes consequências e efeitos para as relações de trabalho, ao tipificar ou não determinadas condutas, e, conseqüentemente, para a atividade econômica.

O Estado, por meio de suas normas, vai ser o definidor do grau de interferência do Direito Penal nas relações de trabalho, e assim a atividade econômica sofrerá com os efeitos dessa intervenção estatal, e, por isso, a tese está inserida na linha Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável desse Programa de Doutorado em Direito. O desenvolvimento somente será sustentável se houver um equilíbrio da interferência do Direito Penal no Direito do Trabalho, já que não é concebível que se deixe de punir, mas, ao mesmo tempo, não se deve punir a ponto de inviabilizar uma relação de trabalho e, assim, a atividade econômica.

Cabe ressaltar que os possíveis ruídos, no decorrer da pesquisa teórica, residem no fato de existir certa deficiência bibliográfica, especificamente no que tange à temática do Direito Penal do Trabalho. Todavia, não se possa negar de indicar, como referencial teórico básico, as obras jurídicas de Luis Ferrajoli, Cezar Roberto Bitencourt, Antonio Baylos Grau, Juan María Terradillos Basoco, Luiz Edson Fachin e Ingo Wolfgang Sarlet, cada qual contribuindo em determinado tema abordado na tese.

Finalmente, cabe dizer que a tese surge a partir desse conjunto de fatores, inquietações e dúvidas a respeito do Direito Penal do Trabalho e tem a pretensão de contribuir para uma reflexão e discussão sobre o tema, e assim motivar novos estudos e pesquisas nesta área, que permitam o próprio desenvolvimento do Direito Penal do Trabalho.

2 A PROPEDEÚTICA DO DIREITO PENAL DO TRABALHO

Nesse capítulo serão apresentadas noções iniciais e introdutórias fundamentais para o entendimento do próprio objeto de pesquisa desta tese, uma vez que se objetiva construir uma verdadeira base teórica imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa.

Desse modo, este capítulo servirá de base comum a todos os capítulos posteriores, pois será resultado do próprio encadeamento lógico das premissas teóricas aqui estabelecidas. Para tanto, o ponto de partida será exatamente o estabelecimento demonstrativo das primeiras aproximações entre o Direito Penal e o Direito do Trabalho; serão também objeto de análise as origens, funções e definições desses dois ramos, por meio de uma incursão histórica do surgimento deles, buscando identificar os seus elementos fundantes e justificadores de suas respectivas existências no mundo jurídico; e, por fim, serão apresentados elementos para a conceituação do Direito Penal do Trabalho.

2.1 DA IDENTIFICAÇÃO DE ZONAS DE CONTATO: O DIREITO PENAL E O DIREITO DO TRABALHO ALÉM DO PENSAMENTO CLÁSSICO

O Direito do Trabalho é um dos ramos do Direito com grande interação com outros ramos do ordenamento jurídico, bem como com outras ciências. É fácil exemplificar esta afirmação, pois basta pensar na segurança e medicina do trabalho para verificar a incidência de outras ciências e outras disciplinas do Direito. Todavia, uma aproximação que se faz de forma mais tímida é com o Direito Penal, pois em um primeiro momento parecem ser ramos que pouco ou nada têm em comum.

Assim, aparentemente o Direito do Trabalho e o Direito Penal são ramos do Direito que pouco se comunicam ou que se relacionam de forma direta. Esta constatação surge do fato de que no meio acadêmico, profissional e judicial, por exemplo, esses ramos são abordados de forma estanque, ou seja, tratados como ramos que não dialogam ou que pouca relação guardam entre si.

No meio acadêmico, para fins pedagógicos, as faculdades de Direito dividem a Ciência do Direito em ramos, e a partir desses em disciplinas. Assim, cada disciplina é abordada dentro do seu ramo, sem muitas vezes haver condições de demonstrar as relações de inter ou multidisciplinaridade.

Nesse sentido, o próprio Ministério da Educação, ao instituir as diretrizes curriculares nacionais para o curso de graduação em Direito, por meio da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, determina que o projeto pedagógico da instituição de ensino deve promover formas de realização da interdisciplinaridade, entendendo como elemento estrutural do referido projeto, e assim do próprio curso de Direito¹. Assim, evidencia-se a constante preocupação que as instituições de ensino superior devem ter com o ensino interdisciplinar, visto que fora do âmbito acadêmico a interação entre as disciplinas e/ou entre os ramos do Direito que acontecem de forma natural, direta e constante.

Em especial, a disciplina do Direito do Trabalho na academia preocupa-se com as questões nucleares ou centrais dogmáticas da matéria, objetivando esgotar os assuntos puramente trabalhistas, ou seja, próprios do objeto do Direito do Trabalho. Assim, a abordagem do Direito Penal, quando realizada, ocorre de forma muito sucinta, limitando-se a citar o Código Penal e os crimes trabalhistas nele previstos. Já na disciplina do Direito Penal, esse fato se repete, ou seja, objetiva esgotar todos os assuntos gerais e especiais do Direito Penal, pouco abordando as outras disciplinas.

Tal situação se comprova, a partir da leitura e análise dos livros em geral de Direito Material do Trabalho, quando geralmente abordam em um tópico as relações do Direito do Trabalho com outros ramos do Direito.

Sobre a relação do Direito Penal com o Direito do Trabalho, a abordagem resume-se aos crimes trabalhistas previstos no Código Penal, ao conceito de dolo e culpa, e ao fato de que as hipóteses de justa causa previstas no Art. 482 da CLT, a qual é inspirada no conceito de enquadramento legal do tipo penal, representam uma penalidade ao trabalhador, que nesse tipo se insere. Com o intuito de comprovar esta afirmação, colocam-se alguns posicionamentos dos autores em suas obras de Direito Material do Trabalho.

¹ Art. 2º. A organização do Curso de Graduação em Direito, observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais se expressa através do seu projeto pedagógico, abrangendo o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico. § 1º – O Projeto Pedagógico do curso, além da clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, os seguintes elementos estruturais: (...); IV – formas de realização da interdisciplinaridade; (...).

Nesse sentido:

(...) O Direito Penal, cujo conceito de dolo e culpa interessam ao Direito do Trabalho, principalmente quando da aplicação do Art. 462 da CLT, alusivo aos descontos no salário do empregado por dano ocasionado ao empregador. Na hipótese de dano culposo, torna-se necessário o ajuste prévio para autorizar o desconto, o que é dispensável quando há dolo. O estudo das contravenções penais é importante, pois terá influência na própria formação do pacto laboral. Se o objeto do contrato for uma contravenção penal, o ajuste será nulo, em face da ilicitude do objeto. O sistema de sanções penais, livramento condicional, anistia, irá também refletir na cessação do pacto laboral, lembrando-se que o Código Penal dispõe sobre os crimes contra a organização do trabalho, cuja competência não é afeta a essa Justiça especializada, mas repercutirá no contrato, à semelhança do que ocorre em relação aos crimes contra o patrimônio, contra a honra e contra a vida².

Como escreve Alice Monteiro de Barros, autora supracitada, a relação do Direito Penal com o Direito do Trabalho resume-se à compreensão dos conceitos de dolo e culpa, contravenção penal e crimes contra a organização do trabalho previstos no Código Penal.

Já Maurício Godinho Delgado, ao enfrentar em sua obra o tema que intitula como *Relações do direito do trabalho com outros campos do direito*, apenas aborda as relações do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional, com princípios gerais de Direito e de outros ramos jurídicos (não cita o Direito Penal) com o Direito Civil e com o Direito Previdenciário. O autor sequer menciona o Direito Penal como ramo de relação com o Direito do Trabalho³.

Sérgio Pinto Martins escreve sobre a mesma questão:

A prática de um delito penal pode influir no campo do Direito do Trabalho, inclusive podendo dar motivo ao despedimento do empregado por justa causa. Alguns autores também entendem que o poder disciplinar do empregador poderia ser considerado como integrante do Direito Penal, de estabelecer punições aos empregados, decorrentes do poder de direção do empregador. O Código Penal também regula crimes contra a organização do trabalho, o direito de livre associação sindical, a frustração de direito assegurado pela Lei trabalhista, o aliciamento de trabalhadores, etc., o que se observa nos arts. 197 a 207. A Lei n° 9.029/95 estabelece normas penais para a discriminação da mulher (Art. 2°)⁴.

² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009, p.201.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.p.75.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.27.

Observa-se que o autor supracitado se limita a relacionar os dois ramos do Direito em questão com as hipóteses de justa causa, poder disciplinar do empregador e a existência de tipos penais trabalhistas no Código Penal e na própria legislação trabalhista.

Já Amauri Mascaro Nascimento faz uma aproximação no mesmo sentido dos demais autores, inovando ao dizer que, muitas vezes, um ilícito trabalhista pode ser também um ilícito penal, embora, a princípio, os ilícitos sejam autônomos e sujeitos a tratamento jurídico próprio: “Em princípio o ilícito penal e o ilícito trabalhista são autônomos e sujeitos a tratamento jurídico próprio. No entanto, muitas vezes o mesmo fato apresenta um ilícito penal e um trabalhista. É o caso do furto. O empregado que furta incorre em uma justa causa de improbidade”⁵.

Diante do exposto, comprova-se que as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal no âmbito acadêmico, por meio de doutrinas de Direito Material Trabalhista, não albergam as relações possíveis e existentes entre esses dois ramos, e estão longe da concepção de um Direito Penal do Trabalho. Como será visto nesta tese, as relações do Direito Penal com o Direito do Trabalho vão muito além das explicitadas pelos autores, tendo o Direito Penal uma função conjunta com o Direito do Trabalho de preservar, por exemplo, os direitos da personalidade dos empregados.

Na doutrina de Direito Penal também é dada pouca importância aos tipos penais trabalhistas, embora haja na parte especial do Código Penal o Título V, *Dos crimes contra a Organização do Trabalho*. Contribuindo nesta constatação, Guilherme Guimarães Feliciano faz uma análise quantitativa a esse respeito, concluindo:

Se o leitor examinar as referências do Título IV da Parte Especial do Código Penal brasileiro («*Dos Crimes contra a Organização do Trabalho*») no conhecido “*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*”, coordenado por ALBERTO SILVA FRANCO (5ª edição), não identificará mais do que cento e cinco arestos a respeito do tema, no decorrer de vinte e nove páginas, entre doutrina e jurisprudência (SILVA FRANCO *et al.*, 1995, pp.2351-2379). Ou seja: cento e cinco arestos para onze tipos penais, o que perfaz média aproximada de dez arestos por *fattispecie* (na verdade, menos que isso). Desses arestos, a maioria trata de questões de *competência* (Justiça federal vs. Justiças estaduais), sem discorrer sobre quaisquer

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.236-237.

aspectos materiais da tutela penal laboral. E, nas edições subsequentes, esse quadro quantitativo não se altera significativamente⁶.

Além de demonstrar esse quadro de descaso ou desprestígio pelas questões relativas ao Direito do Trabalho, dentro da esfera penal, o autor vai além e faz uma comparação entre o crime de homicídio e o de redução à condição análoga a escravo:

A título de comparação, a mesma obra traz, com respeito ao homicídio — o simples (Art. 121, *caput*, do Código de Processo Civil), o privilegiado (Art. 121, §1º), as figuras qualificadas (Art. 121, § 2º) e a modalidade culposa (Art. 121, §3º) —, *duzentos e trinta e oito páginas*, com mais de mil arestos. Isso para um único tipo penal (com seus subtipos). E, no entanto, a doutrina universal tem sustentado, desde meados do século XX, que o trabalho humano é uma *projeção* da própria personalidade do trabalhador, confundindo-se com a sua própria vida em sentido dinâmico. Noutra alheta, com respeito ao crime de *redução à condição análoga a de escravo* (Art. 149 do Código Penal) — crime de elevado potencial ofensivo, com penas cominadas de reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência —, a jurisprudência nacional é igualmente hesitante. A ponto de merecer, em passado recente, a censura da própria Organização Internacional do Trabalho: vejam-se as referências feitas ao caso brasileiro nos relatórios da 74ª e da 75ª reunião da Comissão de Peritos da OIT sobre a Convenção nº 29 ("*sobre o trabalho forçado ou obrigatório*")⁷.

Portanto, ambos são tipos penais de elevado potencial ofensivo e o autor constata, igualmente, uma escassez de aprofundamento e análise do crime que envolve diretamente a esfera laboral.

2.2 AS ORIGENS DA VIAGEM PROPEDÊUTICA

Esta tese insere-se na temática do Direito Penal do Trabalho por investigar os tipos penais trabalhistas, especificamente os que visam proteger os direitos fundamentais e da personalidade deles decorrentes, todos fundados no princípio da dignidade da pessoa humana⁸.

Desta forma, se faz necessário investigar o que vem a ser o Direito Penal do Trabalho, ramo pouco explorado pela comunidade científica, como também será comprovado em momento oportuno, razão pela qual se fará uma breve exposição

⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações**. (2008). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12054>>.

⁷ *Ibid.*, p.5.

⁸ Este tema será discutido em capítulo específico.

das origens, funções e matéria do Direito Penal e do Direito do Trabalho, para então analisar os elementos pertencentes ao Direito Penal do Trabalho.

Esta investigação terá início pelo Direito Penal, buscando em sua história o seu fundamento, conceitos e objetivos, elementos relevantes para caracterizá-lo.

2.2.1 A bagagem do Direito Penal

Primeiramente, cabe dizer que o escopo da exposição a respeito do Direito Penal é de servir como substrato teórico e, conseqüentemente, aporte científico para compreender ao final do Direito Penal do Trabalho, bem como a tipificação de condutas relativas à relação de trabalho.

Desta forma, será realizada uma panorâmica e objetiva imersão na história do Direito Penal, buscando as suas origens, fundamentos e diferentes visões ao longo da história. Será igualmente realizado um estudo com o intuito de compreender os modelos de Direito Penal.

2.2.1.1 Perspectiva histórica

Inicialmente, coloca-se a premissa de que a ideia de Direito Penal, invariavelmente, guarda consigo uma ideia de violência, pelo fato de não haver necessidade de haver normas e princípios penais que não sejam para coibir algum tipo de violência, em sentido *lato*. A criminalidade está presente em todas as formas de organização humana, independentemente de localização, atores, constituição e desenvolvimento. Tanto é que a criminalidade antes de poder ser considerada banal nos tempos hodiernos deve ser considerada como normal⁹.

A questão de que a criminalidade, traduzida pelo cometimento de algum tipo de delito, ser considerada como um fenômeno social normal, é também uma forma de manter abertos os canais de transformações constantes de que a sociedade precisa¹⁰. Isto porque, diante da criminalidade, os grupos sociais debatem, convergem, divergem, enfim discutem a própria sociedade, já que os delitos não são

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9268/96, 9271/96, 9.455/97 e 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p. 1-2.

¹⁰ DURKHEIM, Emile. **Las reglas del método sociológico**. Madrid: Morata, 1978, p.83.

entendidos de forma isolada, mas sim como pertencentes a um contexto resultante do momento histórico vivido pela sociedade.

Outra premissa que deve permear todo o raciocínio jurídico para estudar o Direito Penal, e em especial os tipos penais trabalhistas, é de que o Direito Penal somente deverá englobar normas em seu ordenamento depois que os mecanismos de controle social deixem de ser suficientes para coibir o ato comissivo ou omissivo que viole direitos, passando pelo crivo da valoração social no momento histórico considerado.

Nesse sentido,

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens¹¹.

O Direito Penal somente deve ser instrumento de controle social formalizado quando os mecanismos de controle social não sejam suficientes para manter a paz social, assumindo função protetiva dos direitos e interesses dos indivíduos entendidos como relevantes para não serem violados, após análise axiológica da sociedade.

Desde os primórdios da civilização humana, observa-se que os seres humanos movem-se dentro de sistemas de regras, com a intenção de formar grupos e sociedades, em um convívio nem sempre harmônico, em face das manifestações intrínsecas de agressividade. Visando a regulação desse convívio na intenção de manter a harmonia, prevenir danos morais e físicos e manter a sociedade pacífica, é que teve a sua origem o Direito Penal¹², mas nem sempre mostrou a forma e apresentou os conteúdos a ele hodiernamente atribuídos.

Em síntese, a história do Direito Penal é descontínua, mas no decorrer da história das sociedades humanas é possível reconhecer uma evolução continuada e progressiva na busca de uma concepção do ser humano autônomo moral no entendimento da aplicação das penas em face dos crimes cometidos.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9268/96, 9271/96, 9.455/97 e 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p.2.

¹² Ibid., p.21.

No período primitivo não existia um sistema de princípios penais, não existiam leis disciplinando as condutas humanas. Os seres humanos viviam em grupos relativamente pequenos (aldeias, tribos, clãs) não organizados, portanto, sem uma estrutura administrativa, legislativa ou judiciária que os pudessem intitular de Estados. Sob tal arranjo, o controle destas comunidades era baseado em tradições, costumes e crenças inerentes a cada grupo, portanto variavam de grupo para grupo. Existiam normas religiosas, em sua maioria, que deviam ser seguidas, e se desobedecidas acarretavam punições que incluíam, inclusive, a morte do ofensor. A punição não era senão o revide à agressão sofrida, a vingança. Em suas várias fases, não sistemáticas, predominaram a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública, quase sempre injustas e desproporcionais à ofensa originária¹³.

Na vingança privada, cometido um crime, a reação de parentes da vítima contra o ofensor ou o seu grupo social era exercida sem uma medida de proporção. Tanto que, muitas vezes, grupos sociais inteiros eram dizimados.

Na vingança divina as penas visavam à satisfação dos deuses pela ofensa praticada e eram aplicadas, exclusivamente, pelos representantes divinos, os sacerdotes.

No entanto, para manter o controle comunitário e evitar mortes desnecessárias, a retaliação na vingança privada passou a ser proporcional ao dano produzido, ideia introduzida pela Lei de Talião. São desse período os códigos de Manu e de Hamurábi, ambos teocráticos. O primeiro trazia os preceitos penais ditados na Índia: a pena cumpria uma função moral, purificando o infrator, analisando os motivos e fazendo distinção entre o dolo, a culpa e o caso fortuito. O segundo, da Babilônia, trazia os mais antigos preceitos civis e penais (2285-2242 a.C), distinguindo entre indivíduos livres e escravos, estabelecendo penas para vários tipos de delitos¹⁴.

Enfatizando a questão de evitar a dizimação das tribos,

surge a Lei de Talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal¹⁵.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.159.

¹⁴ Ibid, p.160.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9268/96, 9271/96, 9.455/97 e 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p.22.

Como visto, passou-se da punição coletiva, privada, para a prática punitiva individual, ou seja, punindo apenas o infrator da mesma forma e com as mesmas consequências praticadas na vítima.

Também o Direito Penal japonês e o Direito Penal coreano eram teocráticos, seguindo a mesma *ratio*.

Por seu turno, o Direito hebreu, Direito Penal mosaico, utilizava a Lei de Talião com os seus preceitos jurídico-penais baseados nos dez mandamentos. Mais tarde, esta lei foi substituída pela multa, prisão e/ou castigos físicos, extinguindo a pena de morte, substituída pela prisão perpétua.

O Direito Penal chinês primitivo reconhecia os crimes admitindo cinco penas: no homicídio, a morte; nos furtos e outras lesões, amputação de membros; no estupro, a castração; na fraude, a amputação do nariz; e nos delitos menores, marcas na testa. Também adotava penas de crueldades maiores como esquartejamento, tortura, açoitamento, entre outras. O castigo geralmente se estendia à família do autor. Humanizou-se ao longo do tempo com a supressão da extensão das penas à família e a redefinição das cinco penas: morte, deportação, desterro, espancamento e açoitamento. O Código Penal da dinastia Ming, de 1389, definiu estas categorias de penas na ordem da gravidade das infrações cometidas, assim permanecendo até 1647, com o Código Ching, que prevaleceu até a declaração da República, em 1912¹⁶.

Na América, a lei penal asteca era extremamente dura. O Código de Netzahuatcóyotl utilizava a vingança e o talião com penas de morte, escravidão, desterro, confisco e prisão. A lei penal inca era severa em face do caráter imperialista e basicamente teocrática, sendo os mais graves delitos aqueles que afetavam os deuses¹⁷.

O período greco-romano marca a laicização da legislação penal. O Direito grego não era teocrático, isto é, não julgava em nome dos deuses. Lança as bases para as primeiras escolas romanas, marcando a separação entre Direito e religião¹⁸.

Nos tempos de domínio dos romanos, o Direito é separado da religião, marcando os primórdios de uma verdadeira ciência penal. Depois da Lei das Doze

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.161.

¹⁷ Ibid., p.162.

¹⁸ Ibid.

Tábuas, a Lei Valéria (500 a.C.) definiu o surgimento do Direito Penal Público: as condenações capitais eram submetidas ao povo, reunidos em comício, o *judicium populi*¹⁹. A maior inovação do Direito romano foi o *Corpus Júris Civilis*, em quatro partes: *Codex*, *Digesto*, *Institutas*, *Novelas*. O Direito Penal encontra-se nos livros 47 e 48 do *Digesto*, livro IX do *Codex* e livro IV, Títulos 1 a 5 e 18, das *Institutas*, denominados de *libristerribili*, instituindo os princípios penais sobre o erro, culpa, dolo, imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes e legítima defesa²⁰.

Ao tempo do Império Romano, a vingança privada passou ao exercício penal do Estado, mantendo apenas a disciplina doméstica do *pater famílias*. Se antes cabia ao povo romano simultaneamente legislar e julgar, a partir daí o Direito Penal romano fundou-se nos interesses do Estado, e tanto a tutela quanto os bens passam a ser públicos, e o Direito Penal passa a ser apenas “um instrumento a serviço dos interesses do Estado”²¹.

O predomínio passa à vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a aplicação das penas²². O Direito de punir transforma-se em defesa da sociedade, tornando-se mais temível do que anteriormente, exigindo a colocação de um princípio moderador dos “efeitos de retorno do castigo sobre a instância que pune e o poder que ela pretende exercer”²³.

O Direito germânico predominou do século V ao século XI d.C. em função do seu caráter estatal. Antes da invasão romana, as leis não eram escritas, a pena era tida como expiação religiosa e o crime era assunto privado. A perda da paz era a pena mais grave, que consistia em retirar do apenado a tutela social, de maneira que qualquer pessoa poderia matá-lo impunemente. Nos delitos privados, a *faidaera* era utilizada, gerando inimizade entre o infrator e a sua família, usando a composição, definindo taxas de pagamento de acordo com o sexo, a idade, o local, a espécie de ofensa ou as ordálias ou duelos judiciais, ao juízo de Deus, aplicadas quando o infrator não pudesse pagar as taxas²⁴.

¹⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.112.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.165.

²¹ *Ibid.*, p.166.

²² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 76-77.

²³ *Ibid.*

²⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p.165.

Preponderou no Direito Penal germânico a responsabilidade objetiva, quando o dano era punido pelo seu resultado, sem considerar a sua origem (dolo, culpa ou fato fortuito). O Direito germânico tinha um caráter marcadamente individualista, deslocando-se no decorrer da história para o caráter público, que além à sua tendência ao restabelecimento da paz social, usando como instrumento a reparação. Assim, aceita como a verdadeira função reparadora do bem jurídico, predomina até os dias atuais²⁵.

No século IX principia a luta da Igreja para obter o poder temporal, impondo leis ao Estado, em nome de Deus. Surge então o *Corpus (ou Codex) Juris Canonici*, sintetizando o conceito público de pena dos romanos e o privado, dos germanos, definindo a competência dos tribunais para os delitos: os delitos eclesiásticos, julgados pelos tribunais eclesiásticos; os delitos meramente seculares, pelos tribunais leigos; e os delitos mistos, pelo tribunal que deles primeiramente tivesse conhecimento. Via no delito e no pecado a escravidão do indivíduo e na pena a sua salvação.

Combateu as ordálias e introduziu as penas — espirituais ou temporais — privativas de liberdade (nas penitenciárias) como substitutas das penas patrimoniais, visando à justa retribuição, ao arrependimento e à recuperação do condenado. Também defendia a não aplicação da pena capital, mas com o advento da Inquisição, esta foi transformada em torturas cruéis usadas em larga escala, em um processo que dispensava prévia acusação pública ou privada, podendo as autoridades eclesiásticas proceder de ofício²⁶.

O movimento reformador do século XVIII traz as ideias racionalistas inspiradas em Beccaria, Carrara e Lombroso de uma justiça penal mais humana.

Nesse contexto, a pena é uma tutela jurídica, usada como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente. Assim, a sanção não pode ser arbitrária e sim regulada pelo dano sofrido e, embora retributiva, tem também finalidade de defesa social. Portanto, era preciso reformar o Direito Penal e a administração da justiça penal e introduzir novos princípios penais oriundos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (princípios hoje presentes em muitas constituições).

²⁵ Ibid.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.168.

O delito passa a ser visto como um ente jurídico, impelido pelas forças físicas e morais, constituído de vontade livre e consciente do infrator contra o Estado.

O crime é a manifestação da vontade humana e o infrator deve ser tratado como doente, ou seja, o infrator é um criminoso-nato, com predisposição para o crime, por causas biopsicológicas. Foi o marco introdutor da Antropologia Criminal.

No século XIX, a preocupação com a criminalidade cresceu muito e o crime passou a ser visto sob o aspecto fenomênico, sob o ângulo sociológico, sob o ângulo biopsicológico. A introdução da Sociologia Criminal definindo três fatores determinantes do crime (antropológicos, físicos e sociais) e classificando os criminosos em natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão.

O criminoso passou a ser o centro das ações: os delitos/crimes estão sempre no indivíduo, revelando a sua natureza degenerada, e, por isso, temível. Uma contraposição foi apresentada nesse mesmo tempo, com bases técnico-jurídicas, cuja característica principal é o distanciamento da investigação filosófica e o rigor científico. A pena passa a ter o caráter de repressão, defendendo inclusive a eliminação do criminoso com o uso da pena capital (Lei de Talião?) ou a deportação do criminoso para colônias penais. Esses pontos de vista foram adotados pela maioria dos estatutos penais.

No Brasil, o Direito Penal foi, de algum modo, influenciado pelos costumes das tribos que aqui viviam: vingança privada, punições severas, ordálias, dentre outros.

No período colonial, vigoraram três Ordenações: Afonsinas (1500-1514); Manuelinas (1514-1603), dando início à organização judiciária brasileira em 1532; e Filipinas (1603-1830), especificamente o Livro V, comandando um Direito Penal rigoroso e cruel, aplicando a pena capital aos feiticeiros, aos hereges, aos pederastas, às relações sexuais incestuosas e aos relacionamentos entre cristãos e não cristãos, aliado ao uso de torturas para obtenção de confissões, “um vasto acervo de incongruências e maldades, muitas delas incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo”²⁷. As Ordenações regularam o Direito Penal brasileiro até a promulgação do Código Criminal do Império em 1830²⁸. A prisão era a pena frequentemente utilizada, especialmente, como função preventiva, evitando uma

²⁷ DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

²⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José; COSTA, Fernando José. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.92.

possível prisão, prevista com frequência, tinha função preventiva de evitar a fuga do autor do crime até o seu julgamento; também era um meio de obrigar o infrator ao pagamento das penas pecuniárias²⁹.

A vinda da família real, em 1808, em nada alterou a situação existente, que começou a mudar após a Independência, com a Constituição Imperial de 1824, estabelecendo os princípios e regras que reafirmavam a sua tendência mais liberal: proteger as liberdades públicas e os direitos individuais, abolindo penas cruéis como a marcação com ferro em brasa, a tortura e os açoites; instituir o princípio da reserva legal e da irretroatividade da lei, uma das mais precisas garantias do direito à liberdade; vedar as perseguições religiosas e a prisão de indivíduos sem prévia culpa formada; promover a inviolabilidade do domicílio e o princípio da personalidade da pena. No entanto, manteve a pena capital.

Começou assim a construção da base do ordenamento jurídico: lei igual para todos e recompensa na proporção do merecimento de cada um; abolição da pena capital e das torturas; pena a ser cumprida apenas pelo infrator, não se estendendo aos seus bens ou à sua família; privação da liberdade como alternativa para as sanções corporais e a pena de morte acontecia apenas em três casos: homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravos. Desse modo, a primeira codificação penal do país fundamentou-se na solidez da justiça e da equidade, inspirado nos códigos criminais da Áustria, França e Espanha, mostrava as influências liberalistas e humanitárias. O Código Criminal do Império foi aprovado em 1830³⁰.

O Código Imperial foi sofrendo alterações diversas, sobretudo com a liberação dos escravos em 1888. Em 1890, foi aprovado o Código Penal da República Brasileira, liberal e pragmático. Novamente foram editadas várias leis extravagantes levando à publicação, em 1932, de uma Consolidação das Leis Penais.

No transcorrer do tempo, até 1942, o processo de complementação continuou e muitas alterações foram feitas e sugeridas, como a lei das contravenções penais (1941). Esse estatuto sofreu a influência do Código italiano de 1930 e do Código suíço de 1937. Apesar de ser elaborado em um regime ditatorial, mostrou-se liberal, de boa técnica, redação clara e concisa, estrutura harmônica.

²⁹ Ibid.

³⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José; COSTA, Fernando José. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.64.

O anteprojeto apresentado por Alcântara Machado, prevendo sanções de reclusão, detenção, segregação e multa, foi transformado em projeto para um novo Código Penal, sancionado em 1940 e em vigor a partir de 1942.

Em 1984, com as Leis nº 7.209 e 7.210, foram promulgadas a reforma da parte geral e a lei de execuções penais, retomando o princípio da culpabilidade e diminuindo os efeitos da reincidência, reformulando o instituto do erro e excluindo a responsabilidade objetiva.

Assim, o país chegou ao Código Penal vigente, mas novas e continuadas sugestões estão sendo feitas para a sua reformulação e atualização frente às mudanças ocorridas com os avanços tecnológicos na área das comunicações, visando, especialmente, introduzir as penalidades para os “crimes virtuais”.

2.2.1.2 *Quo vadis!*: o Direito Penal a partir de seus modelos e fundamentos

Primeiramente, cabe dizer que para tratar da Teoria do Garantismo Penal, bem como os seus modelos e fundamentos, foi produzida uma síntese da leitura das obras de Luigi Ferrajoli³¹ e Alessandro Baratta³², preferencialmente, dentre outras listadas e referenciadas. Há que se chamar a atenção para o fato de que, nestas poucas linhas, busca-se apenas ressaltar as características que mais despertam a atenção neste tema de real importância para o fortalecimento do Direito Penal Contemporâneo, para assim poder verificar para aonde vai o Direito Penal, isto é, qual a função do Direito Penal na sociedade.

2.2.1.2.1 Modelos do Direito Penal

A criminalidade está, nesses tempos de comunicação instantânea, cada vez mais presente na vida das pessoas, desde os países tidos como menos desenvolvidos àqueles bem considerados. O que se tem observado é o crescimento de novas subculturas criminais, resultantes justamente desse imediatismo cultural decorrente das facilidades inerentes à instantaneidade da comunicação. Esse quadro tem oferecido oportunidades para o aparecimento de revisões da Ciência Penal, uma vez que as doutrinas, até então consideradas eficientes, estão se

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

³² BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Montevideo: IBdeF, 2006.

tornando incapazes de se adequarem às realidades sociais contemporâneas e dar combate aos desvios sociais nelas encontrados. A consequência é o surgimento de novos modelos para o Direito Penal — visto ser o Direito Penal uma técnica de controle do desvio social — os quais buscam a construção de um modelo eficiente para esse controle.

Como técnica de controle do desvio social, o Direito Penal se manifesta, de acordo com Carrara, em três momentos diferentes³³:

- a) na definição legislativa do delito;
- b) na submissão coativa do suposto infrator a um processo;
- c) na punição dos que forem julgados culpados.

Contudo, é indispensável justificar a opção de um sistema penal para a execução destas proposições devido ao custo da ineficiência, constituída pelos culpados que saem impunes e/ou ignorados depois de submetidos ou não a juízo, e ao custo da injustiça, constituída por aquelas pessoas que são reconhecidas inocentes em sentenças absolutórias depois do processo ou prisão preventiva, ou condenadas por sentenças definitivas e mais tarde absolvidas em face dos processos revisórios ou, ainda, as vítimas dos erros judiciais não reparados.

Esses custos, sempre na dependência das opções penais do legislador, são injustificáveis quando produzem tais resultados e são tanto maiores quanto maior for o poder judicial de disposição, somente passível de freio se houver muito mais garantias asseguradas por um modelo normativo adequado de Direito Penal.

“A verdade processual das hipóteses de delito formuláveis como pressupostos da pena” possibilita elaborar uma tabela analítica e sistemática, embora esquemática, dos princípios e, paralelamente, caracterizar modelos de ordenamento penal, inevitavelmente, autoritários devido à falta ou lesão de um ou vários desses princípios, os quais “formuláveis como proposições de implicação ou condicionais”, estão intimamente entrelaçados³⁴.

Desta maneira, cresce a possibilidade de formulá-los, devidamente separados em fundamentais e derivados, ordenados em sistemas/modelos axiomáticos, cuja complexidade e exigência derivam da sua inclusão/exclusão em cada sistema/modelo.

³³ CARRARA, Francesco. **Direito penal**. Campinas: LZN, 2002. Parte geral, v. II, p.32.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.89.

Os termos empregados pelo autor³⁵ na formulação dos princípios são pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova, defesa e, cada um (exceto a pena), define uma condição necessária para que uma pena seja atribuída em conformidade com o modelo de Direito Penal que o próprio termo busca construir. Consequentemente, todo modelo de Direito Penal enuncia a condição *sine qua non*, ou seja, exige garantia jurídica tanto para a afirmação da responsabilidade penal quanto para a aplicação da pena, visto não se tratar de uma condição suficiente, cuja presença permite/obriga a punir, mas sim uma condição necessária, cuja ausência não permite/proíbe punir³⁶.

A função específica das garantias no Direito Penal é mais condicionar ou vincular do que permitir ou legitimar, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva porque³⁷:

- a) delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade são requisitos/condições penais cujos princípios exigidos denominam-se garantias penais;
- b) juízo, acusação, prova, defesa são requisitos/condições processuais, cujos princípios exigidos denominam-se garantias processuais.

A Teoria Garantista procura trazer a esse conturbado mundo jurídico uma nova maneira de responder às questões geradas pelas mudanças estruturais do Direito, partindo de axiomas garantistas para a formação do sistema penal SG, ou sistema garantista, ou sistema cognitivo, ou ainda sistema de legalidade estrita, no qual estão incluídos todos os termos/requisitos/condições penais e/ou processuais. Observe-se, ainda, que essa teoria tem a sua essência social construída sobre um caráter eminentemente procedimental, desligando-se das formas tradicionais de observação obviamente superadas.

A tipologia dos modelos garantistas é desenvolvida mediante subtrações sucessivas dos axiomas garantistas, configurando nove sistemas além dos sistemas garantista e cognitivo SG, disponíveis na ordem decrescente do garantismo e crescente do autoritarismo, apresentados sob a forma de modelos de processo autoritário, modelos de Direito Penal autoritário e modelos punitivos irracionais.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid., p.90.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.90.

O sistema garantista SG é um modelo-limite, tendencial e jamais satisfatório, sustentado por dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais — elaborados pelo jus naturalismo nos séculos XII e XVIII como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto —, sequenciais e lógicos, inderiváveis entre si, mas encadeados, sucessivamente, constituem os princípios jurídicos do moderno Estado de Direito. O encadeamento dos princípios sugere duas séries, ou formulações, equivalentes³⁸, implicações que levam:

- a) como antecedente, cada termo da série; como consequente, o produto lógico dos que lhe servem: conecta entre si todas as garantias que condicionam os princípios relativos a cada termo do sistema;
- b) como consequente, cada termo da série; como antecedente, a soma lógica dos que o precedem: conecta todos os princípios nos quais é articulada e pelos quais estão condicionadas cada uma das dez garantias.

Os princípios do sistema SG são sempre expressos em latim e estão assim elencados³⁹:

- a) retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito (*A1 Nulla poenas sine crimine*): não há pena sem crime;
- b) legalidade, no sentido estrito e lato (*A2 Nullum crime sine lege*): não há crime sem lei;
- c) necessidade ou da economia do Direito Penal (*A3 Nulla lex sine necessitate*): não há lei penal sem necessidade;
- d) lesividade ou da ofensividade do evento (*A4 Nulla necessitas sine injuria*): não há necessidade de lei penal sem lesão;
- e) materialidade ou exterioridade da ação (*A5 Nulla injuria sine actione*): não há lesão sem conduta;
- f) culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*A6 Nulla actio sine culpa*): não há conduta sem dolo e sem culpa;
- g) jurisdicionariedade, no sentido estrito e lato (*A7 Nulla culpa sine iudicio*): não há culpa sem o devido processo legal;
- h) acusatório ou separação entre juiz e acusação (*A8 Nullum iudicium sine accusatione*): não há processo sem acusação;

³⁸ Ibid., p.91.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.91.

- i) ônus da prova ou verificação (*A9Nullaaccusatiosineprobatione*): não há acusação sem prova que a fundamente;
- j) contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (*A10Nullaprobatioinedefensione*): não há prova sem ampla defesa.

Ordenados sistematicamente, esses princípios definem o modelo do sistema SG, ou seja, as regras do Direito Penal.

O sistema cognitivo SG é um modelo regulador e o princípio da legalidade estrita é a sua característica própria e se diferencia do princípio da legalidade lata (que exige apenas a lei como condição necessária da pena e do delito; a lei é condicionante; estrutura normativa do sistema legal: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que preveem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; é uma norma dirigida aos juízes prescrevendo que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei; se identifica com a reserva relativa da lei, se lei for “ato ou mandato legislativo”; se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados), porque exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal; aqui a lei é condicionada; a taxatividade dos conteúdos é uma condição de validade/legitimidade das leis vigentes; é dirigida ao legislador, prescrevendo uma técnica específica da qualificação penal, idônea, a garantir a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados; identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta de lei, “a lei no sentido substancial de norma ou conteúdo legislativo”, que prescreve deva o conteúdo ser formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, possibilitando o seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas, resultando garantida a submissão do juiz somente à lei⁴⁰.

Esse sistema implica todas as demais garantias — da materialidade da ação ao juízo contraditório — constituindo o pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema, garante, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam os seus elementos constitutivos⁴¹.

Esse processo resulta também em um modelo-limite que permite formular uma tipologia dos modelos teóricos de Direito Penal segundo o número ou tipo de

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.93.

⁴¹ *Ibid.*, p.94.

garantias asseguradas por eles, portanto segundo a medida e o grau como se acercam ou se afastam desse modelo-limite. Tal tipologia serve, ainda, para explicar e valorar os distintos sistemas penais concretos, considerados tanto em sua dimensão normativa quanto na de seu efetivo funcionamento e, por isso, também para identificar os seus perfis de irracionalidade, de injustiça e de invalidez⁴².

Os sistemas S1 e S2 são modelos de processo penal autoritário. O sistema S1 ou sistema de mera legalidade, sem prova e defesa, deriva da subtração do sistema SG dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa; se a defesa e acusação forem apenas argumentáveis, mas não verificáveis e contestáveis, só estarão presentes em sentido lato. Esta falta de taxatividade das previsões legais e da decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetiva dos pressupostos de fato da pena, conseqüentemente um enfraquecimento das demais garantias e a estrita jurisdicionariade de SG decaem à mera legalidade e à mera jurisdicionariade.

O sistema S2, sem acusação separada, configura o método inquisitivo e deriva da subtração da imparcialidade do juiz e sua separação da acusação. Nos ordenamentos em que o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais, compromete a imparcialidade, a publicidade e a oralidade do processo. Esta carência debilita, especialmente, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa, podendo chegar até à total falta de provas e de defesa. Assim, ao faltarem a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações, os juízos penais acabam por informarem-se mediante critérios meramente substancialistas e de autoridade⁴³.

Os sistemas S3, S4, S5 e S6 são modelos de Direito Penal autoritário. Também menos estritos são os nexos que entrelaçam as garantias penais culpabilidade, materialidade, lesividade e retributividade em sistemas objetivistas e subjetivistas.

O sistema S3, sem culpabilidade, é objetivista e deriva da subtração da intencionalidade do delito. Sistema arcaico, característico de ordenamentos penais primitivos que privilegiam a responsabilidade objetiva-coletiva e/ou fatos impessoais, embora se encontre difundido no Direito Penal moderno, em

⁴² Ibid., p.95.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.96.

doutrinas/ordenamentos que privilegiam, estruturalmente, a função exclusiva da defesa social descuidando do elemento subjetivo da culpabilidade por entendê-lo irrelevante e inconsistente. Algumas figuras da responsabilidade objetiva, presumida e sem culpa, resultando debilitados o ônus de verificação “dos nexos de causalidade e da imputação, que vinculam réu e delito, juntamente com as demais garantias processuais em matéria de prova e de defesa”⁴⁴.

O sistema S4, sem ação, derivado da subtração da garantia da materialidade da ação e o sistema S5, sem ofensa, derivado da subtração da lesividade do fato, são subjetivistas porque se caracterizam pelo fato de que as figuras legais de delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, “são privadas de referências empíricas e são construídas, predominantemente, com referência à subjetividade desviada do réu”. Conseqüentemente, o esquema punitivo de ambos os sistemas, visto não se ater à comprovação empírica de ações criminosas/ fatos lesivos definidos em lei, comprometem tanto a legalidade estrita quanto a subjetivação do juízo, porque os critérios discricionários da anormalidade/periculosidade do réu dissolvem o conjunto das garantias processuais⁴⁵.

O sistema S6, sem necessidade, derivado da subtração do processo de economia do Direito Penal, é um sistema assimétrico porque o princípio de economia/necessidade não expressa propriamente uma técnica punitiva, mas um critério de política criminal, cuja satisfação está condicionada, mas não é condicionante das demais garantias. Caracteriza-se por proibições e penas supérfluas em contraste com as razões de utilidade individual e coletiva que justificam o Direito Penal de proibições penais injustificadas por serem, elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem, convenientemente, substituíveis por proibições civis ou administrativas; ou de penas injustificadas, por serem excessivas, não pertinentes ou desproporcionais acerca da relevância do bem jurídico tutelado⁴⁶.

Os sistemas S7, S8 e S9 são modelos punitivos irracionais. São considerados sistemas pré-penais ou extrapenais ou, ainda, irracionais.

⁴⁴ Ibid., p.97.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.97.

⁴⁶ Ibid., p.99.

O sistema S7 ou sistema de mera prevenção, sem delito, suprime todo fato delituoso e a punição, conseqüentemente, assume a natureza de medida preventiva de desvio, em vez de retributiva; uma função de prevenção especial ligada à sua cominação preventiva em relação ao fato criminoso — o Direito e o processo penal se transformam de sistema de retribuição, dirigido a prevenir os fatos delituosos por meio da comprovação e da punição já ocorridos, em sistema de pura prevenção, dirigido a afrontar a mera suspeita de delitos cometidos, mas não provados, ou o mero perigo de delitos futuros⁴⁷.

O sistema S8, sem juízo, representa o estado policial, caracterizado por leis em branco, que permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive o do juízo prévio. O sistema S9, sem lei, corresponde à justiça patriarcal, não vinculada a nenhum critério preestabelecido, nem de fato nem de direito. Um e outro correspondem a formas absolutas do Estado selvagem ou disciplinar. A falta total de jurisdicionariade do sistema S8 e de legalidade do sistema S9 esvazia de conteúdo garantista, igualmente, a única condição exigida — a lei ou o juízo — unindo os dois sistemas sob a insígnia do arbítrio, tornando-os praticamente indistinguíveis na prática⁴⁸.

Partindo desses esclarecimentos, entende-se que o Estado, mesmo dotado do poder de punir, deve fazê-lo mantendo o respeito pelas garantias individuais do cidadão. Em síntese, devem ser asseguradas, ao sujeito investigado, processado ou condenado, todas as garantias que impeçam a possível subtração de qualquer um de seus direitos.

2.2.1.2.2 Fundamentos do Direito Penal

Vale reforçar que é essencial justificar a opção de um sistema penal devido ao custo da ineficiência e da injustiça, custos que estão sempre na dependência das opções penais do legislador e que são injustificáveis quando produzem resultados ineficientes/injustos ou quando são crescentes, passíveis de controle apenas se forem asseguradas as garantias de um modelo normativo adequado de Direito Penal.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.100.

Optar por uma modelo garantista ou cognoscitivo depende dos argumentos buscados para justificá-lo, analisando a sua admissibilidade, ou seja, se é possível; o porquê desta escolha, com base em seus fundamentos; quando será adotado, de acordo com os seus fins; a sua forma, isto é, como será usado tanto em relação às penas quanto em relação ao delito abstratamente descrito, e, ainda, quanto ao processo.

Nos modernos estados constitucionais de direito, duas contrastantes tendências podem ser observadas: uma, no âmbito do dever-ser normativo; na outra, no âmbito do ser efetivo do ordenamento jurídico⁴⁹, uma dicotomia no estudo da legitimação do Direito Penal: a legitimação externa ou justificação e a legitimação interna ou em sentido estrito⁵⁰.

A primeira refere-se à “legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo”, tendo como base critérios de valoração axiológica ou deontológica, morais, políticos, utilitários, desde que extra ou meta-jurídicos; corresponde às razões externas, àquelas do Direito Penal, justas ou injustas; se expressa por meio de prescrições ou justificações referentes a interesses ou valores, não sendo, portanto, nem verdadeiros nem falsos.

A segunda, leva em consideração princípios normativos internos ao ordenamento jurídico, sempre intrajurídicos, tendo como base critérios de valoração sociológica, criminológica; são as razões internas, de Direito Penal, expressas por meio de descrições e assertivas que se referem aos fatos e são, portanto, verdadeiras ou falsas, válidas ou inválidas.

Contudo, o problema da função ou das razões do Direito Penal nem sempre são claramente delineados. Função ou razão podem ser equívocas, de maneira que podem ser utilizadas/compreendidas tanto no sentido descritivo, se analisadas, a primeira, no plano das finalidades que devem ser consideradas pela pena na justificação do Direito Penal; a segunda, no plano das finalidades, que são de fato consideradas pela pena e os resultados concretamente obtidos⁵¹.

Há que se considerar, contudo, que, a dicotomia das legitimações, embora necessária, mas não suficiente, é o pressuposto teológico e axiológico do modelo penal garantista, cuja legitimidade política deve ser só externa enquanto a sua

⁴⁹ Ibid, p.199.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

⁵¹ Ibid.

legitimidade jurídica é só interna. Esta separação, encontrada pelo positivismo jurídico, gerou, nos casos do jusnaturalismo e do substancialismo jurídico, que condicionavam a legitimação interna à legitimação externa, e do legalismo/formalismo ético, que condicionava a legitimação externa à interna, modelos penais autoritários e substancialistas, ora subordinando o Direito à moral, momento em que prejudica as fontes positivas do Direito por favorecer critérios apenas valorativos, ora subordinando a moral ao Direito, portanto, falsamente, legitimando poderes judiciais de disposição como morais.

São princípios que constituem a base política e filosófica de todas as garantias penais e processuais: a estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, a exterioridade e materialidade das ações delituosas, da ofensividade do evento, da culpabilidade, do ônus da prova, dos direitos de defesa e da correspondente presunção de inocência em face da ausência de provas e julgamento⁵².

Nos últimos três séculos, observou-se um reflexo dos acontecimentos político e institucional do Estado moderno que se desdobrou na Teoria do Garantismo.

2.2.1.3 Garantismo, a teoria básica

Destacam-se, neste capítulo, alguns estudos dos estudiosos do garantismo, aliados ao estudo maior publicado por Luigi Ferrajoli⁵³.

Alexandre da Maia⁵⁴ considera que os parâmetros estatais mostram, no plano interno, uma incapacidade cada vez maior de suprir os problemas originados pela “inaplicabilidade efetiva de preceitos esboçados como direitos fundamentais” e no plano externo “uma tentativa de imposição de modelos econômicos que buscam romper a noção de território e de mercado, alterando sobremaneira a vida jurídico-política do Estado e da sociedade civil”.

Mesmo assim, a Teoria do Direito não encontra argumentos suficientemente satisfatórios para responder a estas questões estruturalmente modificantes, porque tanto o positivismo — que não alcança atender aos anseios de produção jurídica

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.208.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <jus.com.br/revista/texto/17>. Acesso em: 23 jul.2012.

extraestatal, característica de sociedades eminentemente periféricas⁵⁵ — quanto ao sociologismo — que não elabora soluções para os problemas colocados por privilegiar o social em detrimento do estatal — incorrem no mesmo formalismo já criticado acima⁵⁶.

Observe-se que os parâmetros então adotados pelo Direito dogmático⁵⁷ não correspondem à essência jurídica, pois a sua própria noção resulta alterada em face do distanciamento do social, conseqüentemente a “produção e aplicação do direito pelo Estado” não é senão, e tão-somente, uma pretensão⁵⁸.

Conseqüentemente, as teorizações procuram se fixar em pontos inexoráveis buscando explicar o social e o jurídico sem se ater apenas aos parâmetros dogmáticos, por um lado, ou aos parâmetros extradogmáticos, por outro, oferecendo à Teoria Garantista, mesmo repleta de criticidade, a possibilidade de buscar uma essência no social tendo por base o seu caráter procedimental. Assim, Luigi Ferrajoli concentra a sua observação tendo por pressuposto que o surgimento do garantismo acontece exatamente devido ao descompasso que existe entre a normatização estatal e as práticas nelas fundamentadas⁵⁹.

Dentre as novas tendências elencadas visando um controle eficiente do desvio social, espocam modelos que se mostram extremamente radicais: ou adotam a abolição total (abolicionismo) ou defendem a intervenção máxima (utilitarismo). Desse elenco, destaca-se como modelo adequado ao Direito Penal, o garantismo, um modelo utilitarista-reformador, elaborado por Luigi Ferrajoli, que teoriza uma solução à crise que repercute no Direito Penal fixando, como a sua missão primordial, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. O autor organiza esta teoria a partir do pressuposto da existência de um descompasso entre

⁵⁵ NEVES, Marcelo. A crise do estado: da modernidade central à modernidade periférica - anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, Acadêmica, nº 3, p. 65.

⁵⁶ MAIA, loc.cit.

⁵⁷ A dogmática têm como característica o forte enfoque na técnica e no estudo dos códigos legislativos, a busca por respostas mais do que por perguntas, o estabelecimento de um ponto de partida sólido para o estudo do direito que não é posto em questão e a possibilidade de uma decisão e de orientação para a ação (FERRAZ JUNIOR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**, p.39). Cumpre importantes funções que cabem à atividade jurídica em um Estado Democrático de Direito, como garantir os direitos fundamentais das pessoas frente ao poder arbitrário do Estado, que embora tenha limites, necessita o controle e a segurança destes limites (CONDE, Francisco Munõz. **Introduccion al derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2001, p. 212.).

⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo, M. Limonad, 1998, p.95.

⁵⁹ MAIA, op. cit.

as normas estatais e as práticas que elas deveriam, exatamente, fundamentar, ou seja, do ponto de vista penal, as atuações do sistema justiça estão em descompasso com os preceitos definidos pelas normas estatais⁶⁰. Nesse contexto, há que se considerar os modelos de Direito Penal de acordo com a falta ou a lesão dos princípios garantistas da legalidade estrita, materialidade, lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e presunção de inocência. Em síntese, o Direito Penal Garantista procura adequar, da melhor maneira possível, os acontecimentos jurídicos empíricos às normas oficiais.

Criada a divergência entre a normatividade e a efetividade, a ideia básica inserida no garantismo é reunir uma e outra, embora tenha, como ponto de partida, a distinção entre ser e dever-ser, tanto no plano externo, ético-político como no plano interno, jurídico, deixando clara a influência do garantismo em um e outro; nesse caso, minimiza a violência e amplia a liberdade, sustentado que está em um arcabouço de normas jurídicas que concede ao Estado o poder de punir existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico, preocupação de muitas outras teorias do Direito.

Embora não originária, a Teoria do Garantismo é uma busca de solução à atual crise que atravessa o Direito Penal, principalmente em relação aos aspectos da legalidade, manifestada pela ausência ou ineficácia dos controles legais ao abuso de poder estatal; da inadequação estrutural das formas de Estado de Direito às funções do bem-estar social e do enfraquecimento do constitucionalismo em decorrência do deslocamento das fontes de soberania⁶¹.

No contexto social, a teoria tem como sustentação as filosofias dos iluministas John Locke e Christiam Wolf, e, com base na separação entre Direito e moral, estabelece como metas do Direito Penal, primeiro, evitar a vingança sem regras e arbitrária e, depois, a defesa social a partir da descrição de condutas tidas como criminosas. Consequentemente, o garantismo, adotando um modelo utilitarista-reformador, deixa de lado a constante busca pelo bem-estar social para ocupar-se do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo contra os interesses da maioria. Ou seja, se existe um modelo ideal de Estado de Direito, separados os planos do ser e do dever ser, o garantismo busca a proteção do mais

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 831.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90.

fraco, protegendo as vítimas contra as práticas delituosas e os delinquentes contra a vingança ilimitada e abusiva, quer pública quer privada. No contexto político, o garantismo representa uma forma de liberalismo contrária ao liberalismo tradicional, e não se detém somente nos direitos de liberdade, mas também nos direitos sociais.

Assim, as concepções jurídica e política do garantismo são antagônicas ao jusnaturalismo e ao legalismo ético, e estabelecem como fim justificador, do Direito Penal, a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, ainda que o faça contra os interesses da maioria, evitando assim as arbitrariedades dos castigos, das proibições e dos processos, mediante a imposição de regras iguais para todos e o respeito à dignidade da pessoa do réu.

Observa-se que esse é um modelo de legalidade estrita e cria, no plano epistemológico, um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, um método de ampliar a liberdade e atenuar a violência e no plano jurídico, uma forma de vinculação do poder estatal às garantias dos direitos dos cidadãos.

Estas bases conceituais e metodológicas permitem considerar que os pressupostos estabelecidos no campo penal podem subsidiar a aplicação da Teoria do Garantismo aos demais ramos do Direito (Administrativo, Civil, Constitucional, entre outros). Daí a ideia proposta por Ferrajoli para dar significado ao garantismo, partindo de três acepções: um modelo normativo de Direito, uma teoria jurídica da validade e da efetividade das normas ou uma filosofia política.

Na primeira acepção, o garantismo seria um modelo que se estrutura a partir do princípio da legalidade, que “é a base do Estado de Direito”, verificado sob os aspectos político, epistemológico e jurídico — um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência e estimular a ideia de liberdade tanto no âmbito do Direito Penal como para todo o Direito; um sistema de proteção imposto ao Estado para respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados para configurar um verdadeiro Estado Constitucional de Direito⁶².

Na segunda acepção, o garantismo também pressupõe uma explicação para os problemas da validade e da efetividade, aproximando-os, embora se deva levar em conta o seu grau de aplicabilidade, visto que o grau de garantismo depende do ponto de partida que o analisador anota para iniciar a sua observação. Reconhecidos os problemas da validade e da vigência, há que se determinar a sua

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.765.

possibilidade de verificação de um garantismo no Direito⁶³. Nesse caso, o garantismo seria uma forma de Direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o Direito seja válido, os quais, reunidos, resgatam a possibilidade de garantir, efetivamente, aos sujeitos de Direito todos os direitos fundamentais existentes.

Na terceira acepção, o garantismo pode ser uma busca de justificativa externa dos parâmetros garantistas adotados internamente pelos Estados, de modo que a legitimidade dos comandos e práticas garantistas são as bases fundamentais para o surgimento dos comandos jurídicos do Estado, buscando, dentro do normativismo, ampliar as possibilidades para a garantia efetiva de direitos, fazendo da norma estatal um ponto de partida para a observação de sua adequação ou não à realidade social⁶⁴.

A Teoria do Garantismo centra-se em trazer ao espectro jurídico uma nova forma de observação, ao afirmar a existência de aspectos formais e substanciais no mundo jurídico, sendo o aspecto substancial algo novo e que deve ser observado na formação das constituições e dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Os seres humanos, no atendimento de suas necessidades/vontades, invariavelmente estão sujeitos aos conflitos. No momento em que esse conflito se concretiza, mister se faz assegurar a proteção devida aos direitos de todos e de cada um de *per si*, que forem ofendidos, ainda que em detrimento dos direitos dos ofensores.

É essencial considerar que, muitas vezes, os conflitos são fontes de violência e, por serem inevitáveis e mesmo essenciais ao desenvolvimento social, há que se buscar interventores para os regerem. Sem esses interventores, a sociedade, certamente, jamais sairia dos fundamentos da vingança pessoal.

Para Luigi Ferrajoli, o Direito Penal emerge desse contexto quando os conflitos entre ofendidos e ofensores passam a ser solucionados pelo Estado com o uso de penas, proibições e processos no controle dos desvios sociais⁶⁵, contexto discutido a seguir.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid, p.787.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.335.

2.2.1.4 Adotando uma definição de Direito Penal

"A liberdade é o primado do homem e o seu estado natural. É um dos direitos fundamentais chamados clássicos ou de primeira geração, sem os quais descabe invocar os direitos sociais e os de geração posterior"⁶⁶. Contudo, esta liberdade que perpassa o convívio social e funciona como elemento de harmonização das relações sociais, em algum momento, pode se transformar em conflito.

São nesses momentos que deve ser oferecidos mecanismos para a resolução desses conflitos. Assim, cabe ao Direito Penal regular (ou procurar regular) esse convívio por meio de sua natureza dupla de proteger e, simultaneamente, obrigar, por meio de um conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico, definido como o conjunto ou sistema de normas jurídicas vigentes em um país, em um determinado momento histórico, é, por definição, um sistema que existe tão-somente como um meio para a realização de valores essenciais aos seres humanos. Um sistema normativo dinâmico, constituído por elementos que se inter-relacionam e interagem em um contexto ordenado hierarquicamente, mas cabe a cada ramo do Direito manter as suas próprias peculiaridades. A partir daí, o Direito Penal é um ramo do Direito que se restringe ao Direito Positivo, visto serem as normas a sua única fonte⁶⁷.

Portanto, conceituar Direito Penal parece simples em face das suas peculiaridades, visto estar esse ramo do Direito, por força da legalidade, restrito ao Direito Positivo, ou seja, às normas a sua única fonte primária, embora não deixe de lado o Direito Natural, que o demita e o restringe a um espaço específico dentro do ordenamento, pois somente a lei é a norma jurídica suscetível de ter caráter penal⁶⁸.

Mas esta característica não deixa de lado qualquer possível referência ao chamado Direito Natural, delimitando e restringindo o Direito Penal a um espaço específico dentro do ordenamento jurídico: somente a lei é norma jurídica suscetível de ter caráter penal. Desta maneira, somente existem crime e sanção penal, pena

⁶⁶ AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 215.

⁶⁷ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2003, p.1.

⁶⁸ *Ibid.*, p.19.

ou medida de segurança, se existir uma lei que os defina, expressão máxima do princípio *nullum crimen, nulla poenae sine lege*⁶⁹.

O Direito Penal é um dos vários meios de controle social disponibilizados para que os seres humanos assegurem-se da conformidade do comportamento de seus pares ao conjunto de princípios e/ou regras estabelecidos para a convivência interpessoal, integrantes de um campo específico do ordenamento jurídico – um sistema dinâmico onde cada um cumpre uma função definida, como o sistema penal, cujo exercício é o controle penal – em formas organizadas para reprimir as possíveis transgressões, estabelecido exclusivamente com a finalidade de controle visando a tutela dos bens jurídicos⁷⁰.

Esta tutela exclusiva dos bens jurídicos, inerente ao Direito Penal, realça o caráter instrumental da tutela jurídico-penal, limitando a sua interferência, isto é, não cabe ao Direito Penal atuar em outros campos, como moral, religião, ética ou qualquer assunto de foro íntimo dos seres humanos. É um controle voltado única e exclusivamente para a tutela dos bens jurídicos, de modo que tampouco se propõe a incentivar mudança na ordem social ou construir uma nova ética e/ou moral.

Frente a esse quadro, entende-se que o controle social descreve um conjunto de elementos que traçam o controle exercido por um conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais, que visam manter os seres humanos restritos a comportamentos determinados por modelos e normas comuns a todos. Tal conjunto de elementos pode ser resumido em viver de acordo com normas sociais, aplicar sanções aos desvios em relação a estas normas e respeitar, adequadamente, as normas procedimentais⁷¹.

Há que se considerar, contudo, que esse mesmo conjunto de controle jurídico-penal que estipula sanções, quando ocorrem violações de seus preceitos, constrói uma estrutura jurídica que oferece as devidas garantias aos possíveis ofensores frente ao poder punitivo, visto exigirem o atendimento de condições para o seu exercício. Isto demonstra que ao Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, também cabe a função, inerente e necessária, de proteger e garantir, visto que, a partir da intervenção jurídico-penal, concretiza-se a possibilidade de

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ BUSTOS Ramírez, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal I**. Madrid, Trotta, 1997, p.15-19.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003. p.11.

destituir o ser humano de alguns direitos que lhes são constitucionalmente assegurados, como a privação da liberdade. No entanto, para apaziguar estas sanções, a sua utilização é reservada tão-somente às lesões mais graves causadas a bens jurídicos de maior relevância, absolutamente essenciais ao convívio social, e que são considerados merecedores da tutela penal, caracterizando a fragmentariedade da tutela jurídico penal em atendimento ao princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*). Portanto, a sua utilização é reservada aos bens jurídico-penais. Tudo isso conduz a um meio de controle com alto grau de formalização, com regras e princípios muito bem definidos. Esse desenho transforma o Direito Penal em um instrumento mais racional, previsível, limitado e seguro do que outros controles sociais⁷².

Observa-se algum consenso quanto à conceituação do Direito Penal na doutrina contemporânea, partindo da clássica conceituação de Von Lizst, que o entende como um “conjunto de regras jurídicas estabelecidas pelo Estado, que associam o crime, como fato, à pena, como legítima consequência”⁷³. O resultado são novas conceituações que acrescentam dados ao conceito tradicional:

- a) o Direito Penal “apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”⁷⁴;
- b) com base nos institutos do crime, pena e medida de segurança, o Direito Penal constitui “um conjunto de normas que determinam que ações são consideradas como crimes e lhes imputa a pena – esta como consequência do crime –, ou a medida de segurança”⁷⁵;
- c) “é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança; enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandamentos e proibições) que criam o injusto penal e as suas respectivas consequências”⁷⁶;

⁷² GARCIA-PABLOS. Antonio. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p.38.

⁷³ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2003, p.7.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. p.23.

⁷⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.5.

⁷⁶ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.55.

d) “é o corpo de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo as infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”⁷⁷.

Ao Direito Penal reserva-se o limite máximo da sanção do ordenamento jurídico, que é a pena, consequência jurídica do crime. Esta condição assinala a peculiaridade da intervenção jurídico-penal, característica desse ramo do Direito.

Sendo composto por todos os preceitos que regulam os pressupostos e consequências de uma conduta cominada com pena ou medida de segurança, o que faz com que um preceito pertença ao Direito Penal não é apenas a regulação normativa de uma violação aos preceitos fundamentais, mas o fato de essa infração poder sofrer sanção de pena ou imposição de medida de segurança⁷⁸. Além disso, os pressupostos que fazem parte das descrições de condutas delituosas, como os crimes hediondos, por exemplo, e todas as suas consequências, fazem parte de todas as normas que se ocupam da configuração e determinação da pena, ou da imposição de medida de segurança. Portanto, pena e medida de segurança são os pontos comuns de referência a todos os preceitos jurídico-penais⁷⁹.

Outra peculiaridade do Direito Penal é a pretensão preventiva ao procurar evitar a prática de crimes, uma prevenção geral que atinge a todos os seres humanos de uma dada sociedade a qual, em caso de falha, usa do devido processo legal a sanção cominada, expressão máxima do caráter coercitivo do poder exercido⁸⁰.

Esta mesma peculiaridade também o distingue entre os demais institutos do ordenamento jurídico, recebendo denominações próprias, como Direito Penal Econômico, Direito Penal Empresarial, Direito Penal do Consumidor, Direito Penal Ambiental, que caracterizam um objeto de estudo mais específico, incluindo o Direito Penal do Trabalho, fulcro desse estudo.

Um conceito de Direito Penal deve ser elaborado sob alguns aspectos indispensáveis. Formalmente, o Direito Penal se concretiza em um conjunto de normas jurídicas que o Estado utiliza para coibir determinadas condutas (ações/omissões) mediante a sanção penal ou para estabelecer premissas

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.37.

⁷⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I, p.41.

⁷⁹ Ibid., p.41.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2008, 3 v., p.3.

(princípios, condições, pressupostos de aplicação da sanção penal) mediante as penas e/ou as medidas de segurança, igualmente impostas aos ofensores dos preceitos jurídicos que previnem os crimes⁸¹.

Socialmente, o Direito Penal também é um conjunto de preceitos utilizados pelo Estado que o usa para controlar condutas incompatíveis com aquelas por ele estabelecidas, embora como um controle residual, pois o Estado só atua diante do fracasso das demais normas de controle e da atuação preventiva da família, escola, sindicatos, igreja, entre outros grupos atuantes na socialização das pessoas⁸².

Em síntese, reunindo os elementos analisados, permite-se um conceito para Direito Penal: é o conjunto de preceitos jurídicos (defesa social, proteção dos bens jurídicos relevantes, prevenção da vingança privada para proteção dos ofensores, diminuição do dano sofrido pelos ofendidos) utilizado pelo Estado para coibir condutas (ações/omissões) que desrespeitam esses preceitos mediante a sanção penal, as penas e/ou as medidas de segurança, com o objetivo de viabilizar a convivência entre as pessoas.

2.2.1.5 *Quo vadis!* Respondendo ao questionamento inicial

Os questionamentos sobre o sentido da pena estatal ressurgem em todas as épocas. Esse não é simplesmente um problema teórico, tampouco são reflexões sobre o sentido desta ou daquela manifestação das vivências humanas, mas sim um tema constantemente atualizado na prática com base em pressupostos que justificam que os seres humanos, no controle do Direito e do Estado, privem de liberdade algum dos seus membros ou mesmo que intervenha de qualquer outro modo, conformando a sua vida.

Esse questionamento sobre a legitimação e/ou sobre a extensão dos limites do poder estatal não pode ser respondido com elucubrações sobre o passado, visto que a situação constitucional e social do presente exige um aprofundamento intelectual complexo baseado em projetos continuamente em transformação.

Luigi Ferrajoli observou, atentamente, esse contexto, desenvolvendo a partir dele a Teoria do Garantismo, no intuito de encontrar justificativa para os custos

⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.1.

⁸² REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.3.

representados pelo Direito Estatal de intervir, quando exerce a sua função de sancionar, punir, proibir e julgar. Assim, o modelo proposto estará plenamente justificado caso os custos desta intervenção estatal se apresentem menores do que os custos da sua não intervenção.

Luigi Ferrajoli procurou sustentação para a sua teoria na filosofia iluminista, primeiro separando, necessariamente, Direito e moral a fim de visualizar um caminho para a legitimação do Direito Penal externa e internamente, dicotomia esta que impõe, necessariamente, que os modelos usados para justificar, ou não, o Direito Penal devem oferecer a sua legitimação política no aspecto externo e a sua legitimação jurídica, no interno.

Com esse intuito, Luigi Ferrajoli procura demonstrar que boa parte dos modelos propostos para explicar o Direito Penal, desde aqueles que justificam a sua existência àqueles que o querem abolir, não se detiveram para esta dicotomia, confundindo o ser com o dever-ser. Contudo, perceber essa dicotomia não torna um modelo capaz de justificar os custos do Direito Penal, visto que esses podem resultar mais elevados na ausência da intervenção estatal. Aliás, o jurista acena com uma lógica inquestionável: se abolido o Direito Penal, o resultado será ou uma sociedade selvagem desprovida de ordenamento e sujeita à "lei do mais forte", ou uma sociedade disciplinadora do controle estatal exercido *ante factum*, e incidente não só sobre os ofensores, mas também sobre os ofendidos. Em um ou em outro caso, o controle será ilimitado, autoritário e desprovido de qualquer vínculo ao princípio de legalidade estrita.

Em seus estudos, Luigi Ferrajoli procurou estabelecer fins para o seu modelo de Direito Penal, isto é, atingir o máximo bem-estar possível dos ofendidos mediante uma descrição legal de condutas passíveis de serem punidas, descrição esta limitada pelo mínimo mal-estar necessário causado àqueles. A dicotomia ressaltada é essencial, pois a existência de uma única proposição levaria o Direito Penal ou à máxima severidade das penas ou ao indulto total.

Considere-se, portanto, que entre o *ne peccetur* (defesa social) e o *ne punietur* (defesa individual) dever-se-á preferir o primeiro ao segundo como fim primordial. Somente nesse contexto, poder-se-ia aceitar que a violência que resulta da intervenção do Direito Penal na vida das pessoas é menor do que a violência decorrente da inexistência desta intervenção.

Com base nessas considerações, entende-se que cabe ao Direito Penal a proteção do mais fraco – tanto do mais fraco ofendido ou ameaçado pelo delito como o do mais fraco ameaçado da vingança – em relação ao mais forte (no caso do delito, o delinquente; da vingança, a parte ofendida em relação aos sujeitos públicos ou privados solidários a ele).

Essa é a legitimação do Direito Penal, garantista e não democrática, como forma de tutela dos direitos fundamentais, os quais definem, normativamente, os âmbitos e limites daquele enquanto bens que não está justificado lesionar nem com os delitos nem com os castigos.

Portanto, o garantismo não é senão a tutela dada aos valores e direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contrária aos interesses da maioria, justifica o Direito Penal: a imunidade dos seres humanos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos mais fracos frente às condições sociais, iguais para todos, de dignidade da pessoa do ofensor, logo, de garantia da liberdade, mediante o respeito também de sua verdade⁸³.

Definitivamente, vale reforçar, um Direito Penal somente se justifica se a prevenção obtida com a violência da pena for menor do que aquela desencadeada se o todo penal não existisse. Ou seja, os custos do Direito Penal devem ser menores que os custos da punição, justificando a pena como um mal menor.

2.2.2 A bagagem do direito do trabalho

Como consta no início deste capítulo, o objetivo de investigar, ainda que de forma breve, as origens, fundamentos, conceito, objeto do direito penal e do direito do trabalho é de compreender o que vem a ser o direito penal do Trabalho, a partir da premissa de que alguma forma deve ser resultante desses dois ramos.

Desta forma, feita esta primeira investigação sobre o direito penal nestes termos, segue a análise do Direito do Trabalho, com o mesmo intuito de evidenciar a formação histórica, primeiro no contexto mundial, para então compreender as origens e desenvolvimento no Brasil.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p.335.

Neste sentido, “o direito do trabalho – como qualquer ramo jurídico – constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico.”⁸⁴.

Assim, mais do que necessário, este capítulo é mais uma forma de justificação para a constante proteção dos direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores pelo ordenamento jurídico de forma geral e quiçá, pelo direito penal do Trabalho.

2.2.2.1 Perspectiva histórica no mundo

O surgimento do direito do trabalho é resultante da combinação de diversos fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos⁸⁵. Tal classificação se faz apenas para permitir uma visão do conjunto formativo do direito do trabalho, pois esses três elementos agem de forma conjunta, sem ser possível precisar quais deles, isoladamente, é mais relevante na pesquisa do surgimento do direito do trabalho.

As bases e a estrutura do direito do trabalho são provenientes de referências antigas como o Código de Hammurabi e a Bíblia, mas somente nos séculos XIX e XX quando surgem as leis que buscam a proteção dos trabalhadores por causa da mudança das oficinas para as fábricas na Europa, foi que propiciou o início da formação do movimento operário e a rebelião de pensamento representada por Saint Simon, Robert Owen, Fourier, entre outros⁸⁶.

Na Bíblia o livro de Gênesis demonstra que o trabalho representa ao mesmo tempo a possibilidade de continuar a obra criadora de Deus, e após o pecado original a possibilidade de resgatar por meio do trabalho a dignidade do homem perdida diante de Deus⁸⁷. Aqui, o trabalho tem um sentido reconstrutivo, e sob o ponto de vista hebraico de trabalho ele adquire uma valorização com atividade humana. Em relação ao pecado original, entende-se também que o trabalho ganha uma conotação de penosidade, de castigo:

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.p.83.

⁸⁵ Id.p. 87.

⁸⁶ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 6. ed. México: Porrúa, 1949, p.13-14.

⁸⁷ DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009. p.53.

Porque deste ouvido à voz de tua mulher, e comeste da árvore, de que eu tinha te ordenado que não comesses, a terra será maldita por tua causa; tirarás dela o sustento com trabalhos penosos, todos os dias de tua vida. (...) Comerás o pão com o suor do teu rosto até que voltes à terra, de que foste tomado; porque tu és pó de hás de tornar.⁸⁸

A partir dessa passagem bíblica compreende-se que a origem do trabalho em si guarda relação com a pena, com o castigo, mas ao mesmo tempo de representar uma forma de resgatar a dignidade.

Ao longo da história da humanidade, antes da existência do trabalho assalariado, três formas de trabalho destacaram-se: a servidão, em que os servos tinham os senhores, aos quais estavam sujeitos, obedeciam e serviam incondicionalmente em todas as necessidades; a escravidão, em que os escravos não se incluíam nas camadas das sociedades em que viviam, já que eram considerados como animais domésticos, peças, coisas e pertenciam aos seus donos, que dispunham inclusive de suas vidas; e as corporações de ofício, formada pelos mestres, os companheiros e os aprendizes e o acesso à condição de mestre era dada aos filhos ou parentes dos mestres e aos companheiros experientes enquanto os aprendizes pagavam caro o ensino embora isso lhes garantisse um bom futuro, como a ascensão ao cargo de companheiro.

Neste contexto histórico o trabalho era visto como atividade vil, desonrosa ou simples expiação de culpa.

A Revolução Francesa (1789) foi o marco inicial da sociedade moderna, com a queda da monarquia, a supressão das corporações de ofício e a ascensão da burguesia ao poder, culminando na definição de duas novas classes sociais: dos capitalistas (donos do capital e das máquinas) e dos operários industriais ou proletariado (donos da força de trabalho), numa nova perspectiva para o trabalho, agora visto com certo valor pela sociedade, que passa a combater o ócio e a inércia.

⁸⁸ Bíblia Sagrada. **Livro do Gênesis**, 3, 17-19. Edições Paulinas: São Paulo, 2002.

Com o invento da máquina a vapor e os seus aperfeiçoamentos, o processo industrial se acelera vindo a caracterizar o que se denominou de Revolução Industrial⁸⁹, entendendo-se como revolução a mudança radical no modo de produção decorrente da utilização da máquina como fonte energética substituindo a força humana, animal e hidráulica então utilizadas. Portanto, é indiscutível que o Direito do Trabalho teve o seu surgimento e consolidação vinculados a esta Revolução, visto ter requerido os serviços de um grande número de trabalhadores.

Na verdade, os trabalhadores concentraram a força do trabalho enquanto os industriais concentraram o maquinário e o lucro ou mais-valia, a apropriação, pelo capitalista industrial de um *quantum* devido ao trabalhador além do salário pago pelo trabalho realizado, salário já esmagado pelo poderio do capital e as suas formas de reprodução: uma nova, porém eficiente forma de espoliação, representando um risco para a sociedade, pela avassaladora concentração de muita renda nas mãos de poucos capitalistas⁹⁰.

O advento da máquina reuniu em seu entorno os meios de produção e, com eles, um contingente cada vez maior de pessoas, que passou a trabalhar em função e no ritmo determinado pela máquina.

A Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais. As relações de trabalho presididas pelos critérios heterônomos das corporações de ofício foram substituídas por uma regulamentação essencialmente autônoma. Surgiu daí uma liberdade econômica sem limites, com opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão. (...) A lei de bronze, em vigor à época, considerava o trabalho uma mercadoria, cujo preço era determinado pela concorrência que tendia a fixá-lo no custo de produção e estabilizá-lo a um nível próximo ao mínimo de subsistência.⁹¹

Entende-se, nesta colocação, que a introdução da máquina no processo industrial criou, em virtude das imensas concentrações de trabalhadores ao seu

⁸⁹ Compreende transformações econômicas, políticas e sociais surgidas na Grã-Bretanha em meados do século XVIII; caracterizou-se pelas passagens da oficina artesanal (manufatura) para a fábrica (máquinas) e da sociedade rural para a urbana (burguesia e proletariado), com o aparecimento da organização fabril e trabalho assalariado e a afirmação do capitalismo e pode ser dividida em duas fases: a primeira, na Inglaterra, de 1760 até meados do século XIX, quando se utilizou energia a vapor e investiu-se na área de tecidos; a segunda, quando se estendeu para a França, Itália, Alemanha e Estados Unidos, com a utilização da energia elétrica e o petróleo e investiu-se na indústria siderúrgica. Nota do Autor.

⁹⁰ MARX. **Sindicalismo**. São Paulo: Ched Editorial, 1996, p.35.

⁹¹ DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009, p.53.

redor, a figura do assalariado e, juridicamente, instaura-se o princípio da ampla liberdade de contratação, sem qualquer limite, à vontade das partes.

Em relação a liberdade de contratação, prevalecia o “laissez-faire, laissez-passer”, a fórmula do liberalismo econômico. Princípio liberal e postulados individualistas atuaram como as grandes bases sobre as quais se desenvolveu todo o mecanismo das relações jurídico-laborais existentes até o aparecimento do fenômeno intervencionista⁹². O Código Napoleônico, de 1804, revela a vontade contratual como norma suprema das relações jurídicas, o que demonstra se cunho puramente individualista, onde se encontra as diretrizes da organização do trabalho nos quadros de direito civil.⁹³

Entende-se, ainda, que embora o indivíduo continuasse a ser solicitado para o trabalho, não mais importava a sua capacidade pessoal e a sua habilidade — que eram fundamentais ao artesão e que deixaram de ser importantes com o uso da máquina. A partir daí o indivíduo passou a ser treinado apenas para operar a máquina, o que era igualmente possível de ser feito pelas mulheres e pelas crianças.

A partir deste contexto, o trabalhador encontrava-se em uma situação de extrema vulnerabilidade face aos ditames do empregador, de grande exploração, além de perder a sua relevância enquanto profissional devido ao maquinismo. Sobre o maquinismo que afastou a utilizações de força muscular do homem e dos animais, pode-se exemplificar:

Antes da flying-shuttle os tecelões não podiam fabricar determinadas peças sem o concurso de dois ou mais colegas; a máquina de fiar permitiu que uma operação, feita antes por um homem com um torno, passasse a ser executada mais depressa do que e por uma série de fusos.

Se era possível antes do aparecimento do maquinismo falar em pretensa igualmente material entre os pólos da relação laboral, agora desaparece por completo qualquer tentativa de defender, ainda que mínima, a existência de igualdade. Com já dito, nesta fase está-se diante de um retorno a escravidão, mas com contornos e características próprias, tendo em vista a precarização do salário bem como das jornadas de trabalho exorbitantes e das condições pífias de trabalho.

⁹² ALONSO GARCIA, Manuel. **Derecho del trabajo**. tomo I. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1960, p. 101.

⁹³ DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009, p.62.

Amauri Mascaro Nascimento em sua obra enfatiza tal situação resumindo esse período:

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração de mulheres e menores, que constituíam mão-de-obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho das suas atividades, e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também aos baixos salários.⁹⁴

A partir do contexto exposto, pode-se dizer que este foi o cenário do surgimento e desenvolvimento do direito do trabalho. Como visto, o maquinismo aumenta consideravelmente a produção, que de artesanal, quase individual e familiar, agora é coletiva e passa a ser feita nas fábricas. O contexto explorador é marcado, sobretudo, pelas jornadas exaustivas de quatorze a dezesseis horas de trabalho por dia, alimentação inadequada, períodos de descanso inexpressivos, condições de iluminação, de segurança de trabalho quase que ausentes. Assim, o trabalho torna-se algo quase insuportável e sem limites.

É forte e ao mesmo tempo realidade daquele período histórico, a expressão de Daniel Defoe que pregava que não havia nenhum ser humano de mais de quatro anos de idade que não pudesse ganhar a vida trabalhando⁹⁵. No entanto, tal expressão representa a situação fática da época, sendo que se os menores não cumpriam as suas obrigações na fábrica, os vigilantes aplicavam-lhes brutalidades, o que não era geral, mas de certo modo, tinha alguma aprovação dos costumes da época.

Mas são também essas condições que fazem com que os trabalhadores busquem soluções mais satisfatórias. Eles precisam trabalhar, mas com a excessiva oferta de mão-de-obra torna-se imprescindível que se organizarem para exigir melhores condições de trabalho, para poderem viver melhor com o que ganham com esse mesmo trabalho.

Nesta fase da história torna-se fundamental a aplicação correta e moderna do Direito para que seja inserido no meio social, de maneira a garantir a menor distância possível entre a norma jurídica e a realidade. Observa-se, no exposto, que o Direito forma-se antes de ser posto em norma jurídica e se espera do legislador,

⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.15.

⁹⁵ PARIAS, Louis-Henri. **Historia General del trabajo**. México-Barcelona: Grijalbo, 1965.p.38.

evidentemente, que procure produzir leis capazes de acompanharem as necessidades da sociedade e adaptadas às novas exigências. O Direito do Trabalho pode, a partir do exposto, ser considerado como um produto resultante do século XIX, quando surgiram as condições necessárias e suficientes para o seu aparecimento como ramo autônomo e com características próprias em relação à ciência jurídica.

É importante considerar, contudo, que a legislação não foi, não é e, ao que parece, não será, feita para beneficiar os trabalhadores e manter o equilíbrio social, pois, embora qualquer lei precise da aprovação do "representante do povo", ela é, na realidade, pensada e elaborada por uma elite que não está preocupada com estes representados, mas apenas com a manutenção dos seus próprios privilégios. Geralmente constituída pelos donos do capital e dos meios de produção, essa classe dominante não leva em conta, verdadeiramente, com o que acontece com as classes menos privilegiadas, donas apenas da força de trabalho. Assim, via de regra, as leis refletem os interesses dessa classe dominante.

Ora, desde Salomão, passando por Dracon e outros, que o fardo da lei sempre foi mais pesado para os pobres e para os escravos, visto que "o Direito é a vontade, feita lei, da classe dominante, através de seus próprios postulados ideológicos"⁹⁶.

Sempre foi assim, e parece que, sempre será, qualquer que seja o regime, até mesmo àqueles em que os operários chegaram ao poder. Aí está, na verdade, o exemplo de domínio do poder econômico, pois, uma vez que aqueles operários encontrem-se devida e comodamente instalados no topo da pirâmide, tratam imediatamente de criar leis, não para a defesa dos ideais que os conduziram até este ponto, mas apenas para aí se manterem e, se possível, para sempre. Portanto, "não é a sabedoria que faz a lei, mas a autoridade", e mesmo sendo os sábios a elaborá-las, é certo de que estão a serviço dos que dominam⁹⁷.

Obviamente levando em conta as devidas proporções, também é assim com o Direito do Trabalho, que muitas vezes é mais útil à burguesia que, obviamente, nunca desejou um direito de proteção dos trabalhadores. Dentro deste contexto, adota a estratégia de fazer concessões políticas visando, tão somente, reduzir as

⁹⁶ MARX. **Sindicalismo**. São Paulo: Ched Editorial, 1996, p.25.

⁹⁷ MOURA, José Barros. **A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p.26.

tensões sociais e retirar força a luta de classes. Conseqüentemente, este direito favorece a concentração capitalista agindo sobre as condições da concorrência com o que beneficiam setores mais fortes e aptos da classe dominante em detrimento dos setores mais frágeis.

O Direito do Trabalho surge no século XIX, na Europa, em um mundo marcado pela desigualdade econômica e social, fenômeno que tornou necessária a intervenção do Estado por meio de uma legislação predominantemente imperativa, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes.⁹⁸ Os aspectos religiosos e a consciência ética da humanidade têm reconhecido à pessoa humana e aos diversos setores sociais direitos que se correspondem pela situação biológica e social. Essas faculdades são anteriores ao Estado e não são definidas por qualquer tipo de ordenamento jurídico:

Considerando o trabalho como algo que participa da dignidade pessoal do homem e merece a mais alta valoração, a doutrina social da Igreja tem um forte sentido humanista e prega teses dentre as quais o 'justo salário' mediante participação dos trabalhadores nos lucros dos empregadores, direito de associação para que os trabalhadores possam manifestar suas opiniões e obter melhores contratos de trabalho, direito a uma condição digna da atividade profissional, direito ao emprego, tudo segundo uma visão transcendental da destinação do ser humano.⁹⁹

Tais direitos concentram em seu espírito justiça social, solidariedade e cooperação e estão inseridos em todo ordenamento jurídico formal e, à medida que novos direitos são acrescentados aos já reconhecidos, há condição para melhoria da condição do trabalhador.

É preciso considerar que já havia um primeiro "embrião" do Direito do Trabalho, proposto a partir da segunda metade do século XVIII, a partir dos grandes aglomerados industriais emergentes. No entanto, ainda sob a inspiração da Revolução Francesa, imperava a ideia do liberalismo econômico, que influía na postura jurídica, igualmente liberal, com a total omissão do Estado no que se referia às relações entre as pessoas e a plena autonomia do mercado.

Contudo, neste período dito liberal, a situação dos trabalhadores era desesperadora: estavam abandonados à própria sorte, sem qualquer apoio de

⁹⁸ DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009. p.67.

⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.37.

grupos sociais intermediários ou do Estado. Eram submetidos, no trabalho, a jornadas diárias estafantes em troca de ínfimos salários. Também eram explorados os trabalhos de mulheres, jovens e crianças, igualmente sem qualquer limite. Inexistia, nesta época, respeito aos mínimos direitos da pessoa como ser humano, como é modernamente concebido.

Crescem, como resultado dessa superexploração do trabalho, os movimentos de defesa dos trabalhadores, que passaram a formar pequenos grupos buscando maneiras de defesa contra a ação dos empregadores., considerados como a célula-mãe dos modernos sindicatos,

Em resumo, a grande concentração de trabalhadores em um mesmo local de trabalho abre campo para a exploração da mão de obra, mas é essa mesma concentração que torna fértil o campo para o crescimento do associalismo.

É evidente que esses movimentos são duramente reprimidos, e tanto no plano social como no plano jurídico essa repressão acompanha a ideologia dominante, chegando a configurar como delito a associação dos operários na defesa de seus interesses. Cresce a doutrina do individualismo servindo mais como fundamento jurídico para a repressão do que para a solução dos problemas. E, nesse plano, passou a ser considerado um direito inalienável dos trabalhadores: a associação para a defesa de seus direitos.

Os ensinamentos advindos da Revolução Francesa e a publicação do Manifesto Comunista, de Marx e Engels, estimulando os trabalhadores à união, iniciam um período de contestação do liberalismo, cuja demarcação final foi o início da Primeira Grande Guerra Mundial (1914). Foi um período de efetiva crítica e desafio à livre atuação da burguesia, fazendo com que esta percebesse que para a manutenção do poder haveria de, forçosamente, limitar a atuação dos patrões em relação à exploração de seus empregados.

Assiste-se, então, a uma crescente intervenção do Estado nas relações trabalhistas, procurando restringir, paulatinamente, a autonomia da vontade dos patrões, reconhecendo aos trabalhadores alguns direitos.

O Tratado de Versalhes (1919), cuja assinatura marcou também o fim da Primeira Guerra Mundial, previa — em seu título XIII — a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como órgão da antiga Liga das Nações, hoje da Organização das Nações Unidas (ONU), que se ocuparia da proteção das relações entre empregados e empregadores, em todo mundo, com base nos princípios

consagrados pelo Tratado, como contribuir para o estabelecimento de uma paz duradoura mediante a implantação da justiça social e melhorar, através de ação internacional, as condições de trabalho e os padrões de vida, promovendo a estabilidade econômica e social. Com estes objetivos, reúne os governos, os empregados e os empregadores, recomendando padrões internacionais mínimos e a redação de convenções internacionais, incluindo aspectos relativos a salários, horas de trabalho, idade mínima para o emprego, condições de trabalho para as várias categorias de trabalhadores, remuneração dos trabalhadores, previdência social, férias remuneradas, prevenção de acidentes, serviços de recrutamento, fiscalização e liberdade de associação.

Essa preocupação se corporificou em 30 artigos da Constituição do México (1917), primeira carta constitucional a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (Arts. 5 e 123), cuja importância é incontestável já que, na Europa, berço das lutas pelos direitos humanos e a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar depois da Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

Mesmo sendo uma sociedade essencialmente agrícola na qual os direitos trabalhistas interessavam a uma parcela ínfima da população, isso sem reconhecer a sua inaplicabilidade para as pequenas e médias empresas urbanas, o que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado.

Estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, portanto, da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar. Criou, assim, o fundamento jurídico para a

importante transformação sóciopolítica provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano¹⁰⁰.

Também a Igreja se interessa pela condição dos trabalhadores. Na *Encíclica Rerum Novarum* (1918), o Papa Leão XIII traça diretrizes no sentido da intervenção estatal nas relações patrão-empregado.

Entre a Constituição do México e a Constituição de Weimar, eclodiu a Revolução Russa, que acolheu um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX: a edição da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, durante o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses (1918), no qual são afirmadas e levadas às suas consequências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas da Constituição do México nos campos socioeconômico e político.

A Constituição Weimar (1919), modelo clássico de um Estado social-democrata, também procurou garantir os direitos básicos do trabalhador, por isso trilhou na mesma via da Carta mexicana e em todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Conferência de Washington: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.

Este período, marcado pela intervenção estatal, torna universal o reconhecimento dos direitos básicos do trabalhador frente ao empregador e aos meios para que tais direitos pudessem ser respeitados.

A *Carta del Lavoro* (1927) é o melhor retrato da intervenção do Estado na economia, ao definir a nação italiana como um organismo com finalidades, vida, meios de ação superior, em poder e duração, à ação dos indivíduos, agrupados ou separados, que a compõem e o trabalho, em todas as suas formas de organização e execução, intelectuais, técnicas, manuais, é um dever social e por isso é tutelado pelo Estado¹⁰¹. Esta *Carta* permitia à organização sindical ou profissional, mas somente reconhecia aquele que estivesse subordinado ao controle do Estado, ou

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.54.

¹⁰¹ SILVA, Jeferson Barbosa da. **História sindicalista**. São Paulo: Cepros, 2000, p.24.

seja, considerava o Estado corporativo e a iniciativa privada no âmbito da produção como sendo o instrumento mais eficaz e mais útil ao interesse da Nação¹⁰².

Na verdade, foi só depois do fim da Segunda Guerra Mundial (1945), com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e com a atuação da Organização Internacional do Trabalho, por meio de suas convenções e recomendações, que as entidades sindicais foram efetivamente reconhecidas como interlocutoras dos direitos dos trabalhadores, isto é, foi nesse período que cresceram as entidades sindicais na defesa e coordenação dos interesses dos trabalhadores e seus associados.

Registrou-se, em especial nos países de maior desenvolvimento econômico, uma substituição da ação estatal pela ação sindical em defesa dos trabalhadores.

Contudo, mesmo com o enfraquecimento do Estado Nacional, este ainda é importante dentro do sistema globalizado para reagir a qualquer tentativa de mudança fora dos limites estabelecidos, agora, pelo grande capital transnacional globalizado, conservando desta forma o modelo existente e os seus interesses e sistema de privilégios. Neste cenário, o papel do direito do trabalho, da Constituição e da legislação trabalhista é o de estabelecer as margens e os limites desta sociedade trabalhadora, e, embora tais limites sejam cada vez mais largos, eles continuam a existir, como requisito e mesmo, razão de ser do Estado.

Essa rápida incursão pela História do direito do trabalho mostrou, depois do fim da Primeira Guerra Mundial e do Tratado de Versalhes, uma tendência crescente na aproximação entre os povos, facilitada pelos novos meios de transporte e comunicação. Essa aproximação assumiu, nos últimos anos do século passado, características especiais, dadas tanto pela intensificação do intercâmbio entre os povos como pela mudança na estrutura das organizações econômicas e dos processos produtivos. Assim, substituídos os muros por pontes, como consequência, além da quebra de barreiras comerciais, vieram a ruptura de barreiras ideológicas, políticas e culturais.

Uma das consequências adversas desta aproximação, desta mundialização, impulsionada principalmente por elementos econômicos e por fatores políticos (neo)liberais, foram os ajustes estruturais no mercado de trabalho mais selvagens da História, gerando desocupação crescente, marginalidade social, deterioração da

¹⁰² Ibid., p. 24.

qualidade de vida e desrespeito aos tradicionais direitos trabalhistas arduamente conseguidos.

Em vista de tais acontecimentos, este novo século tem sérios desafios a enfrentar, pois as questões também globalizaram. Assim, percebe-se que a solução dos graves problemas que agora ameaçam a estabilidade do planeta está na construção de um novo modelo de Estado, de sociedade, de economia e de Direito do Trabalho.

Nesta fase da história torna-se fundamental uma aplicação correta e moderna do Direito para que seja inserido no meio social, de maneira a garantir a menor distância possível entre a norma jurídica e a realidade.

Neste quadro, coube ao Estado reagir e conservar. Conservar o modelo de sociedade e reagir com a sua força a qualquer tentativa de mudança fora das permitidas pelo modelo proposto. Ainda que o Estado seja reduzido ao mínimo necessário, a sua existência é indispensável, mesmo nesse mundo globalizado, para reagir a qualquer tentativa de mudança fora dos limites estabelecidos, agora, pelo grande capital transnacional globalizado, mantendo o modelo existente com os seus interesses e sistema de privilégios.

O papel do Direito do Trabalho e da Constituição de cada país, apesar da globalização, é o de estabelecer as margens e os limites de sua sociedade trabalhadora e, ainda que estes limites sejam cada vez mais elásticos, eles continuam a existir, como requisito e mesmo, razão de ser do Estado.

2.2.2.2 Notas históricas sobre o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil

Durante a Primeira República (1889-1930) a economia brasileira ainda se caracterizava pelas atividades agroexportadoras. Café, açúcar, borracha, cacau e fumo eram os principais geradores de divisas para o país. Mas já se registrava, desde o final do século XIX, o funcionamento de algumas indústrias. Como relata o Celso Furtado, diversos fatores explicam o nascimento da indústria brasileira, entre eles, a formação de um capital inicial a partir do comércio exportador e da lavoura cafeeira, aumentando a renda da população e a demanda de produtos de consumo não duráveis; a política de valorização do café, contribuindo para a expansão da atividade industrial; a política de incentivo à imigração e a Primeira Guerra Mundial,

alterando o quadro das relações econômicas internacionais do Brasil com a Europa e com os Estados Unidos¹⁰³.

A crise iniciada no final da década de 20 forçou a economia brasileira a um expressivo número de reacomodações. No decorrer da década 30, avançando e recuando, ganha novos contornos, com a indústria voltada para o mercado interno como figura principal, com o Estado adquirindo mais força e mais autonomia em suas funções, assumindo quase toda a economia de mercado. Ao final da década de 50, já mostrava todo um novo aspecto urbano-industrial. Assim, apoiada neste mercado prévio e exterior à indústria, e mediante a transferência de capital-dinheiro, de mão de obra e da capacidade para importar, surgiu e se desenvolveu a indústria mecanizada no Brasil. Tais condições do mercado interno permitiram o crescimento de uma indústria produtora de bens de consumo assalariado e, depois, de bens de produção, características que se explicam pelo fato histórico e relativamente endógeno de que a acumulação industrial se submete, desde o início do processo, ao desenvolvimento da produção e do capital mercantil exportador¹⁰⁴.

No entanto, o setor industrial dependia do capital cafeeiro para repor e ampliar a sua capacidade produtiva, dependência essa que começa a ser rompida, definitivamente, em meados da década de 30, quando tanto a acumulação industrial-urbana quanto a renda fiscal do governo se desvinculam da acumulação cafeeira, submetendo-se, daí por diante, aos interesses do desenvolvimento urbano-industrial.

Nesse mesmo período observou-se significativo renascimento da produção industrial, permitindo a recuperação da economia que as margens de capacidade ociosa tinham em função da crise econômica do início da década, recompondo e/ou aumentando a lucratividade das empresas. A modificação relativa dos preços favoreceu a lucratividade das empresas da indústria leve de bens de produção.

Como a indústria de bens de consumo assalariados liga-se à reprodução da força de trabalho industrial, isso acaba gerando uma nova dinâmica de acumulação na qual as taxas de acumulação e as taxas de emprego são maiores na área de bens de produção.

¹⁰³ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000, p.191.

¹⁰⁴ TAVARES, Maria da Conceição. **Acumulação de capital e industrialização no Brasil**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 1998, p.35.

A industrialização foi estimulada por condições favoráveis à acumulação, pois contou com a força de trabalho abundante e com o pouco poder de barganha do operariado industrial, até então sem uma representação significativa.

Em vista do exposto, permite-se entender que o Direito do Trabalho é um ramo jurídico que, por suas características e relevância, pode pertencer tanto ao Direito Público como ao Direito Privado, decorrendo dessa questão a necessidade de contextualizá-lo dentro de um paradigma de Estado, para que possa ser adequadamente compreendido. Sem esquecer que a globalização, realidade concreta e palpável, não deve ser preterida e sim estudada, para que o Direito do Trabalho possa adequar-se e adaptar-se à nova realidade. Desta maneira, o trabalhador continua a trabalhar e o capital continua o seu processo de expansão.

O conceito de trabalho ligava-se, nos início da história do Direito brasileiro, ao trabalho braçal (labor), modalidade laborativa essa praticada nos lares em que o *pater família* exercia domínio absoluto sobre os seus. O labor conserva a natureza, e o homem o exerce com o seu próprio corpo, um trabalho continuado, como, por exemplo, a exploração do solo. Também os homens livres, na cidade, executam um trabalho, que apesar de ininterrupto, como o anterior, trata-se de prática predominantemente intelectualizada reservada apenas aos cidadãos. Essa ação dignifica o homem e confirma, mais que qualquer outra atividade, a exclusividade do trabalho braçal dada aos "não cidadãos". O homem urbano daquela época dedicava-se, por exemplo, às práticas políticas. Entre um e outro contexto intermediário encontra-se o trabalho mesmo, essa atividade caracterizada predominantemente por ter meio e fim, e que, ao contrário do labor, modifica a natureza, mas que se voltavam para a coletividade, como, por exemplo, as atividades artesanais¹⁰⁵.

A legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho surgiram, no Brasil, como consequência desse processo nacional de industrialização e do processo que se desenrolava no resto do mundo, como todas as demais conquistas dos brasileiros.

As primeiras normas nesse sentido são relatadas antes mesmo da virada do século XX, com o Decreto nº 1.313, de 1891, que regulamentou o trabalho dos menores de 12 a 18 anos.

¹⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994, p.37.

Já no novo século, em 1907, uma lei tratou da sindicalização rural e em 1917 foi criado o Departamento Nacional do Trabalho como órgão fiscalizador e informativo.

A partir da Revolução de 1930, acelerou-se esse processo, iniciando o que se classifica de fase contemporânea do Direito do Trabalho no Brasil. Neste mesmo ano criou-se o Ministério do Trabalho.

O Conselho Nacional do Trabalho, de 1923, passou, em 1931, a ter competência para opinar em matéria contenciosa e consultiva e, em 1934, para julgar. Começava a nascer a atual Justiça do Trabalho, mas como órgão administrativo, vinculado ao Ministério do Trabalho, cujo titular podia reformar as suas decisões.

A denominação de Justiça do Trabalho surge pela primeira vez na Constituição de 1934 e foi mantida na Constituição de 1937. Mas só foi criada e instalada no final dessa década, dividida em três instâncias: Juntas de Conciliação, Conselhos Regionais e Conselho Nacional do Trabalho, mesmo assim, com caráter administrativo.

A Constituição de 1934 assim dispunha, no art. 122:

para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I (capítulo que trata do Poder Judiciário)

Disposição expressa porque a Justiça do trabalho não fazia parte do Poder Judiciário devido ao seu caráter administrativo, mas era órgão do Poder Executivo, vinculada ao Ministério do Trabalho.

A Carta de 1937 dizia, em seu art. 139:

para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

O Direito do Trabalho brasileiro recebeu o seu mais importante impulso em 1946, quando a Constituição da República inseriu a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, elevando ao patamar constitucional alguns direitos essenciais do trabalhador, tais como o salário mínimo, a remuneração do repouso semanal, a

estabilidade e o direito de greve. Também instituiu a participação do trabalhador nos lucros da empresa, um avanço considerável nos direitos trabalhistas, na esteira do que já vinha ocorrendo com a Constituição em outros em países, a exemplo da Argentina, Bolívia, Cuba, México, Itália, Uruguai e Venezuela, e, evidentemente, aguardando as devidas diferenças entre um e outro¹⁰⁶.

Esta inclusão, salvo algumas variações de redação, repetiu-se nas constituições posteriores, com a Constituição de 1988 oferecendo um tratamento relevante ao tema, ao incluir um capítulo (II) para os direitos sociais no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais¹⁰⁷.

Portanto, foi com a Constituição de 1946 que teve início, efetivamente, a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. Em seus Arts. 157 e 158 estão relacionados direitos relativos à legislação do trabalho e da previdência social, demonstrando o direcionamento no sentido de atrelar a ordem econômica aos “princípios da justiça, literalmente denominada agora justiça social”¹⁰⁸.

Esta inclusão, salvo algumas variações de redação, repetiu-se nas constituições posteriores, com a Constituição de 1988 oferecendo um tratamento relevante ao tema, ao incluir um capítulo (II) para os direitos sociais no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais¹⁰⁹.

Com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, como órgão especializado, assim como o são a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar.

Nas Constituições seguintes poucas alterações foram feitas. Na atual Constituição, de 1988, está regulamentada no Título IV, Capítulo III, Seção V, Arts. 111 a 117 e assim define a competência da Justiça do Trabalho, no Art. 114: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos

¹⁰⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (18 de setembro de 1946). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p.590.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Dias antes da promulgação da Constituição de 1946, foi publicado o Decreto-lei nº 9.797/1946, que incorporava a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário. Este diploma legal não faz menção direta à inclusão, mas seus termos não deixam dúvidas quanto a esta intenção. Contudo, afrontava a Constituição de 1937, então em vigor: em seu art. 90, relacionava os órgãos do Poder Judiciário e não incluía a Justiça do Trabalho. Portanto, é inviável aceitar que um decreto-lei pudesse modificar a composição deste Poder estabelecido pela Constituição. O tema não ganhou maior relevância justamente porque, nove dias depois, entrava em vigor a nova Constituição inserindo a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, em seu art. 94. Embora o Decreto-lei nº 9.797 tenha sido a primeira referência à integração, foi com a Constituição de 1946 que a Justiça do Trabalho, válida e expressamente, passou a integrar o Poder Judiciário. Nota do Autor.

¹⁰⁹ ESPÍNOLA, op.cit., p.591.

entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas."

Assim, "tudo o que se relacionar com conflitos entre trabalhadores e empregadores, no plano individual ou coletivo, resultante da relação de emprego, é da competência da Justiça do Trabalho", nos diferentes graus de jurisdição, decidir sobre os conflitos, enquanto os servidores públicos, por decisão do Supremo Tribunal Federal, estão fora da competência da Justiça do Trabalho¹¹⁰.

O que se observa é que, nas diversas áreas do direito brasileiro, estudiosos e legisladores buscam novos modelos para construir uma legislação frente à tecnologia e suas inevitáveis consequências no mundo jurídico, como novos tipos penais; novos tipos tributários — envolvendo discussões sobre alguns dos seus princípios fundamentais, como a territorialidade, o estabelecimento comercial e a competência; a cobrança dos rendimentos oriundos de serviços ilícitos; a subsunção tributária; disposições sobre o direito autoral, a responsabilidade civil, o direito comercial no que diz respeito à cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais frente às transações eletrônicas e magnéticas —; tipificação de novas modalidades de justa causa e contratos de trabalho, entre outros. Por outro lado, e com prioridade, estudam os casos concretos para corretamente adequá-los ao sistema legal já existente e ser capaz de solucionar a grande maioria dos conflitos decorrentes.

Observa-se que o Direito do Trabalho brasileiro ainda está intensamente exposto à instabilidade das flutuações da política e da economia, tanto nacional como mundial. Nascido em uma época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas, concebeu-se a intervenção do Estado como um meio de elaborar uma legislação detalhada das condições de trabalho, com vistas a forçar os atores sociais a buscarem a solução dos seus conflitos. O resultado dessa intervenção é a característica básica que ainda prevalece na regulamentação das relações de trabalho.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça (TST). **Direito do trabalho**. Disponível em <www.tst.gov.br/constituicoes.htm>. Acesso: set.2012.

Sintetizando a história do mundo neste final de século XX e início de século XXI, no campo da economia liberal/neoliberal, a economia setORIZADA e/ou nacional assume caráter de economia transnacional e/ou globalizada; o modelo fordista americano de trabalho transmuda-se no modelo japonês toyotista; no campo do Direito, a produção estatal da legislação é substituída pela proposição da sua produção pela via negocial, na intenção de substituir o princípio da irrenunciabilidade, que leva à indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pelo princípio da flexibilização, apenas sinalizando as cruciais diferenças¹¹¹.

Com o declínio da força do Estado frente, seja da força do capital das corporações econômicas – algumas delas possuem, de per si, o capital equivalente ao PIB multiplicado vinte vezes dos países de língua latina, no continente americano - seja da organização de conjunto de países em Blocos Econômicos, ganha força a máxima “não intervenção”. Afastado das atividades lucrativas, a cargo do capital privado, o Estado, ora mínimo, presta-se à pouca (ou nenhuma) regulamentação.

O processo de globalização tornou presente entre nós o avassalador elemento do desemprego estrutural, com a extinção definitiva de postos de trabalho, pela automação, robotização ou reorganização do esquema de trabalho.

Como parte da ofensiva neoliberal, com o enxugamento da máquina estatal, privatizações, cortes de gastos, diminuição dos quadros de pessoal, desregulação ou flexibilização de normas trabalhistas, criam-se condições ideais para a implantação de novos institutos, com o intuito de compatibilizar o direito do acesso ao trabalho com o crescente desemprego.

Essa é uma revolução cujo motor é a automação, a robotização, ao lado do avanço das comunicações que também propiciam a substituição, pela máquina, do trabalho e emprego humanos.

Em vista disto, crescem propostas que buscam dar conta do problema, como a de flexibilização, por exemplo, no qual as forças do capital vêm exigir a supressão ou a redução de direitos, modificando concepções da ordem jurídica vigente. Instituto que nasce na esfera da Economia e do Direito Econômico, mas cujos reflexos atingem em cheio o Direito do Trabalho e, conseqüentemente, os direitos sociais. É uma proposta que tenta a adaptação a um mercado em mutação, ou melhor, a um persistente estado de crise da economia, em busca de soluções

¹¹¹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A regulação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTR, 2000, p.28.

negociadas no que se refere aos institutos consolidados, às normas legais trabalhistas, seja no campo individual, coletivo ou sindical¹¹².

Diante do exposto, conclui-se que o direito do trabalho vive hodiernamente um conflito entre as suas concepções, a protencionista, acusada de hipergarantista, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a reformista que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador.

No entanto, em relação aos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador não se concebe nenhum tipo de flexibilização que implique em desproteção ou afastamento ainda que em certo de grau da incidência protetiva, ao revés defende-se uma atuação e vigilância constante do Estado em tutelar e assim proteger tais direitos.

2.2.3 Princípio da proteção do direito do trabalho

Dentre os diversos princípios específicos¹¹³, que regem o direito do trabalho, o princípio da proteção guarda uma posição privilegiada no arcabouço principiológico trabalhista. Ainda que não haja hierarquia entre os princípios, o princípio da proteção representa em última síntese a própria razão de existir do direito do trabalho, ou seja, esse princípio é o fundamento histórico da necessidade do surgimento e do desenvolvimento do direito do trabalho. Assim, os demais princípios decorrem ou encontram o seu fundamento lógico no princípio da proteção.

Com o objetivo de compreender e verificar os pontos fundamentais ou caracterizadores do direito do trabalho, para então ser possível conceber uma definição de direito penal do trabalho, será abordado, ainda que de forma, geral, o princípio da proteção dada à sua importância para o direito do trabalho.

Para tanto, parte-se da premissa de que o princípio, do latim principium, é o primeiro instante de algo. Trata-se, portanto, do começo ou início. Assim, para o Direito o princípio representa a base da criação da norma e alicerce para o sistema

¹¹² MANUS, Pedro P. Teixeira. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p.67.

¹¹³ Para um entendimento dos princípios do direito do trabalho, incluindo o da proteção, objeto de análise, recomenda-se a leitura da obra "*Princípios de direito do trabalho*" de Américo Plá Rodrigues.

jurídico, ocupando diversas funções, como , por exemplo, informadora, insipadora e normativa, por exemplo.

Neste sentido, Miguel Reale ensina que o princípio tem a sua origem em um juízo, ou seja, se a emissão de um juízo envolve uma pergunta sobre a sua validade ou fundamento, quando ele é enunciado, se não o for por si mesmo evidente, existe sempre a possibilidade de que ele possa ser reduzido a um outro juízo mais simples ainda, juízo este que permitirá buscar outro juízo capaz de assegurar a certeza de um enunciado evidente, capaz de impor-se como "presença imediata ao espírito"¹¹⁴. Assim, quando o pensamento humano opera essa redução certificadora, de maneira que os últimos juízos emitidos "não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios"¹¹⁵. O autor continua concluindo que

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários¹¹⁶.

Nesta composição, os princípios são verdadeiros pilares do Direito, orientando a ordem jurídica para além do caráter de sua fundamentalidade e de sua natureza normogenética, pois estariam mais próximos da ideia básica de direito que orienta a ordem jurídica.

Com tríplice função, os princípios devem ser observados, primeiro, quando da criação da norma, função informativa, auxiliando o legislador na elaboração de novas disposições; segundo, quando da sua interpretação, função interpretativa, orientando o juiz, o aplicador e/ou intérprete da norma jurídica quanto ao seu real sentido e alcance; terceiro, quando de sua aplicação, função aplicativa, atuando como fonte supletiva quando das lacunas e omissões das leis¹¹⁷.

¹¹⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.60.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p.17.

Em vista disto, Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico¹¹⁸.

De maneira que, deslocado o foco para o conteúdo valorativo dos princípios, há que se assinalar que estes, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância¹¹⁹. Neste sentido Manuel Alonso Garcia contribui ao afirmar que os princípios são

Aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito¹²⁰.

Desta maneira, se os princípios se caracterizam como verdadeiros mandamentos nucleares do ordenamento jurídico e são "portadores dos mais altos valores de uma sociedade, os quais são transformados em preceitos jurídicos e revelam as decisões políticas fundamentais de cada Estado", expressam juízos de dever ser, deontológicos, comandos, proibições e permissões¹²¹.

Sob qualquer ponto de vista, os princípios jurídicos são de vital importância para a interpretação e aplicação do Direito, em qualquer de seus campos de atividade, "ainda que seja devido ao fato de ser impossível à lei regular todos os supostos que venham a acontecer na realidade"¹²². Consequentemente, se alçado à superioridade e hegemonia na pirâmide normativa, a relevância dos princípios reside não apenas no seu aspecto formal, mas, sobretudo, no seu aspecto material¹²³. Ou melhor, o ponto alto na transformação dos princípios está no caráter e no lugar de

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.67.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1998, p.235.

¹²⁰ ALONSO GARCIA, Manuel. **Derecho del Trabajo**. Ariel: Barcelona, 1960, t. I, p. 247.

¹²¹ Ibid.

¹²² HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p.40.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1998, p.234.

sua normatividade de tal modo que, no entendimento da moderna doutrina, passaram dos Códigos para as Constituições e se tornaram fundamentos de toda a ordem jurídica, assumidos como princípios constitucionais.

Portanto, entende-se que os princípios são a base de qualquer sistema democrático porque são veiculados por normas que se entrelaçam e norteiam a própria Constituição, portanto, expressos ou não, estão investidos de competência para formar, organizar e preservar a entidade jurídica de um país. Inerentes à exclusiva capacidade do ser humano de pensar, podem ser revestidos de uma ação renovadora, ou mesmo, transformadora, capaz de prever com antecedência a realidade futura.

Definitivamente, os princípios são normas jurídicas verdadeiras, com força e comandos de Direito, capazes de conduzir as mais diversas situações da vida social e regulá-las. Tanto o são que os princípios constitucionais não podem ser entendidos como ditames aleatórios, mas sim como verdadeiros sustentáculos do Direito. E, embora os conceitos de princípio possam variar em função do entendimento de cada jurista, ou grupo de juristas, todos parecem reconhecer a sua juridicidade e fundamentalidade para as demais regras do Direito.

Aplicados aos Direito do Trabalho, os princípios constitucionais são aplicáveis ao Direito do Trabalho, porque

se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurar organicidade e coerência integrados à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, esses princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos jurídicos especializados, preservam a noção de unidade da ordem jurídica¹²⁴.

Há que se considerar, contudo, que cada ramo do direito traz em seu conteúdo normativo princípios específicos e, no que se refere ao caso do direito trabalhista, o princípio da proteção ao trabalhador é um dos princípios mais relevantes que compõe o conjunto legal do direito do trabalho.

Decorrente dos princípios constitucionais da igualdade, isonomia e dignidade da pessoa humana, o princípio de proteção busca compensar a desigualdade que se

¹²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p.88.

observa na realidade socioeconômica entre empregado e empregador, litigantes naturais do processo laboral¹²⁵.

Além de englobar os demais princípios que favorecem o trabalhador — orientação pressuposta na própria norma mostrando o reconhecimento da sociedade por aquele que dispõe unicamente de sua força de trabalho, como dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 488, *caput, in verbis*: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia” —, este princípio se manifesta em três diferentes dimensões¹²⁶:

- a) a norma mais favorável: quando do confronto empregador-empregado, deve ser aplicada a norma que ofereça maior proteção a este dentre as regras concorrentes/na interpretação das regras ou na elaboração destas pelo legislador, ou seja, deve ser aplicada a norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia; vale dizer, que se houver confronto entre uma norma constitucional e uma ordinária, e sendo esta favorável ao empregado, ela deverá ser a opção a ser aplicada¹²⁷;
- b) a condição mais benéfica: quando do confronto empregador-empregado, deve ser aplicada a norma que ofereça a condição mais benéfica, distinguida entre as condições “causais, concedidas em face de uma qualidade especial do emprego, e concessivas, outorgadas pelo empregador, sem o cunho sinalagmático”¹²⁸; além disso, estas condições somente poderão ser suprimidas se forem suplantadas por condição ainda mais benéfica;
- c) em caso de dúvida, pró-empregado: quando do confronto empregador-empregado, a norma deve ser aplicada, ou mesmo interpretada, a favor do empregado (*in dubio pro misero*), embora apresente algumas deficiências,

¹²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.76.

¹²⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 30.

¹²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009, p.201.

¹²⁸ *Ibid.*

pois a sua temática encampa a mesma dimensão da condição de norma mais favorável.

Em sendo o *jus postulandi* uma realidade na justiça trabalhista delimitando a influência do poder econômico nas relações particulares, o Estado, via Direito do trabalho, procura resguardar o direito material do empregado, geralmente a parte mais fragilizada na relação processual, de modo a fazê-lo suportar a demanda em situação de igualdade devido ao equilíbrio da relação jurídica.

Este princípio resulta de normas imperativas de ordem pública que caracterizam a intervenção do Estado nas relações de Trabalho, auditorando a base do contrato de trabalho na vontade dos contratantes embora atrelada a um limitador, a vontade do Estado, manifestada nos poderes competentes que buscam oferecer ao trabalhador o mínimo de proteção legal, diferenciando-se dos demais campos do Direito nos quais se busca a igualdade entre as partes.

Devido à notória desigualdade entre as partes, cabe à legislação pelo menos procurar igualar as diferenças e a Constituição mesma mostra claramente a busca pela máxima igualdade entre as pessoas nas relações jurídicas¹²⁹ e tem, no Direito do Trabalho, especial campo de aplicação, como se apresenta a seguir na elaboração do conceito do Direito do Trabalho.

2.2.4 Conceito de direito do trabalho

O Direito do Trabalho surgiu em função dos conflitos desiguais que aconteciam na relação empregador-empregado buscando dar a este uma proteção jurídica favorável visando compensar as condições econômicas que lhe eram desfavoráveis. Por isso não lhe cabe apenas esta função de regular as relações trabalhistas, mas também a função de buscar e preservar as melhores condições de trabalho garantindo, conseqüentemente, a proteção preconizada na Constituição da República colocando-o em nível de igualdade com o empregador.

O Direito do Trabalho tem como finalidade a proteção individual, oferecida pelo Estado, por via direta, “à vida e à saúde do empregado, propiciando, ainda, a

¹²⁹ Neste sentido o art. 5º da Constituição Federal de 1988 inicia exatamente o rol de direitos e garantias fundamentais pelo princípio da igualdade.

tutela econômico-social”; a proteção coletiva, uma proteção indireta ao trabalhador, criando métodos de proteção diretamente aos integrantes da categoria¹³⁰.

Atendendo à sua finalidade, o Direito do Trabalho divide-se em direito individual do trabalho, “conjunto de regras relativas às relações individuais de trabalho, de natureza contratual, tendo por objeto a relação de emprego e os seus sujeitos, que são empregador e empregado”; direito coletivo do trabalho, “conjunto de regras sobre as organizações sindicais, sua estrutura, e suas relações na representação das categorias profissionais e econômicas em conflitos coletivos, sob princípio pluralista de formação da ordem jurídica”¹³¹.

Inclui, ainda, o direito internacional do trabalho, que “regula as relações internacionais comunitárias, privadas e públicas do trabalho, pela filiação à Organização Internacional do Trabalho - OIT, órgãos, tratados, convenções, e declarações internacionais, e regras de proteção do trabalho do estrangeiro no Brasil”¹³².

Considerando a sua finalidade e os ramos de atendimento, entende-se o Direito do Trabalho como “o conjunto de princípios, normas e institutos jurídicos que disciplinam as relações individuais e coletivas do trabalho subordinado com o intuito de gerar melhorias às condições de emprego”¹³³.

Aliás, muitos são os conceitos elaborados pelos estudiosos do Direito do Trabalho, dos quais se apresenta uma breve seleção:

Conjunto de princípios e normas jurídicas destinado a disciplinar as relações entre empregadores e empregados, nos planos de interesse coletivo e individual, e entre estes e o Estado, no plano de controle da observância de seu conteúdo de ordem pública¹³⁴.

Ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade¹³⁵.

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009, p.32

¹³¹ *Ibid.*, p.33.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995, p.171.

¹³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.98.

Conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediatas ou mediatemente ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado e, ainda, aspectos relativos à existência dos que o executam¹³⁶.

Conjunto de princípios e normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado, e excepcionalmente do autônomo, além de outros aspectos destes últimos, como consequência da situação econômico-social das pessoas que o exercem¹³⁷.

É preciso considerar, hoje, no conceito de Direito do trabalho, o definido pela EC nº 45/04¹³⁸, ampliando consideravelmente a sua competência material, ocupando-se também de outras relações de trabalho que não as relações de emprego, como a relação de trabalho eventual, estágios, trabalho autônomo, entre outras, deixando de dedicar-se exclusivamente à relação de emprego. A partir daí, qualquer trabalho que seja prestado por pessoa física, mesmo que não subordinado, é objeto do direito do trabalho, deixando o empregado de ser o único tipo de trabalhador protegido por este ramo do Direito.

Diante do exposto, entende-se o Direito do trabalho como conjunto de princípios, normas e institutos que regulam as relações individuais ou coletivas de trabalho, de natureza contratual, e tem por objeto as relações de trabalho e não somente as de emprego.

2.3 DA CHEGADA AO DESTINO: O DIREITO PENAL DO TRABALHO

O destino final deste capítulo, que consiste basicamente em identificar e fixar elementos para a caracterização e definição do Direito Penal do Trabalho, busca compreender o *locus* ocupado por esse direito no ordenamento jurídico e precisar o seu desenvolvimento.

Esta tarefa, proposta, apresentou diversas dificuldades metodológicas e conceituais pelo fato da expressão e do seu conteúdo serem pouco conhecidos e utilizados no Brasil. Ademais, a dificuldade restou ampliada pela quase ausente produção científica de forma geral, seja na forma de artigos científicos, livros, teses e dissertações sobre o tema no mundo e, em especial, no Brasil.

¹³⁶ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v.1., p.142.

¹³⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2010, p.17.

¹³⁸ BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 45**. Brasília, 2004.

Esse contexto reduz o referencial teórico disponível para análise à obra de Antonio Baylos Grau e Juan Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, integral e profundamente dedicada ao tema. Outros autores consultados¹³⁹, embora utilizem em suas obras a expressão *Direito penal do trabalho* no título ou ao longo da obra, não adentram em sua definição e trabalham com os temas relativos ou ao Direito Penal ou ao Direito do Trabalho.

No Brasil, a escassez de obras direcionadas ao Direito Penal do Trabalho é ainda maior, observando-se um quase total desprezo pelo estudo da matéria.

Por isso, cabe ressaltar a dedicação ao tema do professor Guilherme Feliciano, que assim se manifesta a respeito da falta de produção científica sobre o assunto no Brasil e na América do Sul:

No contexto brasileiro, o Direito Penal do Trabalho não tem merecido, da doutrina especializada, a atenção merecida, conquanto as estatísticas judiciais demonstrem que – a despeito das inovações legislativas ensaiadas para otimizar a tutela jurídica dos direitos fundamentais dos trabalhadores e da organização geral do trabalho – as condutas delinquentes incrementam-se e sofisticam-se, tanto na esfera privada como na esfera pública. Da mesma forma, a jurisprudência a respeito do tema descobre-se parca e divergente. Nos demais países da América do Sul, o quadro não tende a ser mais promissor. Convivem, na dimensão legislativa, o anacronismo normativo e a resistência ideológica. Promover com máxima efetividade a sublimação constitucional do valor social do trabalho (Art. 1º, IV, da CRFB) e reduzir os índices de violência nas relações trabalhistas são objetivos que reclamam, na perspectiva da prevenção penal positiva, a revisão dos pressupostos ideológicos que basearam o debate da tutela penal-laboral até a década de noventa¹⁴⁰.

Como demonstrado, apesar da crescente e relevante dimensão que ganha o tema no que diz respeito à otimização, a tutela jurídica dos direitos fundamentais dos trabalhadores e o Direito Penal do Trabalho não têm sido objetos de estudo pela comunidade científica. Feita esta ressalva sobre a falta de aporte teórico, ou pelo menos a insuficiência, passa-se sobre o Direito Penal do Trabalho à discussão.

A expressão *direito penal do trabalho* não tem um significado unívoco a não ser pela referência genérica à consideração penal de alguns aspectos da relação individual ou coletiva de trabalho e da, concomitantemente, relação de seguridade

¹³⁹ Coloca-se como exemplo os livros de GATTI, Tancredi. **Diritto penale del lavoro**. Torino: F.lliBocca, 1930, p. 86 e BARACAT, Eduardo Milléo. (Coord.). **Direito penal do trabalho: reflexões atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹⁴⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações**. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12054>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

social, de modo que o caráter problemático desta denominação é apresentado seguindo dois caminhos explicativos¹⁴¹.

O primeiro caminho faz referência ao passado, radicado na indefinição ou desacordo a respeito da construção histórica, a fundação conceitual do que passou a se denominar de Direito Penal do Trabalho e a compatibilização desta construção com a realidade político-jurídica subsequente à Segunda Guerra Mundial. Assim, de um Direito do Trabalho que teve a sua origem no conteúdo do Direito Penal e de algumas relações trabalhistas que, durante um século, foram abordadas penalmente por parte dos empregadores, passou para uma situação na qual o trabalho aparece como bem e valor constitucionalmente protegido, fato que pede uma readaptação daquele conceito à nova realidade¹⁴².

Nesse contexto de formação histórica do Conceito de Direito Penal do Trabalho, uma análise nem tão minuciosa revela que tal formação apresenta um caráter aluvional¹⁴³ na distinção das normas que hoje a integram, normas estas que nem responderam a uma unidade de sentido e nem seguiram um padrão legislativo homogêneo, mas disperso e desviado para diferentes finalidades; ou seja, nas leis surgidas nos vários entornos políticos entre o final do século XIX e os anos 30 do século XX, como a regulamentação penal da liberdade de trabalho ou a proteção de mulheres e crianças, eram legislações que tutelavam, diretamente, os interesses dos empresários e/ou outros interesses considerados públicas e gerais¹⁴⁴.

A nota comum nestas primeiras disposições de proteção do trabalho foi a escassa vigência prática: os legisladores se preocupavam mais com a definição de mecanismos idôneos para tornar tais disposições realmente vigentes, optando pela rapidez de imposição de multas trabalhistas (e não pelas sanções com maior capacidade de poder de dissuadir pela sua gravidade, como as penas), adotando um conjunto articulado de órgãos e mecanismos de vigilância e controle¹⁴⁵.

Esse conjunto nada mais era do que a manifestação de uma política de trabalho aliada às políticas de ordem pública e social dos Estados autoritários

¹⁴¹ GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. rev. Madri: Trotta, 1997. p.19.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Semelhante a um aluvião, ou "inundação, cheia, enchente, enxurrada AURÉLIO Buarque de Hollanda Ferreira. **Dicionário básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p.34.

¹⁴⁴ GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. rev. Madri: Trotta, 1997, p.20.

¹⁴⁵ Ibid.

(criminalização dos instrumentos de trabalho de autotutela, tais como descanso remunerado e liberdade sindical e proteção, retórica, dos direitos dos trabalhadores mediante o recurso de intimidação mediante o meio mais coercitivo com o qual conta o Estado, que é o Direito Penal) e a uma função de pacificação cotidiana de manutenção da normalidade produtiva reforçada pelo paradigma da sanção trabalhista: a demissão¹⁴⁶.

O segundo caminho faz referência ao presente, portanto, também ao futuro e deriva da necessidade de voltar a examinar a oportunidade, a eficácia e até mesmo o próprio sentido desse ordenamento nas modernas relações de trabalho, ou seja, uma busca para redefinir a sua funcionalidade e os seus limites em relação às novas tendências que se apresentam na evolução do Direito do Trabalho¹⁴⁷.

No contexto do segundo caminho, o Direito Penal do Trabalho caminha para um perfil democrático, com o reconhecimento da liberdade sindical, o direito de descanso remunerado e a anistia política e trabalhadora, tornam-se pontos de partida para uma configuração pluralista, tanto do ponto de vista social como do político do Estado. A manutenção do modelo totalitário, apresentado anteriormente, não pode mais ser mantida. A tutela penal, desde esse momento, passa a prescindir dos elementos autoritários de coerção trabalhista, com a garantia pública da adoção das condições de funcionamento do ordenamento trabalhista e de suas instituições.

Esse é o significado do Direito Penal do Trabalho nesta fase de transição política, com a introdução no contexto trabalhista do pluralismo social, impedindo a continuidade de aceitar o poder disciplinador do empregador em um marco totalizador de tutela estatal da ordem social da produção: a disciplina e o controle do processo produtivo se privatizam realmente com o contrato de trabalho e o reconhecimento pelo ordenamento jurídico constitucional, agora não mais subordinado ao poder estatal¹⁴⁸.

De qualquer maneira, ambos os tipos de fatores atuam no sentido de dificultar alguns critérios de identificação do conteúdo subjacente à expressão e obrigam a um exame mais detalhado de cada um deles¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Ibid., p.25.

¹⁴⁷ GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. rev. Madri: Trotta, 1997, p.25.

¹⁴⁸ Ibid., p.26.

¹⁴⁹ Ibid.

A nova ordem mundial possível, com a globalização da economia e a formação dos blocos econômicos (como a Comunidade Europeia – CE), definitivamente pedia aos legisladores um esforço de adequação normativa, constitucionalizando o trabalho, de modo a alcançar um reconhecimento formal, com idêntica hierarquia de princípios e valores que o delimitam e condicionam. Esse é o caso das cláusulas de autonomia da empresa, do reconhecimento do sistema de economia de livre mercado e o dever público de garantir o aumento da produtividade¹⁵⁰.

Com certeza, o debate atual sobre o ordenamento das fontes e das funções normativas no Direito do Trabalho pode fornecer indicações sobre uma modificação das relações tradicionais, porém não leva ao desaparecimento pleno da tutela legal dos direitos dos trabalhadores, que continua sendo o sentido específico e o princípio diretor deste sistema normativo positivo, abrindo discussões sobre a mudança de função, o subsídio ou a utilização de novas técnicas de controle pelas instituições jurídico-trabalhistas, mas não a necessidade ou a oportunidade de ordem de sanção penal sobre o trabalho. Portanto, qualquer que seja a função assinalada pela intervenção legal estatal, em matéria de relações trabalhistas, existem elementos comuns (bem jurídico: pluralidade de interesses e bens jurídicos de caráter coletivo; formas de tutela antecipada, os delitos de perigo; sujeito ativo) constituindo um núcleo de direitos e interesses que o ordenamento jurídico deve preservar, também utilizando do mesmo instrumento que subsidia ao Estado o sistema penal¹⁵¹.

A pesquisa teórica realizada mostra que na doutrina não há definições consistentes de Direito Penal do Trabalho, de maneira que se pode aceitar, em sentido objetivo, que o Direito Penal do Trabalho "é o segmento do direito penal especial predisposto à tutela jurídica fragmentária (*ultima ratio*) da dignidade humana da pessoa trabalhadora e da organização geral do trabalho"¹⁵².

É evidente, contudo, que esse conceito não tem autonomia científico-dogmática, enciclopédica ou acadêmica e, tampouco, se desprende do Direito Penal, ou seja, é apenas uma a sua especialização, como também o são, por

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ BASOCO, Juan María Terradillos. Derecho penal del trabajo. **Revista Penal**, v.1, nº1, p. 77-91, 1995. Disponível em: www.cienciaspenales.net/portal/page/.../REVISTA_PENAL...1/77-91.pdf. Acesso em: 4 fev.2011, p.78.

¹⁵² FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12054>. Acesso em: 31 jan. 2011.

exemplo, o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Ambiental¹⁵³, sem maiores pretensões.

Contudo, nada obsta, em função desta sua natureza interseccional, que ofereça intersecções tanto no processo legislativo como nas operações hermenêuticas, princípios inerentes ao Direito Penal, tais como taxatividade, culpabilidade, fragmentariedade, insignificância, entre outros, e princípios próprios do Direito do Trabalho, tais como primazia da realidade, irrenunciabilidade; menos frequentemente, princípio da proteção e princípio da continuidade da relação de emprego, pois sem esta percepção axiológica será tão- somente mais uma noção sem consequências¹⁵⁴.

Leciona Julio Fabbrini Mirabete:

os doutrinadores distinguem o Direito Penal comum, que se aplica a todas as pessoas e aos atos delitivos em geral, do Direito Penal especial, dirigido a uma classe de indivíduos de acordo com sua qualidade especial e a certos atos ilícitos particularizados. A distinção entre ambos, porém, não é precisa (...). O Direito Penal, como os demais ramos das ciências jurídicas, relaciona-se com (...) o Direito do Trabalho, principalmente no que tange aos crimes contra a Organização do Trabalho (Arts. 197 a 207 do CP) e aos efeitos trabalhistas da sentença penal (Arts. 482, d, e parágrafo único, e 483, e f da CLT)¹⁵⁵.

A citada distinção, porém, não encontra apoio na legislação, que se refere, genericamente, à legislação especial como sendo aquela que não consta do Código Penal (Arts. 12 e 360 do CP), portanto, pode-se falar em Legislação Penal comum em relação ao Código Penal, e em Legislação Penal especial como sendo as normas penais que não se encontram no referido Estatuto¹⁵⁶.

O Direito do Trabalho e com ele o Direito Penal do Trabalho não podem ser entendidos tão-somente como fruto da luta operária no enfrentamento dos proprietários dos meios de produção; devem ser entendidos, também, como um espaço jurídico que circunscreve o âmbito do conflito trabalhista e que oferece a oportunidade de dirimir, com o uso de normas previstas, as controvérsias que daí

¹⁵³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2005, p.54.

¹⁵⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a extensão da competência da justiça do trabalho para lides de natureza penal. **Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, v. 6.4. nº 1, p.29.

¹⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2012, p.123.

¹⁵⁶ Ibid.

podem evoluir, estabelecendo condições mais transparentes à proteção do trabalho¹⁵⁷.

Ainda em sua configuração como direito dos trabalhadores, boa parte dos bens jurídicos, objeto de tutela penal, são reconduzíveis às condições mínimas de funcionamento da ordem social e econômica da produção, ou, se pode dizer, à tutela do trabalho como atividade produtiva, permitindo reconhecer as condições de funcionamento do mercado de trabalho e a relação do trabalho assalariado previamente desenhado pela legislação trabalhista ordinária¹⁵⁸.

Percebe-se facilmente, contudo, que o trabalho é uma projeção da personalidade humana do trabalhador, confundindo-se com a sua própria vida em sentido dinâmico ou, quando com ela não se confunde, é um seu atributo indissociável, de modo que se pode constatar, no decorrer do século XX, um vertiginoso aumento do tempo que o trabalhador permanece em seu ambiente de trabalho, geralmente em detrimento do convívio familiar. São estas circunstâncias que permitem a admissão da tutela penal para inibir as agressões mais contundentes à dignidade do trabalhador (trabalho escravo ou degradante, assédio sexual ou assédio moral intenso, sujeição negligente a risco iminente de dano físico, entre outros), ou seja, admitir a tutela para, direta ou indiretamente, proteger a vida e, antes dela, a condição mesma de autorrealização integral do indivíduo¹⁵⁹.

Isto reafirma o posicionamento de que não há uma definição consistente para o Direito Penal do Trabalho, de modo que não se pode defini-lo apenas como uma parte do sistema jurídico-positivo que protege os interesses dos trabalhadores. É preciso, quando se entende por Direito Penal do Trabalho, o conjunto de preceitos penais utilizados na garantia dos direitos que protegem os trabalhadores, "*y éste es el único sentido vigente en la actualidad de la expresao el conjunto de preceptos penales (criminales) creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinada a tutelar los trabajadores*"¹⁶⁰, manter-se

¹⁵⁷ GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. rev. Madri: Trotta, 1997, p.30.

¹⁵⁸ Ibid, p.31.

¹⁵⁹ FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. *In*: OUVIÑA, Guillermo *et al.* (Coord.). **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, P.424.

¹⁶⁰ ZAPATERO, Arroyo (1998) *apud* GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan M. Terradillos. **Derecho penal del trabajo**, p.31: "e este é o único sentido vigente atualmente da expressa: o conjunto de preceitos penais (criminais) criados para garantir a efetividade das normas declarativas e ordenadoras destinadas à tutela dos trabalhadores". Tradução do autor.

apenas o recorte da rubrica legal, ainda que os preceitos penais funcionem também no Estado democrático como garantias do funcionamento normal nos locais de produção, sancionados legal e jurisdicionalmente.

Diante disto, é certo que o Direito Penal do Trabalho, agora democrático, foi despido de boa parte de seus antigos significados, aliviando-o daquela função indicativa do tipo de disciplina social então requerida. Esta função já não cabe mais às normas penais e sim às normas laborais, reconhecendo, fundamentalmente, o princípio da autonomia coletiva. Desse modo, ao transferir para o ordenamento jurídico-trabalhista a definição dos conteúdos da relação sociotrabalhista, o Direito Penal do Trabalho se levanta como garantia de um limiar de legalidade mínima, que, pelo menos, assegure a normalidade desta relação¹⁶¹.

Portanto, considerando a análise acima, a existência de um Direito Penal do Trabalho oferece a possibilidade constitucional de criminalização de ilícitos trabalhistas e afins, pois como sustenta a doutrina universal moderna, o trabalho humano é a projeção da própria personalidade do trabalhador, a ponto de ser confundido com a sua própria vida.

¹⁶¹ GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. rev. Madri: Trotta, 1997, p.32.

3 UM CONVITE DA MUNDIALIZAÇÃO DA ECONOMIA PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO: DESRESPEITAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE, EIS A QUESTÃO

Este capítulo versa sobre a demonstração da incidência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade no contrato de trabalho no intuito de definir a sua aplicabilidade na relação de trabalho.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS NA RELAÇÃO DE TRABALHO OU DIREITO DA PERSONALIDADE APLICADOS NA RELAÇÃO DE TRABALHO?

Como primeira questão, cabe definir qual instituto aplica-se à relação de trabalho: os direitos fundamentais ou os direitos da personalidade. Tal dúvida fundamenta-se na clássica distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade: esse é exercido nas relações interprivadas; aquele nas relações com o Estado.

O grau de complexidade desse questionamento cresce na mesma medida em que se discute a própria natureza jurídica do Direito do Trabalho. Nesse sentido, existe ampla doutrina e farta corrente teórica acerca da natureza jurídica do Direito do Trabalho, como mostra, por exemplo, Alice Monteiro de Barros, ao afirmar:

Dessa discussão surgiram inúmeras correntes, que tentam explicar a natureza jurídica do Direito do Trabalho ora como um direito público, ora como integrante do direito privado, ora como um terceiro gênero-direito social ou, ainda, como um direito misto ou um direito unitário¹⁶².

De acordo com o exposto acima, há várias correntes buscando explicar ou expor a natureza jurídica do Direito do Trabalho, basicamente iniciando a discussão com a dicotomia direito público-direito privado.

Por um lado, se for considerado que o Direito do Trabalho tem natureza jurídica de Direito Público, estar-se-ia diante de direitos fundamentais incidentes na relação empregatícia, já que o Estado teria a função fundamental na proteção desses direitos. Por outro lado, se considerar como oriundo do Direito Privado, em um primeiro momento seria mais adequado pensar em aplicar os direitos da personalidade nessa relação estudada.

¹⁶² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009, p.98.

No entanto, mesmo considerada como relação de Direito Privado, existe na relação empregatícia um núcleo que não pode ser negociado livremente: o Estado, com as suas normas trabalhistas, imperativas, limita, ou pelo menos impõe restrições à vontade das partes na celebração e desenvolvimento dos contratos de emprego. E ainda que a relação de trabalho caiba no campo do Direito Privado, a existência de normas protetivas elaboradas pelo Estado para proteger esta mesma relação de trabalho, inafastáveis quer pela vontade do empregado, quer pela vontade do empregador, os direitos fundamentais também incidem nesta relação, visto ser do Estado o papel fundamental de ser, ao mesmo tempo, o seu protetor e guardião.

Desta forma, a natureza jurídica do Direito do Trabalho contribui para solucionar a questão da aplicação ou dos direitos fundamentais, ou dos direitos da personalidade na relação laboral. Mas é preciso considerar outro ponto, também essencial: a constitucionalização do Direito Civil. Consequentemente, “a transmutação do papel da ordem constitucional em nosso tempo deu vazão ao que se convencionou denominar de constitucionalização do direito privado”¹⁶³.

Esse fenômeno representa o fato de que a “constituição não é mais apenas a ordem jurídica-fundamental do Estado, tornando-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade” de maneira que a Constituição assume um papel de fundamentação de todo o direito, logo cabe ao direito agir conforme os ditames da Carta Magna¹⁶⁴.

A respeito do papel do Código Civil, a partir desta leitura da constitucionalização do Direito Privado, Gustavo Tepedino escreve:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matéria típica do Direito Privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional¹⁶⁵.

¹⁶³ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. *In* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.195.

¹⁶⁴ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p.16.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p.133.

De acordo com a transcrição acima, o Direito Civil deixou de ser o eixo estruturante do ordenamento privado, uma vez que a Constituição estabelece ditames principiológicos ou mesmo normativos incidentes diretamente na relação, os quais limitam, dirigem ou interferem na normatividade do Direito Civil, ou seja, nas relações interprivadas.

A partir das constatações acima descritas, o Direito Civil passa para uma releitura. A esse respeito, Luiz Edson Fachin escreve:

a releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado, para tanto, exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares fundamentais do Direito Civil, e por consequência do Direito Privado, quais sejam: a) o trânsito jurídico, calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades; b) as titularidades, fundamentalmente encimadas nas noções de posse e de apropriação de um modo geral, e c) o projeto parental, que se encontra assentado na noção de família¹⁶⁶.

Como visto, todo Estatuto Civil passou por uma releitura e não pode mais ser considerado como estatuto das relações interprivadas, inclusive de seus pilares fundamentais.

Ainda sobre a constitucionalização, é importante enfatizar que a Constituição da República de 1988 operou uma inversão ao erigir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, impondo ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, e na qual se inspirou o Código Civil pátrio^{167,168}.

Submete-se o patrimônio à pessoa: aquele se legitima enquanto meio de realização desta. Assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, representa mais do que um princípio a ser observado pelo direito, representa a concretização da própria República, pois é o seu próprio fundamento.

Desta forma, todo o Direito Civil deve submeter-se a esse fundamento, não sendo relevante a regulação que possa sugerir a interpretação contrária, pois deve curvar-se a esse fundamento constitucional. Por isso, as normas do Código Civil

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica no direito civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p.22.

¹⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, p. 243-263.

¹⁶⁸ “As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais inculpidos na Constituição de 1998. Fala-se, por isso mesmo, de uma despatrimonialização do direito privado, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista” (TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do código civil brasileiro. **Revista Del Rey**, Belo Horizonte, a.1, nº 1, p. 23-31, dez.1997.

deixaram de ter autoridade suprema nas relações interprivadas, já que são interpretadas à luz da dignidade da pessoa humana, além de outros fundamentos, princípios e normas constitucionais.

Especificamente a respeito dos direitos da personalidade:

são diversos os mecanismos que, hoje, o sistema coloca à disposição para tutelá-los. Esses mecanismos, por sua vez, vão desde as cautelares e suas respectivas medidas até as próprias ações cominatórias e a indenização propriamente dita. Pode se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, e reclamar perdas e danos sem prejuízos de outras sanções previstas. (...) na temática dos direitos da personalidade, ao lado do direito à honra e à intimidade, outros campos se abrem para a pesquisa, como o direito à imagem e os demais relativos à identidade¹⁶⁹.

Desta maneira, mesmo que o Código Civil regule (inclusive em capítulo específico) os direitos da personalidade, todo o Estatuto Civil deve ser interpretado ou entendido a partir da Constituição da República, especialmente a partir de seus fundamentos, valores e princípios, abrindo um vasto campo de pesquisa acerca desses direitos. Desta perspectiva, advém a necessidade de se reformular a compreensão da disciplina da personalidade jurídica e dos direitos da personalidade pelo Código Civil, bem como da sua instrumentalização para a salvaguarda dos interesses humanos fundamentais¹⁷⁰.

O modo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, embora diversas doutrinas advoguem a esse respeito, pode ser resumido em duas formas de eficácia: direta e imediata e indireta e mediata.

A concepção de eficácia direta e imediata refere à aplicação dos direitos fundamentais ocorrerem de forma automática e direta nas relações interprivadas e não apenas contra o Estado, ou seja, na intenção de preservar o dogma da liberdade individual, embora esse assunto ainda se mostre polêmico tanto na doutrina como na jurisprudência. Nota-se que esta discussão parece inconsistente se for levado em conta o destinatário de alguns direitos fundamentais, visto não existir controvérsias quando da vinculação de particulares em relação àqueles direitos fundamentais que, por sua natureza, lhes são próprios: o direito à inviolabilidade do domicílio (Constituição da República, Art. 5º, XI) e/ou o direito ao sigilo de correspondência e comunicações telefônicas (Constituição da República,

¹⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica no direito civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p.103.

¹⁷⁰ PAGANINI, Juliano Marcondes. A “dupla crise” no modelo regulatório dos direitos da personalidade. *In* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.14.

Art. 5º, XII), por exemplo¹⁷¹. O mesmo acontece com relação aos direitos fundamentais dirigidos ao Estado, como os direitos políticos, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o ensino obrigatório e gratuito, por exemplo¹⁷². Esta teoria, idealizada por Hans Carl Nipperdey, assevera que os direitos fundamentais são valores aplicados a toda ordem jurídica, inferindo diretamente nas relações jurídico-privadas, posto que “não se poderia aceitar que o Direito Privado venha formar uma espécie de gueto à margem da Constituição”¹⁷³.

Já na concepção de eficácia indireta e mediata, não há vinculação direta e automática dos particulares aos direitos fundamentais, e a incidência dos direitos fundamentais nessas relações dependerá da mediação do legislador.

A partir desse entendimento, “a dimensão valorativa dos direitos não acarreta a sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado”¹⁷⁴.

De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais seriam aplicados mediante a interpretação da norma pré-existente do Direito Civil pelo legislador, funcionando como um filtro de validade da norma pré-existente, já que esta deve passar pelo filtro dos direitos fundamentais.

Deve-se dizer, contudo, que diante das possibilidades apresentadas, a solução da questão não pode resumir-se a estas opções, uma vez que a maneira única de cada uma delas de enxergar o objeto em análise reduz e empobrece a vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, porque são exclusivas e excludentes.

Há que se considerar, ainda, que no estudo da eficácia privada dos direitos fundamentais, ou seja, da problemática da vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, devem ser destacadas importantes

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.397.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia horizontal de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 316-317.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In* —. (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.123.

questões que direcionam a busca de solução, partindo de pressupostos iniciais da problemática, incluindo a sua delimitação¹⁷⁵:

- a) no direito português existe previsão expressa constitucional consagrando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; mesmo assim, não há consenso acerca do alcance/forma desta vinculação; portanto, no Brasil, onde a Constituição não dispõe de cláusula similar, aumenta consideravelmente o problema, abrindo a possibilidade de questionamentos, por exemplo, se o *modus vinculandi* é assumido de forma igual aos poderes públicos e se a expressão “entidades privadas” quer se referir a cada particular ou se apenas engloba determinadas pessoas privadas;
- b) o enfrentar a questão, cria-se uma delimitação do tema, excluindo dessa discussão todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais (*habeas corpus* e mandado de segurança, por exemplo); enquanto os direitos previstos destinados diretamente aos particulares não impõe qualquer dúvida a respeito de tal vinculação; assim, nesse rol, estão contemplados boa parte dos direitos sociais, o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso de direito de livre manifestação de pensamento (Constituição da República, Art. 5º, IV, V), o direito à inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, por exemplo;
- c) o Constituinte não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, ou seja, não se pode esquecer que mesmo nas entidades públicas, onde há previsão expressa, não há consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a abrangência e forma dessa eficácia vinculante;
- d) o ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, no cenário do Estado Democrático de Direito (que implica na supremacia do ser humano sobre todos os outros valores que integram o paradigma estatal com a elevação da dignidade da pessoa humana a princípio

¹⁷⁵ Ibid.

constitucional fundante conforme a Constituição da República, Art.1º, III), fez dela o prisma através do qual todo o ordenamento jurídico deve ser estruturado, fundamentado e interpretado, a fim de promover a transformação – de cima para baixo – do *status quo* da sociedade, conforme propõe o paradigma estatal ora vigente;

- e) deve-se entender a vinculação de forma objetiva e não apenas subjetiva, ou seja, do indivíduo perante o Estado, mas de forma mais ampla, uma vez que os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito e funcionamento como forma de proteção global¹⁷⁶;
- f) as formas clássicas de solução da questão, vinculação direta ou indireta, têm o mesmo ponto em comum, no qual se verifica entre as normas constitucionais e o direito privado não um abismo, mas sim uma relação pautada por um contínuo fluir, já que ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição;
- g) nas situações em que existe uma relação particular de desigualdade entre as partes, há consenso na doutrina que deve haver vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais;
- h) casos concretos exigirão uma análise para definir qual a forma deverá ser utilizada como forma de solução da controvérsia a respeito da pretensão de completude da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Além desses pontos de grande relevância e importância concatenados a partir da análise da obra citada do professor, Ingo Wolfgang Sarlet, para compreender a extensão e forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, fez-se necessário analisar a obra de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*¹⁷⁷, autor também não satisfeito com as opções clássicas de eficácia indireta e direta propondo um novo rumo para a controvérsia sobre a aceitação de modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

¹⁷⁶ Destacam-se dois aspectos principais e concorrentes da problemática: a constatação de que os direitos fundamentais (na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico) se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra os atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. Nota do autor.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1289.

O autor em questão propõe cinco grandes categorias, ou constelações, entendidas de forma plural, ou seja, de acordo com o caso concreto será analisada qual das soluções diferenciadas que poderá ser tomada¹⁷⁸:

- a) eficácia consagrada na Constituição;
- b) eficácia através da mediação do legislador;
- c) eficácia mediada pelo magistrado;
- d) eficácia perante os “poderes privados”;
- e) espaço de liberdade do indivíduo.

No que tange à primeira proposição, eficácia consagrada na Constituição, tem-se a vinculação imediata à medida que as próprias normas de direitos fundamentais estabelecem a eficácia desses direitos na ordem jurídico-privada.

Na segunda proposição, eficácia através da mediação do legislador, diz respeito à eficácia horizontal com a mediação do legislador no âmbito da ordem jurídico-privada. O legislador ordinário, ao disciplinar as formas de direito privado, atua de forma vinculada aos direitos fundamentais, ou seja, refere-se à problemática atinente à vinculação das entidades públicas, em especial do Poder Legislativo.

A terceira proposição refere-se à eficácia mediada pelo magistrado, refere-se à eficácia horizontal imediata combinada com o poder de mediação do juiz. Aqui, o magistrado interpreta a norma privada em conformidade com os direitos fundamentais, bem como, se for o caso, declarar a inconstitucionalidade da lei violadora das disposições fundamentais. Nessa proposição, está incluída a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares por meio de cláusulas gerais, como ordem pública, boa fé, abuso de direito e função social, por exemplo¹⁷⁹.

A quarta proposição, eficácia perante os “poderes privados”, coloca-se a complexa questão dos chamados “poderes privados”, no qual parte-se da premissa que não é somente o Estado que pode ameaçar ou colocar em risco a observância dos direitos fundamentais, mas também outros particulares, nas relações interprivadas travadas entre si. Nesse caso, a observância do respeito aos direitos fundamentais deve se dar em grau máximo, aplicando de forma objetiva a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Então, verificada a

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1290.

desigualdade entre as partes, os direitos fundamentais cumprem uma função objetiva de proteção, como valores da ordem jurídica como um todo.

Como última proposição, o autor estabelece como critério o que denomina de espaço de liberdade do indivíduo, estabelecendo um limite à eficácia horizontal. Trata-se do que também denomina de “núcleo irreduzível da autonomia pessoal”, esfera na qual se pode dizer não implicar à eficácia imediata dos direitos fundamentais, proibindo os cidadãos aquilo que também é proibido ao Estado. Esta proposição é alvo de críticas por parte de alguns doutrinadores que discordam dessa ideia ao afirmar que “não há situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional”¹⁸⁰.

Diante de todo o exposto a respeito da constitucionalização do direito privado e da forma e extensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, permite-se a elaboração de algumas anotações conclusivas, essenciais para o desenvolvimento ulterior desta tese.

A questão da referida vinculação é uma problemática complexa, e de não consenso doutrinário e jurisprudencial, não só no Brasil, mas também em outros países, destacando-se Alemanha e Portugal.

A abordagem, realizada nesta tese sobre o assunto, fez-se necessária para definir como serão tratados os direitos fundamentais incidentes na relação de emprego, e de que forma a extensão e com qual suporte teórico-científico ou se é o caso de aplicar somente os direitos da personalidade, oriundos do Direito Civil na relação de emprego. Portanto, não se pretendeu, sob qualquer hipótese, esgotar o assunto, sendo possível somente fornecer elementos gerais com o objetivo de possibilitar e demonstrar a opção teórica que melhor se adapte ao Direito do Trabalho, em especial no que diz respeito à relação de emprego. Assim, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi abordada com o único objetivo de balizar e sustentar a teoria adotada nesta tese.

Reforçando o contexto já exposto e estudado sobre a problemática em questão, observa-se que há, pelo menos, dois consensos na doutrina e na jurisprudência importantes no que tange, especificamente, a relação de emprego e a maneira pela qual ocorre a incidência ou não dos direitos fundamentais.

¹⁸⁰ Ibid.

Primeiro, quando os direitos fundamentais tiverem destinação, os particulares, pelo fato de não haver dúvidas quanto ao destinatário, porque não faria sentido aplicar o direito fundamental para outro destinatário que não fosse o particular, a vinculação deste direito é imediata, isto é, aplica-se, diretamente, o direito fundamental à relação de emprego.

Outro consenso é de que, quando se está diante de um “poder privado”, nas palavras de José Canotilho, ou de desigualdade entre as partes na relação privada destacada na aliena “g”, aplica-se, de forma objetiva, os direitos fundamentais na relação interprivada, ou seja, de forma imediata. Esta hipótese é o que ocorre de forma particular nas relações de trabalho, nas quais há uma reconhecida hipossuficiência de uma das partes, (nesse caso o empregado) e por isto esse poder privado, exercido fruto da hegemonia do capital sobre o trabalho, deve haver grau máximo de proteção ao empregado, por meio dos direitos fundamentais.

Assim, pelo menos nestas duas hipóteses, não há dúvidas sobre a vinculação imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, em especial na relação de emprego, onde os direitos fundamentais têm como destinatário direto o particular.

Incluindo mais uma nota conclusiva, observe-se que todas as regras oriundas do contrato de emprego e o exercício do poder diretivo do empregador¹⁸¹ devem se dar em conformidade com os direitos fundamentais, tendo em vista que se assim o empregador não o fizer, o magistrado, *a posteriori*, o fará, determinando esta parte a indenizar a outra pela não observância dos direitos fundamentais.

Acorde-se ainda, que a Lei Trabalhista, que vier a ser elaborada pelo legislador, não pode vir de encontro aos direitos fundamentais, visto que o legislador deve vincular-se à ordem constitucional, em especial quanto aos direitos fundamentais.

Como nota conclusiva final, anote-se que não há exclusão dos direitos da personalidade previstos no Direito Civil, incidente na relação de emprego, mas sim uma complementação ou uma soma aos direitos fundamentais.

¹⁸¹ Chamado de *poder empregatício*, “é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços” (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.629).

Por fim, o objetivo inicial dessa abordagem era optar, sob os ditames teóricos e científicos, pela incidência dos direitos fundamentais e da personalidade na relação de emprego, para, na sequência, desconstruir o tema fulcro da tese: o Direito Penal como garantidor ou não desses direitos.

No entanto, após esse preciso estudo sobre a questão da vinculação, com o recorte epistemológico já mencionado, anote-se que ambos, direitos fundamentais e da personalidade, terão de ser considerados incidentes na relação de emprego, e que a proteção conferida ao empregado deve ser fundamentada na ordem constitucional – direitos fundamentais – e na ordem civil – direitos da personalidade. O fundamento lógico-jurídico para tal constatação reside no fato de que não é possível proteger o empregado em seus direitos sem a concomitante incidência dos direitos fundamentais, da maneira e extensão aqui demonstradas, e dos direitos da personalidade, em que não há dúvidas de sua eficácia imediata.

Também, apenas como parâmetro de investigação, pesquisou-se junto ao Tribunal Superior do Trabalho, indicando de forma livre as duas expressões, direitos fundamentais e direitos da personalidade, com o objetivo de verificar a postura do egrégio Tribunal em relação à forma de utilização destas expressões. O resultado mostrou 18.467 ocorrências para a primeira expressão e 16.891 ocorrências para a segunda, revelando uma tendência do TST em utilizar ambas as expressões, corroborando na conclusão em relação à aplicação destas na relação de emprego¹⁸².

Vale dizer, que a pesquisa acima demonstrada apresenta falhas metodológicas, já que não houve um maior grau de refinamento na alocação dos dados disponíveis de pesquisa, podendo algumas destas ocorrências não representarem fielmente o conteúdo das expressões pesquisadas. No entanto, em sendo o objetivo da pesquisa tão-somente observar o quanto o TST utiliza as expressões propostas – direitos da personalidade e direitos fundamentais – em seus julgamentos relativos à relação de emprego.

Superada a possível confusão metodológica, entende-se que na relação de emprego ambos os direitos são aplicáveis, sem uma perspectiva exclusiva e excludente. Isto posto, passa-se a considerações relevantes acerca dos direitos

¹⁸² Realizada em 25 de outubro de 2012, a pesquisa livre do TST utilizando em seus documentos as expressões *direitos da personalidade* e *direitos fundamentais* é relatada no site <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>.

fundamentais e dos direitos da personalidade, todos sustentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1.1 Tecendo considerações sobre os direitos fundamentais

Direito fundamental é uma prerrogativa, ou vantagem jurídica, estruturante da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade. Seu conceito¹⁸³ pode ser examinado sob dois pontos de vista relevantes: por um lado, do ponto de vista sociohistórico e político, em face da noção e desenvolvimento da democracia, origem excelência; por outro lado, do ponto de vista da dogmática jurídica, em face das cartas constitucionais dos Estados contemporâneos. No Brasil, essa perspectiva encontra o seu manto acolhedor na Constituição da República¹⁸⁴.

São estreitas as conexões entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, pois sempre que uma pessoa tem/exerce um direito fundamental, cabe a uma norma garantir esse direito. E normas são normas, logo, também no direito fundamental o conceito de norma atende e participa de todos os problemas que inferem no próprio conceito de norma¹⁸⁵.

A efetiva compreensão do conteúdo dos direitos fundamentais e o entendimento pleno da preponderância de um sobre outro, em qualquer situação configurada, só ocorrem com o domínio dos princípios fornecidos pela hermenêutica constitucional, lembrando que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, substancialmente diferenciados, ou sistematizados, por critérios específicos: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação, fundamentalidade, proximidade da ideia de direito, natureza normogenética¹⁸⁶.

¹⁸³ Em que pese reconheça-se que não há um conceito preciso nem delimitação de seu alcance na lei, pois como ensina Maria Cristina Irigoyen Peduzzi: “Apesar (...) da constatação da conexão entre a dignidade da pessoa humana e a premissa de igual consideração e respeito, dada a sua generalidade e dinâmica própria, resultante da própria complexidade do constitucionalismo, pensamos que não há definição precisa nem delimitação de seu alcance na lei, na doutrina ou na jurisprudência”. PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da dignidade da pessoa humana – na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: Ltr, 2009, p.17.

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória-ES, nº 2, p. 12.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012., p.51.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1246.

Considere-se que os princípios, devido ao elevado grau de abstração e indeterminabilidade, não estão suscetíveis à aplicação imediata, ou seja, pedem atividades concretizadoras para desempenharem a contento a sua função estrutural de conferir coesão ao ordenamento jurídico, portanto, em posição hierárquica superior às regras, às quais servem de substrato, por que trazem em seu conteúdo o ideal de justiça¹⁸⁷. Há que registrar que a distinção entre princípios e regras é, particularmente, relevante no contexto dos direitos fundamentais¹⁸⁸.

Reitera-se, portanto, que os princípios são a base de qualquer sistema democrático porque são veiculados por normas que se entrelaçam e norteiam a própria Constituição, portanto, expressos ou não, estão investidos de competência para formar, organizar e preservar a entidade jurídica de um país. Ou seja, são normas jurídicas verdadeiras e no atual estágio de compreensão, os princípios constitucionais devem ser entendidos com força e comandos de Direito, como verdadeiros sustentáculos do Direito, sendo a sua juridicidade e fundamentalidade reconhecidas para as demais regras do Direito.

Os direitos fundamentais, enquanto construções normativas constitucionais, têm a sua concretização assegurada pelo Estado, que deve executar as devidas medidas para que o indivíduo, no exercício desses direitos, não se torne alvo de restrições ilegítimas, noção esta que pressupõe uma limitação legítima, constitucional, pois a própria Constituição da República impede a abolição de qualquer dos direitos fundamentais, embora silencie quanto à sua restrição.

Os direitos fundamentais têm a sua abrangência determinada ou no exercício da jurisdição constitucional das liberdades ou pela legislação, mas mesmo nesses casos podem acontecer restrições de um ou mais direitos fundamentais, embora cuidando para não esvaziar o seu conteúdo¹⁸⁹. Esse reconhecimento parte da análise da perspectiva histórica dos direitos fundamentais, na qual se encontram elementos para a compreensão do Estado de Direito, da própria democracia e, essencialmente, da afirmação histórica dos direitos fundamentais enquanto conjunto

¹⁸⁷ Recomenda-se a leitura do item 2.2.3 onde se discorre sobre o tema.

¹⁸⁸ PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8770>>. Acesso em: 3 maio. 2011.

¹⁸⁹ PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8770>>. Acesso em: 3 maio. 2011.

de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado em um determinado tempo¹⁹⁰.

Uma ressalva, contudo, deve ser feita, pois que os direitos fundamentais somente podem ser aceitos como tal a partir da sua positivação, ou seja, como “produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e dignidade humana”¹⁹¹.

Assim, visando promover a tutela dos princípios basilares da organização estatal concebidos pelas revoluções liberais do século XVIII e também assegurar o cumprimento continuado das funções legislativa, executiva e judiciária, as constituições escritas do período em referência tinham como conteúdo material as normas pertinentes à repartição dos poderes e das competências e os elencos formais dos direitos e garantias fundamentais¹⁹².

No decorrer da história, os “direitos fundamentais foram inseridos nas constituições pós-revolucionárias no contexto de uma visão jusnaturalista e individualista a conceber-lhes como fins em si mesmos e como garantias inatas aos seres humanos que não poderiam ser atingidas pela ação estatal”¹⁹³.

Atualmente, os direitos fundamentais são os direitos subjetivos, entendidos por tal “qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica, inseridos no ordenamento positivo constitucional”¹⁹⁴.

Dessa maneira, a previsão no âmbito constitucional é pressuposto de existência dos direitos fundamentais reconhecidos, ou outorgados, ou protegidos, pelo direito constitucional de cada Estado, pois quando inseridos na ordem internacional correspondem aos direitos humanos, um conceito de contornos mais amplos e imprecisos, ou seja, relacionam-se com os documentos de direito

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In* —. (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.40.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **O direito do trabalho no contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais**. Disponível em: <file:///D:/Fich%C3%A1rios/Fich%C3%A1rio%20Geral%202011/M-016-2011/Direito%20do%20trabalho%20-%20direito%20fundamentais.htm>. Acesso em: 16 jan.2013.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

internacional, independente do vínculo do indivíduo com qualquer ordem jurídico-positiva, e que, portanto, aspiram à validade universal, de caráter supranacional¹⁹⁵.

Já os direitos fundamentais

possuem um sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito¹⁹⁶.

É preciso levar em consideração, ainda, que depois de seu reconhecimento constitucional, os direitos fundamentais passaram por transformações quanto ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, acompanhando as transformações da história da humanidade.

Em um primeiro momento, reconhecidos nas primeiras Constituições escritas, trazem o perfil do pensamento liberal-burguês, de cunho individualista marcante, firmando-se como direitos da pessoa frente ao Estado, ou direitos fundamentais de primeira dimensão: direito à vida, à nacionalidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei¹⁹⁷.

O constitucionalismo antiliberal do Estado Social, concebido no século XX, teve o seu reconhecimento nas Constituições pós-guerra, exigindo uma conduta positiva do Estado a fim de proporcionar o direito de participar do bem-estar social, como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros, marcando a transição das liberdades abstratas para as liberdades materiais e concretas. Além disso, abrangem também as chamadas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, os direitos laborais (férias, limites da jornada de trabalho, entre outros.)¹⁹⁸.

Os direitos de terceira dimensão desprendem-se da figura humana e passam a proteger o grupo (família, povo, nação), caracterizando direitos difusos e coletivos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à autodeterminação dos povos.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In* —. (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.34.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.35.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p.52.

¹⁹⁸ *Ibid.*

São direitos inerentes à vida humana, como a solidariedade e a fraternidade, por isso não se observa como acontece com os direitos de primeira e segunda dimensões, uma homogeneidade na postura do Estado de modo a garantir a sua efetividade. Consequentemente, são direitos heterogêneos e complexos, e a proteção constitucional, às vezes, revela-se ineficaz quando realizada somente no plano nacional, exigindo também uma garantia internacional¹⁹⁹.

Existem, ainda, os direitos fundamentais de quarta dimensão, decorrentes da globalização política na esfera da normatividade jurídica, correspondendo à fase última de institucionalização do Estado social, como direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. Constitui uma nova fase de reconhecimento dos direitos fundamentais, embora ainda estejam fora do reconhecimento tanto do direito positivo interno como do direito internacional²⁰⁰.

Em síntese, “as diversas dimensões que marcam a evolução de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que esses constituem categoria materialmente aberta e imutável”²⁰¹, solicitando atenção para a definição “um tanto aleatória” de novos direitos fundamentais impondo critérios bastante rígidos para que novos direitos fundamentais sejam reconhecidos preservar a relevância valorativa da fundamentalidade da qual tais direitos se revestem. Consequentemente, os direitos fundamentais são direitos pessoais revestidos de historicidade, multidimensionais e desempenham papel essencial como limitadores e legitimadores das ações do Estado, especialmente frente ao abuso do poder.

Os direitos fundamentais não são tutelados exclusivamente por sua positivação constitucional, mas são instrumentos de uma racionalidade que os precede, aquela “que enfatiza a necessidade de servir à produção e à reprodução da vida e à dignidade”²⁰².

É certo que os direitos fundamentais repercutem para múltiplas searas jurídicas, econômicas, sociais e culturais, contudo apenas dois deles atingem de maneira exponencial a dimensão da existência humana: o direito à dignidade e o direito à personalidade, discutidos no próximo segmento.

¹⁹⁹ Ibid, p.55.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid, p.192.

²⁰² FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, p.105.

3.1.2 O direito essencial: direito à dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana traz intrínseca a ideia de que a pessoa humana, na simplicidade de sua existência, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual, é o valor máximo das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos, ao direcionar para essa pessoa humana a ordem jurídica, política e social, “subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas”, embora resulte de uma conquista cultural bastante recente, atrelada ao desenvolvimento da democracia na história da humanidade que se manifestou efetivamente a partir de meados do século XX²⁰³.

A ideia do valor da pessoa humana tem suas origens no pensamento clássico e na ideologia cristã. Um e outro consideravam a dignidade como a qualidade que, inerente ao ser humano, o distingue dos demais seres vivos, isto é, “todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade”²⁰⁴.

Uma primeira, e certamente considerável contribuição para o entendimento do direito à dignidade, está anotada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu preâmbulo entendendo-a como “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”, reforçado no Art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”²⁰⁵.

Subsequente à Segunda Guerra Mundial, o direito à dignidade passou a compor o núcleo base de boa parte das constituições democráticas construídas a partir de então.

Cumprido ressaltar, ainda, que a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana apenas existe, logo, irrenunciável e inalienável, visto constituir elemento que qualifica o ser humano como tal e de quem não pode ser desligado²⁰⁶.

²⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória-ES, nº 2, p. 23.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In* —. (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.106.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.167.

²⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória-ES, nº 2, p. 25.

No decorrer do século XX, as Constituições dos Estados democráticos passaram a trazer, em seus textos constitucionais, os princípios fundamentais dos ramos do Direito e do Direito privado. A Alemanha foi o primeiro país a seguir esse caminho na década de 1950. Até então, os direitos fundamentais serviam apenas para que uma pessoa pudesse se defender de eventual ingerência do Estado e apenas ao Estado cabia defender o direito à dignidade²⁰⁷.

No Brasil, a primeira Constituição a mencionar o tema foi a de 1946, mas não fez referência à dignidade como fundamento geral da vida social e política. As Constituições de 1967 e 1969 também mantiveram apenas a menção à dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é absolutamente inovadora nesse aspecto, alçando o princípio da dignidade da pessoa humana à qualidade de princípio próprio, princípio fundamental de todo o sistema jurídico²⁰⁸.

A dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no País, princípio jurídico inspirador e normativo e, ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica. (...). A Constituição brasileira, como visto, incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo e o fez de maneira absolutamente atual. Conferiu-lhe status multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo. Assegurou-lhe abrangência a toda a ordem jurídica e a todas as relações sociais. Garantiu-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade humana²⁰⁹.

Isto significa que a ideia de dignidade permeia, também, ao lado de uma dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa somente sofrerá lesão nos casos em que ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social²¹⁰.

É essencial e indispensável que o Estado leve a sério os direitos fundamentais, portanto, o Direito; se não o fizer, pode-se afirmar que a ordem comunitária, aí incluído o poder público, as instituições sociais e particulares, e a ordem jurídica que não assimila a dignidade da pessoa como qualidade inerente ao

²⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.110.

²⁰⁸ DELGADO, Op. cit., p. 27.

²⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.119.

²¹⁰ Ibid., p.27.

ser humano, não leva a sério a própria humanidade de cada pessoa e que a faz merecedora de respeito e considerações recíprocos²¹¹.

Traduz-se o dizer de Ronald Dworkin:

Cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela realização do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o exercício de seu julgamento acerca do tipo de vida que seria exitosa para si. Ela não deve aceitar que qualquer outra pessoa tenha o direito de ditar-lhe aqueles valores pessoais ou lhos impor sem o seu aval. Ela pode aceitar os juízos codificados em uma tradição religiosa em particular, ou aqueles de líderes religiosos ou textos, ou, ainda, decorrentes de uma moral secular ou de instrutores éticos. Mas essa aceitação deve resultar de sua própria decisão; ela deve espelhar seu juízo mais refletido acerca de como exercer sua responsabilidade soberana a respeito da própria vida²¹².

Corroborando essa responsabilidade especial dada às pessoas, o direito de personalidade configura um valor unitário que decorre em reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma tutela que consagra a proteção integral da personalidade em todas as suas manifestações, confluindo para o direito à dignidade, ápice do preceito constitucional.

3.1.3 O direito de ser: direito da personalidade

Historicamente, as regras mais remotas, destinadas a tutelar a personalidade humana, são encontradas na história jurídica grega e romana, visando proteger o indivíduo em face de injúrias e difamações irrogadas em face da sua honra²¹³.

No Império Romano, já havia a tutela da personalidade humana, embora não apresentasse os mesmos aspectos que hoje apresenta, em função da organização social menos individualista e plenamente desprendido da visão materialista moderna²¹⁴.

O advento do cristianismo traz a ideia do ser humano como servo de Deus, e a sua personificação. A dicotomia entre as escolas do Direito Natural e do Direito Positivo foi essencial no desenvolvimento da noção de personalidade humana. Os jusnaturalistas aceitavam a personalidade como própria da natureza humana

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.145.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible there?-principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University, 2006, p.10.

²¹³ CAHALI, Yussef Sahid. **Dano moral**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.11.

²¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.32.

enquanto os positivistas acreditavam que era a atribuição um caráter legal, concreto, a fim de positivar tais atributos humanos. Mas foi com o racionalismo que cresceu a ideia da personalidade humana, sobretudo pelas ideias iluministas e liberais. Assim, tal como a liberdade de imprensa, “os direitos de personalidade são classificados pela doutrina publicista como sendo direitos de primeira geração ou direitos civis e políticos, positivados”, portanto, foi na Idade Média que floresceram as sementes de um conceito moderno de pessoa humana com base na dignidade e na valorização da pessoa humana²¹⁵.

Uma visão panorâmica da evolução dos direitos de personalidade mostra que entre os primeiros direitos da personalidade reconhecidos como direitos fundamentais estão o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física, reconhecidos, a partir da oposição, entre pessoas e Estado, visando protegê-las contra as intervenções arbitrárias desse. O aumento das cidades e suas populações gerou um desequilíbrio nas relações econômicas, produzindo outros direitos criados para proteger a pessoa humana não apenas contra o Estado, mas também contra a intervenção lesiva de outros particulares²¹⁶.

Os direitos de personalidade foram sendo reconhecidos em convenções internacionais transformadas em instrumentos de tutela da personalidade humana a partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1789. Seguiram novas declarações que inseriram a tutela da pessoa humana pelos direitos fundamentais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1949, e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950²¹⁷.

Uma conceituação de direitos de personalidade diz que, nos direitos da personalidade, estão inseridos direitos considerados essenciais à pessoa humana, preconizados e disciplinados pela doutrina moderna a fim de resguardar a sua dignidade, considerados como "bens jurídicos em que se convertem projeções

²¹⁵ Ibid, p.35.

²¹⁶ SILVA, Felipe Ventin. Fundamentos dos direitos de personalidade e o **papel da tutela inibitória na sua proteção**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18471>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

²¹⁷ SILVA, Felipe Ventin. **Fundamentos dos direitos de personalidade e o papel da tutela inibitória na sua proteção**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18471>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção"²¹⁸.

Para Maria Helena Diniz, os direitos de personalidade são direitos “subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a sua integridade moral (honra, recato ou intimidade, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem, identidade pessoal, familiar e social)”²¹⁹.

Algumas características são peculiares aos direitos da personalidade em relação aos demais direitos fundamentais, mas o Código Civil de 2002, em seu Art. 11, prestigiou duas características especiais: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, *in verbis*: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Aliam-se a estas, as características de serem absolutos, pois “são oponíveis *erga omnes*, submetendo quem quer que seja a sua carga de eficácia irradiada”; extrapatrimoniais, “não figuram no patrimônio do seu titular tal como um imóvel”; imprescritíveis, pois estão no rol dos direitos potestativos e não a uma prestação; vitalícios, pois “seguem a pessoa, aderem ao indivíduo até o seu leito de morte, chegando a lei a proteger o morto, que não é mais sujeito de direito do vilipêndio”; inexpropriáveis, pois nem mesmo o Estado pode privar a pessoa desse direito²²⁰.

Por fim, a Constituição da República de 1988 não inseriu uma cláusula de tutela dos direitos de personalidade, prevista, contudo, no Código Civil de 2012 (Art.12), revelando o direito geral de personalidade adotado pelo Direito brasileiro, desmistificando a ideia de que a tutela inibitória, com vistas a protegê-los quando seja iminente a sua violação, é um instrumento de censura estatal. Primeiro, pois o Poder Judiciário não aprecia de forma regular, necessária e obrigatória todas as publicações e quando atua, o faz eventualmente, provocado por impulso do autor da ação.

²¹⁸ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v.3, nº 11, p. 29, set. de 1966. Coleção Revista de Informação.

²¹⁹ SILVA, Op.cit.

²²⁰ Ibid.

Além disso, a Constituição da República de 1988 também não excluiu da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. O controle judicial, por meio da tutela inibitória, pode ser entendido como o papel constitucional deve atender aos critérios de proporcionalidade sem que se aviltem os princípios democráticos. Esse posicionamento mostra a importância da tutela inibitória na proteção dos direitos de personalidade, pois tem o objetivo de proteger tais direitos na sua forma específica, evitando-se a sua violação com a mera reparação em perdas e danos.

3.2 UM CONVITE DA MUNDIALIZAÇÃO DA ECONOMIA PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Conforme exposto no capítulo em que se demonstra a evolução do Direito do Trabalho ao longo da história, ficou demonstrado que a exploração do trabalho é característica perene e marcante na relação capital-trabalho. Essa exploração em grau máximo pode ser exemplificada pelo trabalho escravo ou condição análoga, que ainda persiste hodiernamente.

Mesmo antes disso, quando o trabalho era considerado como pena ou castigo, a exploração se caracterizava pelo fato de que algumas pessoas da sociedade tinham que trabalhar, ou seja, cumprir/sofrer diariamente essa pena/castigo, enquanto que outras com posição social mais privilegiada ocupavam-se com atividades relacionadas à política.

Assim, os marcos históricos de proteção ao trabalho demonstram a necessidade da proteção que ao longo dos anos, em regra, foi se aprimorando, ampliando, fruto de conquistas arduamente realizadas, historicamente, pelos trabalhadores. Se antes a proteção tinha que se dá pelas jornadas exorbitantes, condições péssimas de trabalho, salários ínfimos, dentre outras razões, hodiernamente algumas razões se mantêm e continuam a se justificar, enquanto outras surgem pelas características resultantes, por exemplo, do desenvolvimento social e tecnológico.

Isto significa que, se por um lado, em pleno século XXI, ainda existem questões idênticas ao passado, como o trabalho escravo ou condição análoga, por outro lado novas questões emergem, como a possibilidade de o trabalhador estar

conectado durante 24 horas com o seu empregador, por meio de aparelhos tecnológicos largamente utilizados, como *e-mails* e telefone celular.

Esses novos/velhos posicionamentos evidenciam o grande desafio de continuar a proteção ao empregado em seus direitos básicos ou elementares, mas também o direito de estar preparado para protegê-lo diante das mudanças ocorridas nas relações de trabalho.

Aos fatores aqui exemplificados, some-se, no mundo contemporâneo, a competitividade entre os países que se tornou algo inédito e central nas relações mundiais, tendo em vista a existência de diversos indicadores econômicos que controlam a situação econômica de um país.

O Direito do Trabalho, enquanto garantidor dos direitos dos trabalhadores, exerce considerável influência no desenvolvimento econômico, pois nos países onde existem maiores garantias e direitos aos empregados, geralmente, o custo trabalho é maior também, fator determinante de competitividade internacional.

Nesse sentido, o próprio Estado visando manter a competitividade das empresas nacionais, assegurar a manutenção dos postos de trabalho e aumentar o número de contratações formais pelas empresas, por vezes toma medidas de incentivo e proteção contra o reflexo de crises internacionais na economia nacional, como a chamada desoneração da folha de pagamento²²¹, o que será objeto específico de estudo, inicialmente para alguns setores, por meio da Lei nº 12.546/2011, e, posteriormente, ampliada por outros setores, o qual objetiva,

²²¹ Neste sentido, o governo federal como medida de impulsionar a contratação de empregados e principalmente de diminuir os custos trabalhistas, o que contribui para elevação de competitividade interna em face dos produtos importados, e externa, pelo preço menor, anunciou a (...) “desoneração da folha de pagamento é constituída de duas medidas complementares. Em primeiro lugar, o governo está eliminando a atual contribuição previdenciária sobre a folha e adotando uma nova contribuição previdenciária sobre a receita bruta das empresas (descontando as receitas de exportação), em consonância com o disposto nas diretrizes da Constituição (...). Em segundo lugar, essa mudança de base da contribuição também contempla uma redução da carga tributária dos setores beneficiados, porque a alíquota sobre a receita bruta foi fixada em um patamar inferior àquela alíquota que manteria inalterada a arrecadação – a chamada alíquota neutra”. (“São múltiplos os objetivos. Em primeiro lugar, amplia a competitividade da indústria nacional, por meio da redução dos custos laborais, e estimula as exportações, isentando-as da contribuição previdenciária. Em segundo lugar, estimula ainda mais a formalização do mercado de trabalho, uma vez que a contribuição previdenciária dependerá da receita e não mais da folha de salários. Por fim, reduz as assimetrias na tributação entre o produto nacional e importado, impondo sobre este último um adicional sobre a alíquota de Cofins-Importação igual à alíquota sobre a receita bruta que a produção nacional pagará para a Previdência Social”. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2012/cartilhadesoneracao.pdf>>. Acesso em: 26 out.2012.

exatamente, proporcionar às empresas melhor competitividade e crescimento econômico.

Ressalta-se que o objetivo de trazer essas questões para reflexão tem a finalidade de demonstrar a necessidade da proteção dos direitos fundamentais e da personalidade que demonstrado nesse cenário, extremamente competitivo e capitalista, facilmente a exploração do capital sobre o trabalho ocorre. Portanto, não está se avaliando as questões relativas à função do Estado na intervenção, positiva ou negativa, na economia, tão pouco se essas medidas realmente são eficazes nos objetivos por elas anunciados.

Diante desse quadro em que está situada a atividade econômica, restou, evidentemente, que as mudanças das relações de trabalho *latu sensu*, no desenvolvimento de novas formas de trabalho, o que em regra as precariza, ou *strictu sensu*, na relação de emprego, foi agente determinante o fenômeno da globalização.

3.2.1 Notas iniciais acerca da globalização e impactos na atividade laboral

A partir do contexto global em que o estágio atual do capitalismo se encontra, o cidadão passa a ser entendido como um sujeito que, ao mesmo tempo, age e interage na esfera global, ainda que, localmente, produz consequências que repercutem em outras culturas, especialmente com as facilitações de comunicação e informação vividas nos séculos XX e XXI.

Esse cidadão é verdadeiramente “bombardeado” em seu coração e mente com as mais variadas influências externas, as quais alteram as suas formas de vivência e convivência humanas.

Resultante do processo de mundialização da economia, no qual a mais-valia universal²²² norteia a atividade econômica, procurando constantemente meios de otimizar os seus resultados em face da competitividade e da rentabilidade, que,

²²² Termo que representa a postura das empresas em buscar e conquistar novos mercados, num ambiente extremo de competitividade onde os resultados devem ser otimizados, visando o aumento da lucratividade. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.31.

constantemente, se volta à dominação de mercados, o mundo do trabalho também se modifica²²³.

Embora distintos, o mundo do trabalho e o mundo do capital estão envolvidos por uma relação dialética, pois não há capital sem o mínimo de trabalho e não há trabalho sem passar pelo capital.

Nesse particular, cada vez mais, observa-se uma intensa e forte exploração da força de trabalho humano com o intuito de atender às exigências de competitividade, rentabilidade e lucratividade imposta pelo mundo globalizado. E, “as políticas neoliberais, ao mesmo tempo em que almejam o desenvolvimento econômico (o que em muito difere de desenvolvimento sustentável), tendem a retirar ou pelo menos diminuir do mercado global os direitos fundamentais”²²⁴.

Assim, na busca pela eficiência máxima da produtividade em face das necessidades do mercado, as empresas ficam “tentadas” a desrespeitar os direitos trabalhistas ou mesmo buscam encontrar formas que tornam precário o trabalho. Como resultado dessas possíveis violações das garantias laborais, tem-se, por exemplo, o desrespeito aos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Com o objetivo centrado na maximização de lucros e à geração e concentração da riqueza, esta nova fase de expansão do capitalismo global seria particular por ter conferido papel secundário ao ser humano, como agente e beneficiário desse processo. Assim, muitas vezes, em nome dessa “corrida de mercado”, descumprem-se normas, desrespeitam-se princípios que visam garantir a valorização do trabalho, em dissonância com os direitos fundamentais e da personalidade que visam, dentre outros, assegurar o direito a uma existência digna e a um trabalho decente²²⁵.

²²³ A afirmação é resultante da compreensão de que “o avanço tecnológico, a quebra de barreiras geográficas, a abertura comercial, a formação de blocos econômicos e políticos entre os Estados, o estímulo à eficiência geral da economia, a interação cultural, dentre outros fatores, demonstram a complexidade do impacto causado pela globalização da economia e expansão das empresas transnacionais nas denominadas economias emergentes. Essas mudanças havidas no cenário mundial, contudo, acentuam o abismo econômico já existente entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. Amplia-se o dualismo econômico. Aumentam as desigualdades sociais, o desemprego, a pobreza e a exclusão social (...)”.SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Os direitos humanos e a sua proteção frente à globalização econômica. *In*: PIOVESAN, Flávia M. (Coord.) **Direitos humanos**. Curitiba, Juruá, 2006,p.277.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Conceito compreendido a partir da leitura e análise da Agenda de Trabalho Decente da OIT que (...) compreende os (...) eixos: criação de empregos, garantia dos direitos trabalhistas, extensão de proteção social e promoção de diálogo social. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 22 jan.2010.

Por fim, compreender e refletir os direitos fundamentais e os direitos da personalidade na perspectiva trabalhista, precisamente na relação contratual, é contribuir para o alargamento da aplicação desses direitos na proteção do empregado.

Daí a importância de o Estado atuar como guardião do respeito aos direitos fundamentais e da personalidade, por meio de seus mecanismos ou políticas que visam garantir a valorização do trabalho e o respeito à dignidade²²⁶ do trabalhador, buscando o desenvolvimento sustentável, alicerçado na exploração da atividade econômica e ao mesmo tempo na valorização do trabalho.

3.2.2 Economias mundiais no mundo globalizado

No mundo globalizado, as relações capitalistas dominam as economias mundiais²²⁷ e, com isto, as sociedades passam por transformações de ordem econômica, política, social, ambiental e cultural, entre outras²²⁸, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial.

Dentre as diversas definições para o fenômeno da globalização e das mais variadas concepções teóricas, emprega-se, nesta tese, aquela elaborada por Anthony Giddens: "Intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa"²²⁹.

²²⁶ "Pela utilização que tem sido feita da dignidade e ao mesmo tempo, pela necessidade de que seja observada nas relações entre os indivíduos, é preciso analisar se é norma, princípio, ou apenas valor fundante dos direitos fundamentais. O esclarecimento acerca da inserção da dignidade como direito fundamental, sem retirá-la do contexto dos direitos humanos, estando vinculada tanto aos tratados e convenções de direito internacional, como ao ordenamento jurídico interno, permite que se passe à consideração da dignidade não apenas como um princípio, de aplicabilidade duvidosa, mas também e, de maneira não excludente, como direito e necessidade". GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador**: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e de honra. Curitiba, 2006. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. p.39.

²²⁷ Corroboram esse pensamento as lições de Abili Lázaro Castro de Lima: "A partir da nova ordem global instituída pela globalização econômica, vamos constatar que o crescimento gigantesco do comércio mundial coloca as empresas transacionais como protagonista poderoso, fazendo frente ao poder dos Estados. LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica política e direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 22.

²²⁸ Neste sentido, leciona o mesmo autor que: "A globalização teve várias concepções ao longo do tempo. Mesmo hoje, podemos encontrar várias significações para o mesmo fenômeno. Liszt Vieira identificou cinco dimensões da globalização: econômica, política, social, ambiental, cultural, admitindo a existência de outras". VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p.11.

²²⁹ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, p.69.

Observa-se a partir desse conceito que a globalização permite a interação entre pessoas de diferentes localidades, influenciando o modo de pensar e viver da sociedade. Um exemplo nítido disso, vale reafirmar, é o fato de um país ter um nível de proteção do trabalho mais baixo do que outros, acarretando uma diminuição do custo do trabalho. Esse fato traz repercussões de ordem econômica e social, visto que esse país, com um custo mais barato, pode ser mais competitivo e assim afetar a economia e a política de preços de outras localidades. Nesse caso, as empresas desse local, em que se perdeu competitividade, precisam encontrar outras formas de se manterem (ou serem) competitivas ou vão exercer pressão no Estado para que também promovam medidas, ainda que em detrimento dos direitos sociais dos trabalhadores, para atingir tal objetivo.

Desse ponto de vista, pode-se dizer que os impactos e/ou as influências dessa nova realidade são sofridas por todas as organizações humanas em seus vários setores, em especial o da atividade econômica. Nesse contexto, o papel do Estado também passa por modificações, e esse passa a preocupar-se, sobretudo, "com o desempenho das macroempresas, às quais oferece regras de natureza geral que desconhecem particularidades criadas a partir do meio geográfico"²³⁰. Sob esse aspecto, verifica-se que a atividade econômica e seus resultados são acompanhados atentamente pelo Estado, já que há uma forte dependência da economia na própria atuação e função estatal.

Em relação à grave crise econômica enfrentada pelos Estados Unidos em 2009 (e também por diversos outros países dependentes desse esquema econômico globalizado), cujos reflexos repercutem até o presente momento, agora em menor escala, pode-se afirmar que houve um alto grau de envolvimento do Estado norte-americano para minimizar e exterminar a crise.

Diversas foram as intervenções do governo norte-americano na economia para combater a crise. Primeiro, o Congresso norte-americano criou uma comissão de investigação sobre a crise financeira (*Financial Crisis Inquiry Commission*)²³¹ para investigar as causas e a origem da crise. A comissão elaborou, no início de 2011,

²³⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.109.

²³¹ NEW YORK TIMES (The). **Financial crisis inquiry commission**. Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/organizations/f/financial_crisis_inquiry_commission/index.html?inline=nyt-org>. Acesso em: Oct, 27.2012.

um minucioso relatório técnico: *Final Report of the National Commission on the causes of the Financial and Economic crisis in the United States*²³².

Esse relatório final demonstra as causas da crise, o contexto vivido e o caos econômico sofrido pelos Estados Unidos, e por boa parte do mundo, ainda que em níveis diferentes. Também constam as ações interventivas realizadas pelo governo norte-americano visando conter e vencer a crise.

A fim de ilustrar a postura decisiva e interventiva do governo norte-americano na crise econômica vivida, extrai-se apenas uma breve síntese das ações do governo norte-americano, a partir da leitura do relatório citado, na forma de tradução livre. Também, acrescenta-se que o próprio relatório final sobre a crise norte-americana é um rico e vasto campo de pesquisa, contendo diversos objetos de pesquisa, de onde várias dissertações e teses poderiam ser realizadas por diversas ciências. Todavia, esse não é o objeto de pesquisa desta tese, razão pela qual será exposta então algumas das principais ações do governo norte-americano, segundo o método já citado e exposto:

- a) Federal Reserve, Banco Central americano anuncia uma redução na sua taxa de empréstimo de recursos de curto prazo para bancos com dificuldades financeiras (17 agosto de 2007);
- b) o Banco Central norte-americano faz uma injeção de US\$ 2 bilhões em recursos para o sistema bancário dos EUA, na tentativa de evitar uma crise de liquidez (22 de agosto de 2007);
- c) o presidente George W. Bush define um plano do governo para ajudar as famílias norte-americanas com problemas nos pagamentos das hipotecas de risco; o governo se propõe a garantir os empréstimos de proprietários em dificuldades com mais de 90 dias de atraso em seus pagamentos, incluindo um refinanciamento das dívidas a taxas menores (31 de agosto de 2007);
- d) pressionado por todos os lados, o Federal Reserve surpreende o mercado e corta os juros básicos dos EUA em 0,50 ponto percentual, ajustando a taxa para 4,75% ao ano; não será o último corte – até 30 de abril de 2008,

²³² UNITED STATES. Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>>. Acesso em: Oct, 27.2012.

- a taxa básica será ajustada progressivamente para 2% ao ano (18 de setembro de 2007);
- e) o presidente George W. Bush anuncia o plano federal para congelar os juros dos empréstimos hipotecários por cinco anos; a medida é válida somente para as hipotecas consideradas de alto risco as "*subprimes*" – no epicentro da crise financeira (6 de dezembro de 2007);
 - f) o Federal Reserve se une a outros dos quatro principais bancos centrais do mundo, o Banco da Inglaterra, o Banco Central Europeu, o Banco do Canadá e o Banco Nacional da Suíça, para anunciar uma série de medidas a serem adotadas a fim de enfrentar a crise de crédito; entre elas, a injeção de dinheiro por meio de operações de curto prazo (12 de dezembro de 2007);
 - g) o Federal Reserve libera US\$ 20 bilhões em empréstimos a bancos comerciais através de leilões, como parte das medidas para amenizar o impacto da crise de crédito que afeta tanto os Estados Unidos como outros países; é o primeiro de uma série de leilões que a autoridade monetária americana fará para evitar uma crise de liquidez no sistema bancário local (19 de dezembro de 2009);
 - h) a Casa Branca e o Congresso dos Estados Unidos anunciam acordo para aprovar um pacote de alívio fiscal para estimular a economia norte-americana e evitar uma recessão no país; o pacote prevê restituições entre US\$ 300 e US\$ 1.200 e cortes de impostos; o objetivo é que a economia reverta o ritmo de desaceleração e o consumo das pessoas, principal pilar da economia dos Estados Unidos, volte a crescer (24 de janeiro de 2008);
 - i) o Federal Reserve anuncia uma ajuda de US\$ 200 bilhões em dinheiro para instituições financeiras em dificuldade (11 de março de 2008);
 - j) em reunião extraordinária, o Federal Reserve corta a sua taxa de empréstimos de emergência (redesconto) para os bancos; também se compromete a auxiliar no financiamento da compra do Bear Stearns pelo JP Morgan, no montante de US\$ 236 bilhões; o Banco Central norte-americano amplia, além disso, o leque de possibilidades de garantias para os empréstimos e os prazos para pagamento (17 de março de 2008);
 - k) o Federal Reserve libera US\$ 75 bilhões para nutrir o sistema financeiro; desde dezembro, foi o FED que injetou US\$ 510 bilhões no sistema

bancário, por meio de empréstimos de curto prazo às instituições financeiras mediante leilões (20 de maio de 2008).

A partir de todas essas ações realizadas pelo governo norte-americano, inclusive de ajuda financeira a instituições em dificuldades, forte injeção de dinheiro no sistema bancário, pacote fiscal, corte de impostos, auxílio na compra de instituições de grande importância para a economia norte-americana, dentre outras, conclui-se que o papel do Estado nesse mundo globalizado é variável e exercido conforme os ditames da economia, comprometido, fortemente, com as macroempresas que representam uma importante fatia econômica de mercado.

Já em relação à crise enfrentada pela chamada Zona do Euro, ou seja, dos países integrantes da União Europeia, tal terminologia deve ser empregada admitindo que existem países que não tenha aderido à moeda única, qual seja o euro, como é o caso da Inglaterra, que mantém a sua moeda própria, mas que também faz parte desse grupo. Em relação ao papel do Estado, também é sabido que a União Europeia tem feito esforços, incluindo injeção de capital em determinados países, para evitar a irradiação dos efeitos da crise de alguns países para toda a Europa e, conseqüentemente, para todo o mundo, de forma geral.

Sendo assim, para entender, ainda que de forma geral, as causas da crise, os seus efeitos e as ações da União Europeia, foi extraído do relatório econômico elaborado pela União Europeia, *Economic crisis in Europe: causes, consequences and responses*²³³, o que será a seguir discutido.

No plano econômico mundial, o ano de 2011 foi marcado pela crise econômica na União Europeia. Em função da globalização econômica, a crise se espalhou por, praticamente, todas as economias mundiais, derrubando índices das bolsas de valores e criando um clima de pessimismo na esfera econômica mundial.

Como causa dessa crise, objetiva e resumidamente, pode-se colocar o endividamento público elevado, principalmente de países como a Grécia, Portugal, Espanha, Itália e Irlanda, e a falta de coordenação política da União Europeia, para resolver questões de endividamento público das nações do bloco.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) – agência especializada das Nações Unidas que estuda as questões relativas ao emprego e relações de trabalho – coloca que a política de trabalho na Alemanha, durante as duas últimas décadas,

²³³ EUROPEAN COMMISSION. **Economic Crisis in Europe**: causes, consequences and responses. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009. Tradução livre.

foi uma das causas da crise financeira na Europa. Em particular, criticam as ações do gabinete do ex-chanceler Gerhard Schröder, em 2003. Em seguida, o governo alemão implementou uma série de medidas para reduzir os salários no setor industrial e, portanto, igualmente baixar os preços dos bens exportados. Outros países europeus tiveram de reduzir os seus salários também para nivelar a competitividade com a Alemanha, o que provocou a recessão²³⁴.

Conhecidas as causas, é preciso compreender as consequências da crise para então verificar o papel da União Europeia como agente determinante e central no gerenciamento dessa crise. Dentre todas, pode-se eleger a fuga de capitais de investidores; a escassez de crédito; o aumento do desemprego; o descontentamento popular com medidas de redução de gastos adotadas pelos países como forma de conter a crise; a diminuição dos *ratings* (notas dadas por agências de risco) das nações e bancos dos países mais envolvidos na crise; a queda ou baixo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países da União Europeia em função do desaquecimento da economia desses países; a contaminação da crise para países, fora do bloco, que mantêm relações comerciais com a União Europeia, inclusive o Brasil.

A crise pode, de acordo com alguns economistas, causar uma recessão econômica mundial. A questão do desemprego, especialmente, é um fator de extrema relevância e preocupação de alguns países, já que com a elevação do desemprego, cresce a chance de inadimplência e diminui o consumo, gerando menos renda, o que também produz mais desemprego, com o comércio e a indústria em desaceleração. A Espanha vem atingindo recorde sobre recorde de níveis de desemprego, tendo o maior índice em toda a Europa, razão pela qual se fará uma breve análise da situação de desemprego nesse País.

Segundo o Instituto Nacional de Estatísticas (INE) – órgão equivalente ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – a Espanha registrou, em outubro de 2012, mais um recorde de desemprego para o terceiro trimestre de 2012.

²³⁴ RT SEPA MÁ. **Alemania, acusada de haber provocado la crisis europea**. Disponível em: <<http://actualidad.rt.com/economia/view/38280-Alemania,-acusada-de-haber-provocado-crisis-europea>>. Acesso em: 26 out.2012.

A taxa de desemprego da Espanha subiu de 24,63% no segundo trimestre de 2012 para 25,02% no terceiro trimestre; o número total de desempregados cresceu em 85 mil, chegando a 5.778 milhões²³⁵.

Nos últimos 12 meses, segundo o instituto, o número de desempregados aumentou em 799,7 mil. Nesse contexto, a partir da análise dos dados disponíveis, as mulheres foram as mais atingidas pelo desemprego no terceiro trimestre. No total, 75,5 mil das mulheres ficaram desempregadas no período, contra 9,5 mil homens que perderam o emprego. Com o aumento do desemprego entre julho e setembro, já somam cinco trimestres de altas. E, o número de famílias com todos os membros desempregados foi de 1.737.900, a maior taxa de toda a série histórica.

Esse problema de desemprego inédito e avassalador na Espanha também atinge os trabalhadores estrangeiros que aí residem. Entre eles, o desemprego baixou em 51 mil pessoas em relação ao trimestre anterior, uma taxa de 34,84%.

Já na análise por setores, o desemprego baixou na construção (em 35.900 pessoas), nos serviços (em 28.100) e na indústria (em 11.100). O número de empregados cresceu na agricultura (17.500), entre as pessoas que perderam o seu emprego há mais de um ano (83.300 a mais) e entre os que buscam o seu primeiro emprego (em 59.100).

Nos últimos 12 meses, o número de desempregados aumentou em todos os setores, salvo a construção, que registrou 49.700 a menos. Com 25% dos trabalhadores parados, a Espanha tem a taxa mais elevada de desemprego da União Europeia, cuja média é situada em 10,5% (11,4% na Zona do Euro). O aumento do desemprego é a consequência mais grave da crise econômica que a Espanha vive desde 2008, com a economia em recessão e fortes medidas de ajuste do governo para reduzir a dívida pública, o que representa uma grande preocupação de toda a União Europeia.

Sobre a questão do nível de emprego, o relatório da União Europeia traz exemplos de boas práticas para o enfrentamento da crise utilizada em alguns países, como o Reino Unido, Alemanha e Hungria. No Reino Unido, foi elaborado um pacote para evitar o desemprego, incluindo medidas, como o aumento de oportunidades de treinamento para desempregados, melhor capacitação e recursos para as centrais de emprego, parceria nacional que estuda o que os empregadores

²³⁵ INE - Instituto Nacional de Estadística da Espanha. **Relatório oficial**: Serie Empleo Público y Privado. Disponível em: <<http://www.ine.es/>>. Acesso em: 28 out.2012.

podem fazer para empregar mais e suporte para os desempregados com ênfase para os que estão mais de seis meses nesta condição.

Analisadas as causas da crise econômica e algumas de suas principais consequências, passa-se então a analisar a função ou o papel do Estado, que aqui são Estados para enfrentar a crise.

Em outubro de 2011, foi anunciado um pacote econômico anticrise, com maior participação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Central Europeu nas ações de enfrentamento da crise; ajuda financeira aos países com mais dificuldades econômicas, como, por exemplo, a Grécia; e definição de um Pacto Fiscal, cujos objetivos são garantir o equilíbrio das contas públicas das nações da União Europeia e criar sistemas de punição aos países que desrespeitarem o pacto. Vale destacar que o Reino Unido não aceitou o pacto, fato que aumentou a crise política na região. Igualmente, desataca-se que as ações de combate à crise são coordenadas, principalmente, por França e Alemanha.

Diante do exposto, entende-se que a solução da crise, que ainda está em andamento na Zona do Euro, tem e ainda vai ter uma forte atuação dos países-membro da União Europeia, exercendo uma função de financiador da crise, fator atrelado ao cumprimento de metas pelos países envolvidos, definidas pela União Europeia. Tal qual na crise norte-americana, o papel do Estado é decisivo para a solução ou, pelo menos, a amenização da crise, visando diminuir a irradiação de seus efeitos para os outros países.

Apesar de todos esses esforços realizados, a previsão do Banco Mundial²³⁶ para a Europa, em relação à força de trabalho, é de que nos próximos 50 anos, 50 milhões de pessoas estarão fora do mercado de trabalho, o que ameaça a capacidade de crescer na economia europeia.

O envelhecimento e a diminuição da população apta a trabalhar não só gera problemas de emprego, mas também envolve um investimento considerável do governo, no sentido de suportar, cada vez mais, as pensões e tratamento médico, o que complica o saneamento finanças públicas. De acordo com a previsão da instituição, o nível de produção econômica permanecerá baixa até 2016, e os

²³⁶ RT SEPA MÁS. **Alemania, acusada de haber provocado la crisis europea**. Disponível em: <<http://actualidad.rt.com/economia/view/38280-Alemania,-acusada-de-haber-provocado-cri-sis-europea>>. Acesso em: 26 out.2012.

investidores continuam cautelosos enquanto a dívida do Estado e pessoal estão diminuindo gradualmente.

Por seu turno, o Brasil apesar de não estar conceitualmente em crise, sabe que resultante do processo de mundialização da economia, aqui estudado, está diretamente afetado pelas crises mundiais. Apesar de a crise norte-americana ter dado lugar à retomada do crescimento dos Estados Unidos, a crise europeia está longe de ter um final. E, quando estiver superada esta crise, sabe-se que os efeitos ainda perduram por muito tempo em maior ou menor grau.

O Brasil ocupa a posição de sexta maior economia do mundo²³⁷, ficando atrás apenas dos seguintes países: Estados Unidos, China, Japão, Alemanha e França. No entanto, para manter o crescimento econômico, e assim manter a sua posição ou melhor o seu desempenho no *ranking* mundial, o Brasil necessita enfrentar diversos gargalos e/ou desafios, que impedem um melhor desempenho da economia.

A começar pela indústria, que é uma importante protagonista na geração de emprego e renda no país, que reclama constantemente, em diversos segmentos, do fenômeno no qual denomina “desindustrialização”.

Esta expressão quer significar a forte perda de competitividade das indústrias ainda no âmbito nacional em colocar o seu produto, em face dos produtos adquiridos em outros países, notadamente a China, com preços mais atrativos. Isto quer dizer que fica mais barato comprar um produto acabado da China, por exemplo, do que comprar um produto feito pela indústria nacional.

Assim, a “desindustrialização” consiste na perda de participação da indústria na economia e, conseqüentemente na geração de renda. Nesse sentido, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), representante maior das indústrias, tem feito diversos alertas ao governo federal, bem como ao Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que clama pelo estabelecimento de uma política pública comprometida em reduzir esse processo de “desindustrialização”. Um dos argumentos da CNI, que comprova esta realidade, é o fato da participação da indústria, na produção e geração de emprego no Brasil, cair de 23% para 11% nos últimos cinco anos²³⁸.

²³⁷ INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Data and statistics**. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/datamapper/index.php>>. Acesso em: 26 out.2012.

²³⁸ Parlamentares do governo e oposição convergem na votação de projetos contra desindustrialização. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2012/02/1,2578/parlamentares-do-governo-e-oposicao-convergem-na-votacao-de-projetos-contra-desindustrializacao.html>>. Acesso em: 26 out.2012.

Apesar desse quadro de perda gradativa da geração de emprego da indústria e geração de renda, o Brasil encontra-se em situação de pleno emprego, segundo o IBGE. No mês de setembro de 2012, a taxa de desemprego ficou em 5.4%, o que representa o menor nível desde a série histórica de 2002. Outro ponto relevante é que o rendimento médio do brasileiro subiu 0,1%, entre agosto e setembro, passando de R\$ 1.768,89 para R\$ 1.771,20. Na comparação com o mesmo mês do ano passado, a renda do trabalhador cresceu 4,3%²³⁹.

A economia brasileira, em relação ao mercado de trabalho, apresenta outro ponto positivo, que é o aumento gradativo, ainda que não uniforme, do mercado formal de trabalho, ou seja, do número de pessoas com registro de emprego na carteira de trabalho. De forma geral, ao analisar a série histórica realizada pelo IBGE, desde 2003, o Brasil aumentou pelo menos 9% o número de trabalhadores com carteira assinada²⁴⁰.

Apenas para exemplificar esta evolução, observada desde 2003, transcreve-se a constatação do IBGE, emitido por meio de comentário do instituto, sobre os dados coletados no mês de setembro de 2012:

O número de trabalhadores com carteira de trabalho assinada no setor privado, em setembro desse ano, foi estimado em 11,4 milhões no agregado das seis regiões pesquisadas. Este resultado não variou frente a agosto último, entretanto, verificou-se crescimento de 3,6% na comparação com setembro de 2011, o que representou um adicional de 393 mil postos de trabalho com carteira assinada no período de um ano²⁴¹.

No entanto, como já foi mencionado, a fim de manter ou melhorar esse quadro exposto, o Brasil tem desafios para ser enfrentados. Dando continuidade à exposição deles, coloca-se a elevada carga tributária do Brasil, que, segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, (OCDE) – *Organisation de coopération et de développement économiques*, entidade internacional com sede na França, é uma das maiores do mundo, com 34,5% de carga tributária. Isto faz com que o brasileiro tenha que trabalhar, em média cinco meses do ano somente para custear a cobrança de tributos e em outros cinco

²³⁹ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa mensal de emprego**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttab2.shtm>. Acesso em: 04 nov.2012.

²⁴⁰ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indicadores IBGE: pesquisa mensal de emprego. setembro 2012.** p. 35. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/Comentarios/2012/pme_201209tmcomentarios.pdf>. Acesso em: 04 nov.2012.

²⁴¹ *Ibid.*, p.3.

meses para pagar, ao setor privado, os serviços públicos essenciais que o governo deveria garantir-lhe, com a aplicação dos recursos em modelos eficientes de saúde, educação, moradia, entre outros²⁴².

A elevada taxa de juros, também uma das mais elevadas do mundo apesar dos constantes cortes realizados pelo Banco Central, a política cambial brasileira que prejudica as exportações brasileiras, deixando os produtos com preços pouco competitivos, e a falta de infraestrutura adequada para escoar a produção, como estradas, ferrovias, aeroportos e portos, representam verdadeiros gargalos da economia brasileira.

Outra ameaça, que reflete pelo menos em parte todo o conjunto de ameaças à economia brasileira, refere-se ao crescimento do PIB brasileiro abaixo do esperado, quando a previsão inicial do Banco Central e pelo governo brasileiro era de até 4.5%. Até outubro de 2012, a previsão do fechamento do PIB do ano estava entre 1.5% da *Fitch ratings*, Agência Internacional de Classificação de Risco, a 2% previsto pelo Ministério da Fazenda. Esta redução da perspectiva do PIB de 2012 para menos da metade do inicialmente previsto, mesmo na posição mais otimista, representa a desaceleração da economia brasileira, por exemplo²⁴³.

Diante desse cenário de ameaças diretas para a economia brasileira, advindo, sobretudo pelas crises ou crises latentes no plano internacional, aliado à baixa competitividade dos produtos brasileiros em geral no mercado global, o governo brasileiro adotou medidas que visam melhorar a competitividade brasileira e estimular o consumo interno.

A ação tomada pelo governo brasileiro de maior relevância foi o lançamento do chamado Plano Brasil Maior, que, a partir da sua criação pelo Decreto nº 7.540 de 2 de agosto de 2011, adotou diversas medidas e, em abril de 2012 complementou o plano, anunciando a implementação de novas medidas.

²⁴² OCDE – Organisation de Coopération et de Développement Économiques. **Statistiques**. Disponível em: <http://www.oecd.org/fr/statistiques/>. Acesso em: 04/11/2012.

²⁴³ IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contas nacionais**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasnacionais/2009/default.shtm>>. Acesso em 04 nov.2012.

Acerca da conceituação do plano e seus objetivos, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior assim os define:

o Plano Brasil Maior é a política industrial, tecnológica e de comércio exterior do governo Dilma Rousseff. Surge num contexto conturbado da economia mundial. De um lado, os países desenvolvidos mergulhados numa crise sem precedentes desde a Grande Depressão de 1929, podendo levar o mundo para uma crise sistêmica. De outro, o vigor econômico dos países emergentes, liderados pelo crescimento chinês, tem garantido o crescimento mundial e evitado o *débâcle*. O desafio do Plano Brasil Maior é, portanto, colossal: 1) sustentar o crescimento econômico inclusivo num contexto econômico adverso; 2) sair da crise internacional em melhor posição do que entrou, o que resultaria numa mudança estrutural da inserção do país na economia mundial. Para tanto, o Plano tem como foco a inovação e o adensamento produtivo do parque industrial brasileiro, objetivando ganhos sustentados da produtividade do trabalho. A estabilidade monetária, a retomada do investimento e crescimento, a recuperação do emprego, os ganhos reais dos salários e a drástica redução da pobreza criaram condições favoráveis para o país dar passos mais ousados em sua trajetória rumo a um estágio superior de desenvolvimento²⁴⁴.

Conforme o próprio Ministério, o Brasil deve estar preparado e atento para a crise econômica mundial, e deve ter como objetivo alavancar o crescimento e melhorar a competitividade da indústria nacional.

Dentre as diversas medidas lançadas no plano, destacam-se as mais relevantes, considerando o seu impacto e grau de imediatismo:

- a) desoneração da folha de pagamento para os setores de confecções, calçados, móveis e *software*: MP 540/2011;
- b) redução do IPI sobre bens de investimento: Decretos nº 7.541/2011, 7.542/2011, 7.543/2011;
- c) ampliação do Simples Nacional (SN) e do Microempreendedor Individual (MEI): PLC 77/2011;
- d) novas regras para enquadramento de empresa preponderantemente exportadora: MP 563/2012); ampliação e aperfeiçoamento da desoneração da folha de pagamento: Lei nº 12.546/2011; MP 563/2012, Decreto nº 7.711/2012;
- e) nova redução de IPI sobre bens de consumo: Lei nº 7.705/2012;

²⁴⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Plano Brasil Maior: inovar para competir; competir para crescer**. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 04 nov.2012.

- f) criação de novo regime automotivo e a sua prorrogação até 31 de dezembro de 2012: MP 540/2012; Decreto nº 7.567/2011; Lei nº 12.546/2011; MP 563/2012, Decreto nº 7.716/2012.

Vale dizer que cada medida adotada no Plano Brasil Maior está consoante com o seu objetivo geral, que é o aumento da competitividade e crescimento econômico, e visa atender a uma determinada área/setor da economia, que receberá o seu impacto ou benefício.

De todas as medidas, a única que reflete nas relações de trabalho é a desoneração da folha de pagamento, e por isso merece maior aprofundamento. Em síntese, a medida prevê a redução de 20% da contribuição previdenciária da parte empregadora e alíquota de 2%, embora não signifique uma redução de 18% obrigatória e direta, pois mudou o critério de cálculo do pagamento, segundo a mesma regra que reduziu a alíquota. Até então, o empregador pagava a alíquota de 20% a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamento, ou seja, do total dos salários pagos; agora, a alíquota de 2% incide sobre o total do faturamento bruto.

Isso representou, obviamente, uma diminuição do valor pago pelas empresas a título de contribuição previdenciária, mas não da forma que os números em um primeiro momento querem demonstrar, fruto da mudança de critério da forma de cálculo. A título de exemplo: uma empresa com uma folha de pagamento no total de R\$ 25.000,00, pagaria, antes da medida, R\$ 5.000,00 a título de contribuição patronal previdenciária, ou seja, 20% da folha de pagamento.

Se o critério de cálculo não mudasse, o empresário pagaria, após a medida, apenas R\$ 500,00 sob o mesmo título, o que representa 2% da folha. Com a modificação do critério, será preciso saber quanto foi o faturamento bruto da empresa para então aplicar a alíquota de 2%. Se a empresa faturar R\$ 250.000,00, pagará sob a alíquota de 2%, R\$ 5.000,00, ou seja, o mesmo valor do critério e da alíquota anterior à adoção da medida. Portanto, não houve qualquer redução, e se a empresa faturar mais, pagará ainda mais de acordo com a nova medida, um verdadeiro paradoxo.

Nesse caso, pode-se dizer que o ponto de equilíbrio passa a ser o mesmo valor pago em ambos os critérios, com as suas respectivas alíquotas: R\$ 250.000,00 de faturamento bruto. Conseqüentemente, quanto menos vender perto desse valor, menos significativa será a redução, e quanto mais vender acima desse ponto, maior

será a contribuição previdenciária. Aí reside o paradoxo: como é possível uma empresa com uma folha de pagamento de R\$ 25.000,00 faturar mais (ou igual) a uma empresa cuja folha de pagamento é de R\$ 250.000,00? Indagação de difícil resposta (o universo empresarial é muito amplo e complexo) e, se a hipótese existe, melhor seria escolher outra estratégia, por exemplo, reduzir a alíquota não para os 2%, mas manter o critério sobre a folha de pagamento.

Vale acrescentar que a medida não foi estabelecida para toda a cadeia produtiva, mas sim para alguns segmentos, como têxtil, confecções, naval, couro e calçados, plásticos, material elétrico, bens de capital-mecânico, ônibus, autopeças, aéreo, móveis, TI&TIC, hotéis, *call center* e *design houses (chips)*²⁴⁵.

O governo não ofereceu normas técnicas explicativas sobre o critério de escolha desses setores da cadeia produtiva, mas afirma que o objetivo é ampliar para todos os segmentos dessa cadeia.

Demonstradas as principais medidas do Brasil Maior, o seu conceito e objetivo, entende-se que as ações tomadas pelo governo para contornar a crise internacional, aumentando a competitividade brasileira e consumo interno, são medidas importantes, mas paliativas, por serem medidas pontuais, isto é, atingindo um determinado grupo de empresas, como as exportadoras, ou segmentos da cadeia produtiva, como, no caso, o da desoneração da folha de pagamento.

Portanto, embora importantes, tais medidas são insuficientes e incompletas para o Brasil ser, no mínimo, menos afetado pelos efeitos da globalização da crise econômica, pois os problemas internos (elevada carga tributária, política cambial, elevada taxa de juros, desindustrialização, reforma política, infraestrutura e políticas públicas gerais para períodos de crises) não serão realmente resolvidos em curto e médio prazos.

Por fim, a globalização econômica capitalista impõe ao mundo padrões de referência, metas de cunho econômico e indicadores econômicos e conjunturais, por exemplo, a serem alcançados, para que os países envolvidos no mercado mundial possam continuar participando do “jogo global da economia”. Aqueles que não jogam de acordo com tais regras, tendem a perder a sua posição ou mesmo ficar à margem dele.

²⁴⁵ Relação das empresas conforme a Lei nº 12.546/2011 e MP nº 563/2012.

Torna-se evidente que essa constante necessidade dos países de crescerem em termos econômicos, às vezes a qualquer custo, gera reflexos no desenvolvimento social, dentre outros, porque, se há crescimento econômico, a tendência é que melhores condições sociais possam ser alavancadas, acatando a máxima de que, no modo de produção capitalista, não há desenvolvimento social sem que haja desenvolvimento econômico.

Por isso, o papel do Estado passa por constantes e indefinidas mutações, atendendo às necessidades impostas pelo esquema econômico mundial, podendo até mesmo intervir, diretamente, na atividade econômica, com subsídios e até mesmo assumindo dívidas de empresas consideradas estratégicas para a economia.

São razões para manter a atenção voltada para a proteção conferida pelo Estado aos trabalhadores, porque, ao almejar crescer economicamente, o país pode procurar fazê-lo a qualquer custo, sem levar em conta as condições de trabalho e de proteção aos direitos, historicamente, conquistados pelos trabalhadores.

Por isso, no cenário trabalhista que ora se apresenta, mais do que nunca se justifica a proteção aos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador, visto que esses, talvez, sejam os mais expostos e, conseqüentemente, sofram mais facilmente as conseqüências do crescimento econômico.

3.3. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE TRABALHO EM TEMPOS DE PLENO EMPREGO, PARA QUÊ?

Como já foi constatado nesta tese, o Brasil vive atualmente na situação de pleno emprego, considerando o nível de desemprego em 5,4%, de acordo com os dados oficiais já citados.

Desta forma, é possível acreditar que em uma sociedade onde não faltam empregos e sim mão de obra qualificada, em diversos setores da economia, as condições laborais se alteraram. Nesse contexto, o empregado pode ter melhores condições de negociar o seu contrato de trabalho, deixando de ser, ou sendo em menor grau, hipossuficiente na relação laboral.

Isto quer dizer que, diante da situação de pleno emprego, o empregado com mais ofertas de trabalho disponíveis pode avaliar qual oferta mais lhe atrai, levando em conta diversos fatores, como localização, salário, benefícios e função a ser

exercida. O empregador, por outro lado, deve estar atento a essa realidade e procurar atrair a mão de obra para a sua empresa, oferecendo cursos de capacitação e treinamento, já que, diante da escassez da mão de obra, é possível que admita um empregado que, em outras circunstâncias, jamais contrataria.

Em uma interpretação rasa e pontual, poder-se-ia concluir que o empregado já não é mais hipossuficiente da relação, conforme o contexto acima exposto, porque possui melhores condições de negociar o seu contrato, e se não ficar satisfeito com as tratativas, simplesmente procura outro trabalho, ou aceita até encontrar outro que mais lhe satisfaça.

Todavia, deve-se ressaltar que o empregado uma vez inserido na relação de trabalho é hipossuficiente pela própria natureza da relação, ou seja, capital versus trabalho. Sempre o capital terá a hegemonia em relação ao trabalho, tendo o elemento subordinação como próprio da relação de emprego, e em decorrência o exercício do seu poder diretivo.

Naturalmente, admite-se que no pleno emprego há mais ofertas de trabalho, o que pode facilitar o empregado a procurar novas oportunidades, e, por outro lado, há melhoria nas condições salariais, dentre outras, por parte do empregador, com o objetivo de poder contratar a sua mão de obra. Contudo, esse fato por si só não afasta ou enfraquece a sua hipossuficiência em face do empregador. Pelo contrário, os seus direitos fundamentais e da personalidade ficam mais fáceis de serem violados em face da necessidade da empresa em atender à demanda de mercado e de estar inserida no contexto já explanado da globalização da economia.

No campo do Direito do Trabalho, a forma de reparar o dano causado aos direitos fundamentais e da personalidade do empregado é indenizatória, ou seja, após ocorrer o dano é que gera o direito de responsabilização por meio da indenização. E não raro esses direitos violados são reparados pela indenização por dano moral.

Como forma de demonstrar a necessidade crescente e constante da proteção dos direitos fundamentais e da personalidade do empregado, tendo em vista haver um campo fático farto de desrespeito aos direitos fundamentais e da personalidade, foi optado em fazer essa demonstração por meio de decisões do Tribunal Superior do Trabalho e de Tribunais Regionais.

Tais decisões, além de evidenciarem a violação dos direitos em questão, com a prática fática realizada pelo empregador, traz também a consequência legal,

geralmente reparadas por meio da indenização por dano moral causado. Todavia, a reparação desses direitos violados pode se dar pelo rompimento culpável do contrato, indenização pecuniária de prejuízo material ou, meramente, moral e retratação pública.

Portanto, a jurisprudência, colecionada, tem por objetivo demonstrar violações reais e fáticas dos direitos fundamentais e da personalidade do empregado, sem esgotar todas as possibilidades, mas também sem fazer uma ampla análise de cada decisão.

3.3.1 Restrição ao uso do banheiro: ofensa ao direito à privacidade

Para o TST, em decisão contrária ao Tribunal Regional, existe um entendimento quanto à configuração do dano, ou seja, entende o TST que, para existir uma configuração do dano, basta o cometimento do ato ilícito. Isto se mostra no caso de ação que ofendeu o direito à privacidade e da própria dignidade da pessoa humana a seguir apresentado:

DANO MORAL, RESTRIÇÃO AO USO DE BANHEIRO, ATO ILÍCITO. OFENSA À HONRA SUBJETIVA *IN RE IPSA*. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

Na hipótese, o Regional reformou a sentença, na qual se condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, não obstante o fato de que a prova oral evidenciou que realmente havia necessidade de autorização para os operadores deixarem seus postos de trabalho e irem ao banheiro, estando sujeitos à advertência caso não observassem o limite de tempo estipulado para tal finalidade. A Corte *a quo* se convenceu da inexistência de dano moral e indeferiu o pagamento da indenização correspondente, haja vista que: diante da natureza das atividades desenvolvidas pela reclamada, é razoável que existam regras quanto aos afastamentos dos empregados dos seus postos de trabalho –; a – prova emprestada utilizada no feito em apreço não é capaz de comprovar que a reclamante tenha sido efetivamente impedida de usar o banheiro em virtude das normas regulamentares impostas pela reclamada, nem que tenha passado algum constrangimento em razão desta vedação –; e – o dano moral não provém, *in abstracto*, da mera existência dessas normas, sendo imprescindível para a sua configuração que fique comprovada a efetiva ocorrência de ofensa à privacidade da reclamante –. A Constituição Federal consagra, em seu Art. 5º, inciso X, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação –. Para que se configurem a existência do dano moral e a consequente obrigação de indenizar o ofendido, torna-se indispensável que tenham ocorrido o ato ilícito – omissivo ou comissivo e culposo ou doloso – praticado pelo agente, a constatação do dano vivenciado pela vítima e o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Para fins de aferição da responsabilidade civil por dano moral do empregador, é imprescindível a prova do fato danoso em si, perpetrado por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, o qual representa a relação de causa e efeito entre a conduta do

empregador e o dano moral suportado pelo empregado, sendo prescindível, contudo, a prova de prejuízo concreto, por se tratar de violação de direitos da personalidade, que atingem tão-somente a esfera íntima do ofendido. Extrai-se da decisão do Regional que a reclamada impedia a autora de usar livremente o banheiro para satisfazer suas necessidades fisiológicas e, ainda, limitava o tempo destinado para esse fim. Nesse contexto, estão evidenciados o abuso no exercício do poder diretivo, a prática de ato ilícito, afronta às normas de proteção à saúde – possível aparecimento de patologias do trato urinário ou intestinal –, o nexo causal entre a conduta patronal e o dano causado à reclamante, e o dano moral, cuja constatação decorre de uma presunção natural (presunção *hominis*), já que são prováveis e razoavelmente deduzidos, na hipótese, o sofrimento íntimo, o constrangimento ilegal e a situação degradante e vexatória do autor. Ressalta-se que a ofensa à honra subjetiva da reclamante, o dano moral, revela-se *in re ipsa*, ou seja, presume-se, sendo desnecessário qualquer tipo de prova para demonstrar o abalo moral decorrente da restrição a que estava submetido a reclamante de uso do banheiro. Isso significa afirmar que o dano moral se configura, independentemente, de seus efeitos, já que a dor, sofrimento, angústia, tristeza ou abalo psíquico da vítima não são passíveis de serem demonstrados, bastando que ocorra violação efetiva a um direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana para que o dano moral esteja configurado. Evidenciado, assim, o dano moral é devida à indenização correspondente, nos termos dos Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido²⁴⁶.

Observa-se que ficou provado que o empregado não foi efetivamente impedido de utilizar o banheiro em virtude das normas que determinavam a sua forma de uso; e também não ficou comprovado que o empregado, em virtude desse ato, tenha sofrido algum tipo de constrangimento.

Contudo, nesse entendimento, basta que fique comprovada a efetiva ocorrência de ofensa à privacidade do reclamante para a geração do dever de indenizar. Ainda, o julgado fundamentou a decisão com base na Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso X, que prevê o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por seu turno, acerca da necessidade de comprovação para demonstrar o abalo moral, essa decisão entendeu que esse é presumido, não sendo preciso qualquer tipo de prova que objetive demonstrar a sua ocorrência. Presume-se que, pelo fato do empregador, abusando de seu poder diretivo, restringir e limitar o uso do banheiro, independentemente de seus efeitos, já provoca o dano moral, acrescido do fato de que os sentimentos, como dor, sofrimento, angústia, tristeza ou

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 147700-10.2007.5.18.0001 Data de Julgamento: 24/10/2012. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 31/10/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

abalo psíquico da vítima, não são passíveis de ser demonstrados, bastando que ocorra violação efetiva a um direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana para que o dano moral esteja configurado.

Conclui-se que o entendimento do TST privilegiou a proteção dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais do empregado como norte decisório, dispensando a necessidade de comprovação do dano e do abalo moral para a configuração do dano moral.

3.3.2 Uso de uniforme com logotipo de fornecedores: direito à imagem

Observe-se no julgado, mais uma vez, a não necessidade em comprovar o dano ou o abalo moral, pois bastou o empregador determinar ao empregado o uso de uniforme contendo logotipos de fornecedores, para configurar o dano moral, pela violação do direito à imagem do empregado. Ou seja, ele não é obrigado a utilizar o uniforme que promova ou sirva de propaganda para outras marcas ou fornecedores que não seja o seu empregador, como mostra o caso a seguir, apresentado:

UNIFORME COM LOGOMARCAS DE FORNECEDORES.

A determinação de uso de uniforme com logotipos de produtos comercializados pelo empregador, sem que haja concordância do empregado ou compensação pecuniária, viola seu direito de uso da imagem, conforme dispõe o Art. 20 do Código Civil. Tal conduta evidencia manifesto abuso do poder diretivo do empregador, a justificar sua condenação ao pagamento de indenização, com fulcro nos Arts. 187 e 927 do mesmo diploma legal. Recurso de revista não conhecido²⁴⁷.

A decisão abre duas possibilidades para o uso obrigatório de o referido uniforme ser prática lícita por parte do empregador: prévio consentimento ou compensação pecuniária. Em relação ao consentimento, deve-se dizer que dada à hipossuficiência, já explanada nesta tese, do empregado, abre-se uma possibilidade para a ofensa do seu direito à imagem, visto que com temor de ser dispensado ou sofrer ou não outro tipo de represálias se perguntado for, obviamente na maioria dos casos a sua resposta será positiva em relação ao uso do uniforme.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 40540-81.2006.5.01.0049 Data de Julgamento: 04/08/2010, Redator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/09/2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 05 nov.2012.

Por isso, esta hipótese é passível de crítica, já que em relação a outros direitos, o direito não admite renúncia, tendo em vista exatamente a sua hipossuficiência. No caso atual, é o mesmo que aceitar que o empregado não deseja gozar de suas férias, mas a diferença é que aqui o empregado é protegido pelo princípio da irrenunciabilidade.

Assim, defende-se que nesse caso, pelo menos, seria razoável a obrigatoriedade de celebração do acordo coletivo para que fosse possível a utilização de tal uniforme, pois o sindicato dos trabalhadores serviria de garantidor da vontade pura, isto é, sem conter vícios de consentimento.

Já no que tange à segunda possibilidade, qual seja, compensação pecuniária, observa-se que, apesar de ser condizente com o direito à imagem, mais uma vez fruto da hipossuficiência, o valor dessa compensação seria difícil de ser mensurada, e se realmente seria compatível com a vontade do empregado.

Apesar dessas possibilidades autorizadoras do uso do uniforme com logotipos ou propagandas de marcas alheias do empregador, observa-se a proteção direta do direito à imagem do empregado, como visto sem a necessidade de comprovação de dano e abalo moral para a configuração do dever de reparar.

Nesta decisão, constata-se o flagrante extrapolamento do poder diretivo do empregador, não respeitando os direitos da personalidade do empregado, submetendo-o a detector de mentiras. A prática do uso do referido equipamento, além de violar os direitos mencionados na decisão, como honra, imagem, privacidade e vida privada, também configura a verdadeira situação de tortura psicológica, pois o empregado nesta situação sofre tratamento de elevada pressão psíquica, e é tratado como se suspeito fosse.

Afinal, tal prática é possível de ser utilizada em situações específicas, e não reiteradas com frequência na mesma pessoa, realizada por autoridade policial.

A partir dessa decisão do TST, observou, mais uma vez, a necessidade do direito de assegurar o princípio da dignidade humana na relação laboral, bem como os seus direitos fundamentais e decorrentes direitos da personalidade.

3.3.3 Submissão a detector de mentiras: direito à intimidade e vida privada

Nesse caso, como mostra a decisão apresentada na sequência, constata-se o flagrante extrapolamento do poder diretivo do empregador, não respeitando os direitos da personalidade do empregado, submetendo-o a detector de mentiras:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL DECORRENTE DE SUBMISSÃO DE EMPREGADA A TESTES DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). A submissão de empregados a testes de polígrafo viola sua intimidade e sua vida privada, causando danos à sua honra e à sua imagem, uma vez que a utilização do polígrafo (detector de mentiras) extrapola o exercício do poder diretivo do empregador, por não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o mencionado sistema. Assim, *in casu*, compreende-se que o uso do polígrafo não é indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, ao terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de realização de "teste admissional" rotineiro e adequado. Além disso, o uso do sistema de polígrafo assemelha-se aos métodos de investigação de crimes, que só poderiam ser usados pela polícia competente, uma vez que, no Brasil, o legítimo detentor do Poder de Polícia é unicamente o Estado. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido²⁴⁸.

A prática do uso do referido equipamento, além de violar os direitos mencionadas na decisão, como honra, imagem, privacidade e vida privada, também configura uma verdadeira situação de tortura psicológica, pois o empregado sendo tratado com essa elevada pressão psíquica, é, obviamente, tratado como se suspeito fosse.

Afinal, tal prática é possível de ser utilizada em situações específicas, e não reiteradas com frequência na mesma pessoa, realizada por autoridade policial.

A partir dessa decisão do TST, observou, uma vez mais, a necessidade do direito assegurar o princípio da dignidade humana na relação laboral, bem como os seus direitos fundamentais e decorrentes direitos da personalidade.

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 28140-17.2004.5.03.0092. Data de Julgamento: 10/03/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-28140-17.2004.5.03.0092&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAJQOAB&dataPublicacao=07/05/2010&query=direito a honra](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-28140-17.2004.5.03.0092&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAJQOAB&dataPublicacao=07/05/2010&query=direito%20a%20honra)>. Acesso em: 05 nov.2012.

3.3.4 Revista íntima: direito à intimidade

O TST, no que tange à revista dos empregados, tem se posicionado a favor, desde que esta seja realizada de forma visual, impessoal e indiscriminada, por considerá-la parte integrante do universo do poder de direção do empregador, em especial do poder de fiscalização dele decorrente, como a própria ementa denota:

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a revista visual de pertences dos empregados, feita de forma impessoal e indiscriminada, é inerente aos poderes de direção e de fiscalização do empregador e, por isso, não constitui ato ilícito. No presente caso, contudo, o quadro fático delineado no acórdão regional evidencia a existência de abuso de direito no procedimento de revista adotado pela ré. Conseqüentemente, ficou demonstrado o dano moral que teria atingido a autora, e o conseqüente sofrimento psíquico advinda do contato físico. Assim, ficou comprovado o ato ilícito praticado pelo reclamado. Por outro lado, o Tribunal Regional, ao fixar o valor da indenização em R\$ 15.000,00 a título de danos morais, levou em consideração o dano sofrido, a condição da autora, o fim pedagógico e a capacidade econômica do reclamado. Tem-se, portanto, que foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade insertos no Art. 944 do Código Civil, o qual vincula a indenização à extensão do dano. Recurso de revista de que não se conhece²⁴⁹.

No entanto, apesar de vedação expressa na CLT, Art. 373-A, ainda existem empresas que insistem em realizar revistas íntimas sob o argumento de que dada à natureza da atividade, por exemplo, na produção de medicamentos controlados, não existe outra forma de controle ou fiscalização eficaz.

Todavia, mesmo nesses casos, dada à vedação legal, o TST entende pela impossibilidade de tal prática, configurando-a como forma de violação à intimidade.

O mais importante de se destacar nesta hipótese seria, de fato, a mudança de paradigma do Direito. Se antes da Constituição de 1988, com o Código Civil de 1916, o patrimônio ou propriedade eram considerados como pontos centrais dos direitos, praticamente absolutos, cujos reflexos se davam em todo o ordenamento jurídico, inclusive o trabalhista, atualmente o paradigma central de proteção máxima do Direito está na dignidade da pessoa humana, em detrimento do patrimônio.

²⁴⁹ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 324500-05.2008.5.09.0195. Data de Julgamento: 14/11/2012. Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/11/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR>> - 324500-05.2008.5.09.0195&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJuEAAN&dataPublicacao=19/11/2012 &query=direito da personalidade revista intima>. Acesso em: 21 nov.2012.

Tanto isto aconteceu, que a própria CLT, com a lógica antiga, nada previa sobre a revista íntima, e mesmo que tivesse previsão, provavelmente seria no contexto patrimonial de aceitação. Com a Lei nº 9.799/1999, já com a adoção do novo paradigma, foi acrescentado o Art. 373-A²⁵⁰ da CLT, vedando tal prática.

3.3.5 Instalação de câmeras de segurança no banheiro: direito à imagem, à intimidade e à privacidade

A ementa transcrita, a seguir, demonstra a vedação da instalação pelo empregador de instrumentos de captação de imagem em locais onde viole a privacidade do empregado. Somente é permitida a utilização de câmeras em nome do poder diretivo do empregador, em especial o poder de fiscalizar, em locais onde não violem a intimidade de seus empregados.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL – AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO.

A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral. Recurso de revista não conhecido²⁵¹.

Constitui uma grave violação dos direitos da personalidade em questão, o empregador utilizar em locais, por si só privativos como banheiros e vestiários, câmeras de vídeo para fiscalização de seus empregados, tolhendo, juntamente com a fiscalização, a dignidade do empregado.

²⁵⁰ Artigo 373 A - Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único - O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular, as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e às condições gerais de trabalho da mulher.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 9768220105110015 976-82.2010.5.11.0015. Relator(a): Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento: 31/08/2011. Órgão Julgador: 3ª Turma. Publicação: DEJT 09/09/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em: 21 nov.2012.

3.3.6 Controle de *e-mail* e internet: direito à intimidade e à privacidade

A decisão a seguir apresentada, demonstra que as correspondências pessoais do empregado, inclusive as virtuais, não são passíveis de monitoramento ou controle por parte do empregador, por não guardarem relação com a prestação de serviços, devendo ter o seu direito à intimidade e à privacidade preservadas:

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, Art. 932, III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é lícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao Art. 5, X, XII e LVI, da

Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento²⁵².

Caso esses direitos sejam ameaçados ou lesados pelo empregador, o empregado poderá pleitear judicialmente indenização pela violação dos direitos fundamentais à sua intimidade e à sua privacidade, para obter o ressarcimento dos danos morais e/ou materiais.

Situação contrária é quando o *e-mail* é fornecido pelo empregador a ser utilizado somente para fins profissionais, sendo verdadeiramente um instrumento de trabalho. Assim, é lícito o monitoramento de seu conteúdo, pois não viola os direitos fundamentais e da personalidade, pelo fato de o *e-mail* não ser de propriedade do empregado e ser um instrumento de trabalho. Além disso, todo o conteúdo escrito ou transmitido pelo empregado a qualquer pessoa é de responsabilidade última do empregador, portanto esse tem o direito de verificar o que está sendo escrito ou enviado em seu nome.

No caso em questão, apesar de o TST decidir pela justa causa do empregado ao enviar por meio de *e-mail* corporativo o conteúdo pornográfico à colega de trabalho, o que representa desvio de finalidade da ferramenta de trabalho para a consecução dos serviços, a decisão evidencia que os *e-mails* pessoais não são passíveis de fiscalização ou monitoramento por parte do empregador.

Desta forma, verifica-se que em nome dos direitos fundamentais e da personalidade veda-se a prática do empregador que vislumbre monitorar ou ter acesso a *e-mails* ou correspondências pessoais do empregado, ainda que esteja utilizando o computador e acesso à internet de propriedade da empresa.

Desta maneira, esta é mais uma hipótese que representa a necessidade, especialmente com o uso maciço de computadores e *e-mails* pelos trabalhadores, de tutelar os direitos fundamentais e da personalidade. Eis que facilmente esses direitos podem ser violados, já que as empresas podem dispor de ferramentas de informática que monitoram o computador de seus usuários, não fazendo distinção entre conteúdo exclusivamente pessoal e profissional.

²⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 61300-23.2000.5.10.0013 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em: 30/11/2012.

3.3.7 Discriminação

Outra hipótese de grave violação dos direitos fundamentais do empregado, bem como de seus direitos da personalidade, consiste na discriminação por parte do empregador ou de seus subordinados independentemente de sua natureza. Sendo assim, algumas das hipóteses serão objeto de estudo pelo fato do objetivo desse capítulo ser de demonstrar a perene necessidade de proteção desses direitos.

Assim, antes de adentrar nas hipóteses de discriminação com a respectiva jurisprudência colacionada, algumas premissas teóricas merecem ser evidenciadas sobre o tema.

Primeiro, cabe dizer que o referencial teórico inicial sobre a discriminação é a Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ser, pois nela estão presentes os reflexos do princípio da não discriminação no trabalho. No Art.3º, inciso IV, da CF/1988, tem-se que um dos objetivos fundamentais da República Brasileira é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, há também a proibição de diferenças salariais de exercício de funções e critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil (Art.7º, XXX, CF/1988); ou de diferenças de critérios de admissão e de salário em razão de deficiência física (Art.7º XXXI, CF/1988); e, bem assim, que se distinga na aplicação das normas gerais entre os respectivos profissionais (Art.7º, XXXII, CF/1988)²⁵³.

No plano infraconstitucional, há também normas que traduzem a aplicação do princípio da não discriminação. Com destaque, coloca-se a Lei nº 9.029/1995, que proíbe a exigência de atestado de gravidez, esterilização e outras práticas discriminatórias para admissão ou permanência no emprego e, em seu Art. 1º, prevê a proibição da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou a sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, nesse último caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do Art.7º da Constituição Federal.

²⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira. *In Revista do TST*. Brasília, v.69, nº 1, jan/jun 2003, p.43.

Há também a Lei nº 7.716/1989, que define crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, bem como a Lei nº 9.455/1997, a qual estabelece penas em razão de discriminação racial ou religiosa contra criança, gestante, deficiente e adolescente, de forma geral não, especificamente, para a relação de emprego.

Outras manifestações do princípio da não discriminação, especificamente, na seara trabalhista está a Lei nº 9.799/1999, que modificou a Consolidação das Leis Trabalhistas no seu Art. 373, que proíbe referência ao sexo nos anúncios de emprego e proíbe realizar revistas íntimas nas empregadas; nos Arts. 391 e 400 em relação à proteção e à maternidade e o Art. 392 sobre as condições de trabalho da mulher grávida.

No plano do Direito Internacional do Trabalho, não se pode deixar de destacar o papel histórico na defesa da não discriminação nas relações de trabalho em suas diversas formas da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Convenção da OIT nº 111, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, Suíça, em 1958, que entrou em vigor no Brasil em 26 de novembro de 1966, no Art. 1º, define o que a referida Convenção entende pelo termo discriminação:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção, as palavras 'emprego' e 'profissão' incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego²⁵⁴.

Diante do conceito da OIT, define-se a discriminação como qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, entre outras características, que

²⁵⁴ OIT-Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº111**: discriminação em matéria de emprego e ocupação. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 15 out.2012.

tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. O referido conceito exclui, como hipóteses de discriminação, as situações fundadas em preferências ou requisitos baseados em qualificações para o exercício de determinada função.

Existem várias outras Convenções que tratam do tema. A Convenção nº 97/1949, que, em seu Art. 6º, explicita que não deve existir, entre nacionais e imigrantes, distinção de tratamento unicamente em razão de nacionalidade, raça, sexo ou religião; Convenção nº 100/1951, que trata do princípio da não discriminação de remuneração da mão de obra, por um trabalho de igual valor, unicamente em razão do sexo; Convenção nº 117/1962, que, em sua quinta parte, dispõe sobre a não discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, observando que a supressão da discriminação entre os trabalhadores é um dos fins da política social dos membros associados à OIT; Convenção nº 122/1964, que no seu Art. 1, 2, c, dispõe sobre o direito de livre escolha de emprego pelo trabalhador qualquer que seja a sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social; Convenção nº 142/1975, que prevê, em seu Art.1º, 5, que as políticas de recursos humanos devem encorajar e habilitar todas as pessoas, em bases iguais e sem qualquer tipo de discriminação, a desenvolver e utilizar as suas capacidades para o trabalho em seus melhores interesses e da sociedade; Convenção nº 169/1989, contra a discriminação sobre povos indígenas e tribais e Convenção nº 159/1983, contra a discriminação de pessoas com deficiência, tratando, especificamente, sobre reabilitação profissional e emprego²⁵⁵.

Além disso, a OIT produziu e aprovou um Repertório de Recomendações Práticas sobre Portadores de Deficiência no Mundo do Trabalho, orientado a promover princípios de igualdade de acesso a pessoas com deficiência a trabalho remunerado. Em 2001, produziu, ainda, o Repertório de Recomendações Práticas sobre HIV-AIDS no Mundo do Trabalho²⁵⁶.

²⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009, p.67.

²⁵⁶ Este repertório constitui “instrumento de apoio para evitar o alastramento da epidemia, mitigar seu impacto sobre os empregados e seus familiares e oferecer proteção social para ajudar a lidar com a doença. Cobre princípios-chaves como o reconhecimento do problema do HIV/Aids como uma questão de local de trabalho, a não discriminação no emprego, a igualdade de gênero, a testagem anti-HIV e a confidencialidade, o diálogo social, a prevenção e a assistência”. OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho**, p.263.

Importante ainda destacar a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho adotada pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT), em 1998. Esta declaração reafirma o princípio constitucional de eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, confirmando, desse modo, a determinação universal de eliminar a discriminação no mundo do trabalho através de promoção de igualdade de tratamento e oportunidades. Ressalta que todos os estados-membros da OIT, ainda que não tenham ratificado Convenções fundamentais, têm o compromisso de respeitar os princípios relativos aos direitos fundamentais nela contidos.

Vale dizer que a ratificação se deu quase que de forma universal de dois instrumentos principais da OIT, um na área da promoção da igualdade no local de trabalho, qual seja a Convenção sobre Igualdade de Remuneração nº 100, de 1951, e a Convenção sobre Discriminação Emprego e Ocupação, nº 111, de 1958, já que apenas seis estados-membros ainda não ratificaram essas Convenções.

Finalmente, em relação às Convenções da ONU sobre políticas de não discriminação, destacam-se, a título de exemplo, a Convenção de 1966²⁵⁷, que versa sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e a Convenção de 1979, a qual trata acerca da eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Feitas estas considerações a respeito da normatividade do princípio da não discriminação, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, passa-se aos exemplos da jurisprudência da ocorrência da discriminação na relação de trabalho.

3.3.71 Discriminação ao portador de HIV

Na decisão relatada a seguir, o julgador entendeu, como prática discriminatória, a dispensa imotivada do empregado portador de HIV. Na mesma decisão, o julgador colocou como critério de dispensa imotivada aqueles que não levem em conta a situação econômica, disciplinar, técnica ou financeira. Dentre os fundamentos legais para essa decisão, não respaldada por lei, colocou-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

²⁵⁷ UNESCO. Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Roma, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139390por.pdf>>. Acesso em: 27 nov.2012.

RECURSO ORDINÁRIO – REINTEGRAÇÃO – EMPREGADO PORTADOR DE AIDS – RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA. Impossível colher prova mais robusta da discriminação contra o aidético do que sua dispensa imotivada. É a segregação silenciosa de quem busca livrar-se de um presumido problema funcional lançando o empregado portador do vírus HIV à conta do Poder Público e à sua própria sorte. Como participante de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a empresa consciente de suas responsabilidades sociais atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convencionou condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em comprovado motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à responsabilidade social que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (Art. 5º, caput, da Constituição Federal). Recurso a que se dá provimento quanto a esta matéria²⁵⁸.

A decisão representa um avanço na proteção da prática antidiscriminatória, e nesse caso em grau máximo ao vedar a dispensa imotivada do portador aidético.

Contudo, o enunciado da Súmula 443 do TST, divulgada em 25, 26 e 27.09.2012, coloca-se como presumida a discriminação na dispensa do empregado portador do vírus HIV. O enunciado da súmula ainda engloba também outra doença grave que suscite estigma ou preconceito como presunção da ocorrência de discriminação na dispensa do empregado. Nestas hipóteses, a dispensa é considerada inválida, tendo o empregado o direito à reintegração.

Súmula nº 443 do TST
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Presume-se discriminatória, a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Finalmente, de acordo com a súmula em questão, pode-se dizer que no Brasil é presumida como discriminatória a dispensa de empregado portador de HIV ou de outra doença grave que denote estigma ou preconceito, representando mais

²⁵⁸ TRT/SP 2ª REGIÃO. AUTOS 00228-2006-035-02-00-6, julgamento ocorrido em 01/12/2009, publicado no DJSP em 18/12/2009. Desembargador Relator: Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, Acórdão nº 2009.1064060.

uma forma de proteção aos direitos fundamentais e da personalidade, como da igualdade e o próprio direito à vida.

3.3.7.2 Discriminação racial

Devido ao fato de haver esse tipo de discriminação, mais uma vez justifica-se a tutela jurídica para proteger os direitos fundamentais e da personalidade na relação de trabalho.

DANO MORAL – INDENIZAÇÃO.

Comprovado que o autor sofreu odiosa discriminação racial por parte do empregador, razoável a fixação do valor de R\$ 48.200,00, que compensará, ainda que parcialmente, a dor, o sofrimento e a humilhação a ele impingidos²⁵⁹.

JUSTA CAUSA. OFENSA MORAL. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. DESNECESSIDADE DE GRADAÇÃO DE PENA.

Em se tratando de ofensa moral de alta gravidade, especialmente de cunho discriminatório e racista, a gradação de pena não é necessária, visto que a falta obreira por si autoriza a dispensa com justa causa. IMEDIATIDADE DA DISPENSA. Na imediatidade da dispensa por justa causa deve ser levado em conta o tempo necessário ao cálculo das parcelas rescisórias e o preparo dos documentos pertinentes, bem como a complexidade organizacional da empregadora²⁶⁰.

A primeira decisão colacionada tem apenas por objetivo demonstrar a incidência na relação laboral desse tipo de discriminação, qual seja em virtude da raça ou cor de pele. Lamentável para a sociedade ter que conviver com esse tipo de discriminação ou de qualquer outro em pleno século XXI, após o mundo ter e estar assistindo aos resultados da intolerância, do preconceito, enfim da discriminação, como o nazismo na Alemanha e o apartheid na África do Sul, apenas para citar alguns exemplos.

A segunda decisão traz uma questão interessante, pois se trata de discriminação racial advinda de um colega de trabalho da vítima. Desse modo, o Poder Judiciário aprovou e confirmou, como correta, a atitude do empregador de aplicar diretamente a justa causa ao empregado que cometeu o ato discriminatório,

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RECORD 1415200300102007 SP 01415-2003-001-02-00-7. Relator(a): SILVIA REGINA PONDE GALVAO DEVONALD. Julgamento: 19/10/2004. Órgão Julgador: 3ª TURMA. Publicação: 09/11/2004.

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RO 1769200601602003 SP 01769-2006-016-02-00-3. Relator(a): LUCIA TOLEDO SILVA PINTO RODRIGUES. Julgamento: 22/06/2010. Órgão Julgador: 4ª TURMA. Publicação: 02/07/2010.

sem necessidade de haver gradação de penalidade, como advertência ou suspensão antes da aplicação da justa causa. Esta decisão é acertada e contribui para o empregador exercer o seu poder/dever de garantir um ambiente de trabalho digno, respeitoso e que respeite os direitos fundamentais e de personalidade dos que nele convivem. Assim, a empresa ao não tolerar esse tipo de conduta discriminatória por seus empregados, aplicando a maior pena, em relação ao contrato de trabalho – justa causa – garante o respeito a esses direitos e não encoraja outros a cometerem a mesma prática ante a consequência gerada pelo ato discriminatório.

O empregador, agindo desta maneira, demonstra ter a consciência de sua responsabilidade na preservação de um ambiente de trabalho sadio e digno, e ao mesmo tempo demonstra estar ciente de que responde juridicamente, de forma geral, pelos atos praticados por seus empregados.

3.3.7.3 Discriminação por orientação ou opção sexual do empregado

Nesta hipótese, a discriminação no ambiente laboral refere-se ao fato de o empregado ter uma orientação ou preferência sexual por pessoa do mesmo sexo. Nos termos da decisão, o empregador violou um dos objetivos fundamentais da República, qual seja a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação:

OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO.

In casu, não restam dúvidas de que a ré lesou a honra do recorrido, pois ainda que a dispensa tenha se dado sob o manto de imotivada, em verdade, não passou de uma atitude totalmente arbitrária. O preconceito sexual de seus prepostos violou o disposto no inciso IV, do Art. 3º da Carta Magna, a merecer indenização por dano moral. Com efeito, não se pode negar que a dispensa de um trabalhador constitui em direito subjetivo do empregador que, a qualquer momento, e pagando-lhe os direitos correlatos, pode por fim ao liame empregatício mantido entre as partes. Contudo, não pode valer-se de seu poder potestativo para praticar atos discriminatórios como os descritos nos autos em epígrafe, causando gravame ao empregado, em seus direitos personalíssimos. Discriminar o que se convencionou fora dos "padrões normais" é comum em nossa sociedade (aliás, afirmar o contrário seria hipocrisia!), não obstante nos dias de hoje, as atitudes não sejam tão ostensivas como no passado. Contudo, não há como o Poder Judiciário tolerar abusos dessa ordem e o legislador não pode mais manter-se insensível à necessidade de regulamentação da matéria em comento. O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a

decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação²⁶¹.

Além disso, com a prática discriminatória, o empregador violou o direito à honra do empregado, e, em nome dos direitos fundamentais e da personalidade, a decisão entendeu que o Poder Judiciário não pode furtar-se de reparar pela violação desses direitos.

Oportuno destacar ainda, que, no caso em questão, ficou comprovada a discriminação ocorrida pelo empregador. Todavia, certamente, a maioria dos casos de discriminação, em virtude de preferência ou orientação sexual, ocorrem de maneira velada, ou seja, silenciosamente o empregador discrimina, dispensando o empregado, alegando qualquer outro motivo, ou alegando nenhum, ou deixa de contratar o empregado em razão dessa condição. Nesse caso, lamentavelmente, o direito não pode socorrer as vítimas pelo fato de não haver comprovação, o que torna os efeitos da discriminação ainda mais gravosos.

Sabe-se que é difícil comprovar a ocorrência da discriminação, pois somente quando o empregador pratica atos, gestos ou quando se expressa explicitamente é que a própria vítima fica sabendo que está sendo discriminado, e a sua tarefa de comprovar, mesmo assim, não é fácil. Agora, quando não há essa manifestação explícita do empregador, até mesmo a própria vítima pode não ter ciência da ocorrência de prática discriminatória, violando, frontalmente, os direitos fundamentais e da personalidade dos empregados.

3.3.7.4 Discriminação por deficiência física

Embora haja entendimentos jurisprudenciais contrários, a decisão, abaixo, entende por haver uma espécie de garantia de emprego para o trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, e a imotivada no contrato por prazo indeterminado só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

DEFICIENTE FÍSICO – TRABALHADOR REABILITADO – Resilição – Garantia e Emprego e Reintegração. O Art. 93 da Lei nº 8.213/91 ao estabelecer como condição para a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado a contratação de substituto de condição semelhante,

²⁶¹ CONSULTOR Jurídico. **Laboratório é condenado por demitir empregado gay**. 18/10/2005.

institui garantia de emprego, que embora não tenha caráter de direito individual assume feição social e coletiva. Havendo forma peculiar de garantia de emprego para os deficientes reabilitados que compõem a cota de vagas reservadas pelo Art. 93 da Lei nº 8.213/91, a falta de atendimento da condição prevista em lei retira do empregador o direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, o que torna nula a dispensa. Reintegração deferida²⁶².

Esta decisão representa vertente doutrinária e jurisprudencial que o Art. 93 da Lei nº 8.213, de 1991, ao estabelecer como condição para a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado a contratação de substituto de condição semelhante, institui garantia de empregado.

Nesse entendimento, privilegiam-se os direitos fundamentais e da personalidade do empregado, quando concebe esta hipótese como garantia de emprego, devendo assim o empregador ter que reintegrá-lo.

Além disso, cabe dizer que a Constituição de 1988, em seu Art. 37, inciso VIII, prevê que lei deve reservar o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência e definirá critérios de sua admissão.

Sendo assim, há no Brasil a Lei nº 8.112, de 1990, para o âmbito público e a Lei nº 8.213, de 1991, para o âmbito privado, que dispõe sobre a reserva constitucional citada. Contudo, o conteúdo dessas leis, será apreciado no Capítulo IV, quando será objeto de análise as formas legais de proteção ou promoção dos direitos fundamentais e da personalidade na relação laboral.

3.3.7.5 Discriminação da gestante

Verifica-se, a partir do teor da decisão apresentada na sequência, que o TST entendeu, diferentemente do Tribunal Regional, quando alterou a decisão reconhecendo a discriminação da gestante que, dias antes do término de seu contrato de experiência, foi dispensada logo após o afastamento para o tratamento de infecção urinária. Para o TST, é nítida a configuração de prática discriminatória por parte do empregador em dispensar a empregada em razão de sua gestação. A partir desse entendimento, conclui-se que a empregada, pelo fato de estar gestante, foi dispensada, e se assim não estivesse não seria dispensada.

²⁶² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. TRT 15 Região. Processo. 5.352/03. Ac. 25.859/03.5 T. Rel.: Juiz João Alberto Alves Machado. DOESP 5.9.2003. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=492453>. Acesso em : 30 nov.2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA GRÁVIDA. DISPENSA ANTES DO TÉRMINO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DISCRIMINAÇÃO. DANO MORAL. 1. O e. Tribunal Regional entendeu que a dispensa da empregada grávida, poucos dias antes do termo final do contrato de experiência e logo após o término da licença médica concedida para tratamento de infecção urinária decorrente de gravidez não foi discriminatória. 2. Aparente violação do Art. 5º, V e X, da CF, a autorizar o processamento do recurso de revista.

Agravo de Instrumento provido, no tema.

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. EMPREGADA GRÁVIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. 1. Os fatos registrados pelo e. TRT, conforme analisados pela r. sentença transcrita na decisão recorrida são: entrega pela reclamante, em 03/06/2006, de atestado médico em que foram concedidos dez dias de licença médica em face de infecção urinária decorrente da gravidez; dispensa em 30/06/2006, poucos dias antes do término do contrato a termo. 2. Tais fatos são suficientes para demonstrar que a dispensa da autora foi discriminatória, tendo em vista que não há elementos a justificarem o rompimento do contrato de trabalho antes de completado o prazo da experiência, a não ser a condição gravídica da empregada. 3. Fica afastado, ainda, o argumento da empresa, de que não tinha conhecimento de que a reclamante estava grávida. Não se mostra crível que um empregado fique afastado por dez dias por licença médica e seu chefe imediato, e, portanto, a empresa, não tenha sabido a razão dessa licença, inverossímil o argumento patronal de desconhecimento do fato. 4. Resta evidente, portanto, o dano moral, que emerge *in re ipsa*, do próprio fato que atinge a honra da empregada, expressão do valor vida e dignidade humana.

Recurso de revista conhecido e provido, no tema, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização decorrente de dano moral no valor de R\$ 5.000,00²⁶³.

Esta decisão contribui, significativamente, para a manutenção da mulher no mercado de trabalho, indo ao encontro dos ditames constitucionais como a valorização do trabalho e igualdade de gênero.

Nesta esteira, o TST, por meio da Resolução nº 185/2012, alterou a Súmula 244, especificamente no item III, reconhecendo a garantia de emprego para a empregada gestante mesmo no contrato por prazo determinado.

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (Art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

²⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 76800-47.2008.5.09.0670. Data de Julgamento: 22/10/2012. Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma. Data de Publicação: DEJT 16/11/2012.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no Art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado²⁶⁴.

Como observado, por meio do enunciado da súmula acima transcrita, até mesmo em contrato de trabalho por prazo determinado, garantiu-se o cumprimento de emprego da gestante, privilegiando os direitos fundamentais e da personalidade em detrimento de qualquer outro. O Judiciário Trabalhista simplesmente consagrou o princípio da não discriminação da mulher na relação de emprego.

3.3.7.6 Inclusão do nome de empregado em lista discriminatória

Nesta hipótese de violação do direito à honra do empregado, quando o empregador ou empresa de recursos humanos criam lista com informações do empregado condicionantes para futura contratação, como o fato do empregado não possuir ação trabalhista e de não ter restrição de crédito, não é necessário a comprovação do dano segundo mais este entendimento do TST. Desse modo, é dispensável a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem a parte muito própria do indivíduo ao seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INCLUSÃO DO NOME DO RECLAMANTE EM LISTA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. CONHECIMENTO DO FATO ENSEJADOR DA ALEGADA DISCRIMINAÇÃO. Trata-se de reclamatória em que o Reclamante pleiteia indenização por danos morais em face da inclusão de seu nome – com base em informação de seu ex-empregador – em lista discriminatória formulada pela Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. (denominada lista PIS-MEL), com o objetivo de condicionar a celebração de futuros contratos de trabalho ao fato de o candidato a emprego não possuir ação trabalhista e de não ter restrição de crédito. Portanto, o início do prazo prescricional não pode ser contado a partir da extinção do contrato de trabalho, mas do conhecimento da lesão sofrida, em decorrência do critério da *actio* nata para tal aferição. Consignado pelo Regional que é incontroversa – por ausência de impugnação – a data da ciência pelo Reclamante da inclusão de seu nome na citada lista, em julho/2004, posteriormente à extinção do contrato de trabalho, tendo a ação sido ajuizada em 22/07/04, não se há falar em prescrição, pois respeitado o

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 27 nov.2012.

biênio previsto no Art. 7º, XXIX, da CF. Agravo de instrumento desprovido²⁶⁵.

A simples existência da lista em questão por si só é prática discriminatória, pois tem o escopo de discriminar o empregado em contratações ou criar uma espécie de atestados entre empregadores de boa conduta, segundo critérios que atendam, exclusivamente, aos interesses das empresas, sem guardar, necessariamente, pertinência profissional ou técnica do indivíduo. Pior ainda, quando um empregado consta nesta lista por qualquer motivo, como, por exemplo, pelo fato de ter demandado na esfera trabalhista.

Assim, o Direito não pode permitir tal prática por violar os direitos da personalidade do empregado, como a sua honra e a sua dignidade.

3.3.8 Assédio moral

Diferentemente das outras formas de violação dos direitos fundamentais e da personalidade, nas quais a própria descrição fática ocorrida já demonstrava a existência do dano moral em virtude do desrespeito a esses direitos, nesta hipótese – assédio moral – são diversas as formas fáticas que se enquadram no conceito de assédio moral.

Como dito, diversas são as formas que constituem o assédio moral, sendo impossível dispô-las em rol taxativo ou até mesmo exemplificativo. Por isso, faz-se necessário fazer uma breve conceituação e caracterização do que vem a ser o assédio moral, pois assim será possível compreender, dentro do campo fático, aquilo que se encaixa no conceito de assédio.

Primeiramente, deve-se mencionar que não há no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica sobre o assédio moral, razão pela qual inexistente um conceito legal acerca do tema. Desta forma, socorre-se à doutrina e também à jurisprudência para verificar a conceituação, elementos e características do referido tipo de assédio.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: AIRR - 50641-97.2004.5.09.0091 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em: 21 nov.2012.

Para tanto, para definir o termo, utilizou-se como referencial teórico as obras da professora francesa, sem, no entanto, deixar de pesquisar outros autores, como a psicanalista e vitimóloga Marie-France Hirigoyen²⁶⁶ pelo fato de ter sido a pioneira a tratar sobre o tema e divulgar por, praticamente, todo o mundo sobre a necessidade de prevenção e as consequências do assédio moral.

Nas palavras da autora,

Por assédio moral em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho²⁶⁷.

Desta forma, entende-se que o enquadramento ou não de assédio moral vai depender da análise do caso concreto, isto é, das circunstâncias fáticas havidas no local de trabalho, mas que deve passar, obrigatoriamente, pela existência de uma conduta abusiva por parte do empregador, de natureza psicológica, respectivo dano aos seus direitos fundamentais e objetivo de excluir a vítima do local de trabalho ou levá-la ao isolamento.

No Brasil, quem primeiramente tratou dessa questão, no meio jurídico, foi a juíza do Trabalho, Márcia Novaes Guedes, na obra *Terror psicológico no trabalho*, onde apresenta conceituação do fenômeno, pontuando que

No mundo do trabalho, *mobbing* significa todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima²⁶⁸.

O conceito, acima, apresenta os mesmos conceitos da autora francesa, porém utiliza o termo em inglês *mobbing*, que significa, no contexto das relações humanas, o próprio assédio moral.

Nesse sentido, deve-se dizer que a terminologia, utilizada para significar o assédio moral, não é uniforme nos países, resultante das diferenças de nacionalidade e de perspectiva cultural dos pesquisadores.

²⁶⁶ Várias são as obras e artigos científicos publicados pela autora. A obra que talvez possa ser considerada central de seu trabalho é "*Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*".

²⁶⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. tradução de Maria Helena Kühner. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p.65.

²⁶⁸ GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p.32

No Brasil, encontram-se, comumente, as expressões *assédio moral*, *terrorismo psicológico* e *psicoterror*. Nos Estados Unidos, prevalece a expressão *harassment*, enquanto que na Inglaterra e Canadá o termo é *bullying* e no Japão é *ijime*.

Na Alemanha, Itália, Dinamarca, Suécia, Suíça e Finlândia é usado o termo *mobbing*, consistente em manobras hostis, frequentes e repetidas no ambiente de trabalho, visando, sistematicamente, a mesma pessoa. O termo vem do verbo inglês *to mob*, que significa "assediar", "atacar", "agredir", e foi empregado pelo famoso etologista austríaco, Konrad Lorenz, para definir o comportamento agressivo de certos animais, que, cercando ameaçadoramente um membro do grupo desse, conseguem afugentá-lo por medo de ser atacado²⁶⁹.

Contudo, até aqui todas as hipóteses de ofensa aos direitos fundamentais e da personalidade discutidas seriam hipóteses de assédio moral, por representarem condutas abusivas do empregador gerando o dano. Todavia, um elemento imprescindível para a caracterização do assédio moral, que diferencia das outras hipóteses, é a reiteração do comportamento e a natureza psicológica da conduta do empregador.

Geralmente, não se pode dizer que um único ato abusivo, realizado pelo empregador, seja caracterizado como assédio moral, mas essa conduta pode ser enquadrada como outra hipótese de ofensa aos direitos fundamentais e da personalidade, como, por exemplo, o empregador expor o seu empregado com risco de morte, o que seria uma ofensa do direito fundamental à vida e à integridade física.

Sobre a prática reiterada para a configuração do assédio moral e a natureza psicológica do dano, a autora afirma que

Não é, porém, toda agressão à intimidade do trabalhador que pode ser definida como *mobbing*. É preciso, portanto, distinguir o que é e o que não é *mobbing*. A violação da intimidade, particularmente verificada na revista pessoal, ainda não é *mobbing*. O sujeito perverso, todavia, pode empregar diversos expedientes, inclusive a revista, para ferir sistematicamente a dignidade da pessoa escolhida para ser assediada moralmente²⁷⁰.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Ibid., p. 32.

Desta forma, entende-se que uma mesma prática que viola os direitos da personalidade será ou não assédio moral, pois deverá ser analisados os seus outros elementos. Ainda, acerca do elemento do *animus* do agressor, Paulo Peli diz:

O assediador, consciente ou inconscientemente, ao mirar uma vítima parte de pensamentos comuns, muitas vezes pouco elaborados, mas que trazem à superfície a natureza do seu caráter, traumas, complexos e outras variáveis psicológicas e comportamentais, que, quase sempre, são potencializadas em ambientes ou situações de forte competição ou desafios²⁷¹.

Como visto, há uma série de elementos que devem estar inseridos na relação laboral para que seja configurado o assédio moral, com, por exemplo, conduta abusiva; natureza psicológica, que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo; prática reiterada; e *animus* de desestabilizar a vítima, excluindo-a ou isolando-a do convívio laboral.

Conforme já exposto, há um verdadeiro leque de situações nas quais cabe a configuração do assédio moral, e, por si só, esta situação já bem demonstra a necessidade da proteção dos direitos fundamentais e da personalidade. Por isso, a partir da fatura de exemplos de tipos de assédio moral, seja na doutrina, ou seja, na jurisprudência, escolheu-se apenas um exemplo da jurisprudência para demonstrar a ocorrência do assédio, e mais para demonstrar a imperiosa necessidade, especialmente em tempos hodiernos de pleno emprego, de proteger os direitos que visam a garantir a dignidade do empregado.

O critério de escolha se deu pela grande repercussão na mídia²⁷², e por ser uma forma de assédio moral típica do contexto econômico, social e laboral descrito até agora, ou seja, que, para atender às duras regras do sistema da globalização econômica, da competitividade e do ganhar a qualquer custo, o empregador se utiliza de formas mais criativas e perversas de assédio.

²⁷¹ PELI, Paulo. **Assédio moral: uma responsabilidade corporativa**. São Paulo: Ícone, 2006, p.64.

²⁷² Para citar apenas alguns exemplos de locais publicados: Site www.uol.com.br, matéria publicada em 13/09/2012, intitulada *Me sentia um lixo*, diz ex-vendedor obrigado pela Ambev a participar de eventos com prostitutas. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/09/13/me-sentia-um-lixo-diz-ex-vendedor-obrigado-pela-ambev-a-participar-de-eventos-com-prostitutas.htm>>. Acesso em: 21 nov.2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Evangélico ganha indenização da Ambev após festas com prostitutas**. São Paulo, 3 set.2012.

EXAME. **TST condena Ambev por fazer vendedor ver pornô**. 3set.2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/gestao/noticias/ambev-deve-indenizar-vendedor-forcado-a-ver-filme-porno>>. Acesso em: 21 nov.2012.

O caso teve origem na 11ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná, Autos de nº 32539-2007-011-09-007 em ação movida por Elcio Milczwski contra a Companhia de Bebidas das Américas (Ambev).

Tudo que será exposto a seguir foi resultante da análise dos autos mencionados.

A ação em questão foi movida pelo empregado pleiteando vários direitos, como equiparação salarial, nulidade da dispensa, integração de salário extrafolha, os quais não merecem ser objeto de análise nesta tese. O objeto em análise será o pedido de indenização por danos morais.

O empregado ingressou com ação contra a empresa Ambev, em síntese, pelo fato de que, durante toda a contratualidade, teve a sua honra gravemente ferida em decorrência da metodologia implementada pelo réu para pressionar ao aumento de vendas, impondo verdadeiro clima de terror nas reuniões matinais e diárias, com os supervisores de venda e gerentes.

Além disso, os vendedores que efetuassem as menores vendas no dia anterior eram expostos a situação vexatória, sendo obrigados a dançarem vestidos de mulher, realizar flexões, tomar refrigerante e cervejas de outras marcas sem refrigeração e, ao final do dia, eram obrigados a dobrar e refazer a rota sem qualquer descanso. Tais eventos ocorriam em público, sendo presenciados por todos os vendedores, em média de 60 pessoas. Como se tudo isto não bastasse, as reuniões, frequentemente, contavam com a presença de garotas de programa, seminuas, onde os empregados eram obrigados a passarem óleo em seu corpo, como suposta forma de motivação.

O autor também foi exposto inúmeras vezes a tais condutas degradantes, implementadas pelos supervisores e gerentes do réu, com ofensas à sua dignidade moral, mediante palavras de baixo calão emitidas contra a sua pessoa, e era obrigado a deixar ser amarrado para assistir filme pornô.

Asseverou, ainda, que foi exposto inúmeras vezes a situações de barbárie, com diversos gerentes, entre eles Jorge Jacobs, que o amarrava e colocava filme pornô para assistir, levava garotas de programa na sala para fazer *strip tease*, jogava lata de lixo em cima da mesa dizendo que ele, autor, "não passava de lixo" e Gilson que o fazia dançar "na boquinha da garrafa" e havia "xingamentos", também teria contratado garotas de programa "para realizar *strip tease* na sala de vendas às 7hs da manhã, como forma de incentivo, obrigando o reclamante a passar óleo, na presença de vendedora mulher de nome Jussara" (fl. 20).

Diante desse quadro violador de vários direitos da personalidade, em sentença de primeiro grau, iniciou a sua decisão, fundamentando a partir do conceito de dano moral, como ofensa aos direitos da personalidade e violação que causa perturbação na esfera subjetiva da pessoa. O julgador também entendeu que a teoria do dano moral submete-se à teoria geral da responsabilidade civil, ou seja, necessária à comprovação do dano, nexu causal, dentre outros elementos. Nas palavras do julgador:

(...) Rui Stoco, ensinando que "os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade", cita o mestre Rubens Limongi França que assim define esses direitos: "direitos de personalidade dizem-se as faculdades jurídicas, cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos". (Limongi, *apud* Rui Stoco. Tratado de responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, pp. 1320/1321).

A violação consiste, pois, em causação de perturbação na esfera subjetiva da pessoa ou na valoração dela perante a sociedade.

Em se tratando de dano moral, ou não patrimonial, ocorre este, o dano, no momento em que o indivíduo experimenta a emoção que lhe causa a modificação orgânica.

De qualquer forma, a teoria do dano moral submete-se à teoria geral da responsabilidade civil. Portanto, para caracterização do dano, é imprescindível que haja demonstração dos prejuízos sofridos, visto que não existe reparação sem dano. Além disso, é necessário estabelecer inequivocamente o nexu de causalidade entre a atitude dolosa ou culposa do causador do dano e a lesão propriamente dita. (...) ²⁷³.

Fixadas as premissas acima expostas, o juiz assim decidiu:

(...) Sob esta ótica, os elementos fático/probatórios colhidos nos autos amparam satisfatoriamente a tese deduzida na inicial, de acordo com as informações prestadas pelas testemunhas ouvidas a convite da parte autora nos seguintes termos: "(...) o gerente de vendas Gilson tinha por costume utilizar palavrões quando se dirigia aos empregados; viu isso acontecer várias vezes com o autor; tal gerente levou várias "garotas de programa" às reuniões matinais na sala de vendas; ir a estas reuniões o empregado não podia se negar; tais fatos aconteceram em 2003/2004 e ocorreram em mais de 10 vezes; (...); "(...) em 2004 e 2005 existiram garotas de programa que compareceram nas reuniões matinais por ordem do gerente Gilson;(..."

Desta forma, considero satisfatoriamente comprovado o dano efetivamente sofrido à sua pessoa, imagem e intimidade, fatos os quais foram hábeis a causar os dissabores aludidos na peça inicial, expondo a parte autora a situação de constrangimento e humilhação, extrapolando o empregador o exercício regular de seu poder diretivo na condução de suas atividades. Os fatos constatados nos autos revelam inequivocamente a prática de atos em abuso de direito.

Os argumentos deduzidos na inicial atinente ao assédio moral sofrido pelo autor também restaram comprovados nos autos, evidenciando a conduta do empregador e representantes legais, através de pressões, agressões

²⁷³ 11ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná. Autos nº 32529-2007-011-09-007.

psicológicas mediante atos e palavras, violando a dignidade do trabalhador, propiciando um ambiente de trabalho hostil, causando dificuldade para cumprimento inclusive das tarefas corriqueiras do dia a dia, como observa-se nos autos.

Sendo assim, emerge o efeito jurídico de possibilidade a reparação dos danos morais pelos gravames causados a sua honra, dignidade, autoestima da parte autora. Isso porque o comportamento do empregador justifica a prática de atos que devem ser indenizados (...)²⁷⁴.

Conforme demonstrado, o empregado foi submetido a situações vexatórias e humilhantes, extrapolando o diretivo do empregador, uma vez que atingiu a imagem e intimidade do empregado. O assédio moral se demonstrou pela conduta do empregador em exercer pressão e agressão psicológica mediante atos e palavras, o que resultou no ferimento da dignidade do empregado. Não obstante, houve violação à honra, dignidade e autoestima do empregado.

Como forma de reparação ao assédio moral, foi fixado uma indenização no importe de R\$ 25.000,00. Para se chegar a tal valor, o juiz demonstrou que os critérios utilizados na quantificação foram da razoabilidade, grau de culpa do comitente, caráter punitivo e pedagógico da penalidade e condição econômica do empregador.

Nesse sentido:

(...) Assim, faz jus o obreiro a uma reparação ainda que de cunho monetário. Levando em conta os diversos critérios a serem sopesados na quantificação, tais como a razoabilidade, grau de culpa do comitente, caráter punitivo e pedagógico da reparação, extensão, repercussão do dano e gravidade da conduta praticada, condição econômica do empregador, em face dos fatos constatados nos autos, condeno o réu ao pagamento de uma indenização equivalente R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de danos morais e assédio moral sofridos durante o curso do contrato de trabalho, a fim de que tais atos não se repitam mais no âmbito do empregador, pois fere o princípio maior da dignidade humana insculpido em Carta Magna, pois, indene de dúvidas, o nexo de causalidade entre a conduta perpetrada pelo causador do dano e a lesão propriamente dita.(...)²⁷⁵.

Essa decisão foi mantida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelos mesmos fundamentos da sentença prolatada em primeiro grau, mas aumentou o quantum indenizatório para o dobro do inicialmente fixado, ou seja, de R\$ 50.000,00, pelo fato do valor não ser suficiente para atingir a finalidade buscada com a condenação do dano moral.

²⁷⁴ 11ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná. Autos nº 32529-2007-011-09-007.

²⁷⁵ 11ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná. Autos nº 32529-2007-011-09-007.

Com essas considerações, reputo o valor arbitrado pelo julgador de primeiro grau insuficiente para atingir a finalidade buscada pela condenação por danos morais. Entendo razoável majorar a indenização, o que se faz para R\$ 50.000,00, em face da gravidade dos fatos constatados, da condição social e financeira da ré proporcionalmente inversa à do autor – hipossuficiente²⁷⁶.

Ainda, a 2ª Turma que apreciou o recurso produziu a seguinte ementa:

ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDUTA ABUSIVA DE PREPOSTOS DO EMPREGADOR.

O assédio moral caracteriza-se por atitude deliberadamente perversa, que tem como objetivo afastar o indivíduo do mundo do trabalho. É conduta abusiva capaz de provocar danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 34) a prática vem de preposto do empregador, que dispensa tratamento desrespeitoso e agressivo ao subordinado, com ameaças de perda de função e constante pressão psicológica, configuram-se o assédio moral, a ocorrência de danos a direitos de personalidade e o dever do empregador de indenizar o empregado. Recurso da ré a que se nega provimento²⁷⁷.

Como foi observado, a 2ª Turma do Tribunal em questão, conceitua, por meio da ementa, o seu entendimento acerca do conceito de assédio moral, utilizando como referencial teórico o livro da juíza Márcia Novaes Guedes, também citada nesta tese, quando tratou-se da definição do tema.

Finalmente, o presente caso, já em sede de recurso de revista, foi transacionado no TRT da 9ª Região, em 26 de outubro de 2012, onde a empresa pagará em 15 de janeiro de 2013, a título de dano moral, o importe de R\$ 50.000,00. No entanto, o valor da condenação total da demanda extrapolava em muito o valor acordado, já que somente o dano moral fixado era nesse valor, fora os vários outros direitos deferidos ao empregado.

Contudo, a questão da quantificação do dano moral e a sua real eficácia, para reparar o assédio moral cometido, não é objeto de estudo nesta tese. No entanto, é interessante mencionar que o acordo estipula que as partes comprometem-se a não divulgar o conteúdo dos fatos discutidos nos autos, bem como os fatos relacionados ao acordo. Nesse sentido, transcreve-se esse conteúdo do acordo:

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Ibid.

Pagamento: A reclamada pagará ao reclamante a importância líquida de 50.000,00 (cinquenta mil reais), mediante depósito nas contas correntes indicadas na petição de acordo, no dia 15 de janeiro de 2013. O reclamante e seu procurador comprometem-se a não divulgar os fatos discutidos nestes autos, bem como os termos do presente ajuste.

Cláusula penal: Em caso de inadimplemento, incidirá cláusula penal, no importe de 20% (vinte por cento), sobre o saldo devedor. A penalidade também será aplicada se o reclamante e seu procurador, culposamente, não observarem o dever de sigilo²⁷⁸.

A questão relativa ao dever de sigilo das partes e de seus procuradores, a respeito dos fatos constantes nos autos e do acordo, demonstra a preocupação da empresa com a sua imagem, pois dada a gravidade e barbárie do assédio moral, esse acontecimento causou repercussão nacional, conforme já demonstrado nesta tese.

Diante de todo o exposto nesse exemplo, concluiu-se que as práticas realizadas pela empresa, nesse caso concreto, demonstraram “novas” formas de condutas que se enquadram no conceito de assédio moral, próprias do tempo em que se vive. A expressão “novas” quer significar, exatamente, essas modalidades de barbáries que atentam aos direitos da personalidade dos empregados, com objetivo de entender o empregado como um simples meio para atingir o objetivo e alavancar vendas, enfim de se manter no mercado global. Tais práticas são próprias do tempo em que se vive, pois se em certo período histórico a preocupação central na proteção dos trabalhadores estava na limitação de jornada, como aumento de salários, dentre outros, atualmente a prática do assédio moral e outras formas de violação dos direitos da personalidade devem ser preocupação permanente na proteção dos direitos dos trabalhadores.

3.3.9 Assédio sexual

Cumprindo com o objetivo de, por meio de a jurisprudência trabalhista demonstrar a ocorrência de diversas formas de ofensa aos direitos fundamentais e da personalidade na relação laboral, e assim demonstrar a necessidade constante e crescente de tutelar juridicamente esses direitos, coloca-se a decisão a respeito de assédio sexual:

²⁷⁸ 11ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná. Autos nº 32529-2007-011-09-007.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. ASSÉDIO SEXUAL E ASSÉDIO MORAL INCONTROVERSOS. Hipótese em que os valores fixados em sentença se mostram insuficientes à reparação por assédio moral e assédio sexual reconhecidos na origem. Observados os critérios para fixação do quantum indenizatório como, compensação do dano, punição do ato ilícito praticado, prevenção da ocorrência de situação similar no futuro, extensão do dano causado e capacidade financeira da reclamada, deve-se majorar a indenização fixada na origem. Recurso provido²⁷⁹.

A respeito da definição do assédio, as suas características, as formas de ocorrência, além de outras questões relevantes acerca do tema, será tratado no capítulo seguinte, pelo fato do assédio sexual na relação de trabalho ser considerado crime, e assim representar um tipo penal trabalhista, objetivo da tese.

Desta forma, por hora demonstra-se a ocorrência desse tipo de assédio, asseverando que, comumente, pode haver concomitância com o assédio moral decorrente do sexual. Também se frisa, mais uma vez, a dificuldade de comprovação do assédio, já que, geralmente, a conduta do agente agressor é feita somente com a vítima, fora das vistas de outras pessoas, e que nem sempre esta conduta é explícita, podendo, inclusive, ser subliminar ou implícita, o que aumenta ainda mais o seu grau de perversidade.

3.3.10 Sequestro de valores de precatório: dignidade da pessoa humana e direito à vida

Apesar desta hipótese não estar contemplada como forma de proteção dos direitos fundamentais e da personalidade por um fato ocorrido durante a relação laboral, optou-se em colacioná-la, exatamente, por representar um passo à frente da proteção desses direitos.

Nesse caso, o TST confirmou entendimento do Tribunal Regional, autorizando a realizar sequestro de verba pública para o pagamento de precatório pelo fato do ex-empregado, no caso exequente, ser acometido de doença grave que leva a risco de morte ou perigo iminente de debilidade permanente ou irreversível, o que se refere à situação pós-contratual.

²⁷⁹ TRT 4 Região. Acórdão do processo 0010443-88.2010.5.04.0271 (RO). Relator: ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER. Data: 03/07/2012. Origem: Vara do Trabalho de Osório. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/gsaAcordaos/ConsultaHomePortletWindow_12;jsessionid=C753BDA810377C79DA952EBB32651BF5.jbportal-103?action=2>. Acesso em: 30 nov.2012.

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PORTADOR DE DOENÇA GRAVE (TETRAPLEGIA COMPLETA) – PRECATÓRIO. SEQUESTRO HUMANITÁRIO – LIMITAÇÃO. De acordo com a mais recente jurisprudência deste órgão especial, admite-se o sequestro de verba pública para o pagamento de precatório quando o exequente esteja acometido de doença grave prevista em lei e corra risco de morte ou perigo iminente de debilidade permanente ou irreversível, hipótese dos autos, em razão dos princípios constitucionais da dignidade de pessoa humana e do direito à vida. O recurso, entretanto, deve ser parcialmente provido para limitar o valor do sequestro à importância equivalente ao triplo fixado em lei estadual para os débitos de pequeno valor, nos termos do Art. 100, § 2º, da Constituição Federal. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido²⁸⁰.

Desta forma, entende-se que esta decisão representa um avanço na proteção dos direitos fundamentais e da personalidade, que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que se refere à situação pós-contrato e age na prevenção e não só com a reparação dos direitos já violados, como ocorre com todas as outras hipóteses. Representa uma forma de prevenção da ofensa desses direitos pelo fato de que a Justiça autoriza a antecipar o valor a ser recebido em época oportuna, tendo em vista a doença grave que pode levar à morte da pessoa.

Conclui-se, então, ser esta uma decisão paradigma para outros casos que estejam nessa situação ou outros que visem a proteger a dignidade da pessoa humana e os seus direitos decorrentes.

3.4 PONTOS CONCLUSIVOS

Como visto, são diversas as formas de violação dos direitos fundamentais e da personalidade dos empregados, fruto do extrapolamento do poder direito do empregador. As hipóteses fáticas de violação não se resumem nas apresentadas nas decisões, pois qualquer ato omissivo ou comissivo, realizado pelo empregador que viole o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos decorrentes, também são hipóteses que dão ensejo à reparação.

Ainda, oportuno se faz destacar que as hipóteses de desrespeito aos direitos fundamentais e da personalidade do empregado não podem ser elencadas como um

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: ReeNec e RO - 14404-74.2010.5.04.0000 Data de Julgamento: 14/11/2012, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Órgão Especial, Data de Publicação: DEJT 30/11/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em: 30 nov.2012.

rol taxativo, mas sim meramente exemplificativo, visto que não se pode prever todas as hipóteses fáticas de violação de tais direitos.

Outro ponto que merece destaque, é o fato de que, não raro, a forma de reparação que predomina nas decisões acima transcritas, de diferentes ocorrências fáticas de violação, é a de indenizar pelo dano moral ocorrido. Vale dizer que, apesar de ser uma forma de reparação prevista no ordenamento jurídico, tem de se mencionar que a pecúnia de direito obtida pelo empregado não é capaz de reparar na totalidade o dano sofrido. Muitas vezes as sequelas/consequências do abuso havido por parte do empregador nunca mais sairá da mente do empregado, tendo assim que conviver o resto de sua vida com a dor emocional, psíquica ou mesmo física.

Desta forma, constata-se que o mais importante, nesses casos, seria trabalhar com a prevenção para que o dano não se concretizasse ou, pelo menos, durasse um tempo menor. Assim, quando o fato é levado à Justiça do Trabalho, já há uma lide, e assim os instrumentos disponíveis na legislação resumem-se, basicamente, na indenização pelo cometimento de ato ilícito pelo empregador. Talvez o único viés de prevenção da decisão judicial seja o caráter pedagógico, que consiste na desmotivação do empregador e não mais adotar tal conduta. No entanto, mesmo sob esse prisma, foi preciso haver a indenização do dano, prática anterior à política preventiva e/ou pedagógica.

Conforme exposto, a hipossuficiência do empregado é condição que lhe acompanha invariavelmente em uma relação de emprego, e não é afastada pela situação de pleno emprego ou outra condição econômica. Existem diversas formas de violação dos direitos fundamentais e da personalidade, e pode, até mesmo, o empregado demorar para perceber que está sofrendo assédio moral e as consequências desse processo.

E tudo isto, aliado ao contexto econômico global, as empresas pressionadas pela mundialização da economia e as necessidades do mercado local e internacional, facilmente desrespeitam os direitos trabalhistas, auxiliadas pela evolução da tecnologia de uma forma geral, mas especialmente da comunicação.

Esse contexto da globalização da economia e da necessidade da proteção dos direitos dos empregados nesse capítulo apresentado, permite concluir que há uma tendência global do detentor do capital para a violação dos direitos trabalhistas, em especial dos direitos fundamentais e da personalidade.

4 DO DIAGNÓSTICO AO RESULTADO DO DIREITO PENAL COMO SUPOSTO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Nesse derradeiro capítulo, será analisado o Direito Penal, por meio de seus tipos penais trabalhistas específicos, como garantidor da proteção dos direitos fundamentais e da personalidade do empregado na sua relação de trabalho.

Para tanto, inicia-se discorrendo sobre outras formas de proteção previstas no ordenamento jurídico brasileiro para então adentrar no universo penal. Uma vez verificadas estas outras formas de proteção, poder-se-á, finalmente, verificar o suposto contributo do Direito Penal para proteger os direitos aqui citados.

Também sob uma perspectiva crítica de análise, será verificada a função do Direito Penal dentro do contexto do Direito Penal mínimo, os tipos penais existentes no ordenamento, bem como as tendências desse Direito no que tange à criação de tipos penais trabalhistas e os seus impactos na relação laboral.

4.1 DAS FORMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas formas legais de proteção aos direitos fundamentais e da personalidade que se aplicam à relação de emprego, encontrados em diversos diplomas legais, como a Constituição da República Federal de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho, Código Civil, Código Penal e legislação correlata esparsa.

O objetivo desse levantamento inicial não é examinar cada norma jurídica contida nesses diplomas legais, mas sim demonstrar, ainda que sucintamente, normas que tutelam os direitos fundamentais e da personalidade aplicáveis, especificamente, na relação de trabalho e previstas no ordenamento jurídico.

Começando pela Legislação Magna, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, define como fundamento da democracia brasileira a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa²⁸¹. Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, ressalta-se que o tema já foi exposto no Capítulo II, não sendo oportuna uma nova análise.

²⁸¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil (...): III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais e da livre iniciativa; (...). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov.2012.

Já no que tange a valorização social do trabalho, deve-se dizer que “os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem visar, sempre que pertinente, a prevalência dos valores sociais do trabalho”²⁸². Portanto, o trabalho deve ser entendido em sua dimensão social, que extrapola o seu sentido econômico, porque o trabalho, além de garantir a subsistência do trabalhador, é também a produção de sua própria existência.

Ainda sob o prisma constitucional, o Art. 3º, inciso III, coloca como objetivo da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse sentido, visando dar condições jurídicas de concretude ao objetivo estipulado, o Art. 37 reza que a lei reservará o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Também trata dos direitos e garantias fundamentais o Art. 5º, III, X (já analisados no capítulo II).

No Art. 7º estão elencadas as formas de tutelar alguns dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador, destacando, como exemplo, o inciso XIII, que limita a duração do trabalho normal em 8 horas diárias/44 horas semanais, visando proteger a integridade física e psíquica do trabalhador, sem a qual, considerada razoável pela ordem legal, estar-se-ia ferindo tanto a integridade do indivíduo como o seu convívio social²⁸³.

Outros exemplos podem ser verificados no sentido de preservar a integridade física e/ou psíquica do trabalhador quando, ainda nesse artigo, a Constituição prevê direito a gozo de férias anuais remuneradas e acrescidas de um terço; repouso semanal remunerado; e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Há também outras normas que visam tutelar a dignidade do trabalhador e do trabalho, o que, de fato, representa ou sintetiza os direitos da personalidade do trabalhador, quando concede licença- maternidade, paternidade, garantia de salário nunca inferior ao mínimo; irredutibilidade salarial; pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

²⁸² SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.66.

²⁸³ BRASÍLIA. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov.2012.

proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, dentre outros.

Diante do exposto, entende-se que, praticamente, todos os incisos do Art. 7º em questão são direitos que visam proteger o trabalhador, estabelecendo premissas basilares para a Constituição e desenvolvimento da relação laboral. Tais direitos acabam por representar a garantia de um trabalho digno e decente e visam à concreção dos direitos fundamentais e da personalidade daquele que entrega a sua força de trabalho.

Examina-se, na sequência, também resumidamente, a manifestação da tutela dos direitos fundamentais e da personalidade registrada na legislação infraconstitucional.

A Legislação Trabalhista, bem como os princípios norteadores do Direito do Trabalho, protegem os direitos da personalidade, ainda que não na totalidade das circunstâncias fáticas havidas durante a relação laboral.

Vale dizer que não há um capítulo/parte específica na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) acerca dos Direitos da Personalidade²⁸⁴, todavia há normas que visam, por exemplo, garantir o direito à honra, intimidade, vida privada, imagem do trabalhador, saúde e integridade física. A CLT, por seu turno em diversos artigos, protege e tutela os direitos da personalidade do empregado de várias formas. Contudo, esse diploma legal tem por objetivo proteger a relação de emprego em sentido estrito, não sendo aplicável nas diversas outras formas de trabalho.

Pode-se dizer que a CLT é um conjunto de normas trabalhistas com largo alcance em determinar e proteger esses direitos, já que se preocupa, desde a formalização da relação contratual, com questões de medicina e segurança do trabalho, tutela especial a determinadas pessoas mais vulneráveis, como a mulher e o menor, os trabalhadores sindicalizados até a rescisão contratual.

O Art. 483²⁸⁵ da CLT estabelece, ainda, as hipóteses de justa causa do empregador, elencando situações fáticas de não observância aos direitos da personalidade, os quais permitem ao empregado considerar rescindido o contrato de emprego e pleitear indenização.

²⁸⁴ Difere do Código de Trabalho Português que possui, dentro da Parte II - Contrato de Trabalho, no Capítulo I, sete artigos específicos acerca dos direitos de personalidade (Arts. 15 a 21).

²⁸⁵ Decreto-lei nº 5.452/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 07 nov.2012.

Talvez esse texto legal tenha o condão de sintetizar a representação e consagração dos direitos da personalidade na relação de emprego, já que é uma possibilidade real, imediata e concreta do próprio empregado cessar a violação de seus direitos, ainda que isto lhe custe a perda do seu trabalho, mas com o menor prejuízo possível em termos de direitos.

Em seu turno, o Código Civil dedica, logo no Livro I, um capítulo na parte geral, que disciplina os direitos da personalidade, os quais também foram objeto de análise minuciosa no Capítulo I. Assim, apenas algumas considerações devem ser feitas em relação a esses direitos.

O referido código prevê que, de forma geral, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Prevê ainda, no Art. 12²⁸⁶, que se pode exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Igualmente, há previsão acerca do direito de imagem, em seu Art. 20, estabelecendo que salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas ao seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber. E se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se forem destinados a fins comerciais. Nesse particular, no que se refere à imagem, esse artigo representa uma limitação ao poder diretivo do empregador em utilizar a imagem de seu empregado como bem entender.

Na legislação esparsa, a Lei nº 8.112, de 1990, destinado ao âmbito público e a Lei nº 8.213, de 1991, para o âmbito privado são legítimas representantes da proteção ou promoção dos direitos fundamentais e da personalidade na relação laboral ao tratar da reserva dos trabalhadores portadores de deficiência física prevista no Art. 37, inciso VIII da Constituição Federal de 1988.

Apesar da primeira norma citada a esse respeito não fazer referência às relações privadas, objeto de estudo desta tese, representa relevante exemplo de promoção de ascensão do portador de deficiência no mercado de trabalho para a

²⁸⁶ Lei nº 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 07 nov.2012.

esfera pública. O Art. 5º, parágrafo 2º da Lei nº 8.112, de 1990²⁸⁷, assegura aos portadores de deficiência o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadores; para tais pessoas serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso.

Já no âmbito privado, a reserva em questão ficou por conta da Lei nº 8.213, de 1991, especificamente no Art. 93, dispondo que todas as empresas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. O Art. 93, abaixo transcrito, ainda coloca como condição que a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado, ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente será possível se for substituído por outro empregado de condição semelhante, ou seja, por outro deficiente.

A obrigatoriedade da contratação por determinadas empresas, de percentual obrigado em relação ao número de empregados e também da dispensa do empregado, é definido no Art. 93, *in verbis*:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....2%;
 II - de 201 a 500.....3%;
 III - de 501 a 1.000.....4%;
 IV - de 1.001 em diante.5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados²⁸⁸.

Como verificado, esta é uma norma que estimula, compulsoriamente, as empresas nos critérios acima descritos contratarem trabalhadores portadores de deficiência, como forma de promover a inserção desse grupo de pessoas ao

²⁸⁷ Lei nº 8.112/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 nov.2012.

²⁸⁸ Lei nº 8.213/1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 30 nov.2012.

mercado de trabalho, concretizando o princípio da não discriminação e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, como já foi mencionado, esta norma representa uma forma de proteção dos direitos fundamentais e da personalidade, à medida que coloca em prática o princípio da igualdade e da não discriminação, além de outros.

Vale dizer, que todas essas formas de proteção ao empregado são exigíveis somente para aqueles participantes da relação de emprego, em sentido estrito, não atingindo em sua totalidade as demais formas de trabalho.

No entanto, deve-se também dizer que os direitos da personalidade não deveriam apenas ser objeto de proteção nas relações de emprego ou quando há um suporte contratual válido, isto é, quando existe um contrato de trabalho, mas sim em todas as situações nas quais houver trabalho no sentido mais amplo possível.

Apenas, a título de exemplificação, são hipóteses de trabalho quando não há na relação um suporte contratual válido, como o trabalho do imigrante ilegal ou irregular, das pessoas que vendem a sua força de trabalho a traficantes por dinheiro ou mesmo por droga, da prostituição. Nestas hipóteses, falar em direitos da personalidade na relação de trabalho é uma realidade muito distante, já que o Estado não consegue oferecer a tutela necessária tão essencial a esses trabalhadores em condição de plena e total vulnerabilidade social e econômica, dentre outras. Portanto, por mais que a legislação e o próprio Direito do Trabalho ofereçam mecanismos de proteção a esses direitos, eles não conseguiriam atingir esses trabalhadores aqui exemplificados.

Por fim, as formas de tutela desses direitos previstas no âmbito penal serão analisadas a seguir, pelo fato de constituir exatamente o objeto de pesquisa desta tese, ou seja, serão verificadas as formas de proteção que consistem em tipos penais com as respectivas penas.

4.2 A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL

Uma vez verificadas as formas de proteção, previstas no ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais e da personalidade na relação de emprego, o núcleo central da tese está na verificação desta previsão no Direito Penal. Por isso, dedica-se um tópico específico que objetiva verificar os tipos penais trabalhistas existentes na legislação e realizar respectiva análise desses tipos.

Uma das formas de o Estado atuar de maneira a garantir a observância ao respeito dos direitos fundamentais e da personalidade é por meio das normas do Direito Penal, que, ao prever tipos penais, prescreve uma pena no caso de enquadramento do fato praticado pelo indivíduo ao tipo.

Como já foi mencionado, logo no Capítulo I desta tese, os doutrinadores penalistas não oferecem aprofundamento nos tipos penais trabalhistas, o que, diante desta lacuna, permite que a presente pesquisa possa contribuir com assertivas, que não encontrarão necessariamente suporte científico ulterior.

Feitas essas considerações iniciais de ordem metodológica, coloca-se que será analisado todos os tipos penais trabalhistas existentes no Código Penal e na legislação esparsa sem, contudo, perder o objetivo de analisar aqueles que, de alguma forma, direta ou indiretamente contribuam para a garantia da preservação dos direitos fundamentais e direitos da personalidade deles decorrentes. Portanto, somente os tipos que objetivem a preservação desses direitos será objeto de análise.

4.2.1 Identificação preliminar dos tipos penais trabalhistas no ordenamento jurídico

Os tipos penais trabalhistas existentes são encontrados no Código Penal, em seu Título V, denominado de *Crimes contra a organização do trabalho*, contendo, exatamente, 11 artigos (Arts. 197 a 207). Desde já, cabe dizer que desse grupo de artigos houve alteração em alguns deles por meio da Lei nº 9.777, de 29 de dezembro de 1998, caso dos Arts. 203 e 207 acrescidos os parágrafos 1º e 2º de ambos os artigos; e a Lei nº 8.683, de 15 de julho de 1993, caso do Art. 206. Porém nem todos eles estão inseridos no objeto desta pesquisa, já que alguns não visam proteger os direitos fundamentais como será visto adiante.

Todavia, no Código Penal, mas não pertencente a esse título, identifica-se como tipo Penal Trabalhista o crime previsto no Art. 149, que prevê a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, com redação dada pela Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, inserido no Capítulo VI do referido Codex, denominado de *Dos crimes contra a liberdade individual*.

Finalmente, ainda no Código Penal, no Art. 216-A inserido pela Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001, define como crime o assédio sexual entendido como tipo Penal Trabalhista, por haver a sua obrigatoriedade para enquadramento no tipo da

condição de superioridade hierárquica, o que será melhor abordado em tópico específico.

Além dessa tipologia penal laboral, prevista no Código Penal, há também os tipos previstos na Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995, os quais tipificam práticas discriminatórias na relação de emprego.

Também serão objeto de análise a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 e a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que tipificam condutas discriminatórias em relação à cor ou à raça e em relação ao portador de deficiência, respectivamente.

Observa-se, portanto, que os tipos penais trabalhistas estão registrados, em sua grande maioria, no Código Penal, embora alguns deles tenham sido incluídos por legislação posterior e outros permaneceram em legislação esparsa, como no caso da Lei nº 9.029/1995.

Desta forma, como a maioria dos tipos penais trabalhistas estão inseridos no Código Penal, se faz necessário investigar a exposição dos motivos do Código Penal na parte especial, precisamente do Título VI, cujos artigos, em sua maioria, são daquela época dos *Dos crimes contra a organização do trabalho*, a fim de se entender o contexto histórico daquele momento e as razões pelas quais levaram o legislador a tipificar aquelas condutas.

Da exposição de motivos do Código Penal a respeito dos crimes contra a organização do trabalho, preliminarmente, cabe dizer que no Brasil nem as Ordenações do Reino de Portugal nem o Código Criminal do Império (1830) regularam a matéria relativa aos crimes de natureza trabalhista. O Código Penal de 1980 foi o primeiro diploma legal brasileiro a prever o crime contra o atentado à liberdade de trabalho (Art. 203). Sendo assim, o atual Código Penal de 1940 manteve a criminalização da conduta e ainda inseriu em título autônomo denominado *Crimes contra a organização do trabalho*.

Verificar a exposição de motivos do Código Penal, nesse particular, é uma tentativa de reproduzir, ainda que de forma fragmentada, o pensamento da época, o contexto histórico e aquilo que a sociedade elegia como bem jurídico a ser tutelado por meio da norma penal. Ao mesmo tempo, será então possível compreender também o pensamento da época referente às relações de trabalho, isto é, a forma que a sociedade concebia o trabalho humano.

Inicia-se a exposição, explicando ou justificando a inserção do título denominado de *Crimes contra a organização do trabalho*, alterando a denominação

anterior que denominava de crimes contra a liberdade do trabalho. Essa mudança de denominação, com todo o conteúdo que traz consigo, teve como causa o postulado do pensamento da economia liberal, baseado no Código Penal italiano de 1889, o qual defende que todas as pessoas podem fazer aquilo que bem entenderem, exceto quando essas ações sejam lesivas aos interesses de outros. Assim, a Lei Penal não pode vedar trabalhadores de realizar greve nem dos empregadores de promoverem *lockout*.

A exposição de motivos do código assim reza:

O projeto consagra um título especial aos "crimes contra a organização do trabalho", que o Código atual, sob o rótulo de "crimes contra a liberdade do trabalho", classifica entre os "crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais" (isto é, contra a liberdade individual). Este critério de classificação, enjeitado pelo projeto, afeiçoa-se a um postulado da economia liberal, atualmente desacreditado, que Zanardelli, ao tempo da elaboração do Código Penal italiano de 1889, assim fixava: "A lei deve deixar que cada um proveja aos próprios interesses pelo modo que melhor lhe pareça, e não pode intervir senão quando a livre ação de uns seja lesiva do direito de outros. Não pode ela vedar aos operários a combinada abstenção de trabalho para atender a um objetivo econômico, e não pode impedir a um industrial que feche, quando lhe aprouver, a sua fábrica ou oficina.

Como visto, o eixo estruturante do pensamento da época era calcado nos ideais do liberalismo, que pregava que o Estado deveria intervir minimamente, dada à liberdade de todos agirem até onde não representasse lesão a direito de outrem. Interessante observar que na justificativa penal o empregado não aparece como pessoa a ser tutelada, reconhecendo a sua hipossuficiência, pois ao mesmo tempo em que confere direitos ao empregado de realizar greve concede direitos ao empregador de realizar *lockout*.

De toda a exposição de motivos, a questão mais relevante, que se pode observar, é o conceito de trabalho ou da própria relação de trabalho que se tinha da época. O trabalho era entendido como uma mercadoria como qualquer outra, podendo ser objeto de livre compra e venda, mas ainda como requisito norteador à não existência de lesão a direito de outrem. Notória, a completa negação do conceito de trabalho como algo a ser valorizado, pertencente ao universo da dignidade da pessoa humana, e de seu aspecto social e não exclusivamente econômico.

Deve-se dizer também que o Código Penal foi promulgado antes da Constituição de 1988, logo não leva em conta os princípios, fundamentos e valores constitucionais vigentes, tendo o seu embasamento no conceito patrimonial e na intervenção mínima normativa do Estado nas relações jurídicas, pois como já foi mencionado, reflete o pensamento da época. Nesse particular, a exposição de motivos deixa claro que parte da compreensão de que “o trabalho é uma mercadoria, da qual, como de qualquer outra, se pode dispor à vontade, quando se faça uso do próprio direito sem prejudicar o direito de outrem”.

O Código Penal objetivou tutelar direitos coletivos criticando o fato desse grupo de direitos ficar em segundo plano em relação aos direitos individuais, pelo fato de que a greve e o *lockout* representavam formas importantes de mediar os conflitos da relação capital e trabalho e significavam formas efetivas de exercício e efetivação de direitos individuais. A exposição de motivos também justifica a regulação penal com os ditames da Constituição de 1937, especialmente pelo Estado ter legitimidade para intervenção na esfera econômica quando fosse para resolver conflitos individuais e coordenar os fatores de produção exatamente para evitar ou resolver esses conflitos, fazendo o interesse geral prevalecer sobre o interesse individual. Nesse sentido, a exposição de motivos releva essa concepção ao dizer que

A tutela exclusivista da liberdade individual abstraía, assim, ou deixava em plano secundário o interesse da coletividade, o bem geral. A greve, o *lockout*, todos os meios incruentos e pacíficos na luta entre o proletariado e o capitalismo eram permitidos e constituíam mesmo o exercício de líquidos direitos individuais. O que cumpria assegurar, antes de tudo, na esfera econômica, era o livre jogo das iniciativas individuais. Ora, semelhante programa, que uma longa experiência demonstrou errôneo e desastroso, já não é mais viável em face da Constituição de 37. Proclamou esta a legitimidade da intervenção do Estado no domínio econômico "para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento do interesse da Nação".

Fica, então, demonstrada a justificativa da mudança de eixo tutelar, ou seja, saindo do escopo individual e buscando a tutela coletiva, a fim de buscar soluções para conflitos, com a intervenção do Estado, que atendam aos interesses da nação, do coletivo.

A mudança se dá exatamente pela inversão de ordem de tutela, isto é, se antes ficava em plano secundário a tutela coletiva trabalhista enquanto a tutela dos

direitos individuais ficava em primeiro com o Código Penal vigente e, em segundo plano, ficam os interesses individuais em nome de um bem maior que é o bem da coletividade.

Em seu turno, a exposição de motivos lembra a criação e constituição da Justiça do Trabalho para solucionar os conflitos trabalhistas, sendo incompatível com a ordem constitucional da época o exercício arbitrário das próprias razões por ambos os atores da relação de trabalho.

Nesse contexto, explica-se a razão pela qual tutela-se agora não só a liberdade de trabalho, mas sim a organização do trabalho. A segunda representa o bem comum de todos; a tutela coletiva em primeiro plano, ficando em segundo plano a tutela individual da liberdade de trabalho. Novamente se faz menção à greve e ao *lockout* como instrumentos coletivos de efetivação dos direitos individuais, e que antes eram tidos como recursos antissociais que prejudicavam a produção nacional e, por isso, eram incompatíveis com o sistema de produção. A exposição de motivos deixa claro esse entendimento ao dizer que

A greve e o *lockout* (isto é, a paralisação ou suspensão arbitrária do trabalho pelos operários ou patrões) foram declarados "recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional". Já não é admissível uma liberdade do trabalho entendida como liberdade de iniciativa de uns sem outro limite que igual liberdade de iniciativa de outros. A proteção jurídica já não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, sejam de direito administrativo, sejam de direito penal. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto é, a transladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a já referida rubrica.

A justificativa para a criação de normas penais que visam tutelar a organização do trabalho se dá exatamente pela compreensão da tutela de direitos que visem o bem comum de todos; não sendo mais desejável tutelar apenas questões relativas aos direitos individuais, como liberdade de trabalho pelas importantes formas de exercício de direito coletivo que efetiva direitos individuais e, ao mesmo tempo, garante um bem maior, o da coletividade.

O texto da exposição, por fim, destaca que não foram todos os fatos contrários à organização de trabalho que foram trazidos para o campo da ilicitude

penal, tendo como requisitos esses fatos acompanhados de violência ou fraude. Ausentes esses requisitos, será um ilícito administrativo e não um ilícito penal, salvo a exceção de fatos que atentam imediatamente contra o interesse público ou ocasionam uma grave perturbação da ordem econômica. Ao final, a exposição apresenta os tipos penais previstos no código:

Assim, incidirão em sanção penal o cerceamento do trabalho pela força ou intimidação (Art. 197, I), a coação para o fim de greve ou de *lockout* (Art. 197, II), a boicotagem violenta (Art. 198), o atentado violento contra a liberdade de associação profissional (Art. 199), a greve seguida de violência contra a pessoa ou contra a coisa (Art. 200), a invasão e arbitrária posse de estabelecimento de trabalho (Art. 202, 1ª parte), a sabotagem (Art. 202, *in fine*), a frustração, mediante violência ou fraude, de direitos assegurados por lei trabalhista ou de nacionalização do trabalho (Arts. 203 e 204). Os demais crimes contra o trabalho, previstos no projeto, dispensam o elemento violência ou fraude (Arts. 201, 205, 206, 207), mas explica-se a exceção: é que eles, ou atentam imediatamente contra o interesse público, ou imediatamente ocasionam uma grave perturbação da ordem econômica. É de notar-se que a suspensão ou abandono coletivo de obra pública ou serviço de interesse coletivo somente constituirá o crime previsto no Art. 201 quando praticado por "motivos pertinentes às condições do trabalho", pois, de outro modo, o fato importará o crime definido no Art. 18 da Lei de Segurança, que continua em pleno vigor.

A partir de todo o exposto, a respeito da exposição dos motivos e posterior regulação penal dos tipos penais trabalhistas previstos no Código Penal, algumas conclusões merecem ser registradas: o Código Penal vigente foi idealizado sob a vigência e influência da Constituição de 1937 e não da Constituição que está em vigor, o que demonstra falta de pertinência com a ordem jurídica vigente; a mudança de paradigma de tutela de direitos coletivos, e assim a criação de tipos relativos à organização do trabalho em detrimento à tutela de direitos individuais, norteou toda a tipologia penal laboral; foram trazidos para o campo da ilicitude penal fatos que atentam contra a organização de trabalho, porém tendo como requisito a violência ou fraude.

Findada a análise do contexto histórico e social da época, passa-se, finalmente, à apresentação e compreensão dos tipos penais trabalhistas previstos ou não no Código Penal que visem a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade nas relações de trabalho.

4.2.2 Tipos penais previstos no Código Penal

Como já foi mencionado anteriormente, há 11 tipos penais trabalhistas previstos no Código Penal sob o título *Dos crimes contra a organização do trabalho*. Dentre eles, os que serão objeto de análise por tutelarem os direitos fundamentais e da personalidade são os previstos nos Arts. 197, 198, 199, 203, 204, 206 e 207, quais sejam: atentado contra a liberdade de trabalho; atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta; atentado contra a liberdade de associação; frustração de direito assegurado por lei trabalhista; frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho; aliciamento para o fim de emigração e aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, respectivamente. Ficam excluídos, então, os crimes de paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem (Art. 200), paralisação de trabalho de interesse coletivo (Art. 201), invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, sabotagem (Art. 202) e exercício de atividade com infração de decisão administrativa (Art. 205).

Fora desse título, o Art. 149, que trata da questão da redução à condição análoga à de escravo, e o Art. 216-A, que se refere ao assédio sexual serão objetos de análise por se tratar de crimes previstos com aplicação nas relações de trabalho em sentido amplo e, especialmente, por serem formas de tutela dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador.

Vale dizer que os crimes tipificados excluídos da análise não refletem proteção aos direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores, ao contrário os pune se cometerem as ações ali tipificadas ou então impedem o exercício da atividade por parte do empregador, porém não para tutelar o trabalhador, mas sim para tutelar os direitos da coletividade. Esse é o caso do Art. 205 que impede o exercício da empresa em face de uma decisão administrativa impeditiva. Uma vez identificados os artigos que visam a tutela dos trabalhadores aqui estudada, passa-se a análise de cada tipo penal previsto nesse diploma legal.

A análise será feita de acordo com a seguinte metodologia: transcrição do artigo; noções históricas que visem situar o tipo penal demonstrando a sua origem; identificação e análise do bem jurídico tutelado, sujeitos ativo e passivo do crime, tipo objetivo, tipo subjetivo, consumação, tentativa; verificação de tipo de ação penal; e conclusões acerca da análise do tipo penal.

4.2.2.1 Atentado contra a liberdade de trabalho

Inicialmente, cabe dizer que somente o Código Penal de 1890 passou a regular a liberdade de trabalho, e assim protegê-la, visto que nem as Ordenações do Reino de Portugal nem o Código Criminal do Império de 1830 regularam a matéria. Dessa forma, o legislador de 1940, do vigente Código Penal, tanto manteve a criminalização da conduta como inseriu em título autônomo, denominado *Crimes contra a organização do trabalho*, como já foi esclarecido quando da análise da exposição dos motivos do código, especificamente, no que tange aos tipos penais trabalhistas²⁸⁹.

Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:
I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:
Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência;
II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Vale dizer, ainda, que forma preliminar que a segunda parte do inciso II desse artigo, “participar de greve ou paralisação de atividade econômica”, foi revogada tacitamente e substituída pelo disposto no Art. 29, inciso VII, da Lei nº 4.330/64. Esta lei, no entanto, foi revogada pela Lei de Greve, Lei nº 7.783/89, a qual não prevê crimes especiais, dispondo apenas que a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a Legislação Trabalhista Civil ou Penal, pontualmente, no Art. 15 da Lei de Greve.

O bem jurídico tutelado é a liberdade de trabalho, isto é, a liberdade de escolher o trabalho, profissão, ofício, ocupação ou indústria, que o indivíduo deseja exercer e de decidir quando abrir ou fechar o seu próprio estabelecimento de trabalho, tratando-se de crime, cuja respectiva ação penal é pública incondicionada.

Nota-se que o tipo protege ambos os polos da relação de trabalho, pois tutela também a liberdade do empregador, no caso de poder constituir ou extinguir o exercício de sua empresa, mas para esta tese o relevante desse tipo é a tutela, que se faz ao direito fundamental e da personalidade do trabalhador, o que é

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v, p. 438.

efetivamente objeto de análise.

No entanto, o melhor nesse caso é dizer que a tutela prevista no tipo referente aos direitos fundamentais e da personalidade são dos trabalhadores e não do trabalhador, pois não há crime contra a organização do trabalho quando não forem atacados os direitos dos trabalhadores como um todo e sim caracterizada mera lesão a direito individual, de natureza patrimonial. Portanto, se a conduta tipificada ocorrer com um trabalhador não se enquadrará no tipo e logo não será crime, devendo atingir a coletividade. Essa preocupação de tutela coletiva, em detrimento da individual, foi uma característica do código vigente, fato compreendido a partir da análise da exposição dos motivos.

Diante do exposto, conclui-se que o direito fundamental do trabalhador aqui tutelado é o direito à liberdade e da valorização do trabalho, embora, como visto, tenha como pressuposto uma ofensa a direitos da coletividade de trabalhadores e não de apenas um trabalhador.

Nesse sentido:

Em sentido mais abrangente, pode-se afirmar que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual ou pessoal de autodeterminação, ou seja, a liberdade do indivíduo de fazer ou não fazer o que lhe aprouver, dentro dos limites da ordem jurídica. A liberdade que se protege é a psíquica (livre formação da vontade, isto é, coação) e a física, ou seja, liberdade de movimento²⁹⁰.

A proteção desse bem jurídico é respaldada pelo Art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, que assegura que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Permite ainda, que o particular faça tudo que a lei não proibir, não podendo assim ser obrigado a fazer aquilo que a lei não impuser.

Esse tipo se diferencia do crime de constrangimento ilegal pela natureza da ação ou omissão a que a coação indevida objetiva, que, na hipótese é específica, ou seja, na organização do trabalho.

É importante igualmente identificar quem pode ser considerado sujeito ativo e passivo desse tipo. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial. Portanto, esse sujeito não necessita ser, obrigatoriamente, o empregador, mas qualquer pessoa que pratique a ação estabelecida no artigo em questão.

²⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.439.

Trata-se, então, de um crime comum e admite concurso eventual de pessoas, visto que mais de uma pessoa, concomitantemente, pode contribuir ou praticar a ação tipificada como crime.

O sujeito passivo em relação ao inciso I pode ser qualquer pessoa, desde que na condição de trabalhador, empregado ou patrão, conforme o caso. Já o inciso II, que não merece análise conforme já justificado, o sujeito passivo deve ser o proprietário do estabelecimento.

Em relação ao tipo objetivo, adequação típica Bitencourt, diferencia o crime de atentado contra a liberdade de trabalho e o crime de constrangimento ilegal, ensinando:

Atentado contra a liberdade de trabalho é uma espécie do gênero constrangimento ilegal. A diferença fundamental deste último, no entanto, reside na finalidade específica que motiva o sujeito ativo do crime de atentado ora em exame; neste, o agente pretende constranger a vítima a ter um dos comportamentos descritos no Art. 197; naquele, isto é, no constrangimento ilegal (Art. 146), a conduta do agente pretende levar a vítima “a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”; com sua característica de generalidade e subsidiariedade, esse tipo penal (Art. 146) abrange todo constrangimento à livre determinação de vontade que não tenha recebido configuração legal específica sobre o que deve consistir o fazer ou o não fazer exigido pelo agente²⁹¹.

Como visto, o crime de atentado contra a liberdade de trabalho é uma espécie de constrangimento ilegal, mas com o objetivo específico do agente em constranger a vítima a não exercer o seu trabalho por certo período ou em definitivo.

Vale dizer, ainda, que não é preciso que a vítima ofereça resistência efetiva contra a coação ou procure superá-la, buscando ajuda ou empregando outro recurso, pois tão-somente pela conduta descrita no tipo suficiente é para configurar o crime de atentado contra a liberdade de trabalho.

Destaca-se sobre esse tipo que a greve ilegal em nada tem a ver com esse tipo penal em princípio, pois para que haja o crime em análise é preciso haver todos os elementos e ações até então descritas. Ilegalidade da greve não representa o cometimento do crime previsto nesse artigo, pois é preciso, por exemplo, haver o emprego de violência fictícia ou real.

Como já foi mencionado para a configuração do atentado contra a liberdade de trabalho, é condição *sine qua non* o emprego de violência ou grave ameaça pelo agente ativo. Sendo assim, importante se faz compreender o significado dessas

²⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.441.

expressões:

a) mediante violência: o termo violência empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A violência poderá ser imediata, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e mediata quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada.

b) mediante grave ameaça: constitui forma típica da “violência moral” é a *vis compulsiva*, que exerce força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a ameaça pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa como a violência material. A violência moral pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos, ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a ameaça grave, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir²⁹².

Do significado ensinado pelo autor, conclui-se que esse tipo, como foi descrito, é de ocorrência rara na organização do trabalho, uma vez que exige que a liberdade tolhida seja de uma coletividade e não de apenas uma pessoa, com o emprego de violência ou grave ameaça. E, do próprio conceito explicado pelo autor, observa-se ser difícil alguém utilizar-se de violência ou grave ameaça a uma coletividade, até porque o crime é consumado quando o ofendido, que é uma coletividade, faz ou deixa de fazer o que foi constrangido.

No caso da violência, como é possível por meio da força física ou material vencer a resistência de uma coletividade? Exceto em casos de greve onde alguém utiliza-se de força física (violência) ou moral (ameaça grave) contra a coletividade de trabalhadores para que não acessem o seu local de trabalho ou ao revés para que voltem a trabalhar. Mas ainda assim, a ameaça grave fica diluída na coletividade e não exerce o seu efeito de vencer a resistência das vítimas. Como exemplo, coloca-se a ameaça do empregador, que se todos os empregados não voltarem ao trabalho, em estado de greve, serão dispensados. Sabe-se que é impraticável uma empresa dispensar todos os seus empregados e ainda que assim a fizesse, é sabido

²⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.443.

pelos trabalhadores sobre a tutela ofertada pelo seu sindicato ou pela norma trabalhista. Portanto, essa ameaça não pertence ao conceito demonstrado indispensável para a configuração do crime, não havendo crime nesse caso.

Assim, ao finalizar a análise desse tipo, algumas conclusões merecem ser apresentadas:

- a) a tipificação penal exigindo o caráter coletivo para a configuração do crime, esvazia ou minimiza a tutela que a norma penal poderia ofertar ao trabalhador como forma de defesa de seus direitos fundamentais e da personalidade;
- b) é muito mais comum, especialmente no contexto laboral/econômico hodierno já tratado em capítulo específico sobre a globalização e as novas formas de trabalho, a ocorrência desse tipo na seara individual do que na coletiva;
- c) a tutela deveria recair em um primeiro plano na violação do direito individual e não coletivo, ao contrário da lógica do código, embora compreendida na exposição de motivos do código;
- d) o dano causado é mais gravoso na seara individual do que na coletiva, pois a coletividade conta com mais meios de comprovação e assim a reparação pelo dano causado;
- e) a lógica do código, isto é, privilegiando a tutela coletiva, afasta a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, uma vez que se a ocorrência do tipo for individual será reparada extradireito penal;
- f) o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, não necessitando que seja o empregador ou equivalente.

Então, não é um crime incidente somente nas pessoas envolvidas pelo contrato de trabalho, uma vez que o sujeito ativo pode ser pessoa estranha às partes contratantes.

4.2.2.2 Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta

O Código Penal de 1940 foi o primeiro diploma legal a tipificar essa conduta, pois nos códigos anteriores, de 1830 e 1890, não havia essa previsão legal. Os motivos para que não houvesse tipificação anterior são encontrados na própria história do Direito do Trabalho e na histórica em geral.

Na sociedade greco-romana, a mão de obra era fundamentalmente escrava, não havendo fundamento político-social para tutelar o contrato de trabalho, pois somente havia direitos para uma das partes, o proprietário do escravo, de deveres para a outra parte, os escravos.

No período medieval, com o domínio dos senhores feudais, a relação trabalhista era baseada na servidão, garantindo direitos de forma desequilibrada para as partes, tendo os senhores feudais direitos sobre os seus servos. E, esses tinham que trabalhar para garantir a permanência na propriedade do senhor feudal.

Com o surgimento das corporações de ofício, a situação não se modificou, pois os trabalhadores não tinham liberdade de trabalho, tendo que seguir as regras da corporação, constituída, sobretudo, na hierarquia de funções.

Foi somente na fase da Revolução Francesa que a liberdade contratual tornou-se regra, com a garantia aos cidadãos, extinguindo, inclusive, as corporações de ofício. Assim, tem-se uma profunda mudança de ordem filosófica e concepção do próprio indivíduo, do Estado e da sociedade.

Por esses e outros motivos explicados historicamente, e já demonstrados no capítulo relativo ao surgimento do Direito do Trabalho, não havia condições para tipificar a conduta descrita no artigo em pauta, sobre o atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e a boicotagem violenta, sendo que, em certos períodos históricos, a regra a não liberdade:

Art. 198 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola. Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Vale dizer que, para fins de análise desse estudo e parte do artigo que visa tutelar o empregador, ou ente equivalente, ou seja, a parte final do artigo “não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola” não será relevante para esse estudo, tendo em vista que não representa nenhuma forma de proteção dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador.

Desta forma, a primeira parte do artigo será objeto de estudo, já que esta se encontra dentro do escopo pretendido nesta tese. O bem jurídico tutelado é a liberdade de trabalho, mais especificamente à liberdade de celebrar o contrato de

trabalho, isto é, a normalidade das relações de trabalho.

Em relação ao sujeito ativo, tem-se que pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial, como empregador, preposto e terceira pessoa. Portanto, nesse tipo, como no anterior analisado, também não há obrigatoriedade de ser o empregador o sujeito ativo, indo além dos atores da relação contratual de trabalho.

Em relação ao tipo objetivo, tem-se que

O núcleo do tipo, a exemplo do crime de constrangimento ilegal, é constranger, que significa obrigar, forçar, compelir, coagir alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigado. A finalidade pretendida pelo constrangimento, nesse tipo penal, é obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer qualquer das atividades enunciadas no dispositivo legal. (...) o constrangimento objetiva a celebração de contrato de trabalho, coletivo ou individual. Somente se configurará o crime se o constrangimento for para a celebração do contrato de trabalho, isto é, se o constrangimento for para não celebrar o referido contrato, não haverá esse crime, restando, como crime subsidiário, tão-somente o crime de constrangimento ilegal²⁹³.

Diante do exposto, observa-se que esse tipo prevê a punição de conduta que objetive, mediante violência ou grave ameaça, a contratação de contrato de trabalho mesmo contra a vontade do trabalhador. No entanto, a conduta que objetive obrigar o indivíduo a não celebrar contrato de trabalho, o que é igualmente grave porque fere os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador, é uma conduta atípica, ou seja, não é considerada crime.

Desta forma, aponta-se para o flagrante e a grave falha do legislador, porque obrigar alguém a não celebrar contrato de trabalho fere o próprio fundamento da Constituição de 1988, que prevê o direito ao trabalho.

Por meio dessa falha legislativa, operou-se mais uma forma de afastar a necessária proteção dos direitos fundamentais da personalidade dos trabalhadores, ainda que essa conduta possa ser enquadrada em outro tipo penal, como no caso do constrangimento ilegal (Art. 146).

Como já foi dito, para que haja a configuração do crime, exige-se formas ou meios de execução específicos, como violência ou grave ameaça. Esses significados já foram explicados no item anterior, pois no outro tipo penal analisado, exige-se os mesmos meios de execução.

²⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p. 450.

No que tange ao tipo subjetivo do tipo, esse é constituído pelo dolo, representado pela vontade consciente de constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a firmar contrato de trabalho. O elemento subjetivo especial é constituído pelo especial fim de agir, qual seja, o fim de constranger a vítima à ação ou omissão pretendida (descrito no tipo penal). Não havendo a finalidade de constranger o ofendido a fazer ou não fazer o que o sujeito ativo pretende, o crime não será o atentado à liberdade de contrato de trabalho, mas somente aquele que resultar da violência ou grave ameaça (vias de fato, ameaça, lesões corporais, dentre outros)²⁹⁴.

A consumação do tipo se dá pela assinatura do contrato de trabalho, com os elementos presentes no tipo, ou com o início do trabalho. É um crime que admite tentativa, que se verifica como início da ação constrangedora, que pode ser fracionada e não consumada por razão alheia à vontade do agente ativo. Finalmente, é útil dizer que se trata de crime de ação penal pública incondicionada, ou seja, independentemente da vontade da vítima a ação penal pode ser iniciada ou então continuada no caso de uma eventual desistência por parte desta.

A partir da compreensão do tipo, algumas conclusões merecem ser pontuadas:

- a) é um tipo de crime que abrange o gênero trabalho e suas diversas espécies, pois necessita de um contrato de trabalho ainda que não seja escrito ou assinado, pois a consumação do crime se dá também como o início efetivo do labor;
- b) esse tipo apresenta uma grave falha que faz com que afaste a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador quando não tipifica a ação negativa, ou seja, o constrangimento mediante violência ou grave ameaça para não celebrar contrato de trabalho;
- c) ao contrário de outro tipo penal já estudado, aqui o crime tutela a lesão individual, isto é, a conduta pode ser feita a um único indivíduo para configuração de crime;
- d) tutela-se precisamente o direito fundamental da liberdade do indivíduo ser livre para agir (Art. 5º inciso V da Constituição Federal de 1988), a não ser que a lei imponha uma obrigatória ação ou omissão; também é tutelado o

²⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p. 451-452.

próprio princípio da dignidade da pessoa humana a ser livre para celebrar ou não o contrato de trabalho. Ainda, garante o respeito ao princípio da República esculpido na Carta Magna de 1988 qual seja o valor social do trabalho;

- e) o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, não necessitando que seja o empregador ou equivalente.

Enfim, esse não é um crime incidente somente sobre pessoas envolvidas pelo contrato de trabalho, uma vez que o sujeito ativo pode ser pessoa estranha às partes contratantes.

4.2.2.3 Atentado contra a liberdade de associação

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar do direito para sindicalizar-se. Por isso, o Código Penal de 1940 inovou, criando esse tipo penal – atentado contra a liberdade de associação. Em termos históricos, foi a Revolução Industrial que despertou, definitivamente, nos trabalhadores a necessidade de organizarem-se para conquistar ou elevar os seus direitos. Na Antiguidade, podem ter existido alguns indicativos da prática associativa, mas as associações profissionais institucionalizadas surgiram no século XVIII. As corporações de ofício, na Idade Média, eram órgãos de representação patronal às quais os trabalhadores, para exercerem o seu ofício, eram obrigados a estar vinculados²⁹⁵.

A Constituição Federal de 1988 erigiu, nos Arts. 5º, V, e 8º, XVII, a garantia fundamental à liberdade associativa²⁹⁶. Então, ao mesmo tempo em que a Constituição garante a liberdade de associação para fins pacíficos como direito fundamental, também garante a liberdade para associar-se ou manter-se associado. Portanto, ninguém poderá compelir alguém a associar a um sindicato, por exemplo, ou obrigar alguém a manter-se filiado.

Esse tipo penal visa garantir exatamente esse preceito constitucional, e antes da promulgação da Constituição de 1988 garantia o preceito no mesmo sentido da Constituição de 1934. Assim, o bem jurídico tutelado é a liberdade de associação e

²⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.455-456.

²⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...): XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (...). Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;(..).

filiação sindical ou profissional. Como visto, a liberdade sindical e de associação representam um dos pressupostos de um Estado Democrático de Direito.

De acordo com o artigo em questão, a tutela penal abrange em sentido amplo as modalidades de associações e sindicatos, pois o que protege é exatamente a liberdade associativa.

Ainda, que de forma breve, é preciso conceituar com o objetivo específico de diferenciar o que vem a ser associação e sindicato. Associação profissional pode ser definida como gênero da qual o sindicato é espécie, visto que esse também representa uma aglutinação de pessoas com interesse comum com objetivos comuns.

Associação é a união ou agrupamento de pessoas cuja finalidade é a defesa, estudo e coordenação dos interesses profissionais que constituem ou integram a referida entidade associativa, isto é, de acordo com o Art. 1º do Decreto-lei nº 1.402/1939 e o Art. 511 da CLT. Já o sindicato é a associação profissional reconhecida pelo poder público como legítima representante da classe de sindicalizados (Art. 50 do mesmo decreto-lei e Art. 561 da CLT).

Especialmente para fins penais e enquadramento no tipo, o sindicato deve preencher os requisitos ou formalidades legais apesar de, cada vez mais, a Justiça do Trabalho e o próprio Ministério do Trabalho e Emprego entenderem não ser preciso haver a carta ou certidão sindical expedida pelo referido Ministério para a efetiva representação de categoria econômica ou profissional. Portanto, para a configuração do crime, exige-se que o sindicato tenha legalmente o *status* de sindicato, isto é, seja reconhecido pelo poder público como tal. Caso contrário, estaria na esfera da insegurança jurídica, pois por mais que um sindicato represente de fato a sua categoria, somente após ser reconhecido pela autoridade competente é que se passa a representação de direito, constituindo elemento do tipo.

Em relação ao sujeito ativo do tipo pode-se dizer que pode ser qualquer pessoa, sendo desnecessária a condição ou qualidade especial. Pode ser, inclusive, membro ou integrante de sindicato ou associação. Esses, normalmente, são as pessoas mais interessadas no ingresso ou não de certas pessoas em determinado sindicato ou associação.

Vale lembrar que se o sujeito ativo for funcionário público, a sua conduta poderá configurar também o crime de abuso de autoridade (Art. 3, alínea f, da Lei nº 4.898/1965).

Quanto ao sujeito passivo, “pode ser qualquer pessoa, desde que se trate de trabalhador ou profissional que possa integrar algum sindicato ou alguma associação de classe”²⁹⁷. Na forma de “deixar de participar”, o sujeito passivo somente pode ser membro ou integrante de associação ou sindicato, o qual seja constrangido a abandonar, tratando-se de crime impróprio nessa modalidade.

No que tange ao sujeito passivo, a doutrina penal merece uma crítica, pois ignora totalmente o fato de o empregador poder ser vítima desse crime. O empregador também não é obrigado a filiar-se ou manter-se filiado ao sindicato de sua categoria, assim, se por alguma razão houver o cometimento da ação prevista no tipo, igualmente será crime. Observa-se que, no conceito de sujeito passivo do crime, o autor supracitado refere-se ao trabalhador ou profissional sem mencionar a possibilidade de o empregador ser a vítima. Apesar do empregador nesse caso não ser o objetivo da pesquisa, pois se busca as formas de proteção penal dos direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores, a crítica não deixa de ser oportuna e relevante para a análise do tipo.

O tipo objetivo prevê que a ação básica do sujeito ativo é constranger alguém mediante violência ou grave ameaça; ambos os conceitos são verificados quando analisado o tipo de atentado contra a liberdade de trabalho para onde se remete o leitor.

Vale dizer, que somente é criminalizada a conduta de constranger, mesmo mediante violência ou grave ameaça, a participação ou não participação em determinado sindicato ou em determinada associação profissional. O constrangimento a participar ou não participar, genericamente, de qualquer sindicato ou associação, não tipifica esse crime, mas tão-somente o crime de constrangimento ilegal, previsto no Art. 146 do Código Penal²⁹⁸.

Talvez, a questão mais relevante da análise, desse tipo nesta tese, seja o fato de que o entendimento que se tem acerca dele, ainda na esfera do tipo objetivo, é de que a tutela referida é coletiva. Como já foi visto, o trabalho protegido, no título em questão, é instituto de interesse coletivo. Assim, somente haverá resultado próprio do crime de atentado contra a liberdade de associação, ocorrendo perigo para a existência ou funcionamento do sindicato ou da associação. Caso contrário, o

²⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.457.

²⁹⁸ Ibid.

fato será restrito à relação individual de trabalho, e o trabalho sendo tratado com bem despersonalizado não é afetado.

Não se confunde com o direito individual do empregado ou do empregador, pois interessa, antes de tudo, à coletividade, ao Estado, em última instância. A lesão produzida por essa infração penal deve repercutir nas relações de trabalho, e não apenas no interesse particular deste ou daquele trabalhador ou empregador, individualmente considerado. Em outros termos, se a conduta do sujeito ativo nem sequer gerar perigo para a organização do trabalho, isto é, não ultrapassar os interesses individuais para atingir os do sindicato ou associação profissional, não se pode falar em crime contra a organização do trabalho²⁹⁹.

Todavia, a data vênua ao entendimento dos penalistas, não parece esse tipo exigir a lesão coletiva para a sua configuração, por isso discorda-se desse entendimento. O principal argumento dos autores de Direito Penal é de que o tipo está inserido no título *Dos crimes contra a organização do trabalho* e, por isso, a tutela pretendida no artigo em questão é coletiva. A exposição de motivos do código e, especialmente, desse título também alerta para a mudança paradigmática da tutela individual para a coletiva.

Entretanto, o Art. 198, que trata do atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta, já analisado, também está inserido nesse título e, pela natureza da tutela de acordo com o tipo, não se discute se a tutela é individual e não coletiva. Isto é, basta apenas um trabalhador ser lesado para a configuração do crime descrito no tipo e ofender a organização do trabalho.

Já no primeiro artigo do título, qual seja o atentado contra a liberdade de trabalho, por ser expressão genérica, pode-se entender, apesar da crítica também feita quando da análise do tipo da tutela ser coletiva, que realmente é preciso ofensa à organização do trabalho, o que difere do tipo em questão.

Portanto, não se compreende porque se exige no tipo em análise a lesão coletiva, ou pior a ameaça para a existência ou funcionamento do sindicato ou da associação. Conforme os mesmos autores, o bem jurídico tutelado não é o sindicato ou a associação, mas sim os trabalhadores. Portanto, analisando o bem jurídico tutelado, não se pode ter dúvidas que basta um trabalhador ser compelido, mediante violência ou grave ameaça, a associar-se, em sentido amplo, ou ser compelido a deixar a sua associação, configura crime, momento em que de fato está se

²⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.458.

protegendo o direito fundamental esculpido na Constituição de 1988.

Interessante ressaltar que os próprios autores de Direito Penal fundamentam na Constituição o bem jurídico tutelado pelo tipo, e esses referem-se ao trabalhador individualmente considerado.

Além disso, mais um argumento que se coloca na defesa da aplicação do tipo, em esfera individual, é sobre a consumação do crime, que é individual. Segundo Cezar Bitencourt:

consume-se o atentado contra a liberdade de associação quando o agente, com violência ou grave ameaça, impede a associação de alguém em determinado sindicato ou associação profissional ou quando (...) consegue fazer alguém associar-se em determinado sindicato ou associação profissional³⁰⁰.

Como dito, a consumação se dá no trabalhador considerado individualmente, e não na coletividade. Aliás, como seria mensurável o que é coletivo? Quantos trabalhadores teriam que passar por esta situação para se considerar coletivo? Como seria possível saber o número de ofensas na esfera individual para então se entender que houve a lesão coletiva?

O tipo penal em seu texto não faz exigência de ofensa coletiva, inclusive emprega o termo “constranger alguém”, não colocando outros indicativos ou requisitos de que haja mais pessoas para a sua configuração.

Além de a doutrina penal entender desta forma, a jurisprudência³⁰¹ também entende pela necessidade da ofensa coletiva para a configuração do crime. Apesar de a tese não ter o escopo de enfrentar a questão da competência para julgamento dos crimes trabalhistas, não se pode deixar de dizer que esse entendimento doutrinário e jurisprudencial não é ofertado pela justiça especializada e tampouco pela doutrina trabalhista. Aliás, esta é tímida e sequer enfrenta esta questão, esquivando-se da análise dos tipos, o que se faz nesta tese, remetendo, comumente, a análise do tipo, exclusivamente, aos autores de Direito Penal.

Por fim, entende-se que um único trabalhador que seja obrigado a filiar-se a associação ou sindicato, ou seja, obrigado a deixar de participar de sua associação ou sindicato, já representa uma ofensa à organização do trabalho, pois esta organização presume a liberdade de associar ou de manter-se associado. Portanto,

³⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.458.

³⁰¹ STJ, RHC, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, RT, 730:488.

não é preciso haver certo número de trabalhadores para que a organização do trabalho seja violentada.

Em relação ao tipo subjetivo, o elemento subjetivo do crime é o dolo, ou seja, é constituído pela vontade livre e consciente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional, não havendo previsão de modalidade culposa. É um crime que se admite tentativa, quando o emprego violento de ação não consegue atingir a finalidade pretendida. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

Conforme metodologia adotada, ao final da análise de cada tipo, constrói-se algumas conclusões:

- a) o tipo penal pretende proteger o direito fundamental da liberdade associativa do trabalhador, previsto na Constituição Federal de 1988;
- b) o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o que também extrapola a relação empregado-empregador ou trabalhador-tomador de serviços;
- c) o tipo, de acordo com a doutrina penal e a jurisprudência, exige-se a lesão coletiva para configuração do crime, o que não se concorda pelos motivos expostos ao longo da análise do tipo;
- d) admitindo que o tipo exija a lesão coletiva, a norma penal não contribui para a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, individualmente, considerado;
- e) a exigência de lesão coletiva é um estímulo para o sujeito ativo, especialmente para o empregador, que pode ser o maior interessado em não querer que o seu empregado participe ou continue participando de seu sindicato, praticar a conduta visto que sendo individual é atípica;
- f) o bem jurídico tutelado é o direito fundamental consagrado na Carta Magna de liberdade de associação do trabalhador ou do empregador, pois esse também não é obrigado a associar-se, não sendo o bem jurídico tutelado o sindicato ou a associação.

Enfim, a doutrina penal, por vezes, é imprecisa ao tratar de temas trabalhistas, pois como demonstrado ao longo desse tópico, esquece-se da possibilidade do empregador e não só o trabalhador poder ser sujeito passivo do crime.

4.2.2.4 Frustração de direito assegurado por lei trabalhista

Esse tipo penal foi trazido pela primeira vez no Código Penal vigente, já que os demais, Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal Republicano de 1890, não se preocuparam com a necessidade de proteção penal de direitos trabalhistas:

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:
 Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
 § 1º Na mesma pena incorre quem:
 I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. (...) § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Vale dizer que os parágrafos 1º e 2º foram acrescentados em 1998, com a Lei nº 9.777/1998, que modificou três artigos do Código Penal, dentre eles o artigo em questão.

O bem jurídico tutelado,

protegido pelo tipo abrange todo e qualquer direito que seja protegido pela legislação trabalhista. (...) Trata-se, como se percebe, de norma penal em branco, pois à legislação trabalhista compete definir e disciplinar os direitos assegurados aos empregados e aos empregadores³⁰².

Portanto, quando se utiliza a expressão Legislação Trabalhista, quer se tutelar todas as normas trabalhistas aplicáveis na relação de trabalho em sentido amplo.

Interessante observar que, em um primeiro momento, o sujeito ativo parece ser, necessariamente, o empregador, e o sujeito passivo, obrigatoriamente, o trabalhador, uma vez que o maior interessado em frustrar o direito assegurado pela Legislação do Trabalho seria o empregador, e o sujeito lesionado, o trabalhador.

Contudo, vale lembrar que o sujeito ativo pode ser o empregador, o empregado ou qualquer pessoa que, de algum modo, consiga a referida frustração

³⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.478.

como, por exemplo, o preposto do empregador. Outro exemplo: o sujeito ativo pode ser o empregado quando, mediante atestado médico fraudento, deixar de trabalhar e o empregador ficar impossibilitado de efetuar os correspondentes descontos salariais, tendo em vista ser o atestado médico a hipótese prevista na Legislação Trabalhista, como ausência justificada, o que obsta o direito ao referido desconto salarial por parte do empregador.

Por outro lado, o sujeito passivo é a pessoa cujo Direito Trabalhista é frustrado, violado ou sonegado. Assim, pode ser o sujeito passivo empregador, empregado ou ambos, de comum acordo. Ainda, em relação a esse sujeito, deve-se dizer que, mediatamente, pode-se admitir o próprio Estado como sujeito passivo. Com efeito, a fraude pode ser praticada pelo patrão ou pelo operário, ou por ambos, de comum acordo, para, por exemplo, violar o direito assegurado pelas leis trabalhistas, que, sendo de ordem pública, são irrenunciáveis. Nesta hipótese, o sujeito passivo direto e imediato é o Estado, e não o empregado ou operário³⁰³.

A questão de haver comum acordo entre empregado e empregador, para frustrar o direito assegurado por Legislação Trabalhista, abre uma importante forma de tutela penal dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador. Eis que, muitas vezes, esse comum acordo nada mais é que uma vontade viciada, não correspondente à vontade real do empregado, resultado de sua hipossuficiência.

Como exemplo, pode-se colocar o fato de empregado em uma relação de emprego, no plano formal, de comum acordo com o empregador abre mão de um direito irrenunciável como o recebimento de horas extras por haver labor extraordinário. Nesse caso, ficando comprovado na Justiça do Trabalho a realização efetiva de labor extraordinário e o seu não pagamento, mesmo que de comum acordo real ou fictício, será o empregador obrigado a realizar o pagamento das horas extras por ser um direito irrenunciável do empregado. Nesse caso, para o Direito Penal, o sujeito passivo seria o Estado, sendo crime ainda que, supostamente, a vontade do empregado em não receber as horas extras não fosse viciada, pois presentes a frustração, fraude e o dolo.

O objeto colocado é relevante a esta análise por representar uma forma de proteção dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador quando o empregador frustra os direitos trabalhistas do empregado, isto é, quando o sujeito

³⁰³ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v.7., p.40.

ativo é o empregador e o sujeito passivo o empregado. Além disso, que essa frustração seja de comum acordo, empregado e empregador, quando teoricamente o Estado seria o sujeito passivo, mas na prática a vítima acaba mesmo sendo o empregado. As demais formas de tutela penal, prevista nesse tipo, não são relevantes para a análise em questão, tendo em vista o recorte metodológico já explicitado.

O tipo objetivo consiste na ação de *frustrar* (impedir, iludir, privar), mediante violência ou fraude, direito assegurado pela Legislação do Trabalho. Os meios executivos podem ser a violência mesma (*vis corporalis*) ou a fraude (manobra artilosa, astuciosa, uso de artifício)³⁰⁴. Então, para se concretizar esta ocorrência, é necessário a ação do agente no sentido de frustrar o direito assegurado pela Legislação do Trabalho por meio de violência ou fraude. Portanto, pode-se dizer que se trata de norma penal em branco, isto é, necessita de fundamento ou de complemento em outro diploma legal. Desta maneira, para a ocorrência do crime em análise, é preciso que a Justiça do Trabalho reconheça que houve frustração de direito assegurado pelas leis trabalhistas para então se decidir, na esfera penal, se estão presentes os demais elementos do tipo capazes de enquadrar os fatos na conduta tipificada.

Quanto ao tipo subjetivo, coloca-se que o elemento subjetivo do crime é o dolo, constituído pela vontade consciente de frustrar, não importando o motivo, mediante fraude ou violência, direito assegurado por Legislação Trabalhista.

No que tange à consumação, diz-se que o crime é consumado no lugar e no momento em que o titular de direito, assegurado pela Legislação Trabalhista, se vê impedido de exercê-lo, ou seja, com a frustração efetiva do direito. Admite-se a tentativa, à medida que a sua execução pode sofrer fracionamento. A ação penal é de natureza pública e incondicionada.

Os incisos I e II do parágrafo 1º do artigo em análise, acrescentados pela Lei nº 9.777/1998, criam, em verdade, dois novos tipos penais que visam tutelar, de alguma forma, a liberdade de trabalho, direito fundamental do trabalhador.

No primeiro caso, é tutelado o direito de o trabalhador deixar de trabalhar em determinado local por sua livre e espontânea vontade. Aqui, se exige o constrangimento do trabalhador às suas mercadorias de determinado

³⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.479.

estabelecimento para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida.

Já na segunda hipótese, igualmente se tutela a liberdade de trabalho, pois torna crime o fato do empregador ou outro alguém reter documentos pessoais ou contratuais do trabalhador para impedir esse de se desligar dos serviços. A coação nesse caso é feita por meio da retenção dos referidos documentos.

Neste particular, entende-se que a inclusão desses novos tipos penais no Art. 203, em questão, foi equivocada, pois teria muito mais sentido e pertinência temática com o Art. 199, que trata do atentado contra a liberdade de contrato de trabalho do que com a frustração de Legislação Trabalhista, especialmente levando em conta o bem jurídico tutelado nesses novos tipos.

Talvez, o argumento utilizado para a inclusão desses novos tipos no artigo em questão seja o fato de que a retenção de documentos pessoais do trabalhador, bem como a obrigação em utilizar mercadorias para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida, representem formas de frustração de direito assegurado pela Legislação Trabalhista, visto que nessa legislação tais condutas são proibidas.

No entanto, a Legislação Trabalhista também veda as condutas tipificadas nos demais artigos até aqui analisados, e mesmo assim foram tratados como tipos autônomos.

Contudo, esse equívoco legislativo não compromete a proteção dos direitos ali tutelados, mesmo que não guardem pertinência direta com o *caput* do artigo, visto tratar-se de norma penal em branco e a expressão genérica da legislação trabalhista.

Diante do exposto, apresentam-se as conclusões resultantes da análise desse artigo:

- a) o bem jurídico tutelado, apesar de não refletir proteção exclusiva ao trabalhador, representa uma relevante contribuição da norma penal na proteção dos direitos fundamentais do trabalhador;
- b) o fato de o Estado ser admitido como sujeito passivo, na hipótese de frustração da Legislação Trabalhista por comum acordo entre empregado e empregador, amplia a proteção penal aos direitos fundamentais do trabalhador, pois não deixa brechas para o maior interessado na frustração desses direitos não ser punido;
- c) pelo tipo conter norma penal em branco, depende da confirmação pela

Justiça Especializada da ocorrência da frustração, situação que amplia o espectro de proteção ao trabalhador, pois o tipo não se limita a hipóteses taxativas que seriam, sistematicamente, incompletas;

d) esse tipo penal é a forma até aqui estudada, que mais contribuiu para a efetivação e respeito dos direitos trabalhistas, em especial os fundamentais e da personalidade, especialmente por não exigir lesão coletiva para a configuração do crime, apesar da lógica já exaustivamente explicitada e criticada do código.

Em síntese, foram criados dois novos tipos penais, como a inserção do parágrafo 1º do artigo em questão, os quais, na verdade, tutelam a liberdade de trabalho e, por isso, estão inseridos em local inadequado, como mostrou a análise do referido artigo.

4.2.2.5 Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho

Conforme já demonstrado no capítulo *Da necessidade de proteção dos direitos fundamentais e direitos da personalidade na relação de emprego na atividade econômica globalizada*, o Brasil vive uma situação econômica relativamente invejável, que reflete diretamente no mercado de trabalho.

Assim sendo, há maior sentido, atualmente, de preocupação com a nacionalização do trabalho, tendo em vista a possibilidade maior de estrangeiros virem disputar posição no mercado de trabalho brasileiro em diversas áreas e atuação profissional:

Art. 204 - Frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho:
Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

A preocupação em manter os postos de trabalho, preponderantemente, para os nacionais é mais antiga, desde o início do século XX, nos países da Europa, Ásia e Estados Unidos, tendo em vista a situação econômica e de empregabilidade desses países. “Essa preocupação tinha seus fundamentos, mesmo um século

antes da moderna globalização da economia internacional”³⁰⁵.

No Brasil, a Constituição de 1937 aderiu a essa política nacionalista no Artigo 146, proibindo que as concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais tivessem maioria de seus funcionários estrangeiros, e que esses exercessem cargos de administração com poderes de gerência.

O mesmo princípio nacionalizador foi mantido nas Constituições de 1946 e 1967. Todavia, a Constituição de 1988 adotou, nesse particular, outra orientação, determinando que todos – brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil – são iguais perante a lei e livres para exercer qualquer atividade profissional (Art. 5, XIII)³⁰⁶.

Na Legislação Penal, o Código Penal de 1937 tipificou como crime a frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho, mas tendo como requisitos essenciais e inafastáveis a fraude ou violência. Já o código de 1969 retirou esses requisitos, bastando apenas a referida frustração, o que não se repetiu no código vigente, voltando à exigência da violência ou fraude para a configuração do crime.

O bem jurídico tutelado por esse tipo é a nacionalização do trabalho, particularmente o interesse no Estado em garantir a reserva de mercado para os brasileiros em seu próprio território.

O sujeito ativo do crime, geralmente, é o empregador que contrata desrespeitando a legislação, mas pode ser praticado por terceiros que, com conhecimento de causa, pratiquem a ação. Em relação ao sujeito passivo, pode-se dizer que “não é necessariamente uma pessoa física, individual somente. A ofensa, pelo texto legal, produz-se diretamente a interesse coletivo, que é bem representado pelo Estado”³⁰⁷.

Quanto ao tipo objetivo, a ação tipificada consiste em frustrar mediante violência ou fraude, direitos assegurados pela Legislação do Trabalho. “A ação do agente visa frustrar a obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho, isto é, as normas legais que determinam o emprego de mão de obra nacional, mais, especificamente, as leis trabalhistas. Trata-se também de norma penal em branco”³⁰⁸.

³⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.483.

³⁰⁶ Ibid., p.484.

³⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte especial. vol.1. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.660.

³⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.485.

A CLT, quando disciplina as normas especiais de tutela de trabalho, trata da questão da nacionalização do trabalho, tendo como pressuposto, em seu Art. 352, a obrigatoriedade de empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, em manter, no quadro de pessoal, quando composto de três ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior a dois terços dos empregados. Dessa forma, tem-se uma norma penal em branco, necessitando ser complementada por outra norma, nesse caso a trabalhista. Então, se alguma norma for integrada ao ordenamento jurídico que vise formas de tutela da nacionalização do trabalho, esta deverá ser respeitada, sob pena de cometimento do crime em análise, atendendo aos demais elementos do tipo, como emprego de violência ou fraude como meio executório.

Em relação ao tipo subjetivo, o seu elemento é o dolo, traduzido pela vontade consciente de frustrar a obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho, com emprego de violência ou fraude.

O crime se consuma a partir do descumprimento da Lei Trabalhista que regule a nacionalização do trabalho, ou seja, que imponha requisitos ao empregador para contratação de empregados. Admite-se a tentativa se o agente ativo não consegue atingir o momento consumativo por circunstâncias alheias à sua vontade. A ação penal é de natureza pública incondicionada.

Uma vez analisado o tipo, passa-se para as respectivas conclusões:

- a) esse tipo penal tem uma tutela jurídica de caráter coletiva, pois cuida-se de tutelar a nacionalização do trabalho, ou seja, em privilegiar a contratação de brasileiros em detrimento de estrangeiros;
- b) trata-se de norma penal em branco, mas a Legislação Trabalhista não dispõe de muitas regras que visem à nacionalização do trabalho, cuja explicação pode ser encontrada no histórico econômico e social do país, à medida que até então o Brasil era um país “exportador” e não “importador” de mão de obra;
- c) esse tipo penal visa também dar efetividade ao já aludido fundamento da República, constitucionalmente, previsto de ter como valor social o trabalho. Assim, esta norma contribui para a efetivação do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalho representa muito mais que uma forma de sustento ou subsistência humana em termos

- econômicos, mas sim à própria produção da existência humana;
- d) apesar do tipo penal ser afeto praticamente ao empregador e empregado, o seu campo de incidência não é no direito individual, mas sim no coletivo;
 - e) a exigência do tipo objetivo do meio executório ser por violência ou fraude, ao contrário do Código Penal de 1969, merece críticas pelo fato de o bem jurídico tutelado ser o interesse na nacionalização do trabalho e a sua consumação ocorrer no momento do desrespeito a Legislação Trabalhista.

Por fim, o melhor entendimento é de que mesmo sem violência ou fraude, desrespeitadas as regras relativas à nacionalização, essa conduta por si só seria típica.

4.2.2.6 Aliciamento para o fim de emigração

Esse tipo penal também representou uma novidade no Código Penal vigente, pois nos demais era inexistente essa forma de tutela dos direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores. Há que se dizer, desde logo, que o artigo em questão foi alterado pela Lei nº 8.683, de 1993, e que antes o verbo do tipo era aliciar e não exigia a fraude como elemento objetivo do tipo:

Art. 206 – Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 8.683, de 1993).
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.683, de 1993).

Na verdade, a exigência de fraude foi bem-vinda, pois antes o fato de alguém aliciar pessoas para trabalhar no exterior, de forma digna, em tese configurava o crime em comento. Portanto, se uma empresa buscasse talentos brasileiros para trabalhar no exterior, estava-se diante do crime, o que representa uma violação dos direitos do trabalhador, pois deixaria de receber ofertas para trabalhar no exterior.

Com a exigência da fraude, presume-se que o que fora prometido, ou contratado, não foi respeitado, colocando o trabalhador em uma situação de extrema vulnerabilidade, pois foi enganado e levado a crer que faria um tipo de trabalho em determinadas condições, quando, na verdade, fazia outro. Esta fraude, geralmente, tem por objetivo o tráfico de pessoas, o que será abordado ainda neste tópico. Nesse sentido:

A lei pune a emigração fraudulenta, enganadora do trabalhador, não a espontânea. A exigência da elementar “mediante fraude” foi introduzida pela Lei nº 8.683/93, que não existia na redação anterior. Exemplo típico ocorre com o aliciamento de mulheres para trabalhar no exterior, exercendo atividades dignas, com altos salários, quando, na verdade, a finalidade é exercer a prostituição³⁰⁹.

A fraude é um elemento do tipo objetivo. Além disso, a ação consiste em recrutar, que tem o sentido de “atrair”, “aliciar”, “seduzir” pessoas para levá-las a trabalhar no exterior. Conforme a redação do artigo, é exigida também a pluralidade de trabalhadores, ou seja, no mínimo três pessoas para a sua configuração. Vale dizer, que visa tutelar em sentido amplo os trabalhadores, ou seja, todos os que entreguem à sua força de trabalho, ainda que não haja suporte contratual válido dado à fraude.

O bem jurídico tutelado é interesse do Estado em garantir a permanência dos trabalhadores no país, ou seja, manter a mão de obra no território nacional. Protege-se o interesse público na não emigração do trabalhador nacional, partindo da presunção de que essa evasão de trabalhadores é danosa à economia nacional.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo crime comum, pois independe de qualificação ou condição especial. Portanto, não necessita ser empregador, mas sim qualquer pessoa que tenha por objetivo levar alguém ao território estrangeiro utilizando-se de fraude.

Já o sujeito passivo mediato é o Estado, o imediato, qualquer pessoa na condição de trabalhador que seja recrutada mediante fraude.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, ou seja, a vontade consciente de recrutar trabalhadores para o exterior, com o uso de meio fraudulento. O crime consuma-se com o aliciamento de trabalhadores, recrutando-os com o emprego de fraude, com a finalidade de levá-los ao exterior, independentemente da efetiva emigração (crime formal). A ação penal é pública e incondicionada.

Feita a análise do tipo, antes mesmo de adentrar às conclusões, é preciso verificar o Art. 231, que trata do tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, visto que também trata da questão de recrutar trabalhadores para fim de emigração fraudulenta, especialmente no parágrafo 1º do artigo com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009:

³⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.493.

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. §1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.). Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Apesar do tipo penal supracitado não fazer parte do Código Penal destinada aos *Crimes contra a organização do trabalho*, as implicações do tipo irradiam-se na esfera do Direito do Trabalho. Esse tipo penal foi introduzido pelo Código Penal de 1940 com previsão diferente da atual, que foi inserida pela Lei nº 12.015/2009. Antes da alteração, o crime denominava-se de “tráfico de mulheres”, tutelando somente as pessoas do sexo feminino, como sujeito passivo do crime.

No entanto, com a alteração da lei, já mencionada, o tipo passou a abranger qualquer pessoa inserida no elemento do tipo descrito no artigo em questão.

Como visto, esse tipo penal apresenta um escopo maior e dá tratamento mais adequado à grave questão do tráfico internacional de pessoas. Apesar do tipo prever a exigência de exploração sexual, o conceito de tráfico de pessoas vai além da exploração sexual, de acordo com o Protocolo de Palermo, Art. 3º, alínea “a”, ratificado pelo Brasil e internacionalizado pelo Decreto nº 5.017/2004:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; (...)³¹⁰

Assim, a expressão tráfico de pessoas vai muito além da exploração sexual, engloba o trabalho forçado, situação análoga a de escravo, servidão, remoção de

³¹⁰ Decreto nº 5.017. Promulga o protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Brasília, de 12 de março de 2004.

órgãos mediante ameaça, fraude, outras formas de coação, rapto, engano, entre outros.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) entende o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, comercial e trabalho forçado como uma agressão à dignidade humana e uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do trabalho. O tráfico de pessoas é a antítese do trabalho em liberdade. Tal prática nega às pessoas a oportunidade de desenvolverem suas habilidades e de contribuírem para o desenvolvimento econômico e social do país³¹¹.

A OIT trata da relevante temática, ampliando o conceito de tráfico de pessoas em relação ao adotado pelo Brasil, em seu Código Penal, e entende que esse tipo de trabalho atinge, diretamente, os direitos humanos e direitos fundamentais do trabalho, por representar tudo o que um Estado não deseja, ou seja, a violação da própria liberdade do indivíduo.

O objetivo da tese não é de enfrentar, pontualmente, as questões de cada tipo penal, até mesmo por impedimento metodológico, pois somente a questão do tráfico de pessoas representa um campo fértil e latente de pesquisa com diversas possibilidades de recortes epistemológicos.

³¹¹ OIT – Organização Internacional do Trabalho. Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil (2004-2011): avaliações e sugestões de aprimoramento de legislação e políticas públicas; Programa de Promoção da Igualdade de Gênero e Raça no Mundo do Trabalho; Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas (GTIP) - Brasília: OIT, 2012. p.9.

Vale dizer, que o escritório da OIT no Brasil também possui uma atuação significativa na promoção dos direitos fundamentais, no que tange à questão do tráfico de pessoas³¹².

Dessa forma, sugere-se a leitura do documento produzido: “Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil (2004-2011): avaliações e sugestões de aprimoramento da legislação e políticas públicas”³¹³, pois ali é possível verificar o tratamento da complexa questão dada pelas políticas públicas brasileiras, legislação e análise do Protocolo de Palermo, bem como sugestões de legislação.

Uma vez apresentada a conceituação do tráfico de pessoas pela OIT, em convenção ratificada pelo Brasil e devidamente internacionalizada, volta-se à análise do Art. 231 do Código Penal.

Como visto, o referido artigo apenas trata da questão do tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual. Até então, a Legislação Penal não foi alterada, de acordo com o conceito de tráfico de pessoas adotado pelo Brasil por meio do decreto já citado.

³¹² “O enfrentamento ao tráfico de pessoas é hoje uma questão que ocupa lugar de relevância na agenda política brasileira. Em 2004, o Brasil ratificou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, do qual era signatário desde 2000. Em outubro de 2006, por meio de Decreto Presidencial, foi lançada a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e ao longo de 2007, sob a liderança da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, e das Secretarias de Direitos Humanos e de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, foi elaborado o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP). No período de 2008 a 2010, o I Plano Nacional foi implementado, enfrentando o grande desafio de executar ações de forma articulada e interinstitucional, com vistas a dar resposta à complexa problemática do tráfico de pessoas. Em 2011, o I Plano Nacional passou por um processo de avaliação e um Grupo de Trabalho Interministerial foi instituído com o objetivo de elaborar a proposta do II Plano Nacional, de forma participativa, em consulta à sociedade civil organizada. Esse processo foi finalizado em novembro de 2011 e o II Plano Nacional aguarda sua promulgação. Ao longo desse período, alguns avanços significativos puderam ser observados com relação às políticas públicas e à legislação nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, como a implantação de Núcleo e Postos de Atendimento às Vítimas de Tráfico de Pessoas e a elaboração e implementação de Planos de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas no nível estadual. Contudo, desafios importantes seguem presentes. Nesse contexto, o debate visando o aprimoramento das políticas públicas e do arcabouço legal do País configura-se um aspecto central para fortalecer os instrumentos e medidas hoje disponíveis voltados à prevenção do tráfico de pessoas, ao atendimento às vítimas e à repressão e punição dessa prática.” Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil (2004-2011): Avaliações e Sugestões de Aprimoramento de Legislação e Políticas Públicas / Organização Internacional do Trabalho (OIT); Programa de Promoção da Igualdade de Gênero e Raça no Mundo do Trabalho ; Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas (GTIP) - Brasília: OIT, 2012.p.9.

³¹³ Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil (2004-2011): Avaliações e Sugestões de Aprimoramento de Legislação e Políticas Públicas / Organização Internacional do Trabalho (OIT); Programa de Promoção da Igualdade de Gênero e Raça no Mundo do Trabalho ; Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas (GTIP) - Brasília: OIT, 2012.

Portanto, todo o tratamento dado à matéria pelos autores do Direito Penal, ao analisar esse tipo, referem-se ao tráfico para fim de exploração sexual, o que de certa forma se justifica pelo fato de não ter sido alterado por legislação esse tipo penal. No entanto, o que mais chama a atenção é o descaso dos autores penalistas a respeito desta temática, pois sequer citam a existência do conceito hodierno assumido pela Legislação Brasileira de tráfico de pessoas. Tampouco, chamam a atenção para a emergencial necessidade de alterar o tipo penal que limita a proteção dos direitos fundamentais e deles decorrentes dos trabalhadores.

Desta forma, apenas para subsidiar em termos teóricos a análise do Art. 231 e, finalmente, apresentar as conclusões acerca do crime previsto no Art. 206 (aliciamento para o fim de emigração), passa-se a analisar o bem jurídico tutelado, sujeito ativo e passivo, tipos objetivo e subjetivo, consumação e tipo de ação penal.

O bem jurídico tutelado é a “moralidade pública sexual que visa limitar territorialmente o exercício da prostituição e proibir o tráfico de pessoa com essa finalidade”³¹⁴. Em relação ao sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo, embora, geralmente, seja praticado por homem, em regra por mais de uma pessoa. O sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa independentemente de sexo.

No que tange ao tipo objetivo, deve-se dizer que a ação tipificada é promover ou facilitar a entrada ou saída no território nacional de pessoa para exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Não se exige a pluralidade de vítimas, sendo irrelevante se a pessoa exercia ou não a prostituição no Brasil. Já no tipo subjetivo, exige-se o dolo, representado pela vontade consciente dirigida à prática da ação tipificada, em qualquer das suas formas, ciente de que a vítima vai exercer a prostituição no país a que se destina, seja no Brasil ou no exterior³¹⁵.

O crime consuma-se a partir do momento da promoção/facilitação da entrada de pessoa no território nacional, ou da saída de pessoa para o exterior a fim de exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, independentemente de que venha, efetivamente, exercê-la. Trata-se a ação penal pública incondicionada.

Diante do exposto, conclui-se:

a) o Art. 206 (aliciamento para o fim de emigração) é ineficaz na promoção

³¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008, 3 v., p.1002.

³¹⁵ Ibid, p.1004.

- dos direitos fundamentais do trabalhador; além do fato do bem jurídico tutelado confessado pela doutrina penal seja de proteger o interesse do Estado e não do trabalhador; exige pluralidade de vítimas, o que, em definitivo, representa uma grave violação dos direitos fundamentais do trabalhador indo de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) o tipo exige a presença de fraude para levar pessoas para o território estrangeiro, conceito que se encaixa no de tráfico de pessoas;
 - c) o tipo previsto no Art. 231 (tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual) está também inserido dentro da temática de tráfico de pessoas, sendo mais eficaz na promoção dos direitos fundamentais do trabalho pelo fato de objetivar tutelar a própria pessoa ao proibir o tráfico de pessoas e não exigir pluralidade de vítimas, sendo, inclusive, a pena muito mais gravosa do que a pena branda previsto no outro artigo;
 - d) o Art. 231 também representa uma forma de tutela mais efetiva em relação ao Art. 206 por aumentar o rol de meios executórios, não se limitando apenas à fraude;
 - e) o Art. 231 ainda não está inserido dentro do contexto Legislativo brasileiro e internacional de tráfico de pessoas, limitando-se, apenas, para o tráfico com a finalidade de exploração sexual, o que abre uma grave lacuna de impunidade ou de branda punidade, pois as demais formas de tráfico se encaixam no conceito do Art. 206, com punição de mera detenção de um a três anos e multa;
 - f) talvez esse seja o crime mais grave e condenável em todo o mundo, em termos trabalhistas e em termos de direitos fundamentais, pois, além de privar a liberdade de trabalho da vítima, priva a sua própria liberdade, tendo que servir e entregar o seu próprio corpo à sorte de outrem, o que representa uma constante e covarde forma de tortura.

Nesse sentido, cabe dizer que o Art. 231, adotando o conceito de tráfico de pessoas, retiraria do Art. 206 a sua relevância, pois estariam, completamente, tuteladas todas as formas de aliciamento ou recrutamento de pessoas para o exterior. Contudo, como se restringe à questão da exploração sexual, perdem força tanto o seu conteúdo como a sua contribuição na tutela dos direitos fundamentais do trabalhador.

4.2.2.7 Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional

O Código de 1940 foi pioneiro ao tratar do tema, tendo em vista que os códigos anteriores não tipificam tal conduta. Vale dizer, que o Código de 1890 criminalizava somente a conduta que aliciasse o trabalhador para deixar o emprego, sob a promessa de recompensa ou ameaça:

Art. 207 – Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Observa-se que a Lei nº 9.777/1988 ampliou a sanção penal e acrescentou ao artigo os parágrafos 1º e 2º, majorando as penas de forma exagerada.

Sem mesmo adentrar a uma análise mais pormenorizada do crime em questão, desde logo se pode dizer que o tipo perdeu a sua razão de ser nesse momento histórico. “Se houve justificativa para a sua existência naquele tempo, na atualidade perdeu a sua razão de ser”³¹⁶. O bem jurídico tutelado é o interesse do Estado em evitar o êxodo de trabalhadores no território nacional, buscando uma ocupação do território mais homogênea, evitando que alguma região fique despovoada em detrimento de outra.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. É um crime comum, pois nenhum atributo ou condição especial é exigido ao agente. O sujeito passivo mediato é o Estado; imediato, qualquer pessoa que, na condição de trabalhador, possa ser aliciado. Bitencourt, na obra pesquisada, muda o seu entendimento em relação ao sujeito passivo antes adotado, mantido por grande parte da doutrina penal, dizendo: “Não nos parece adequado priorizar sempre o Estado em detrimento de direitos sagrados dos cidadãos: por isso, sempre que for possível identificar o titular do direito lesado, será ele o sujeito passivo do crime (...)”³¹⁷.

³¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.496.

³¹⁷ Ibid.

Vale dizer que, finalmente, encontra-se na doutrina penal um posicionamento, ainda que fruto de pensamento modificado, e nesse artigo sem hodierna relevância, que tenha por escopo tutelar o trabalhador e reconhecê-lo como vítima ao revés de o Estado assumir essa posição primária. Para um olhar tutelar trabalhista, esse entendimento seria resultado de um simples raciocínio lógico e direto, isto é, ter o trabalhador como vítima e ponto central da tutela e não o Estado.

O tipo objetivo e subjetivo tem a mesmas lógicas do artigo anterior analisado, mas, aqui, assume a finalidade de recrutamento interno e não externo, ou seja, aliciar trabalhadores dentro do país. Nota-se, novamente, a expressão “trabalhadores”, exigindo mais de três pessoas. Apesar do tipo não prever a fraude pelo menos no *caput*, como no anterior, pune-se a conduta aliciada, não o espontâneo, pois esse é livre e assegurado pela Constituição de 1988.

A consumação é efetivada quando há o convencimento, por parte do agente ativo, do passivo de ser levado de uma região para outra, não necessitando do efetivo êxodo. A ação penal é pública e incondicionada.

Portanto, os Arts. 206 e 231 e o 207 (em questão) e o 231-A, merecem ser analisados em conjunto por representarem formas semelhantes de tutela. Todavia, enquanto o Art. 207 não apresenta nenhum tipo de relevância, o 231-A é de extrema importância em sua ocorrência, mas, a exemplo do Art. 231, preocupa-se apenas com o aliciamento para fim de exploração sexual, deixando de lado outras formas de trabalho forçado que escapam da conotação sexual.

Diante do exposto, conclui-se:

- a) o artigo em comento não tem finalidade de nenhuma natureza para a sociedade; seja pelo descabimento da tutela, seja pela Teoria do Direito Penal Mínimo, seja por não ter razão econômica e territorial; “trata-se, na verdade, de um tipo penal esdrúxulo, desnecessário, superado e, na atualidade, absolutamente injustificado”³¹⁸;
- b) o crime em questão não foi de pronto desconsiderado para fins de análise do presente estudo, porque, em tese, o tipo visa proteger o direito fundamental do trabalhador, em exercer livremente o seu trabalho da maneira e onde quiser, afastando qualquer forma de aliciamento;

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.499.

- c) o tipo penal é letra morta do código e não contribui para a defesa dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador;
- d) ainda que tivesse finalidade, ainda assim teria a sua eficácia relativizada pelo fato de exigir um número mínimo de vítimas, o que evidencia o entendimento de que a vítima primária é o Estado e não o trabalhador;
- e) apesar de ser o tipo penal ainda vigente, absurdo e que nada protege o trabalhador, foi alterado pela lei já citada em 1998, aumentando significativamente a pena, além de criar novos tipos penais natimortos.

Em síntese, ao tratar do deslocamento de pessoas aliciadas com o objetivo de exploração sexual, merece a tutela da norma penal, bem como também protege os direitos fundamentais do trabalho.

4.2.2.8 Redução à condição análoga à de escravo

Esse tipo penal e o seguinte, embora objetos de análise, não estão dentro do título *Dos crimes contra a organização do trabalho* do Código Penal.

Importante alertar que, estando fora desse título, fogem da lógica do grupo de artigos até então analisados, não servindo às exposições de motivos daquela parte do Código Penal já analisada.

Feitas essas explicações metodológicas, passa-se a análise:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Ao iniciar a análise do artigo em questão, deve-se mencionar, primeiro, que a redação vigente foi determinada pela Lei nº 10.803/2003, que modificou a redação anterior, e será objeto de análise específica a seguir.

Em termos históricos, a previsão em relação ao trabalho escravo iniciou com o Código Penal de 1830, em que pese quem punia a escravidão do homem livre, tendo a seguinte redação: “Reduzir à escravidão pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade”. Nota-se que o texto contém uma impropriedade técnica, confundindo uma situação jurídica, que é a escravidão, com a situação fática, que é alguém ser reduzido à condição semelhante à de escravo. No entanto, o Código de 1930 não continha previsão sobre o assunto, sendo o tema abordado com o Código de 1940, com a terminologia mais adequada, conforme se pode observar na transcrição do artigo acima realizado³¹⁹.

Também, como premissa para a compreensão desse artigo, deve-se ter em mente que restam diversas formas de “trabalho escravo” no Brasil. “Em que pesem as disparidades regionais, seja em termos de atividade econômica e desenvolvimento, seja em termos culturais ou físico-geográficos, é possível constatar a presença de trabalho forçado em todas elas”³²⁰.

Naturalmente, a escravidão hodiernamente assume facetas diferentes, dado o contexto histórico, econômico, político, social, ético e moral, em relação ao passado, onde o escravo era considerado coisa aceita pela sociedade, sem necessidade de esconder essa condição. Ao revés, em dada época, possuir escravos era sinal de prestígio, de pertencimento à classe burguesa privilegiada.

Outra premissa é de que o tema em questão é de grande complexidade³²¹ pois envolve diversas estruturas, como psíquica, física, social, moral, dentre outras. E, esta forma de trabalho assume dimensões que extrapolam as situações onde há trabalho com suporte contratual válido, como, por exemplo, o tráfico de pessoas, tema já explorado nesta tese.

O governo brasileiro assumiu, oficialmente, a existência de trabalho forçado perante à OIT, em 1995. Desde então, tem combatido por meio de diversas ações, especialmente, pela criação de um Plano Nacional de Ação contra o Trabalho

³¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.381.

³²⁰ TOLEDO, Tallita Massucci. Contrato de trabalho (?) em condições análogas à de escravo: o paradigma liberal. *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). **Direito penal do trabalho**: reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.221.

³²¹ Para um entendimento mais amplo e completo do tema, que permite, inclusive, uma visão mundial da questão, sugere a leitura do Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho 2005. Aliança global contra o trabalho forçado. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/relatorio/relatorio_global2005.pdf>. Acesso em: 12 jan.2013.

Forçado, que foi implantado em março de 2003.

Nesta esteira, vários outros governos latino-americanos decidiram confrontar o trabalho forçado, especialmente em seus setores agrícolas. Bolívia, Peru e Paraguai deram passos importantes para desenvolver, juntamente com as organizações de trabalhadores e empregadores, novas políticas para combater o trabalho forçado³²².

Os dados oficiais da OIT relatam a plena ocorrência do trabalho forçado no Brasil e no mundo, apresentando os seguintes dados-chave:

- a) existem cerca de 1,3 milhão de trabalhadores forçados na América Latina e no Caribe, de um total de 12,3 milhões em todo o mundo;
- b) 75% dos trabalhadores forçados na América Latina são vítimas de coerção para a exploração do trabalho, enquanto o restante das vítimas estão ou em trabalho forçado pelo estado ou na exploração sexual comercial forçada;
- c) 250.000 trabalhadores forçados, ou 20% do número total na região, foram traficados internamente ou através das fronteiras;
- d) O rendimento estimado derivado do tráfico para trabalho forçado na América Latina e Caribe é de US\$ 1,3 bilhão.³²³

Os dados demonstram que o trabalho forçado é mais comum do que se pode imaginar, pois, negado em um primeiro momento, nega-se a sua existência ou então transfere a sua ocorrência para um território distante do país. No entanto, a escravidão contemporânea manifesta-se na clandestinidade, e é marcada pelo autoritarismo, corrupção, segregação social, racismo, clientelismo e desrespeito aos direitos fundamentais e da personalidade.

Feitas estas considerações preliminares, passa-se à compreensão do tipo. Iniciando pelo bem jurídico tutelado em um primeiro plano é, sem dúvida, a liberdade individual, direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, e a própria dignidade do trabalhador, reconhecidas pelos autores penalistas. No entanto,

³²² Organização Internacional do Trabalho. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 2005. Aliança global contra o trabalho forçado. p.14. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/relatorio/relatorio_global2005.pdf>. Acesso em: 12 jan.2013.

³²³ OIT - Organização Internacional do Trabalho. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 2005. p.17. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/relatorio/relatorio_global2005.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

vislumbra-se outros bens jurídicos protegidos, como a saúde, a vida e a segurança do trabalhador em trabalhar livremente.

Em relação à proteção à dignidade:

Reduzir alguém à condição análoga à de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os seus valores éticossociais, transformando-o em res, no sentido concebido pelos romanos. Embora também se proteja a liberdade de autolocomover-se do indivíduo, ela vem acrescida com outro valor preponderante, que é o amor próprio, o orgulho pessoal, a dignidade que todo indivíduo deve preservar enquanto ser, feito à imagem e semelhança do Criador³²⁴.

Como foi mencionado, o bem jurídico tutelado refere-se à dignidade humana, pois protege o direito da pessoa em viver livremente, tendo liberdade de escolher o seu labor e ter a garantia de que ao trabalhar, este deve ser digno, isto é, dentro das regras estabelecidas pela Legislação do Trabalho.

Ao tutelar a dignidade do trabalhador, e a sua liberdade, está também protegendo a sua saúde física e mental, pois a maneira como o trabalho será desenvolvido deve obedecer à legislação como, por exemplo, a limitação da jornada de trabalho.

Além disso, é tutelada a segurança jurídica do trabalhador, em saber que é livre para trabalhar, ou seja, escolher o seu trabalho, bem como decidir pela manutenção do vínculo de trabalho, de acordo com a sua única e exclusiva vontade. Por outro lado, a segurança aludida também está no fato de que o empregador deverá seguir o contrato de trabalho existente dentro dos limites legais previstos.

Outro ponto que merece destaque nesta análise é a expressão “redução a condição análoga à de escravo”. O próprio *caput* do artigo e seu parágrafo 1º tentam conceituar o que vem a ser esta condição análoga, configurando o tipo penal à ocorrência das seguintes hipóteses:

- a) trabalho forçado;
- b) jornada de trabalho exaustiva;
- c) condições degradantes de trabalho;
- d) restringir por qualquer meio a locomoção do trabalhador em virtude de dívida contraída com o empregador ou o seu preposto;

³²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.381.

- e) cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, a fim de mantê-lo em seu local de trabalho;
- f) manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com a finalidade de retê-lo em seu local de trabalho.

Não há na Legislação Trabalhista ou mesmo fora dela conceito preciso ou unânime acerca do que vem a ser exatamente a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo. Certo é de que “não se trata redução à escravidão, que é um conceito jurídico segundo o qual alguém pode ter o domínio sobre outrem”³²⁵.

Dessa forma, para configurar o crime previsto à uma situação fática, deve, necessariamente, enquadrar-se à uma das situações previstas acima. Vale dizer que algumas das hipóteses apresenta um conceito aberto, ou seja, a ser construído no caso concreto, como a hipótese da condição degradante de trabalho, onde também não se tem um conceito específico do que vem a ser condição degradante.

É oportuno dizer que, apesar de não haver um conceito trabalhista unânime sobre o que vem a ser a redução do trabalhador a situação análoga à de escravo, a Convenção 29 da OIT, aprovada pela 14^o Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no dia 28 de junho de 1930, com vigência nacional em 25 de abril de 1958, trata do trabalho forçado ou obrigatório, hipótese encontrada no tipo penal sob análise. No Art. 2^o da Convenção no item 1 traz o seguinte conceito:

Para os fins da presente convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade³²⁶.

De acordo com o conceito acima, trabalho forçado ou obrigatório é aquele onde o trabalhador entrega a sua força de trabalho não por livre e espontânea vontade, mas sim em virtude de ameaça.

Sobre o trabalho forçado, há também a Convenção 105 da OIT, aprovada na 40^a Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no dia 28 de julho de 1957, com vigência nacional em 18 de outubro de 1966, a qual compromete os membros da OIT a abolir o trabalho forçado ou obrigatório, bem como adotar

³²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.382.

³²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009, p.62.

medidas eficazes, no sentido da abolição imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório.

Art. 1º Qualquer membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma:

- a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestam sua oposição ideológica, à ordem política, social ou econômica estabelecida;
- b) como método de mobilização e utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) como medida de disciplina de trabalho;
- d) como punição por participação em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa³²⁷.

A OIT, por meio desta convenção, visa repelir ou abolir toda e qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório, seja qual for o propósito, e por meio das alíneas do artigo prevê hipóteses negativas dessa forma de trabalho.

Todavia, para fins de cometimento do crime em análise, é necessária a adequação típica onde reduzir significa sujeitar uma pessoa a outra, em condição semelhante à de escravo, isto é, a condição deprimente e indigna. Consiste em submeter alguém a um estado de servidão, de submissão absoluta, semelhante, comparável à de escravo. É, em termos bem esquemáticos, a submissão total de alguém ao domínio do sujeito passivo, reduzindo-o à condição de coisa³²⁸.

O tipo objetivo, entendido pelo autor supracitado, acaba por conceber a antiga concepção de trabalho escravo, ou seja, a submissão total de alguém ao domínio sujeito passivo, sendo considerado esse sujeito como coisa.

No entanto, o mesmo autor admite que “é irrelevante que a vítima tenha ou disponha de relativa liberdade, pois esta não lhe será suficiente para libertar-se do jugo do sujeito ativo”³²⁹. Assim, entende-se que basta que a vítima tenha a sua liberdade restringida, ou seja, não sendo submetida, totalmente, ao domínio do sujeito ativo para que se configure o crime.

Quanto aos meios e modos de execução, menciona-se que não há modo ou meio específico, não havendo limitação legal nesse sentido.

Quanto ao tipo subjetivo, esse é representado pelo dolo, que pode ser direito ou eventual, considerado livre e consciente de subjugar determinada pessoa,

³²⁷ Ibid. p. 219-220.

³²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.383.

³²⁹ Ibid. p.383.

suprimindo-lhe, faticamente, a liberdade, embora esta remanesça, de direito. Vale dizer que, pela natureza do bem jurídico e ainda por tratar-se de crime afeto ao Direito do Trabalho, o consentimento do ofendido é irrelevante, pois, se assim não fosse, ficaria estimulada à ocorrência do crime em questão.

O crime consuma-se “quando o agente reduza a vítima à condição semelhante à de escravo, por tempo juridicamente relevante, isto é, quando a vítima se torna, totalmente, submissa ao poder de outrem”³³⁰. A tentativa é possível com a prática de atos de execução, sem chegar à condição humilhante da vítima, por razões alheias à sua vontade, como na prisão em flagrante do agente ativo.

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição especial, o que indica que esse crime incide nas relações de trabalho em sentido amplo. A ação penal é pública incondicionada.

Ao analisar as inovações da Lei nº 10.803/2003, Bitencourt faz relevantes críticas, especialmente, a respeito das limitações trazidas com a nova redação ao tipo:

a) limitações consagradas: apesar de não desejadas pelo legislador, pois objetivou-se com a alteração legislativa de reforçar a proteção do trabalhador, o legislador restringiu o alcance do tipo penal anterior: de crime de forma livre, passou a ser especial, quer pela limitação do sujeito passivo, quer pelos meios ou formas de execução, que passaram a ser específicas. Antes, qualquer pessoa podia ser sujeito passivo deste crime; agora, somente o empregado ou trabalhador (*lato sensu*). Quanto à forma de execução, antes era crime comum, e sua execução era de forma livre; agora somente pode ser praticado segundo as formas previstas no *caput* e parágrafo primeiro³³¹.

Como se pode observar, a alteração operou a limitação de quem pode ser vítima do crime, bem como exige somente as formas trazidas no Art., parágrafo 1º, para configurar o crime de redução à condição análoga à de escravo.

Diante da análise do tipo penal, bem como da temática relativa à condição análoga à de escravo, permite-se elaborar as seguintes conclusões:

- a) esse tipo penal contribuiu, diretamente, para a garantia do trabalho livre e em condições dignas, ou seja, protege os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador;

³³⁰ Ibid. p.384.

³³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.388.

- b) a temática é bastante complexa, e o mais importante é o combate a esse tipo de trabalho e não exatamente à punição, devendo o Direito Penal ser utilizado como última *ratio* para combater essa forma de trabalho³³²;
- c) a terminologia é confusa, pois a OIT adota a expressão trabalho forçado ou obrigatório em suas Convenções nº 29 e 59, ao passo que no escritório da OIT, no Brasil, a expressão empregada é trabalho escravo e forçado, e em sua maioria apenas trabalho escravo; no tipo penal, a expressão é redução à condição análoga à de escravo, indicando as hipóteses ou situações que dão ensejo à redução, como, por exemplo, o próprio trabalho forçado; a terminologia que parece ser a mais adequada, após toda a análise do tema, é trabalho escravo por representar o gênero de um trabalho em que a liberdade do indivíduo é suprimida ou colocado em situações não condizentes com a sua dignidade; portanto, o trabalho escravo indica um conceito aberto que permite que outras futuras situações possam ser enquadradas como tal, sendo um conceito a ser constantemente construído e, naturalmente, ao utilizar a expressão trabalho escravo está se colocando em um contexto hodierno, atento às formas de escravidão contemporâneas, não limitando, mas também não excluindo o conceito “clássico” de escravidão;
- d) ao compreender a análise do tipo penal por autores do Direito Penal, percebe-se a latente necessidade de autores do Direito do Trabalho, ou idealmente de autores que compreendam o entrelaçamento desses dois ramos, contribuir nessas análises, pois, por vezes, percebeu-se desconhecimento da realidade trabalhista ou mesmo contradição nos comentários do tipo. Exemplo desse fato é de que, apesar da ocorrência generalizada de trabalho escravo no Brasil, demonstrada ainda que de forma desigual ao falar das condições desumanas de prestação de serviços, Bitencourt assevera que “ainda hoje esse crime ocorre, com frequência, em fazenda ou plantações distantes, sem falar nos sertões

³³² Neste sentido o texto de James L. Bischoff — *Forced Labour in Brazil: International Criminal Law as the Ultima Ratio Modality of Human Rights Protection* — contribuiu para essa conclusão, por isso recomenda-se a leitura na íntegra. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/documentos/bischoff_brazilian_forced_labour_lji_l_mar_2006.pdf>. Acesso em: 13 jan.2013.

nordestinos”³³³; ou seja, ainda trabalha com a ideia de que o trabalho escravo ocorre em situações distantes da realidade, em plantações distantes e no sertão nordestino, o que demonstra desconhecimento do mundo do trabalho;

- e) apesar de entender que não se pode tentar banalizar a ocorrência desse tipo penal, ou seja, não se pode diante de um descumprimento de Lei Trabalhista ou de situações esporádicas ou altamente subjetivas tentar enquadrá-las como crime, as hipóteses previstas no tipo conseguem atingir um grande universo de situações, especialmente naquelas que são consideradas como conceitos abertos, como condição degradante, jornada exaustiva e trabalho forçado; assim, tais hipóteses deveriam ser mais exploradas e utilizadas pelos trabalhadores, ou por seus procuradores, para evitar ou reparar situações que se enquadraram como crime, pois o que está se protegendo é a sua dignidade, direito fundamental e de sua personalidade.

Enfim, no que tange à contradição, coloca-se que ao analisar o tipo objetivo do crime, a adequação típica se dá com a “submissão total de alguém ao domínio do sujeito passivo, reduzindo-o à condição de coisa”³³⁴. Esta afirmação limita a ocorrência do crime, já que existem outras formas reconhecidas pelo *caput* e pelo parágrafo 1º do artigo que não exigem, obrigatoriamente, a redução do trabalhador à condição de coisa, remetendo ao conceito antigo de trabalho escravo. A jornada exaustiva e condições degradantes, por exemplo, não precisam significar, obrigatoriamente, que o trabalhador seja reduzido à condição de coisa para configuração do crime, bastando apenas no primeiro caso o trabalhador ser exposto, por certo período, a jornadas exaustivas ou em péssimas condições de trabalho no segundo caso. Ainda, reforçando a contradição, o próprio autor afirma em outro momento “ao referir-se à condição análoga à de escravo, fica muito claro que não se trata de redução à escravidão”³³⁵. Isto demonstra que o tipo objetivo deve ser mais abrangente e condizente com o texto legal.

³³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.383.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Ibid, p.382.

4.2.2.9 Assédio sexual

Antes de iniciar propriamente a análise do artigo em questão, há que se fazer uma breve contextualização do que é assédio sexual nas relações de trabalho.

Há que se esclarecer, também, que esse tipo penal incide apenas nas relações de trabalho, embora existam diversas outras relações sociais em que esse tipo de assédio pode ocorrer em virtude de o sujeito assediador ocupar posição não obrigatoriamente de maior hierarquia, mas de maior status em relação ao assediado.

Contudo, como o tipo é exclusivo para a relação laboral, este se torna um protetor dos direitos fundamentais e da personalidade nesta relação, como dita o Art. 216-A e as alterações aditadas com a Lei nº 10.224/2001:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos
Parágrafo único. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

A compreensão do assédio moral e os seus efeitos é altamente complexa, pois extrapola o âmbito jurídico, envolvendo outras ciências, como a medicina e psicologia, pois trata de questões de natureza psíquica, física, moral e social:

o problema do assédio sexual no trabalho não é novo; nova é a discussão acerca do tema, que se tornou, nos últimos anos, forte preocupação social devido aos impactos extremamente negativos que causa na saúde e no bem-estar da vítima. Uma série de problemas de ordem psicológica desencadeia-se a partir dessa tão destrutiva experiência humana. Por isso, médicos, psicólogos, sindicatos, profissionais juslaboralistas, em nível mundial, começam a voltar seus estudos para esse grave fenômeno, demonstrando a preocupação com a efetiva tutela dos interesses das pessoas envolvidas nessa relação³³⁶.

Essas considerações mostram como o problema do assédio sexual é preocupante, pois a sua ocorrência não é negativa somente na esfera laboral, mas também para toda a sociedade, porque as suas consequências apenas iniciam na esfera do trabalho, ferindo os direitos fundamentais e da personalidade.

³³⁶ ÁVILLA, Rosemari Pedriotti de; AUGUSTIN, Sérgio. Assédio sexual nas relações de trabalho: agressão a direitos fundamentais. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, nº 1, jan./jul. 2007, p.103.

As mulheres são, geralmente, as maiores vítimas, não obstante o assédio sexual poder ter como agente assediante a mulher em relação ao homem, mulher em relação a mulher e homem em relação ao homem, dada à diversidade de orientação sexual:

a mulher está mais sujeita ao assédio sexual em todas as carreiras e isso se deve, principalmente, à cultura brasileira de "objetificação do corpo feminino" e pela ideia enganosa de que mulheres "dizem não querendo dizer sim", já que esse tipo de mentalidade, infelizmente, permeia toda a sociedade, independente da condição social ou do nível de escolaridade³³⁷.

Anote-se, portanto, que as mulheres são as maiores vítimas, embora representem 50% da força de trabalho no país, basicamente por razões culturais, especialmente, ligadas ao machismo e à objetificação do corpo feminino.

Na realidade, ainda que o número de ocorrências no Brasil chegue a mais de 50% dos casos de violência contra a mulher (estatísticas da OIT registram que 52% das mulheres já sofreram assédio sexual no Brasil), a punição é quase inexistente, especialmente pela dificuldade de prova³³⁸.

Maria Cristina Peduzzi, ministra do TST, assevera: "Aqui no Tribunal [do Trabalho] se julguei dois ou três casos nos últimos anos foram muitos, até pela dificuldade da prova. Já assédio moral são muitos, cada dia mais"³³⁹.

Portanto, cabe reconhecer, se no âmbito trabalhista, norteados por princípios protetivos, a legislação protetiva, lógica processual própria e no caso de indenização e configuração, competência de processamento e julgamento da Justiça Especializada, não existe a devida punição, na esfera penal, com a sua lógica própria, especialmente quanto ao completo e correto enquadramento no tipo penal

³³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SECOM- Secretaria de Comunicação Social. A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras. Texto publicado no site em do TST em 03/11/2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fmaterias-especiais%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: 12 jan.2013.

³³⁸ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006, p.65.

³³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social. Ministra Cristina Peduzzi fala sobre assédio sexual e assédio moral. Entrevista. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/ministra-cristina-peduzzi-fala-sobre-assedio-sexual-e-assedio-moral?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fmaterias-especiais%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: 12 jan.2013.

cabal, passando pelo campo probatório, a devida punição é praticamente inexistente.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento corrobora esta situação, quando observa que o assédio sexual passou a ser considerado crime com a Lei nº 10.224/2001, que inseriu o Art. 216-A no Código Penal com “o tema ainda é recente em nosso país e as ações judiciais existentes são poucas e não permitiram uma elaboração de jurisprudência capaz de oferecer elementos sólidos para conclusões seguras³⁴⁰”.

O conceito de assédio sexual segundo Heinz Leymann³⁴¹ é “o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação, e/ou ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a perda do emprego ou de benefícios³⁴²”.

Assim sendo, verifica-se a necessidade da condição de superioridade hierárquica com o objetivo de obter favores sexuais mediante ameaças, chantagens ou promessas. Pode-se dizer que esse tipo de assédio ocorre entre desiguais porque

tem natureza vertical descendente, sempre ocorrerá de um superior em relação a um subordinado e acontecerá num ambiente de trabalho, por ter a ver com ele e significar exatamente uma moeda de troca, por isso o constrangimento. Se acontecer com um colega de trabalho, o empregado pode não aceitar, mas se depender daquele emprego para manter a família, irá pensar duas vezes em romper o vínculo. Então, o assédio sexual sempre ocorrerá entre desiguais, do ponto de vista hierárquico³⁴³”.

Além do fato de ser um fenômeno dependente de uma determinada condição hierárquica como visto acima, e servir como moeda de troca para o ambiente laboral, o constrangimento é a base da sua configuração, pois onde há

³⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.521.

³⁴¹ Apesar da vasta oferta doutrinária acerca do conceito de assédio sexual, adotou-se o emitido pelo psicólogo alemão Heinz Leymann, pelo fato de ser o pioneiro a estudar, na Suíça, nas grandes organizações, o comportamento dos empregados, na década de 1980, identificando o fenômeno (a fragilidade da autoestima em relação a determinados empregados que afetava a produtividade).

³⁴² LIPPMANN, Ernest. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 95.

³⁴³ Tribunal Superior do Trabalho. SECOM - Secretaria de Comunicação Social. Ministra Cristina Peduzzi fala sobre assédio sexual e assédio moral. Entrevista concedida ao TST. Disponível em: http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/ministra-cristina-peduzzi-fala-sobre-assedio-sexual-e-assedio-moral?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fmaterias-especiais%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2. Acesso em: 12/01/2013..

consentimento não há não aceitação. “Explicita-se como manifestação de intenção sexual sem receptividade do assediado, de modo a cercear a sua liberdade de escolha, a ponto de atingir a sua dignidade, o que difere de pessoa para pessoa, como das circunstâncias de cada caso”³⁴⁴

Esse modo de constrangimento é elemento central da definição do Ministério do Trabalho e Emprego sobre o assédio sexual: “assédio sexual no ambiente de trabalho consiste em constranger colegas por meio de cantadas e insinuações constantes, com o objetivo de obter vantagens ou favorecimento sexual”³⁴⁵.

O assédio sexual já era considerado como ilícito trabalhista no contexto da CLT, Art. 483, ao proibir a prática de atos que atentem contra a honra e boa fama do empregado, antes mesmo da tipificação penal ocorrida com a Lei nº 10.224/ 2001.

Em relação à natureza do ilícito penal, entende-se que

o assédio sexual, enquanto ilícito, deve ser considerado como uma violação ao postulado dogmático da liberdade sexual, não devendo ser encarado como uma reles "infração moral", até mesmo porque, no âmbito das relações sociais, os limites da juridicidade e da moralidade são muito tênues.

Portanto, o que se busca tutelar é a liberdade sexual consagrada pela Constituição Federal de 1988, e não a punição de uma conduta moralmente reprovável. O que se protege vai muito além do campo da moral, porque tutela-se um direito fundamental e da personalidade, qual seja da disposição livre do próprio corpo, como liberdade no exercício do trabalho, autodeterminação no trabalho e não discriminação no trabalho.

Nesse sentido, Coutinho contribui para precisar a tutela pretendida pelo tipo

a hostilidade, intimidação, humilhação ou constrangimento, de natureza sexual, sofrido pela pessoa assediada constituem-se em atos ilícitos, violadores dos direitos da personalidade notadamente aqueles referentes à integridade moral – direito à honra, ao recato à liberdade sexual e à imagem – e à não discriminação que se encontram protegidos pela ordem constitucional³⁴⁶.

O assédio sexual é um fenômeno pelo qual uma pessoa, hierarquicamente

³⁴⁴ NASCIMENTO, *op. cit.*, p.519.

³⁴⁵ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Assédio moral e sexual no trabalho**. Assédio moral e sexual no trabalho – Brasília : MTE, ASCOM, 2009, p.34.

³⁴⁶ COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Assédio sexual no trabalho. **Justiça do Trabalho**, a. 21, nº 243, mar. 2004, p. 52.

inferior ao assediante, é constrangida ao fornecimento de favores sexuais, mediante promessas ou ameaças e chantagens, o que fere a dignidade do trabalhador, os seus direitos fundamentais e da personalidade.

Feito esse necessário retorno às notas introdutórias ao tema, que permitiram compreender, ainda que parcialmente, o assédio sexual no mundo do trabalho, pode-se com maior propriedade analisar o tipo penal em comento.

Para tanto, parte da doutrina penal para análise dos tipos penais até então analisados pela escassez de análises oriundas de autores do Direito do Trabalho, ou de autores que compreendem os dois ramos, os autores de Direito Penal do Trabalho.

Assim, deve-se iniciar pela lógica encontrada por parte relevante da doutrina penal, na qual se incluem Bitencourt e Greco, os quais entendem que esse tipo penal é desnecessário, impertinente e inútil:

Muito se tem criticado essa nova figura típica. Primeiramente, são pouquíssimos os casos a respeito de fatos que, em tese, poderiam constituir o delito em estudo, sendo certo que o Direito Penal não pode e não deve cuidar de situações excepcionais, dada sua própria natureza de *extrema ratio*³⁴⁷.

Como visto, no entendimento dos autores referidos, o assédio ocorre de forma rara nas relações de trabalho, não devendo, por isso, o Direito Penal se ocupar desse fato. Argumentam, ainda, que já existem outros crimes previstos no Código Penal que oferecem proteção suficiente para a prática delituosa em questão e o definido pelo princípio da intervenção mínima.

Ao arrematar a análise da criação do tipo penal em questão, Bitencourt afirma, textualmente, que a criminalização do assédio sexual, provavelmente, deverá fundamentar denúncias caluniosas, especialmente nas demissões sem justa causa.

Para comprovar as afirmações feitas nos parágrafos anteriores, julgou-se por pertinente transcrever os argumentos basilares da não criminalização do assédio sexual em relação:

³⁴⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v.3. p.523.

a) à proteção suficiente pelos tipos penais já existentes:

Não questionamos a relevância dos bens jurídicos tutelados – liberdade sexual, discriminação nas relações trabalhistas, honra e dignidade pessoais –, merecedoras, sob todos os aspectos, de proteção jurídica. Discutimos, na verdade, a necessidade, pertinência e utilidade da criminalização desse tipo de comportamento, que, jurídica e eticamente censurável, já encontra suficiente proteção em nosso ordenamento jurídico (nos setores civil, trabalhista, administrativo), inclusive na área criminal, por meio de algumas figuras delitivas, tais como constrangimento ilegal (Art.146), ameaça (Art. 147), violação sexual mediante fraude (Art. 215), importunação ofensiva ao pudor (Art. 61 da LCP), perturbação da tranquilidade (Art. 65 da LCP); de *lege ferenda*, ainda poderia receber melhor tratamento na seara do direito trabalhista – para a iniciativa privada – e do direito administrativo, para o âmbito do setor público³⁴⁸.

b) ao princípio da intervenção mínima:

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. (...) antes de recorrer ao Direito Penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social. No entanto, os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como o de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição como princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas também a sanção criminal, que acaba perdendo a força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos. A criminalização do “assédio sexual” insere-se nesse contexto, além de, provavelmente, vir a fundamentar muitas denúncias caluniosas, especialmente nas demissões sem justa causa.³⁴⁹

c) ao significado jurídico do assédio sexual:

A popularização do famigerado assédio sexual, que passou a ter um sentido técnico-jurídico específico e bem limitado – constrangimento (indevido) de subordinado com o intuito de obter favores sexuais – traz em seu bojo um grande desserviço à sociedade brasileira, vulgarizando a violência sexual: popularmente, os crimes sexuais graves – estupro e atentado violento ao pudor – já estão sendo noticiados pela grande mídia como simples “assédios sexuais”! Essa confusão ocorre porque os “donos da verdade” – formadores de opinião –, que têm a convicção de saber e conhecer tudo confundem todos os crimes sexuais com a novel infração³⁵⁰.

A fim de manter a metodologia adotada para análise de todos os tipos penais analisados, as críticas e/ou conclusões serão deixadas para o final da análise do tipo, pelo motivo pelo qual se dá a continuidade à análise.

³⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.32.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ Ibid. p.33.

Como já foi demonstrado nas notas iniciais sobre o assédio, o bem jurídico tutelado imediato é a liberdade sexual de ambos os sexos, diferente do estupro, por exemplo, onde somente a pessoa do sexo feminino é protegida. Também mediamente protege-se “a honra e a dignidade sexuais são igualmente (...) e, por fim, a dignidade das relações trabalhista-funcionais também assumem a condição de bem jurídico penalmente protegido(...)”³⁵¹. Sob a ótica do autor, tutela-se a liberdade sexual, a honra e a dignidade sexual e a dignidade nas relações de trabalho.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, tanto em relações hetero quanto homossexual. Todavia, deve possuir condição hierárquica superior em relação ao sujeito passivo. A ausência de vínculo laboral ou funcional, entre assediante e assediado, torna a conduta atípica pelo menos em relação a esse tipo penal.

Em relação ao sujeito passivo, deve-se dizer que esse pode ser qualquer pessoa, de qualquer sexo, desde que se encontre em condição subalterna em relação ao sujeito ativo. Portanto, não se enquadra como sujeito passivo nesse crime colegas de trabalho, enfim pessoas que estão no mesmo nível hierárquico, pois falta o elemento da condição hierárquica, ainda que se mantenha o constrangimento e objetivo de favor sexual.

O tipo objetivo tem como núcleo do tipo o verbo “constranger”. “Seria natural esperar que a conduta de eventual agente desse crime fosse representada pelo verbo ‘assediar’, que no idioma pátrio tem o significado de ‘perseguir com insistência’. No entanto, o legislador preferiu, como fez no passado, nas hipóteses dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (Arts. 213 e 214) utilizar como verbo nuclear ‘constranger’ (...)”³⁵². Tal qual nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, “constranger” tem o significado de “obrigar”, “forçar”, “compelir”, “coagir alguém a fazer ou não fazer alguma coisa”

Todavia, o autor supratranscrito chama a atenção para o fato de haver uma imprecisão textual no tipo penal, pelo fato de o verbo ‘constranger’ ser duplamente transitivo, isto é, exige objeto direto e indireto. Em relação ao objeto direto, a redação é adequada porque responde com a palavra “alguém”. O problema fica pelo

³⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.34.

³⁵² Ibid. p.36.

fato do texto, como redigido, não apresentar o objeto indireto, ou seja, não responde à questão: constranger alguém a fazer ou deixar de fazer o quê?³⁵³

Assim, como solução diante da dificuldade linguística, Bitencourt resolve, afirmando que “na verdade, essa construção gramatical nos obriga a interpretar o verbo ‘constranger’ com o sentido de ‘embaraçar’, ‘acanhado’, ‘criar uma situação’ ou ‘posição constrangedora para a vítima’, que lhe dá, segundo a definição clássica, a conceituação de crime formal”³⁵⁴.

Assim, pode-se dizer que para a consumação do crime basta o constrangimento, não sendo necessária a obtenção da vantagem ou favorecimento sexual, ou seja, não é exigida a prática de atos libidinosos entre autor e vítima, como também não é exigido o emprego de violência ou grave ameaça, diferentemente do estupro e atentado violento ao pudor.

Vale dizer, que o tipo não prevê qualquer meio ou modo para a execução do tipo penal, que, por isso mesmo, tem forma livre, isto é, pode ser praticado por qualquer meio ou forma. Bitencourt defende, inclusive, a possibilidade do emprego de violência ou grave ameaça à pessoa³⁵⁵, em que pese Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha e Valério de Oliveira Mazzuoli³⁵⁶, não concordem com o emprego destas formas, pois, se admitidas fossem, estar-se-ia diante do crime de estupro. Independentemente dessa discussão, o fato é que o tipo não exige meio ou modo de execução específico, portanto a forma de violência empregada, no caso concreto, é que permitirá enquadrar no tipo penal de estupro ou assédio sexual. E, também, é preciso ter cautela para verificar se a conduta do agente enquadra-se como um constrangimento criminoso ou uma situação constrangedora, um dissabor. Nesse sentido, “é preciso bom senso para distinguir o constrangimento criminoso do simples *flert*, do gracejo, da ‘paquera’. Nem toda ‘abordagem’ é assédio”³⁵⁷.

Quanto à abrangência da tipificação, defende-se que sempre onde houver condição de superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício do

³⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.37.

³⁵⁴ Ibid., p.38.

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ GOMES, Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**: sequestro relâmpago (Lei 11.923/2009), celular (Lei 12.012/2009), crimes contra a dignidade sexual (Lei 12.015/2009), mandado de segurança (Lei 12.016/2009), mendicância (Lei 11.983/2009). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.46.

³⁵⁷ Ibid.

trabalho poderá estar diante do crime em questão. Assim, entende-se que não somente na relação de emprego pode ocorrer o referido assédio, mas também em relações de trabalho em sentido amplo, onde houver esta condição, ainda que implícita ou resultante da própria relação, como, por exemplo, no caso do empregado doméstico e da diarista (prestadora de serviço).

O elemento subjetivo geral é dolo, constituído pela vontade livre e consciente de constranger a vítima, com o fim inequívoco de obter-lhe favores sexuais. Todavia, “como a lei não diz a que o agente constrange alguém, a definição de dolo fica altamente prejudicada, sendo salva apenas pela exigência legal do elemento subjetivo especial do injusto, que não se confunde com o dolo”³⁵⁸.

Desta forma, o constrangimento ilegal, especificado no tipo, tem o fim específico de obter vantagem ou favorecimento sexual; esse é o elemento subjetivo especial, embora não necessite ser realizado, bastando a intenção do agente.

Como a consumação exige o constrangimento e não a obtenção da vantagem ou do favorecimento sexual, em tese a tentativa é admitida, porém sendo muito difícil comprovar a sua ocorrência. Esta hipótese, teoricamente, possível seria no caso “muito pouco provável, o constrangimento for feito por escrito, vídeo ou qualquer outro meio do gênero, é interceptado por terceiro, antes de a vítima tomar conhecimento.”³⁵⁹. A ação penal é pública condicionada.

Uma vez cumprida a missão de analisar o tipo e de contextualizar o conceito de assédio sexual no mundo do trabalho, é chegado o momento das conclusões:

- a) o tipo penal do assédio sexual é o único tipo que envolve, especificamente, a relação de trabalho, isto é, onde o sujeito ativo e passivo deve estar na mesma relação;
- b) dada à complexidade e relevância do tema – assédio sexual – a sua criminalização é mais uma forma de garantir o respeito à dignidade humana, os direitos fundamentais já analisados e os direitos da personalidade do trabalhador; a crítica veemente de alguns penalistas em relação à criminalização desse tipo de assédio representa apenas o desconhecimento das relações laborais no campo fático (parecem ignorar que essa conduta é comum no universo, distante para eles, trabalhista

³⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.44.

³⁵⁹ Ibid.

onde as mulheres são as maiores vítimas, eis que 52% já foram assediadas pelos dados apresentados pela OIT; e que os reflexos ou as consequências dessa conduta atingem, de forma prolongada, a dignidade da pessoa, o direito à liberdade sexual, livre disposição do próprio corpo, saúde, liberdade de trabalho, todos, sem dúvida, bem jurídicos de extrema importância em relação ao grau de proteção. Sem falar nos diversos efeitos danosos à própria relação de trabalho como o trabalhador se ver obrigado a informar à sua demissão) e no campo jurídico (ignoram o próprio direito do trabalho, pois esse direito é, por sua natureza, protetivo e tutelar, com princípios e regras específicas, tendo à sua própria *ratio*, e por isso nada mais relevante e necessária a contribuição do Direito Penal para garantir a proteção do trabalhador nesse sentido); de modo que cabe, novamente, concordar com a afirmação de Bitencourt:

(...) os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como o de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição como princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas também a sanção criminal, que acaba perdendo a força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos. A criminalização do “assédio sexual” insere-se nesse contexto³⁶⁰.

Embora, com a devida vênia ao referido autor, não se pode concordar que não seja, penalmente, relevante e merecedora de punição a conduta de uma pessoa que se aproveita de sua situação privilegiada na relação de trabalho para obter vantagem ou favorecimento sexual, tornando a vida do assediado um verdadeiro pesadelo, cujos reflexos serão sentidos em diversas esferas da vida da vítima, como familiar, profissional e emocional, pois não se pode concordar que, em nome do princípio da intervenção mínima, essa conduta não mereça tipificação no Direito Penal, pois esse princípio não significa “nada mais criminalizar” como quer fazer parecer o autor; além disso, é lamentável que autores de notoriedade e respeito tenham essa posição que reflete a mentalidade arcaica e desconectada em relação às relações de trabalho, cujo exemplo corolário foi a afirmação de que, ao criminalizar, estar-se-ia abrindo ampla possibilidade para

³⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v., p.33.

denúncias caluniosas feitas, principalmente, por empregados dispensados sem justa causa; há que se lembrar, ainda, que além da tutela de todos os bens jurídicos já mencionados, o bem jurídico tutelado também fundamenta-se na proibição de discriminação de qualquer natureza garantida pela Magna Carta de 1988, uma vez que a discriminação é elemento pertencente à figura do assédio sexual;

- c) a prova nesse tipo de crime é bastante difícil porque, geralmente, o assédio ocorre verbalmente apenas na presença da vítima ou ainda de forma mais silenciosa por meio de gestos, olhares, enfim de outras formas que possibilitem a configuração do constrangimento criminoso; por decorrência em muitas situações, é possível que haja o referido assédio, mas que o agente delituoso não sofra punição pelo fato da dificuldade de obtenção da prova, e pelo fato da grande exposição da vítima perante a sociedade;
- d) como o tipo objetivo consiste em constranger, ou seja, não há necessidade de haver ato libidinoso, deve-se ter muita cautela ao enquadrar os fatos geradores do suposto delito ao grave crime de assédio sexual. Portanto, concorda-se com os autores de que não é qualquer ato de gracejo, galanteio ou paquera que imediatamente configura-se o crime: a conduta deve resultar na vítima uma sensação de constrangimento a tal ponto que fique insuportável a relação de trabalho, seja pelo ambiente laboral criado em virtude dessa conduta, seja pela ameaça ou promessa como resposta ao objetivo pretendido, como obtenção de vantagem ou favorecimento sexual;
- e) trata-se de um tipo penal que gera bastante divergência doutrinária e crítica dos doutrinadores penalistas sobre diversos assuntos, como em relação à própria criminalização do assédio sexual, o constrangimento como forma de consumação do crime e os meios executórios; em relação aos meios executórios, apoia-se a tese defendida por Bitencourt de que é possível haver violência ou grave ameaça à pessoa para haver o constrangimento, sem que resulte uma violência ou ameaça a tal ponto que se esteja diante do crime de estupro, onde o constrangimento fique em segundo plano e a conduta principal seja obrigar a vítima, por exemplo, a ter conjunção carnal;

- f) apesar da apontada falha legislativa em relação ao deixar de dizer o objeto indireto, o constrangimento feito por pessoa, aproveitando-se de condição hierárquica superior ou condição privilegiada a outra com o objetivo de obter vantagem ou favorecimento sexual, basta para configurar o crime, o que não prejudica o objetivo da tutela, ou seja, de assegurar o bem jurídico da não discriminação e liberdade sexual, dentre outros;
- g) entende-se também que o crime em questão, como já foi mencionado, é aplicável em qualquer relação de trabalho, onde haja um grau de hierarquia, ou então condição privilegiada do assediador no contrato laboral, e que a ameaça ou a promessa feita por esse coloque em risco o trabalho da vítima no primeiro caso, ou então que tenha benefícios na relação de trabalho no segundo. Portanto, não se concebe que o tipo penal seja aplicável somente na relação de emprego;
- h) nesse tipo penal, que é o único específico para a relação laboral, evidenciou-se ainda mais o raciocínio penal em regular matérias afetas ao mundo do trabalho que pode ser entendido como exclusivo e excludente, porque ignora ou despreza a realidade do mundo do trabalho ou mesmo o conceito de assédio e as suas consequências, ao ponto de levar alguns autores a entender pelo não cabimento da criminalização ou ainda de ser uma forma de aproveitamento do empregado dispensado fazer falsas acusações contra o seu empregador.

Para encerrar esses apontamentos conclusivos, entende-se que já, nesse ponto, a lógica penal não permite vislumbrar possibilidades de criminalizar condutas afetas, exclusivamente, à relação laboral.

4.2.3 Legislação esparsa

Na legislação esparsa ou extravagante, foram identificadas três leis que preveem tipos penais incidentes na relação de trabalho e visam proteger os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador.

4.2.3.1 Lei nº 9.029/1995

Como tipo penal disposto em legislação extravagante, tem-se no ordenamento jurídico a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995: em seis artigos traz comandos a serem aplicados e operados no Direito Penal e no Direito do Trabalho.

No campo trabalhista, o Art. 1º veda qualquer tipo de discriminação (sexual, de origem, racial, de cor, estado civil, etária, situação familiar para acesso ao trabalho ou a sua manutenção), portanto dirigido diretamente ao empregador.

No Art. 3º, comina a pena de multa para a empresa que realizar prática discriminatória definida no Art. 1º: a multa administrativa será de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% em caso de reincidência.

Também comina sanção a empresa em não estar apta a obter empréstimo ou financiamento de instituições financeiras oficiais, ou seja, bancos autorizados a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Vale dizer, que estas cominações foram dadas por alterações introduzidas pela Lei nº 12.288/2010 ou Estatuto da Igualdade Racial.

Nesse campo trabalhista, a lei coloca duas possibilidades ao empregado que teve a sua relação de trabalho rompida por prática discriminatória, também como redação dada pelo Estatuto da Igualdade Racial em seu Art. 4º, além do dano moral: a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Todavia, cabe também, no objetivo deste estudo, verificar o tipo penal estabelecido por esta Lei, no Art. 2º, *in verbis*:

Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou à estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este art.:

I - a pessoa física empregadora;

- II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;
- III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo, em questão, criminaliza as práticas discriminatórias de exigência por parte do empregador de atestado ou equivalente de esterilização ou gravidez; e a instigação à esterilização genética e promoção de controle de natalidade.

Primeiro, o tipo em questão é mais abordado por doutrinadores trabalhistas do que penalistas, ao contrário de todos os outros tipos, fato explicável, provavelmente, por se tratar de crime previsto dentro de uma lei esparsa em que há predominância de temas trabalhistas. Oportuno dizer, também, que se trata de crime com aplicação exclusiva para as relações de trabalho.

Os autores trabalhistas, comumente, inserem a análise desse Art., ou da própria lei, dentro do capítulo relacionado à proteção à mulher³⁶¹ provavelmente pelo bem jurídico tutelado, e por ser a mulher nesse caso o alvo da discriminação. Todavia, é preciso dizer que a lei, como um todo, não trata apenas da discriminação da mulher, conforme já demonstrado acima.

Também se constatou que os autores não fazem uma análise com a metodologia adotada pelos autores de Direito Penal, isto é, analisar o bem jurídico tutelado, tipo, por exemplo, objetivo, subjetivo, consumação, tentativa, ação penal, sujeito ativo e passivo. Ao revés, a maioria deles limita-se a transcrever o conteúdo do tipo penal em suas obras, tornando carente a análise de referencial teórico.

Há que se dizer que o Art. em questão contempla, em verdade, três tipos penais diferentes, todos sob a égide da proibição da discriminação, conforme o seu *caput*, assim cada um será analisado de forma particular. São eles:

- a) exigência de atestado médico, ou forma equivalente, de esterilização ou estado gravídico;
- b) induzimento ou instigação à esterilidade genética;

³⁶¹ Como exemplo desses autores: Alice Monteiro de Barros insere a temática sob o título “Proteção à intimidade da trabalhadora”, *In* BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: Ltr, 2009.p.1123; Sérgio Pinto Martins sob o título “Práticas discriminatórias contra a mulher” *In* MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.627; Amauri Mascaro Nascimento “A discriminação da mulher e a lei brasileira” *In* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.499; Mauricio Godinho Delgado “Discriminação contra a mulher” *In* DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2006 p.779.

c) promoção de controle de natalidade.

Doravante, os tipos serão denominados de I, II e III, respectivamente.

O bem jurídico tutelado, comum aos três tipos, é a não discriminação consagrado como objetivo da República na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 3º, inciso IV, isto é, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não se pode discriminar, por exemplo, a mulher grávida no momento ou durante a contratação, ou então preferir mulher estéril em detrimento das demais. Obviamente, outros bens jurídicos também são tutelados, como a própria dignidade humana, direito à vida, à intimidade e à livre disposição do corpo.

O tipo objetivo no tipo penal I tem como núcleo o verbo 'exigir'. A exigência se dá por meio de teste, laudo, exame ou equivalente de esterilidade ou estado gravídico. "Exigir", derivado do latim *exigere* (executar completamente, obrigar a pagar, requerer, exigir), significa a determinação ou imposição em virtude da qual alguém está obrigado a cumprir. É o requisito, a condição indispensável³⁶².

Em relação ao tipo penal II, o tipo objetivo é "instigar" (animar, estimular, reforçar uma ideia existente) ou "induzir" (suscitar, fazer, surgir uma ideia inexistente) a esterilização genética; promover o controle de natalidade da vítima.

Empresta-se o conceito de instigação e induzimento, trazido por Bitencourt, ao analisar o crime previsto no Art. 122 do Código Penal, qual seja de induzimento ou instigação ao suicídio: "induzir" significa suscitar o surgimento de um ideia; tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém uma ideia até então inexistente. Por meio da indução, o indutor anula a vontade de outrem"³⁶³. Como foi visto, no induzimento o agente cria uma ideia até então inexistente na vítima, influenciando para que esta aja de acordo com esta ideia criada. Então, a indução nesse tipo II é a intervenção do agente ativo que decide o resultado final, podendo fazer parecer que a conduta foi decidida, exclusivamente, pela vítima.

Ainda, "instigar" significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. (...) o instigador atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. O instigador limita-se a provocar a resolução de vontade da indigitada vítima, não tomando parte nem

³⁶² SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.338.

³⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2008, 3 v., p.120.

na execução nem no domínio do fato”³⁶⁴. Portanto, percebe-se que no caso da instigação o agente reforça a ideia já concebida pela vítima, contribuindo para que a vítima decida a partir dessa ideia existente reforçada.

No tipo III, a ação tipificada é promover controle de natalidade. Emprestando, igualmente, o conceito de promover de Bitencourt do Art. 231 de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, tem-se: “impulsionar, colocar em execução, realizar”³⁶⁵. Assim, a conduta do agente deve realizar e fazer o controle de natalidade da vítima.

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, representando na vontade consciente dirigida à prática da ação tipificada, ciente que o pedido de atestado ou equivalente de estado gravídico ou de esterilidade é utilizado como critério de admissão ou de manutenção do contrato de trabalho (tipo I); vontade consciente de induzir ou instigar a pessoa a submeter-se a procedimento de esterilidade (tipo II); vontade consciente de promover o controle de natalidade (tipo III).

Quanto aos meios executórios, o legislador não estabeleceu uma forma específica para o cometimento das condutas tipificadas, sendo livre o meio de execução para todos os tipos analisados neste artigo. No caso da promoção do controle de natalidade, como a Lei Penal, não estabeleceu como será feito o ato de promover, podendo entender que o fornecimento de métodos anticoncepcionais à vítima, como pílulas para as mulheres e preservativos, acrescidos de palestras, eventos e orientações constantes, que objetivem o controle de natalidade, ou então na submissão da vítima em demonstrar que não irá engravidar, ou se grávida a não ter o bebê, ainda que nesta última hipótese esteja diante de outro tipo penal, são formas possíveis de ser utilizadas como meio para se atingir o objetivo de controlar a natalidade.

A consumação dos crimes se dá em exigir atestado ou equivalente que comprove a situação de esterilidade ou estado gravídico sem necessariamente haver a entrega pela vítima do material solicitado (tipo I); com a esterilização efetiva da vítima, fruto da indução ou da instigação (tipo II); com o efetivo controle da natalidade promovido pelo agente ativo, isto é, durante o período contratual, fruto do ato de promover no conceito já assinalado não haver gravidez (tipo III).

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid.,p.180.

A tentativa por se tratar de crimes materiais em tese, admite-se a tentativa, reconhecendo ao mesmo tempo a sua difícil configuração, especialmente no tipo I e II. A tentativa no tipo II ocorreria, por exemplo, se apesar da instigação ou do induzimento pelo agente ativo, a vítima submeteu-se à cirurgia para realizar a esterilização, mas esta não se operou por erro médico ou por condição médica da paciente descoberta pela equipe médica no momento da cirurgia. No tipo III, é mais factível a tentativa porque, apesar dos instrumentos utilizados na promoção do controle, não foram suficientes para atingir o objetivo pretendido pelo agente ativo.

Quanto aos agentes ativos e passivos, a própria lei ocupou-se em determinar, por meio do parágrafo único do artigo em questão, servindo para os três tipos penais previstos no artigo.

Contudo, o sujeito ativo deve ser o empregador somente na forma de pessoa física ou então de representante legal do empregador, definido em Legislação Trabalhista. Não se admite assim a pessoa jurídica figura, mas tão-somente a pessoa física empregadora, que explore a sua atividade sem estar constituído sob a forma de sociedade.

Na esfera pública, o agente ativo será o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Em relação ao representante legal definido por Legislação Trabalhista, cabe dizer que não há correspondência nessa legislação, isto é, não se tem definido, em termos legais, quem é o representante legal do empregador. Sobre essa ausência:

Em certos casos, apenas o CPC o faz, como no Art. 12, mas para efeitos processuais. O parágrafo 1 do Art. 843 da CLT apenas menciona que o empregador pode fazer-se substituir pelo gerente ou preposto, desde que tenham conhecimento dos fatos, porém apenas para efeito de representá-lo em audiência³⁶⁶.

Diante da omissão apontada, o representante legal do empregador é o sócio, gerente ou outras pessoas que tenham o poder de realizar as condutas exigidas pelos tipos penais, como, por exemplo, o diretor de recursos humanos que determina que o seu empregado faça, por exemplo, a exigência de atestado de

³⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.630.

gravidez no momento da contratação. Todavia, a descrição do agente ativo nesse caso fica prejudicada pela falta de clareza e ausência da legislação citada pelo dispositivo legal.

Assim, não se trata de crime comum, pois se exige qualidade especial do agente ativo, ou seja, deve ser empregador (pessoa física), representante legal do empregador ou dirigente da administração pública, direta ou indireta, ou dirigente de fundação.

O sujeito passivo será o trabalhador, exigindo-se assim uma relação de trabalho em sentido amplo, não se limitando à relação empregatícia.

Ao finalizar a análise dos tipos penais previstos na Lei nº 9.029/95, Sérgio Pinto Martins faz uma afirmação merecedora de preocupação e discussão:

A Lei nº 9.029/95 vai desestimular a empresa a contratar mulheres, em razão de suas proibições. Em vez de proteger, irá desproteger a obreira, impedindo a admissão de trabalhadoras. Na verdade, em vez de se proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (Art. 7, XX da Constituição), aqui se está desprestigiando a contratação de mulheres pelo empregador, que não poderá exigir exame médico da mulher para admiti-la, o que poder ser interpretado em prejuízo da própria trabalhadora³⁶⁷.

A afirmação do autor, sem dúvida, é preocupante, porque vai de encontro a toda principiologia e a razão de ser do direito do trabalho, bem como afasta a incidência de proteção “extra” do Direito Penal dos direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores. A preocupação do autor é compreensível à medida que quando uma legislação protege de forma desproporcional um tipo de trabalhador ou de forma irreal/artificial, isto é, que o contexto econômico e fático torne impossível a sua concreção, realmente está se desprotegendo esse trabalhador, tornando alvo fácil de práticas discriminatórias. Por exemplo, se a lei garantisse dois anos de licença-maternidade levando em conta aspectos médicos, psicológicos e educacionais, dentre outros, obviamente a lei, ao proteger a maternidade de forma desproporcional, estaria ao mesmo tempo desprotegendo a mulher no mercado de trabalho pelo longo período de ausência de suas funções por motivo da maternidade. Nesse caso, as empresas de forma velada e silenciosa

³⁶⁷ Ibid., p.630.

deixariam de contratar mulheres ou pelo menos teriam uma grande preferência pela contratação de pessoa de sexo masculino.

Todavia, esse não é o caso. Não se vislumbra ser descabido ou desproporcional as condutas tipificadas que, em verdade, protegem direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores. Não punir o fato de exigir, por exemplo, atestado negativo de gravidez da mulher para ingressar na empresa, é permitir ou ser conivente com a discriminação declarada da mulher e da maternidade, e contribuir para o desrespeito aos direitos fundamentais e da personalidade, além de aceitar a determinação econômica e de mercado para a mulher decidir em ter ou não ter filhos.

Desta forma, com a devida vênia, discorda-se do doutrinador citado, e ao mesmo tempo reforça-se a importância da criminalização dos tipos previstos nessa lei por contribuírem, diretamente, para a dignidade das relações de trabalho, e o respeito aos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores.

Como procedimento metodológico adotado desde o início da análise dos tipos penais, passa-se à conclusão. Conduto, dessa vez, esse procedimento ficará de certa forma prejudicado, uma vez que, praticamente, todo o texto produzido já representa conclusões de leituras realizadas e de entendimentos adotados, dada à escassez doutrinária sobre os tipos penais analisados.

No entanto, além do que já foi dito, algumas conclusões ainda restam fixar:

- a) os tipos penais analisados foram criados e assim aplicáveis exclusivamente para as relações de trabalho, uma vez que exige-se que os sujeitos ativo e passivo pertençam à relação laboral comum. E o único artigo da esfera penal da Lei nº 9.029/95 criminalizou práticas discriminatórias, contribuindo, diretamente, para a proteção por esta via dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador;
- b) o *caput* do artigo veda qualquer tipo de discriminação, levando a crer que os tipos penais regulariam todas elas. No entanto, restringiu-se, basicamente, a discriminação contra a mulher com os três tipos penais criados;
- c) apesar dos tipos penais criados terem relevância e pertinência para o sexo feminino, em tese o sujeito passivo pode ser homem e mulher, pois o tipo não exclui o homem. Naturalmente, fruto da discriminação das mulheres ocorrida no mercado de trabalho por terem direito no caso de gestação, por

exemplo, de garantia de emprego, licença-maternidade e intervalo para amamentação, são as vítimas as quais os tipos visam tutelar. No entanto, como dito, na hipótese do homem, por exemplo, ser instigado a esterilizar-se, pois a empresa vê vantagem no empregado que não tem filhos, ou que não tem filhos pequenos, está-se igualmente diante do crime do tipo II;

d) os tipos penais criados são de grande dificuldade de obtenção de prova, pois podem ocorrer, comumente, em ambiente onde não haja grande número de pessoas, que seriam potenciais testemunhas, e as condutas descritas pelos tipos não ocorrem, geralmente, de forma escrita, o que facilitaria a produção de provas.

Finalizando, existe uma deficiência de produção científica sobre os tipos penais criados pela lei, e as existentes geralmente transcrevem ou parafraseiam o texto legal, o que representa, por parte dos autores, um descompromisso com o chamado Direito Penal do Trabalho.

Há que se anotar, também, que além das contribuições na esfera penal em tutelar os direitos fundamentais e da personalidade, a lei em questão foi a motivadora da Lei nº 9.799/1999, tendo em vista que algumas disposições contidas nesta lei foram transplantadas para a CLT – Art. 373-A – até então não reguladas pela Legislação Trabalhista, servindo de alerta para o Direito do Trabalho inserir esse tema em sua legislação.

4.2.3.2 Lei nº 7.716/1989

A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e teve diversos artigos, inclusive o que será aqui analisado, com redação dada pela já citada Lei nº 12.288/10, denominada de Estatuto da Igualdade Racial. Esta lei prevê como criminosas diversas condutas que discriminam uma pessoa, simplesmente, em virtude de sua raça ou cor. Mas somente os Arts. 3º e 4º guardam pertinência temática para esta tese, pois tutelam os direitos fundamentais e da personalidade nas relações de trabalho.

Tal qual na análise da lei anterior, há escassez de produção científica acerca do tema, no sentido de analisar os tipos penais previstos pelas leis, sendo sequer citadas por boa parte da doutrina penal e trabalhista.

Em relação aos tipos penais relevantes para serem analisados, inicia-se pelo Art. 3º, abaixo transcrito, o qual prevê condutas discriminatórias na relação de trabalho em sentido amplo:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.

A tipificação relevante para o mundo do trabalho está no *caput* do artigo e pela alteração do parágrafo único promovida pelo Estatuto da Igualdade Racial, quando em seu parágrafo único, estabelece que havendo impedimento ou obstaculização, a promoção funcional na administração pública, direta ou indireta e nas concessionárias de serviços públicos em virtude de raça, cor, etnia, religião ou procedência regional, está-se diante de um crime. Interessante notar que, apesar da lei se autodefinir como definidora de crimes em virtude de preconceito de cor ou de raça, o tipo engloba outras formas de discriminação, como etnia, procedência regional e religião.

O bem jurídico tutelado é a não discriminação constitucionalmente garantida. O tipo objetivo refere-se à conduta de impedir que significa evitar que haja a contratação ou a promoção do trabalhador, bem como de paralisar procedimento já iniciado para o início do exercício do cargo ou da promoção; “obstar” significa dificultar, criar embaraços para o trabalhador habilitado exercer cargo ou ser promovido na administração pública direta e indireta e nas concessionárias de serviço público ou então de ser promovido.

O sujeito ativo do crime é o agente que por obrigação legal tem o poder-dever de fazer o trabalhador habilitado a iniciar o exercício de sua função ou então de promovê-lo.

O sujeito passivo é o trabalhador habilitado nos termos da lei para exercer o cargo ou para ser promovido.

Em seguida, o tipo subjetivo é constituído pelo dolo consciente de tolher o direito ao ingresso do trabalhador habilitado ao exercício da função ou de sua promoção.

Consuma-se o crime com o efetivo não acesso ao cargo ou função pública,

bem como pela não promoção funcional.

Admite-se a tentativa, quando frustrada por razões alheias à sua vontade, como, por exemplo, o seu superior hierárquico tomar ciência da conduta e, antes de ser consumada, fazer o trabalhador habilitado iniciar as suas atividades ou então promovê-lo dentro das condições legais estabelecidas.

O tipo não estabelece especial meio de execução da conduta de impedir ou obstar, portanto qualquer conduta que consiga atingir esse fim é válida como meio executório.

Em seguida, o Art. 4º da lei assim disciplina:

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. § 2º Ficarão sujeitos às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Iniciando pelo bem jurídico tutelado, há que se dizer que é idêntico ao do crime analisado anteriormente. O inciso II do artigo trata exatamente da mesma hipótese analisada no artigo anterior, mas agora para a iniciativa privada. Portanto, todos os comentários relativos àquele tipo são válidos e reiterados aqui com a ressalva que o empregador não é a administração pública e nem concessionária de serviços públicos, mas sim que o empregador privado seja pessoa física ou jurídica.

O *caput* torna crime negar ou obstar emprego na iniciativa privada em virtude de sua cor ou raça. Portanto, o tipo objetivo é não contratar alguém por ser de determinada cor ou raça. A consumação se dá com a efetiva não contratação. O tipo subjetivo é o dolo consciente, orientado para a não contratação de determinadas pessoas em virtude de sua cor ou raça. O sujeito ativo não é explicitado no artigo, como faz a Lei nº 9029/95 em seu Art. 2º, mas entende ser o empregador ou seu preposto. O sujeito passivo é o candidato à vaga de emprego.

O inciso I tipifica o fato do empregador não fornecer equipamentos em igualdade de condições a trabalhador em virtude de sua raça ou cor, ou ainda

práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica, ampliadas pelo parágrafo único, com redação dada pelo Estatuto da Igualdade Racial.

Ao fazer isto, o empregador está objetivando que esse obreiro renda ou produza menos em relação aos demais, pelo fato de não possuir as mesmas condições, podendo ter reflexo em seu salário (no caso de remuneração, por exemplo, por peça), oportunidade de promoção ou ainda na sua própria imagem abalada perante os demais por sempre produzir menos ou com menos perfeição técnica. O tipo objetivo é uma conduta omissiva, isto é, de não fornecer. O tipo subjetivo nesse caso também é o dolo consciente em prejudicar esse tipo de trabalhador em não fornecer o equipamento. O sujeito ativo deve ser o empregador ou o seu preposto, e o sujeito passivo o trabalhador contratado.

A consumação se dá com o não fornecimento do equipamento ao trabalhador diante do fato de outros obreiros possuírem equipamentos ocupantes da mesma função. O meio executório traduz-se na omissão.

O inciso III tipifica o fato de o empregador promover tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente no salário, à pessoa em virtude de sua cor, raça, ou ainda práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica.

O tipo objetivo do crime está em realizar tratamento diferenciado a determinada pessoa em relação aos demais trabalhadores. O tipo subjetivo é o dolo consciente em tratar, diferentemente, determinado trabalhador em comparação com os demais.

O meio executório é livre, pois o tipo não exigiu forma específica, apesar de o tipo sugerir a diferenciação salarial, mas não se limitando a ela. Portanto, desde rigor excessivo ao trabalhador, ou o fato de não ser cumprimentado por seu superior hierárquico quando todos os demais obreiros são, constituem exemplos possíveis de meios empregados para a configuração do crime.

Observa-se que para a consumação do crime basta apenas a promoção do tratamento diferenciado, não exigindo constrangimento por parte do ofendido ou efetivo ou específico dano. O sujeito ativo é o empregador ou o seu preposto, enquanto que o passivo é o trabalhador que possui relação contratual com o ofensor.

Em derradeiro, o parágrafo 2º tipifica a conduta de exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego, cujas atividades não justifiquem essas exigências, quando da divulgação de uma vaga de trabalho no momento do recrutamento.

O tipo objetivo é fazer menção como exigência de contratação, no anúncio da vaga, de determinados atributos próprios de raça ou etnia. A conduta é atípica se a exigência for justificada pelo trabalho que será desenvolvido. O tipo subjetivo é o dolo consciente em fazer a exigência. O crime é consumado com o anúncio da vaga por qualquer meio, pois a lei não exigiu forma específica, podendo, inclusive, o anúncio ser feito de forma verbal. O sujeito ativo é o empregador ou o seu preposto, e o sujeito passivo é a coletividade que se vê excluída da possibilidade de trabalho em virtude da exigência.

Uma vez analisados os tipos penais trazidas pela lei em comento, conclui-se:

- a) os tipos penais, de forma geral, visam garantir a igualdade de todos na relação laboral, não admitindo qualquer forma de discriminação, em especial aqui em relação à cor ou raça, e em alguns momentos práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica e de convicção religiosa;
- b) são tipos protetivos dos direitos fundamentais e da personalidade de determinados trabalhadores suscetíveis ou vulneráveis a serem discriminados, isto é, aqueles abrangidos pelos tipos em virtude de cor ou raça;
- c) proteção conferida pelo tipo, talvez a mais relevante porque os demais são em decorrência desse, que proíbe a discriminação de trabalhadores em virtude de raça ou cor para formar contrato de trabalho, isto é, para ser contratado, na prática quer parecer que não há efetividade.

Cabe esta afirmação, porque muito dificilmente alguém falaria para o candidato ao trabalho que está deixando de contratá-lo por causa de sua cor ou raça. O problema maior está na discriminação velada e silenciosa, que talvez é mais cruel e covarde do que as demais formas. Portanto, os tipos penais são também específicos para a relação de trabalho, e possuem âmbito de aplicação em todas as formas de trabalho, não somente na de emprego.

4.2.3.3 Lei nº 7.853/1989

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, a sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, que disciplina a atuação do Ministério Público e define crimes.

De todos os seus 20 artigos, somente o Art. 8º, especialmente os seus incisos II e III da lei, será analisado por ter pertinência com a temática proposta nesta tese:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:
II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;
III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

Mais uma vez, inicia-se a análise dos tipos penais, referindo-se e lamentando a escassez, quase que total, de comentários, discussões doutrinárias e de produção científica geral sobre este artigo.

Os dois tipos penais previstos nesta lei têm o mesmo objetivo dos tipos penais analisados no tópico anterior, qual seja de coibir a discriminação de determinados grupos, sendo naquele caso pessoas passíveis de discriminação em virtude de cor ou raça, e aqui em virtude de ser portador de deficiência. No entanto, na lei analisada no tópico anterior possuía mais tipos penais motivados por discriminação.

Nesta lei, tipifica-se, na verdade, dois tipos que representam um só, ou seja, o fato de alguém obstar ou negar trabalho a obreiro pelo fato de ser deficiente. No inciso I, refere-se à esfera pública e no inciso II na esfera privada.

Contudo, o bem jurídico tutelado é a não discriminação no trabalho, em especial, do deficiente. O tipo objetivo é obstar, no caso da administração pública, o exercício de cargo público, e negar trabalho ou emprego na iniciativa privada. Interessante notar, que o tipo faz questão de fixar que é aplicável para a relação de trabalho enquanto gênero, onde o emprego é uma das espécies, ao mencionar no inciso II a expressão “emprego ou trabalho”.

O tipo subjetivo é o dolo consciente de não permitir o exercício do cargo público no caso do inciso I e no inciso II de não contratar o trabalhador por motivos derivados de sua deficiência. Naturalmente, a não contratação, seja em âmbito público ou privado, se dá pelo fato de o trabalhador ser portador de deficiência, tendo totais condições de laborar naquela função e não por não estar apto para o cargo em virtude de sua deficiência.

O sujeito ativo é o empregador ou o seu preposto no tipo previsto no inciso II; já em relação ao tipo, é duvidoso quem seriam esses sujeitos. A administração pública direta e indireta não resta dúvida, pois é ela quem contrata pessoas para exercer cargos públicos. A dúvida fica por conta, por exemplo, de fundações e concessionárias de serviço público. Na lei, analisada no tópico anterior, acrescentava as concessionárias de serviços públicos. Dessa forma, entende-se que, pelo princípio da taxatividade da norma penal, somente a administração pública direta e indireta é que pode ser sujeito ativo do crime.

O sujeito passivo é o trabalhador que é portador de deficiência impedido de ocupar o seu cargo, ou ser negada a sua contratação na esfera privada.

A consumação do crime se dá pelo não exercício do cargo público para o qual o agente encontra-se habilitado no caso da administração pública, e pela negativa em contratar trabalhador pelo fato de ser deficiente no caso da iniciativa privada.

Cumprida a fase da análise, chega o momento das conclusões:

- a) os tipos penais analisados visam, exclusivamente, proteger o trabalhador portador de deficiência no mundo do trabalho, precisamente no que tange ao seu acesso. Desta forma, são tipos penais que possibilitam e objetivam garantir a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade;
- b) apesar de a lei ser produzida em momento histórico idêntico ao da lei analisada no tópico anterior, em relação à discriminação em virtude de cor ou raça, ainda que fosse desconsiderada as alterações realizadas pelo Estatuto da Igualdade Racial em 2010, observa-se uma proteção mais ampla no outro diploma legal, seja em duplo sentido, seja por tipificar mais condutas como crime, seja pelo fato das que tipificam ampliar a sua incidência no tipo, como, por exemplo, o fato de proibir a discriminação a trabalho nas concessionárias de serviço público.

Em síntese, pareceu tímida a proteção penal dada ao deficiente nas relações de trabalho se comparada com outros grupos sujeitos à discriminação, como em relação ao gênero e à cor ou raça.

4.3 PONTOS CONCLUSIVOS

Buscou-se demonstrar neste capítulo que existem diversas normas que visam tutelar os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador que em sua grande maioria resumem-se na reparação do direito já violado por meio de indenização pecuniária, em seara não penal.

O Direito Penal prevê a maioria dos tipos penais referentes às relações de trabalho no Código Penal e em outras três leis esparsas.

Apenas dois artigos previstos no Código Penal, Arts. 149 e 216-A, não estão compreendidos no título *Dos crimes contra a organização do trabalho*. Como se procurou demonstrar com a exposição de motivos do código, o objetivo deste diploma legal foi de tutelar, coletivamente, as relações de trabalho em detrimento da tutela individual, sob o argumento de que assim estar-se-ia tutelando o bem comum de todos, e, ao tutelar os direitos coletivos, os direitos individuais seriam também tutelados. Além disso, os requisitos para tipificar condutas relativas à tutela de interesses coletivos é a violência ou fraude.

É louvável a intenção do código em reconhecer a importância da tutela coletiva nas relações de trabalho. Todavia, ao deixar em segundo plano a tutela individual, enfraqueceu a garantia ao respeito dos direitos dos trabalhadores, em especial daqueles que tutelam os seus direitos fundamentais e da personalidade. De certa forma, esse pensamento, na época totalmente razoável, dado o contexto histórico e o fato da ordem constitucional, não ser a atualmente vigente.

Não houve efetiva produção legislativa referente aos tipos penais trabalhistas, em especial que protegem os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador desde 1940. Nota-se que o tipo mais recente criado, e de grande relevância para o mundo do trabalho, do assédio sexual em 2001, foi alvo de críticas em relação à necessidade de criminalizar tal conduta pelos autores do Direito Penal.

Observa-se que esta escassez de produção legislativa ocorreu apesar do mundo do trabalho ter se modificado de forma substancial desde 1940³⁶⁸, como já demonstrado no capítulo onde se verificou as mudanças oriundas no mundo do trabalho provocadas pela globalização, inclusive passando em termos históricos por uma nova ordem constitucional, datada de 1988, onde priorizou-se a garantia ao respeito dos direitos fundamentais. O Direito Civil foi reinventado, isto é, passou em virtude da nova ordem constitucional por profundas modificações que resultaram na criação de novos paradigmas para as relações interprivadas e a quebra de outros, também objeto de análise específica nesta tese.

Todavia, o Direito Penal não se abriu para esta nova realidade jurídica, social, laboral e econômica. Em outras palavras, o mundo se transformou, em especial o do trabalho, mas o Direito Penal, não. Isto se deve à inexpressiva produção científica acerca do Direito Penal do Trabalho, da falta de interesse no estudo tanto por parte da doutrina penal quanto trabalhista. E, quando os penalistas analisam os crimes trabalhistas lhes falta o conhecimento da dimensão laboral e da própria compreensão da razão de ser do Direito do Trabalho. Por outro lado, os autores trabalhistas parecem não sentir-se à vontade para analisar e discutir sobre os tipos penais trabalhistas, por ser matéria afeta em um primeiro plano ao Direito Penal, além do fato de não explorarem a matéria.

Tudo isto, provoca o empobrecimento da temática, fazendo parecer que o tema não tem importância e relevância, quando, na verdade, a discussão dos tipos existentes e da criação ou não de novos representa formas de proteção ao trabalhador, escopo do Direito do Trabalho e finalidade do Direito Penal.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a parte específica do Código Penal, que tutela as relações de trabalho, denominada de *Crimes contra a organização do trabalho*, é a porção que mais é ineficaz e, praticamente, inexpressiva na proteção trabalhista por meio dos tipos penais. Dos tipos penais desse título analisado, demonstrou-se que a lógica da tutela coletiva, em detrimento da tutela individual laboral, é nefasta e incompatível com a ordem constitucional vigente.

³⁶⁸ Sobre esta realidade, René Ariel Dotti contribui ao expor que: “ A exposição de motivos do Código Penal, justifica a criminalização dos delitos relacionados ao trabalho com a necessidade de o Estado, no domínio econômico, suprir as deficiências da iniciativa individual de coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar, ou resolver, os conflitos, introduzindo no jogo das competições individuais, o pensamento e o interesse da Nação”. DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.189.

Assim, observam-se verdadeiros absurdos, como o Art. 207, que não cabe no mundo do trabalho hodierno, ou seja, são tipos ineficazes em tutelar aquilo que anuncia, com exceção do Art. 203, que prevê o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

Já os crimes previstos fora desse título, redução à condição análoga à de escravo (Art. 149) e assédio sexual inserido em 2001 no ordenamento (Art. 216-A), são de extrema contribuição para a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador que, apesar das críticas realizadas quando da análise dos tipos, devem representar a lógica da tutela penal nas relações de trabalho. Esse novo tipo penal, criado em 2001, também representa uma possibilidade que se abre em tempos atuais para a criação de tipos penais trabalhistas.

Nos tipos previstos nas três legislações esparsas, observa-se que todos buscam efetivar o princípio da não discriminação. Convém dizer que o tipo previsto em relação ao portador de deficiência, lei de 1889, é carente de acréscimos condizentes com a ordem constitucional atual, mas representa uma importante contribuição para a temática da não discriminação; a lei que visa impedir a discriminação de trabalhadores em virtude de cor ou raça, também do ano de 1989, sofreu acréscimos em 2010 pelo Estatuto da Igualdade Racial, e é mais abrangente que a lei anterior, e contribui também na proteção dos direitos fundamentais e da personalidade ao trabalhador. Por fim, o tipo mais recente fora do Código Penal foi também no combate à discriminação da mulher, embora se admita o homem como sujeito passivo, no ano de 1995, o qual contribui efetivamente para garantir uma maior proteção aos direitos sob análise.

Desta forma, permite-se dizer que há dois direitos penais dentro do Direito Penal em relação aos tipos penais trabalhistas. Um Direito Penal com a racionalidade da criação do Código em 1940, descabida e ineficaz como forma protetiva das relações laborais, representada pelo título dos *Dos crimes contra a organização do trabalho* e outro tímido, porém mais aberto a fim de contribuir para a proteção dos direitos dos trabalhadores nas relações de trabalho.

5 CONCLUSÕES

O desenvolvimento de um Direito Penal do Trabalho no Brasil está longe de ser uma realidade. Vozes quase solitárias na doutrina também são praticamente inaudíveis pela comunidade científica e jurídica, de modo que o próprio Direito Penal, ao prever crimes oriundos das relações de trabalho, seja praticamente esquecido, com raras exceções.

Daí o grande desafio desta tese: encontrar suporte científico e contribuições doutrinárias acerca da própria definição do Direito Penal do Trabalho. Assim, foi a partir do referencial teórico dos professores Antonio Baylos Grau e Juan Terradillos María Basoco, especialmente na obra denominada de *Derecho penal del trabajo*, que se alcançou concluir que o Direito Penal do Trabalho não possui autonomia científica, didática ou enciclopédica por estar inserido no contexto do Direito Penal, sendo seu sub-ramo, mas não se desvinculando dos princípios e normas do Direito do Trabalho e tampouco da realidade do mundo do trabalho.

No Brasil, anote-se no texto apresentado, pouco fala-se em Direito Penal do Trabalho para referir-se a situações ou condutas ocorridas no ambiente laboral. Em geral, as situações são tipificadas pelo Direito Penal, caindo no isolamento dos ramos do Direito do Trabalho e do Direito Penal, fazendo a sua temática ser tratada, exclusivamente, por autores dos respectivos ramos, naturalmente com uma visão exclusiva, e excludente, de sua matéria.

Tanto os autores do Direito Penal quanto os autores do Direito do Trabalho não se dedicam ao tema com atenção merecida. Como demonstrado ao longo da tese, os autores penais ocupam-se em analisar o tipo penal com a metodologia penal, que consiste, basicamente, em analisar o bem jurídico tutelado, sujeito ativo e passivo, tipo objetivo, tipo subjetivo, consumação, tentativa e tipo de ação penal, com uma visão exclusiva do Direito Penal, um pensamento de exclusão que os coloca em um estado de ignorância em relação ao Direito do Trabalho. Esse posicionamento, por vezes, empobrece a análise ou a faz contraditória, confusa ou equivocada. Por outro lado, também de forma geral, os autores do Direito do Trabalho nem isso fazem, ou seja, limitam-se, na sua maioria, a transcrever os tipos penais, beirando à mera citação, sem haver uma discussão mais profunda dos tipos penais existentes, e, muito menos, sobre a necessidade ou não de revisão e criação de novos tipos.

Esse quadro reforça o enfraquecimento do Direito Penal do Trabalho, caindo quase no esquecimento pela proteção dos direitos oriundos das relações de trabalho oferecida pelo Direito Penal, em especial em relação aos direitos fundamentais e da personalidade.

Esses direitos possuem hierarquia absoluta em relação aos demais direitos trabalhistas por representar a própria dignidade do trabalhador e os direitos fundamentais constituírem fundamento da República, conforme reza a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Também, foi enfrentada a questão da expressão utilizada nesta tese, e, é claro, com todo o seu respectivo conteúdo, se estar-se-ia diante da aplicação dos direitos fundamentais ou da personalidade nas relações interprivadas. Nesse particular, após profunda pesquisa sobre o tema, definiu-se que ambas as expressões são incidentes nas relações contratuais laborais.

Essa conclusão se deu pelo fato preponderante de que a proteção conferida ao trabalhador deve ser fundamentada na ordem constitucional – direitos fundamentais – e na ordem civil – direitos da personalidade. O fundamento lógico-jurídico para tal constatação: não é possível proteger o trabalhador em seus direitos sem a concomitância incidental dos direitos fundamentais, da maneira e extensão demonstradas, e dos direitos da personalidade, porque não há dúvidas de sua eficácia imediata.

Em relação a esses direitos, também restou comprovada a necessidade perene e constante de sua proteção nas relações de trabalho mesmo na era do pleno emprego. As violações desses direitos estão se tornando sempre mais sofisticadas, ao longo do tempo, em virtude das mudanças ocorridas nas relações de trabalho resultante da globalização da economia. Essas violações de direitos acontecem de várias maneiras. Com a pesquisa jurisprudencial e exemplos dessas diversas maneiras de se atentar e violar os direitos fundamentais e da personalidade, buscou-se demonstrar tanto as violações como a frequência dessas demandas na Justiça do Trabalho, mas que, infelizmente, a entrega da prestação jurisdicional decorrente dessa violação se dá por indenização pecuniária, isto é, somente depois de ocorrida a lesão a esses direitos é que se pode tentar reparar, embora ineficazmente, por meio da indenização.

A partir do estudo da influência da economia mundial, com foco nas crises econômicas e os seus reflexos nas economias locais, as quais ficam em maior ou

menor grau vulneráveis e dependentes uma das outras, observou-se que o Brasil está inserido nesse contexto. Assim, apesar de gozar de uma condição econômica considerada privilegiada, a ameaça de uma crise econômica é constante e a sua ocorrência não depende única e exclusivamente das políticas econômicas adotadas no país.

Diante disto, as empresas brasileiras sofrem com a concorrência externa, passando por um fenômeno chamado de desindustrialização, ou seja, muitas empresas estão deixando de fabricar produtos e bens no Brasil pelo fato de chegar o produto já pronto e acabado por preço menor, especialmente do mercado asiático. Mesmo as empresas que não vivem esta realidade têm outros desafios, como o de manter-se no acirrado mercado que é global, pois são pressionadas pela mundialização da economia a atender necessidades de mercado local e internacional, abrindo espaço para criar um ambiente propício de desrespeito aos direitos trabalhistas, auxiliado pela evolução da tecnologia de forma geral.

Diante do quadro apresentado, pode-se afirmar que há uma tendência global do detentor do capital de violação dos direitos trabalhistas, em especial dos direitos fundamentais e da personalidade.

Em relação ao ponto central da tese, verificar se o Direito Penal contribui ou não para a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade nas relações de trabalho, após análise de forma crítica em uma perspectiva do Direito Penal do Trabalho, deve-se dizer que os tipos penais trabalhistas existentes regulam não somente os fatos ocorridos na relação de emprego. Às vezes, por mais que o fato reporte-se ao mundo do trabalho, admite-se como sujeito ativo do crime qualquer pessoa, fazendo com que o agressor possa ser alguém alheio à relação de trabalho em sentido amplo.

Ainda na esteira conclusiva, pode-se dizer que se confirma a hipótese positiva da pesquisa, ou seja, o Direito do Trabalho contribui para aumentar o grau de proteção desses direitos, devendo criar novos tipos penais trabalhistas. Todavia, o Direito Penal atual pouco contribui para essa proteção, não servindo de paradigma ou exemplo para a criação de futuros tipos penais.

Como discutido em momento oportuno, há dois Direitos Penais dentro do Direito Penal vigente em relação aos tipos penais trabalhistas. Um Direito Penal com a racionalidade da criação do Código em 1940, descabida e ineficaz como forma protetiva das relações laborais, representada pelo título *Dos crimes contra a*

organização do trabalho; outro, tímido porém mais aberto, para contribuir na proteção dos direitos dos trabalhadores nas relações de trabalho.

Ao confirmar a hipótese, é oportuno dizer que se parte do pressuposto que não se espera que o Direito Penal ao tipificar determinadas condutas indesejáveis às relações laborais ou à própria sociedade, estas deixem de existir, resolvendo assim os problemas existentes no mundo do trabalho. Entende-se também que a tipificação deve ser cautelosa, sempre tendo em mente a Teoria do Direito Penal Mínimo, o bem jurídico tutelado, o potencial ofensivo e o grau de ocorrência das condutas tipificadas na realidade. Além disso, os tipos podem ser específicos para a relação de emprego dada à natureza da conduta, mas podem e devem também disciplinar as relações de trabalho em sentido amplo.

Uma vez demonstrada a necessidade da tutela penal nas relações de trabalho, o Estado, por meio da norma penal, pode contribuir na criação de tipos penais trabalhistas com o intuito de oferecer maior grau de proteção dos direitos trabalhistas.

Desta forma, diante da realidade laboral vivida contemporaneamente e resultante do processo de globalização da economia e das mudanças provocadas por este nas relações de trabalho, defende-se a criação de tipos penais trabalhistas que contribuam na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da personalidade nas relações de trabalho.

Defende-se que essa criação deve se dar com extrema cautela, pois não se quer criminalizar e tornar banal qualquer conduta indesejada que ocorra nas relações de trabalho, o que seria ineficaz e prejudicial a toda sociedade, bem como para a atividade econômica, tornando o seu desenvolvimento insustentável.

Ao revés, defende que as condutas tipificadas sejam aquelas que não podem ficar sem punição pela violação de um direito que se traduza em um relevante bem jurídico a ser tutelado e que ocorram, exclusivamente, no campo laboral, sempre respeitando a Teoria do Direito Penal Mínimo.

Apenas para citar um exemplo, talvez não o mais representativo, mas que contribui para ilustrar o que aqui se defende, é a tipificação da conduta do empregador em recusar-se a fornecer equipamento de proteção individual ao empregado, porque esta conduta pode, simplesmente, colocar em risco a vida da pessoa, que é o maior bem jurídico a ser tutelado. Não objetivando diminuir os acidentes de trabalho, mas acredita-se que seria uma de suas consequências, a

tipificação desta conduta visa punir aquele que coloca a vida de outrem em risco de forma direta e contínua.

Ou ainda para exemplificar a partir de um tipo já existente, coloca-se o crime de assédio sexual (Art. 216-A), o mais recente tipo penal trabalhista inserido no ano de 2001 no ordenamento, que representa bem o tipo de conduta que merece ser dotada de tipicidade e severa punição.

Para tanto, sugere-se a modificação do título do Código Penal para *Dos crimes trabalhistas* guardando lugar no código para os crimes desta natureza, o que obrigaria uma profunda revisão dos tipos existentes no atual título, bem como a inserção de outros merecedores de ali estarem.

Com isto, além das condutas passíveis de punição, estar-se-ia contribuindo para a própria construção de um Direito Penal do Trabalho, comprometido na proteção dos direitos da seara trabalhista.

Por fim, alerta-se para a necessidade urgente dos autores de Direito Penal e do Trabalho de forma conjunta enfrentarem a temática pertinente ao Direito Penal do Trabalho, inclusive o definindo, conceituando e promovendo o seu desenvolvimento no Brasil, para que se possa rediscutir toda a Legislação Penal Trabalhista existente com o intuito de verificar a sua eficácia e a definição da criação de novos tipos penais trabalhistas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALONSO GARCIA, Manuel. **Derecho del trabajo**. tomo I. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1960.
- AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- AURÉLIO Buarque de Hollanda Ferreira. **Dicionário básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- ÁVILLA, Rosemari Pedriotti de; AUGUSTIN, Sérgio. Assédio sexual nas relações de trabalho: agressão a direitos fundamentais. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, nº 1, jan/jul. 2007.
- BARACAT, Eduardo Milléo. (Coord.). **Direito penal do trabalho: reflexões atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Motevideo: IBdeF, 2006.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2009.
- BASOCO, Juan María Terradillos. Derecho penal del trabajo. **Revista Penal**, v.1, nº1, p. 77-91, 1995. Disponível em: www.cienciaspenales.net/portal/page/.../REVISTA_PENAL...1/77-91.pdf>. Acesso em: 4 fev.2011.
- BÍBLIA SAGRADA. Edições Paulinas: São Paulo, 2002.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia horizontal de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v.
- _____. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9268/96, 9271/96, 9.455/97 e 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1998.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BUSTOS, Ramírez Juan; HORMAZÁBAL, MALARÉE Hernán. **Lecciones de derecho penal I**. Madrid, Trotta, 1997.

CAHALI, Youssef Sahid. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARRARA, Francesco. **Direito penal**. Campinas: LZN, 2002. Parte geral, v. II.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v.1.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONDE, Francisco Munõz. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2001.

CONSULTOR Jurídico. **Laboratório é condenado por demitir empregado gay**. 18/10/2005

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A regulação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTR, 2000.

COSTA JUNIOR, Paulo José; COSTA, Fernando José. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Assédio sexual no trabalho. **Justiça do Trabalho**, a. 21, nº 243, mar. 2004

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 6 ed. México: Porrúa, 1949.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória-ES, nº 2, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Assuntos criminais no processo trabalhista**. In: COUTINHO, Adalcy Rachid; GUNTER, Luiz Eduardo; DALEGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.). Transformações do Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao professor Doutor João Regis Fassbender Teixeira. Curitiba: Juruá, 2000

_____. **Casos criminais célebres**. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DURKHEIM, Emile. **Las reglas del método sociológico**. Madrid: Morata, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible there?-principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University, 2006.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **O direito do trabalho no contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais**. Disponível em: <file:///D:/Fich%C3%A1rios/Fich%C3%A1rio%20Geral%202011/M-016-2011/Direito%20do%20trabalho%20-%20direito%20fundamentais.htm>. Acesso em: 16 jan.2013.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (18 de setembro de 1946). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

EUROPEAN COMMISSION. **Economic crisis in Europe: causes, consequences and responses**. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica no direito civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

_____; Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4.

_____; FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. *In* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. Sobre a extensão da competência da justiça do trabalho para lides de natureza penal. **Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, v. 6.4. nº 1.

_____. **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações**. (2008). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12054>>. Acesso em: 18 nov.2012.

FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. *In*: OUVIÑA, Guillermo *et al.* (Coord.). **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O direito como sistema de garantias. *In* OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo, M. Limonad, 1998.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 26.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____. **Lições de direito penal**. Parte especial. vol.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

FURTADO, Celso. **Formação economia do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000.

GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GATTI, Tancredi. **Diritto penale del lavoro**. Torino: F.lliBocca, 1930.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GOMES, Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: sequestro relâmpago (Lei 11.923/2009), celular (Lei 12.012/2009), crimes contra a dignidade sexual (Lei 12.015/2009), mandado de segurança (Lei 12.016/2009), mendicância (Lei 11.983/2009)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v.3, nº 11, set. de 1966. Coleção Revista de Informação.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e de honra**. Curitiba, 2006. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná.

GRAU, Antonio Baylos; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. rev. Madri: Trotta, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. 3.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal**. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. tradução de Maria Helena Kühner. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v.7.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa mensal de emprego**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttab2.shtm>. Acesso em: 04 nov.2012.

_____. **Indicadores IBGE: pesquisa mensal de emprego. setembro 2012**. p. 35. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/Comentarios/2012/pme_201209tmcomentarios.pdf>. Acesso em: 04 nov.2012.

INE - Instituto Nacional de Estatística da Espanha. **Relatório oficial**: Serie Empleo Público y Privado. Disponível em: <<http://www.ine.es/>>. Acesso em: 28 out.2012.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Data and statistics**. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/datamapper/index.php>>. Acesso em: 26 out.2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do processual do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2009.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica política e direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LIPPMANN, Ernest. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2001

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli**: notas preliminares. (2000). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

MANUS, Pedro P. Teixeira. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009

_____. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARX. **Sindicalismo**. São Paulo: Ched Editorial, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MOURA, José Barros. **A convenção coletiva entre as fontes de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. A crise do estado: da modernidade central à modernidade periférica - anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, Acadêmica, nº 3.

NEW YORK TIMES (The). **Financial crisis inquiry commission**. (Jan, 25.2011). Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/organizations/f/financial_crisis_inquiry_commission/index.html?inline=nyt-org>. Acesso em: 27/10/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OIT-Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 111**: discriminação em matéria de emprego e ocupação. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 15 out.2012.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A “dupla crise” no modelo regulatório dos direitos da personalidade. *In* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PARIAS, Louis-Henri. **Historia General del trabajo**. México-Barcelona: Grijalbo, 1965.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8770>>. Acesso em: 3 maio 2011.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da dignidade da pessoa humana – na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: Ltr, 2009.

PELI, Paulo. **Assédio moral: uma responsabilidade corporativa**. São Paulo: Ícone, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

PÓVOA, José Liberato da Costa. A Lei só beneficia os ricos. **Revista de Direito Alternativo**. São Paulo, Acadêmica, nº 2, 1993.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Os princípios e o ordenamento jurídico aberto**. (2007). Disponível em:

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I.

RT SEPA MÁS. **Alemania, acusada de haber provocado la crisis europea**. Disponível em: <<http://actualidad.rt.com/economia/view/38280-Alemania,-acusada-de-haber-provocado-crisis-europea>>. Acesso em: 26 out.2012

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. São Paulo: LTr, 2006

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In* —. (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Os direitos humanos e a sua proteção frente à globalização econômica. *In*: PIOVESAN, Flávia M. (Coord.) **Direitos humanos**. Curitiba, Juruá, 2006. p. 277.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Felipe Ventin da. Fundamentos dos direitos de personalidade e o papel da tutela inibitória na sua proteção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, nº 2781, 11 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18471>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

SILVA, Jeferson Barbosa da. **História sindicalista**. São Paulo: Cepros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Os princípios social-trabalhistas na Constituição Brasileira. *In Revista do TST*. Brasília, v.69, nº 1, jan/jun 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Maria da Conceição. **Acumulação de capital e industrialização no Brasil**. 3ed. Campinas: Unicamp, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país?. **Revista Del Rey**, Belo Horizonte, a.1, nº1, dez.1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

TOLEDO, Tallita Massucci. Contrato de trabalho (?) em condições análogas à de escravo: o paradigma liberal. *In*: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). **Direito penal do trabalho**: reflexões atuais. Belo horizonte: Fórum, 2010.

UNESCO. Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1966). Roma, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139390por.pdf>. Acesso em: 27/11/2012

UNITED STATES. Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States. Official Government Edition, 2011. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>>. Acesso em: Oct, 27.2012.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito penal brasileiro: parte geral**. 7.ed.rev.atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEGISLAÇÃO

	número-data-DOU	Ementa
Leis ordinarias	12.288 – 20.7.2010 21.7.2010	Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, (...) 9.029, (...) 7.347, (...) 10.778, (...)
	12.015 - 7.8.2009 10.8.2009	Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o Art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do Art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.
	10.803 – 11.12.2003 12.12.2003	Altera o Art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo.
	10.224 – 15.5.2001 16.5.2001	Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências.
	9.799 – 26.5.99 27.5.99	Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências.
	9.777 – 29.12.98 30.12.98	Altera os Arts. 132, 203 e 207 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.
	9.455 – 07.04.97 8.4.97	Define os crimes de tortura e dá outras providências.
	9.029 – 13.04.95 17.4.95	Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.
	8.683 – 15.7.93 16.7.93	Dá nova redação ao Art. 206 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.
	8.213 – 24.7.91 25.7.91/11.4.96/14.8.98	Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

	8.112 – 11.12.90 12.12.90	Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.
	7.853 – 24.10.89 25.10.89	Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes,
	7.716 – 5.1.89 6.1.89	Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.
	7.210 – 11.7.84 13.7.84	Institui a Lei de Execução Penal.
	7.209 – 11.7.84 13.7.84	Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ...
Decreto	7.540, de 2.8.2011 Publicado no DOU de 3.8.2011	Institui o Plano Brasil Maior – PBM e cria o seu Sistema de Gestão.

JURISPRUDÊNCIAS - RESOLUÇÕES

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES nº 9 de 29 de setembro de 2004. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 31/07/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar 1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Súmula nº 14. Não é admissível por ato administrativo restringir em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público. *In*: _____. Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 324500-05.2008.5.09.0195. Data de Julgamento: 14/11/2012. Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/11/2012. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-324500-05.2008.5.09.0195&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJuEAAN&dataPublicacao=19/11/2012&query=direito da personalidade revista intima](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-324500-05.2008.5.09.0195&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJuEAAN&dataPublicacao=19/11/2012&query=direito%20da%20personalidade%20revista%20intima)>. Acesso em: 21 nov.2012

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 9768220105110015 976-82.2010.5.11.0015. Relator(a): Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento: 31/08/2011. Órgão Julgador: 3ª Turma. Publicação: DEJT 09/09/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em: 21 nov.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 61300-23.2000.5.10.0013 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>. Acesso em: 30/11/2012

BRASIL. TRT/SP 2ª REGIÃO. AUTOS 00228-2006-035-02-00-6, julgamento ocorrido em 01/12/2009, publicado no DJSP em 18/12/2009. Desembargador Relator: Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, Acórdão nº 2009.1064060.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RECORD 1415200300102007 SP 01415-2003-001-02-00-7. Relator(a): SILVIA REGINA PONDÉ GALVÃO DEVONALD. Julgamento: 19/10/2004. Órgão Julgador: 3ª TURMA. Publicação: 09/11/2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho Processo: RO 1769200601602003 SP 01769-2006-016-02-00-3. Relator(a): LUCIA TOLEDO SILVA PINTO RODRIGUES. Julgamento: 22/06/2010. Órgão Julgador: 4ª TURMA. Publicação: 02/07/2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. TRT 15 Região. Processo. 5.352/03. Ac. 25.859/03.5 T. Rel.: Juiz João Alberto Alves Machado. DOESP 5.9.2003. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=492453>. Acesso em: 30 nov.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 76800-47.2008.5.09.0670. Data de Julgamento: 22/10/2012. Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma. Data de Publicação: DEJT 16/11/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: AIRR - 50641-97.2004.5.09.0091 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em: 21 nov.2012.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça (TST). **Direito do trabalho**. Disponível em <www.tst.gov.br/constituicoes.htm >. Acesso: set.2012.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n.45**. Altera os dispositivos dos arts. (...) da Constituição Federal... Brasília, 30 de dezembro de 2004. D.O.U. de 31 dez.2004.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Assédio moral e sexual no trabalho**. Brasília: MTE, ASCOM, 2009

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SECOM - Secretaria de Comunicação Social. A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras. Texto publicado no site em do TST em 03/11/2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fmaterias-especiais%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: 12/01/2013.

CÓDIGOS

Constituição da República Federativa do Brasil

Consolidação das Leis do Trabalho

Código de Direito Civil

Código de Direito Penal

Código de Direito Processual Civil

Código de Direito Processual Penal

Código do Trabalho Português