



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO AO
ENFRENTAMENTO DO TRABALHO ESCRAVO NAS DECISÕES
DO PODER JUDICIÁRIO LUSO E BRASILEIRO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Autora: Daniela Arruda de Sousa Mohana

Orientadores: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos

Número da candidata: 20151554

Janeiro de 2020

Lisboa

A Marina.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao Professor e orientador Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário, pela inspiração de competência, compromisso e dignidade. À Professora e Coorientadora, Doutora Edith Maria Barbosa Ramos, pela dedicação e excelência na arte de ensinar, orientar e acolher.

A minha família: minha mãe, meu padrasto, meu irmão e meu marido, sem eles não conseguiria nem atravessar o atlântico.

Ao meu marido e minha filha, dos quais furtei horas da nossa convivência para me dedicar à solidão dos estudos.

Aos amigos da Turma 9 que me acolheram prontamente e aos amigos da Turma 6, minha primeira morada acadêmica em terras europeias.

Às funcionárias da Biblioteca da Procuradoria Geral da República, Teresa, Isabel, Zelia e Maria pela paciência e presteza.

À cidade de Lisboa, que independente da estação, sempre me acolheu de forma calorosa e como retribuição desejo que esta pesquisa contribua para sua evolução, pois este movimento deve pertencer até aos melhores, evoluir.

O Judiciário, tal como os demais poderes,
pode tanto estatuir, quanto impedir [...]
Fábio Konder Comparato

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa foi analisar o posicionamento dos judiciários português e brasileiro, por meio das decisões do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, a respeito do fundamento jurídico para o enfrentamento do crime de trabalho escravo. A análise foi realizada a partir dos direitos fundamentais e sociais, reconhecidos nos ordenamentos de ambos os países, bem como nas normas internacionais de direitos humanos. A delimitação temática esteve ancorada nos âmbitos do direito constitucional, penal e internacional. Utilizou-se o método dedutivo, como procedimento metodológico fundado em pesquisa documental, jurisprudencial e bibliográfica, aportada em artigos com estratos qualificados nacional e internacionalmente e livros de autoria mundialmente reconhecida. O trabalho escravo tem se apresentado como crime presente e recorrente no mundo contemporâneo, não apenas nos países estudados, mas mundialmente. Destaca-se que nem mesmo a tutela punitiva estabelecida pelo direito penal foi capaz de extinguir a prática do crime de trabalho escravo. A dissertação analisa a vedação ao crime de trabalho escravo a partir da compreensão dos sistemas de proteção internacional e nacional dos direitos fundamentais e sociais do ser humano. A rede de proteção estabelece a obrigatoriedade em âmbito internacional de observância à norma do Trabalho Digno. Observância, no sentido de uma garantia dirigida aos Estados internacionais da implementação desta forma de trabalho. Compreende-se trabalho digno como o plexo de garantias que engloba o trabalho livre, com salário justo, integridade física, jornada digna e liberdade sindical. Na medida que se percebe que o direito ao trabalho se encontra inserto no rol dos direitos sociais, direitos positivos que determinam um dever de agir estatal. À guisa de conclusão da pesquisa constatou-se que o judiciário português estabelece como standard probatório do crime de trabalho escravo o princípio da dignidade da pessoa humana. Na medida que compreende a conduta criminosa do trabalho escravo como uma lesão aos direitos trabalhistas e uma forma de coisificação do ser humano. Destituindo a pessoa de sua humanidade quando elimina ou mitiga a garantia do trabalho digno. O trabalho digno é uma determinação da Organização Internacional do Trabalho e assentida por ambos os países analisados. Deve-se ressaltar, contudo, que da análise jurisprudencial brasileira, apesar do tipo penal descrever todas as condutas ensejadoras do crime de escravidão, as quais não se encerram na modalidade de cerceamento da liberdade de ir e vir. No Brasil, essa previsão legal foi

atualizada para garantir a aplicação do artigo 149 do Código Penal Brasileiro, com base nos direitos fundamentais, no entanto ainda paira sobre o Judiciário Brasileiro divergência sobre qual o bem jurídico tutelado no tipo específico do crime de trabalho escravo. Essa interpretação desenvolvida pelo Poder Judiciário Brasileiro afronta a determinação constitucional de garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, a máxima reprimenda ao crime que usurpa a dignidade humana dos indivíduos, em outras palavras, põe em risco a humanidade do trabalhador.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Trabalho Digno. Trabalho Escravo. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The goal of this research was to analyze the positioning of the Portuguese and Brazilian judiciaries, through the decisions of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, respectively, regarding the legal basis of facing the crime of slave labor. This analysis was based on fundamental and social rights, recognized in both countries, as well as in the International Human Rights. The thematic delimitation was established within the scope of constitutional, criminal and international law. The deductive method was used as a methodological procedure based on the documentary, jurisprudential and bibliographical research, based on articles nationally and internationally qualified and books of worldwide recognized authorship. Slave labor has been shown as a consistent and recurrent crime in the contemporary world, not only in the countries studied, but worldwide. It is noteworthy that not even the punitive protection established by criminal law was able to extinguish the practice of the crime. This dissertation analyzes the prohibition to the crime of slave labor from the comprehension of the systems of international and national protection of the fundamental and social rights of the human being. The safety net establishes the international obligation to comply with the Decent Work standard. Compliance, in the sense of a guarantee directed to the international states of the implementation of this form of work. Decent work is understood as the plexus of guarantees that encompasses free labor, fair pay, physical integrity, decent work and freedom of association. To the extent that it is perceived that the right to work is inserted in the list of social rights, positive rights that determine a state's duty to act. As a conclusion of the research, it was found that the Portuguese judiciary establishes as a probative standard of the crime of slave labor the principle of the dignity of the human person. To extend as it understands the criminal conduct of slave labor as an injury to labor rights and the objectification of human beings. Depriving the person of his humanity when eliminates or mitigates the guarantee of decent work. Decent work is a determination of the International Labour Organization and agreed by both countries. It should be emphasized, however, that from the Brazilian jurisprudential analysis, despite the criminal type describe all the conducts that lead to the crime of slavery, which do not end in the modality of curtailing the freedom to come and go. In Brazil this legal provision has been updated to ensure the application of the 149th article of the Brazilian Penal Code,

based on fundamental rights, however, there is still a divergence over the Brazilian Judiciary as to which legal property is protected in the specific type of slave labor crime. This interpretation developed by the Brazilian judiciary violates the constitutional determination to guarantee maximum effectiveness to fundamental rights, a maximum reprimand to a crime that usurps the human dignity of individuals, in other words, endangers the humanity of the worker.

Keywords: Fundamental Rights and Social. Decent work. Slavery. Superior Court of Justice. Judicial Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REPÚBLICAS BRASILEIRA E PORTUGUESA.....	16
1.1 Direitos Sociais e status de Direito Fundamental.....	28
1.2 Direitos Trabalhistas e status de Direito Social.....	38
2 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO	46
2.1 Direito ao salário justo	50
2.2 Direito ao trabalho livre	52
2.3 Direito a integridade física do trabalhador	53
2.4 Direito à jornada digna	54
2.5 Direito à liberdade sindical.....	55
2.6 A construção doutrinária sobre a ideia de trabalho escravo contemporâneo.....	56
2.7 Elementos constitutivos do Trabalho Escravo Contemporâneo e suas consequências	61
3 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVA PENAL.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Brasil e Portugal, enquanto Estados Democráticos de Direito, têm acompanhado a evolução mundial, prevendo em seus ordenamentos jurídicos o fundamento nuclear da dignidade da pessoa humana. Este princípio possui a função de reafirmar os valores do Estado Liberal com forte enlace e garantias previstas ao homem trabalhador formatadas no Estado Social. O escopo dos Estados Democráticos de Direito, em especial é propiciar à sociedade a concretização dos direitos fundamentais, notadamente, a igualdade material. O caráter prestacional dos direitos sociais demandam um dever de agir do Estado como condição última de sua razão de existir. Entre os direitos sociais deve-se destacar o direito ao trabalho e sua articulação com o direito à saúde, moradia, educação, entre outros.

O direito ao trabalho, garantido tanto pela Constituição Portuguesa quanto pela Constituição Brasileira, não é o direito a todo e qualquer trabalho, mas é o direito ao trabalho digno. As condições de trabalho estão legalmente estabelecidas, com proteção a uma ordem econômica livre, mas fundada nos valores sociais do trabalho.

Portanto, entende-se que a proteção à ordem econômica não pode caracterizar um total processo de desregulação do Estado em relação à livre iniciativa. Pelo contrário: o Poder Público deve regulamentar as diretrizes de proteção aos trabalhadores no mercado, por meio dos direitos sociais.

A consagração do valor social do trabalho evidencia a necessidade de se implementar, em âmbito da economia, normas que preservem o trabalhador, como um fim de assegurar a sua dignidade, ou seja: que o ser humano seja considerado em si mesmo e não como instrumento de trabalho, que o ser humano não seja coisificado, esta é a ideia trazida por Immanuel Kant. Contudo, apesar da existência de inúmeros instrumentos de proteção ao trabalhador, seja pela força irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento das repúblicas brasileira e portuguesa, seja pela tutela penalmente estabelecida nestes países no enfrentamento à violação dos direitos sociais, ainda se pode comprovar a presença do crime de trabalho escravo, nesses países.

O trabalho escravo é uma antítese ao trabalho digno. O conceito de trabalho digno foi estabelecido, internacionalmente, pela Organização Internacional do Trabalho, em 1999, ratificando a necessidade de os Estados garantirem a todos um trabalho produtivo, baseado na liberdade, segurança, equidade e dignidade humana. No Brasil tende-se a utilizar a expressão Trabalho Decente.

Deve-se destacar diferença entre igualdade e equidade quando da utilização desses dois institutos no conceito de trabalho digno. Entende-se que o Estado deve primar por ambas. O conceito de igualdade, por um lado, pressupõe que os indivíduos partem do mesmo ponto, por outro lado, o conceito de equidade está relacionado ao poder do Estado em garantir oportunidades iguais para pessoas diferentes. Esta distinção traduz a necessidade de se preservarem as condições de trabalho adequadas ao trabalhador, independente da classe social ou econômica que o ser humano está inserido.

Nesse sentido, não se deve, de forma exemplificativa, considerar que um trabalhador, que vive em uma realidade rural, sem saneamento básico, seja submetido a um trabalho desprovido dos direitos básicos de dignidade, tais como, alojamento salubre e limpo, alimentação saudável e higiênica. Trabalhar com animais, então, não permite que os seres humanos possam ser alojados em currais, pocilgas ou aviários, da mesma forma a alimentação dos seres humanos não poder ser a mesma dirigida a esses animais. Outro exemplo de violação da dignidade humana são os casos de empresas, via de regra, de moda, que têm preferência por empregar refugiados ou estrangeiros ilegais, quais sejam: chineses, bolivianos, venezuelanos, coreanos entre outros, pois em razão da situação de vulnerabilidade acabam sendo submetidos a trabalho com jornadas exaustivas, locais insalubres e perigosos.

Assim, deve-se destacar que o direito ao trabalho digno é estabelecido, nas normas nacionais do Brasil e de Portugal, em consonância com as normas internacionais, como instrumento efetivo para o ser humano alcançar uma vida digna, razão pela qual, este direito ao trabalho está inserido no rol dos direitos fundamentais, representando, desta forma, um trunfo da sociedade diante da atuação Estatal. O direito ao trabalho digno exige do Estado uma atuação no sentido de garantir a implementação prioritária de políticas públicas que possibilitem a efetivação das escolhas constitucionais de ambos os países em estudo.

Os Estados Brasileiro e Português, ao proclamarem o direito ao trabalho como consectário do direito fundamental à vida, asseguraram-no como direito de todos, o que lhes impõem o dever de garantir sua preservação. Desta forma, é inquestionável o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do trabalho digno.

O direito público subjetivo ao trabalho representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, devendo; portanto, o Poder Público velar pela sua integridade, ou por meio de implantação de Políticas Públicas garantidoras do acesso universal e igualitário a toda população, ou pela eficaz atuação do Poder Judiciário quando observada a sua violação.

A atuação estatal está justificada na medida em que a proteção constitucional do direito ao trabalho é considerada garantia de proteção à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Portanto quando os Estados, em análise, se negam ou se omitem na garantia de proteção ao direito ao trabalho, descumprem um dever constitucional, atentando, inclusive, contra o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A constatação do trabalho escravo, nos países pesquisados, representa a urgente necessidade da atuação efetiva do Estado, por meio do trabalho das Instituições do Sistema de Justiça, em especial, do Poder Judiciário, para que este garanta o cumprimento dos princípios constitucionais e do disposto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro e no artigo 159 do Código Penal Português, como forma de garantir o enfrentamento eficaz deste crime.

Contudo, ao se analisarem as decisões dos dois países, quando do tratamento dado em âmbito jurisdicional ao crime de trabalho escravo, não se vislumbra uma unidade na determinação do bem jurídico tutelado pela prática delituosa, ao se comparar os julgados do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, última hierarquia dos Tribunais de Justiça de Portugal e do Supremo Tribunal Federal, no Brasil última instância de julgamento do Poder Judiciário Brasileiro.

O bem jurídico é entendido, para o Direito Penal, como valor socialmente relevante no Estado Democrático de Direito, ao ponto de precisar ser protegido, por meio de uma norma dotada de pena criminal caso haja sua violação. Os tipos penais de ambos os países definem no crime de trabalho escravo, por meio da interpretação sistemática,

que a atuação estatal deve ser voltada para proteção da dignidade da pessoa humana. Não se admitindo, nem por meio da interpretação literal que a tipificação do crime de trabalho escravo, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico português, vise a tutela, apenas, da liberdade de ir e vir.

O entendimento acima é constatado nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, como se depreende da pesquisa realizada. Contudo, esta não é a realidade no Judiciário brasileiro, mesmo diante de um tipo penal analítico, alterado em 2003, justamente para garantir o enquadramento do bem jurídico do crime de trabalho escravo como qualquer conduta que atente contra a dignidade do trabalhador.

Percebe-se conduta atentatória à dignidade do trabalhador como qualquer ação que o reduza à condição de escravo. Esta condição pode ser observada na submissão do ser humano a trabalhos forçados, condições degradantes de trabalho, jornada exaustiva, restrição, de qualquer forma, da sua locomoção, em regra, em virtude de dívida contraída no ambiente de trabalho para manutenção das suas necessidades básicas de higiene e saúde, em estabelecimento comercial pertencente ao empregador ou seu representante. Assim sendo, o próprio tipo penal no Brasil descreve condutas caracterizadoras da condição de escravo, não devendo ser interpretado como *standard* probatório, apenas e tão somente o cerceamento da liberdade de ir e vir.

O *standard* probatório é definido como o mínimo a ser observado pelo julgador para enquadrar um fato descrito na acusação como tipo legal. Esta constatação é a justificativa para esta pesquisa, de forma a garantir um estudo científico sobre esse tipo legal. Objetiva-se com essa concepção ratificar a necessidade de a dignidade da pessoa humana ser configurada definitivamente como *standard* probatório do crime de trabalho escravo, tendo em vista seu estabelecimento penal no Brasil e Portugal.

Razão pela qual, no nível metodológico, esta pesquisa irá além da construção e desenvolvimento de uma pesquisa bibliográfica verticalizada em doutrinas sobre o tema, pois constitui-se essencial em pesquisa jurisprudencial, com análise sistemática e explicativa das decisões jurisprudenciais dos Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, devidamente referenciadas no corpo do texto e nas referências finais.

Desta forma, esta pesquisa foi estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo analisa os direitos fundamentais, no contexto dos países em estudo, enquanto

Estados Democráticos de Direitos, dotados de soberania. Aqui compreende-se que a soberania desses Estados está alicerçada na autodeterminação e no autogoverno popular, portanto, sob a ótica que a definição dos direitos fundamentais está atrelada ao respeito à dignidade humana e nos direitos fundamentais, construções jurídicas e históricas advindas da limitação do poder estatal e da ação na proteção dos direitos sociais. Assim, colhe-se que os direitos humanos, positivados nas ordens jurídicas analisadas neste trabalho, são estabelecidos como direitos de agir do Estado e direitos de exigir dos cidadãos, na nomenclatura desenvolvida por Jorge Miranda. Destaque-se que, entre os direitos fundamentais têm-se os direitos sociais, caracterizados como direitos de segunda dimensão, na qual está inserido o direito ao trabalho, estabelecido constitucionalmente.

O segundo capítulo aborda o direito do homem ao trabalho digno, estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1999, com o fim de garantir que o direito ao trabalho não se traduza no direito a qualquer trabalho, mas que só pode ser considerado legítimo na medida em que for caracterizado como trabalho digno. O trabalho deve ser exercido em condições de liberdade, segurança, equidade e dignidade.

Brasil e Portugal ratificaram as convenções 29 e 105 da OIT, de forma a demonstrarem o compromisso em suprimir qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório, além de estabelecerem o trabalho pautado no salário justo, livre, com jornada digna, garantidor da integridade física e liberdade sindical do trabalhador. Ao final do capítulo, será estabelecido o conceito de trabalho escravo que advém do conceito de trabalho digno.

Diante do enquadramento do ser humano como objeto, através do trabalho escravo e para garantir o seu enfrentamento, Brasil e Portugal tipificam como criminosa a conduta do trabalho escravo, estabelecendo punições em seus códigos penais, com o objetivo de garantir a máxima proteção ao trabalhador.

O capítulo terceiro, com base na definição do direito ao trabalho, como direito social, portanto, como direito fundamental, bem como sob a ótica da proteção penal ao trabalho digno, por meio da tipificação penal do crime de trabalho escravo, será analisada, por meio da jurisprudência, a existência desse crime nos países pesquisados, de forma a justificar o estabelecimento do *standard* probatório do tipo penal como a dignidade da pessoa humana, pelo judiciário brasileiro.

Constata-se que o posicionamento do Judiciário português, na proteção ao trabalhador e a sua dignidade, avançou muito. Assim, compreende-se que o Brasil precisa alcançar essa mudança de paradigma, pois entende-se que essa mudança é fundamental para o estabelecimento de um efetivo enfrentamento ao crime de trabalho escravo, por meio do Poder Judiciário brasileiro.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REPÚBLICAS BRASILEIRA E PORTUGUESA

A análise dos Direitos Fundamentais tanto no Brasil quanto em Portugal deve partir da perspectiva de soberania de ambos os países.

Em Portugal o órgão de soberania é a Assembleia da República e no Brasil é o Presidente da República. Deve-se compreender a soberania sob duplo aspecto, qual seja: a partir dos conceitos de comunidade autodeterminada e autogovernada e de legitimação da soberania popular, presentes nos artigos 2º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e 14º da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB).

A Constituição de Portugal, em seu artigo 3º¹ caracteriza a soberania como advinda do povo, una e indivisível, e no Brasil, a sua Constituição estabelece, que no parágrafo único do artigo 1º e no caput do artigo 14º, a soberania popular é exercida por meio do voto direto, secreto, obrigatório e pelo sufrágio universal.²

Vislumbra-se, assim, a soberania em ambos os países advém do povo, sob os fundamentos da autodeterminação e do autogoverno popular. Ocorre que a soberania popular não deve ser exercida de forma irrestrita, seus limites estão fundamentados no princípio/valor da dignidade da pessoa humana, artigo 2º CRP e artigo 5º, III, CF/88. Compreende-se aqui dignidade humana em seu aspecto kantiano, isto é, o homem sendo um fim em si mesmo e não um meio para alcance de um objetivo. Essa é a visão moderna ou pré-moderna do princípio antrópico - o “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*)”³.

Para Immanuel Kant⁴, por exemplo, o ser humano não deve ter sua definição aproximada do conceito de instrumento e, não pode ser entendido como um meio para alcance de vontades infinitas. Para esse filósofo a definição de humano deve ser atrelada ao sentido de ser social com um valor ímpar, qual seja: o da pessoa humana.

¹ Artigo 3º

Soberania e legalidade

1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.

² A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

³ SARLET, 2001

⁴ KANT, 1960

A concepção da importância normativa da perspectiva de pessoa humana como fim e não como meio, adveio, no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Na segunda metade do Século XX, a Dignidade da Pessoa Humana passou a figurar como centro do ordenamento jurídico de vários países, notadamente no Brasil e em Portugal.

As experiências totalitárias do século passado, em especial o Nazismo, certamente foram determinantes na construção simbólica da ideia de homem-objeto. A coisificação dos seres humanos acabou por legitimar inúmeras atrocidades praticadas no regime político de Hitler. Como resultado, a História contabilizou o extermínio de milhões de pessoas.

O fim do sistema nazista exigiu do mundo civilizado uma resposta ao quadro de terror instalado na Alemanha, além das normas internacionais construídas coletivamente pelos países ocidentais em nome da paz, deve-se destacar a inserção da dignidade da pessoa humana no rol de direito fundamental da constituição alemã, nos termos do artigo 1º.⁵ A consagração da Dignidade da Pessoa Humana vai ao encontro da tridimensionalidade da norma, de forma a estabelecer este fundamento como um novo juízo de valor a ser observado pelos Estados internacionais quando da elaboração dos seus ordenamentos.

Tal juízo de valor, dignidade da pessoa humana, foi observado no Brasil e em Portugal, ao estabelecerem a soberania com base nos aspectos citados, autodeterminação e do autogoverno popular, o que legitima a forma de governo republicana, como res (coisa) + pública (do povo). A república é organizada com o objetivo de atender às necessidades do homem e não o contrário, como preceitua John Rawls⁶. O presente autor ainda destaca a ideia de mutualidade do conceito republicano. Em outras palavras, a república está a serviço do homem, assim como o homem na qualidade de cidadão contribui para a república.

A república, desta forma, está estabelecida com base nas liberdades individuais, explicitadas por meio dos direitos fundamentais. José Afonso da Silva⁷

⁵ 1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger. 2) O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3) Os direitos fundamentais, a seguir enunciados, vinculam, como directamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial (GOMES, 2005, p.26).

⁶ RAWLS, 1997, p. 45

⁷ SILVA, 2006, p. 179

assevera que os direitos fundamentais estão estabelecidos no direito, de forma positivada, com o objetivo de definir juridicamente as situações tanto objetivas quanto subjetivas necessárias para a observância da dignidade, liberdade e igualdade do ser humano. Esta definição demonstra, portanto, a evidente necessidade de estabelecimento de limites aos poderes estatais, o que é realizado de forma legítima por meio da soberania popular.

Quando aborda o conceito de dignidade humana, Alexandre de Moraes⁸ ressalta que nesse conceito está a institucionalização dos direitos e garantias do ser humano, como meio de garantir a proteção dos indivíduos frente ao arbítrio do poder do Estado e como mecanismo adequado ao estabelecimento das condições necessárias para vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Assim, compreende-se que qualquer definição de direitos fundamentais deve estabelecer como premissa o respeito à dignidade, por meio da limitação do poder estatal e por meio de ação deste poder. Revestindo-se, no âmbito do rol dos direitos, de uma característica singular, a saber, a sua observância é verificada de forma dúplice, tanto por meio do agir estatal quanto da sua abstenção.

A Constituição da República Brasileira conferiu aos direitos fundamentais o status de norma constitucional, ao positivar em seu Título II - Dos direitos e garantias fundamentais, da mesma forma, a Constituição da República Portuguesa conferiu aos direitos fundamentais o status de norma constitucional, ao capitular em sua Parte I - Direitos e deveres fundamentais.

Deve-se, no entanto, ressaltar que a constitucionalização não pode ser encarada apenas como uma positivação de direitos, mas como uma garantia do cidadão de pleitear a sua concretização junto ao Poder Judiciário quando da inércia do Executivo na efetivação de tais direitos. Como destaca Alexandre de Moraes, as autoridades públicas devem respeitar e observar os direitos fundamentais, prioritariamente, pois com essa prática poderá ser garantida a verdadeira construção do Estado democrático de direito. Para o autor, estes direitos constituem sua pilastra-mestra⁹.

A Constituição Brasileira assegura a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais quando estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º, CF). O artigo 18 da Constituição da

⁸ MORAES, 2002, p. 39

⁹ *Idem*, p. 21

República Portuguesa¹⁰, de forma semelhante afirma que as entidades públicas e privadas estão vinculadas à força jurídica e eficácia dos direitos e deveres fundamentais, pois possuem aplicabilidade imediata.

O Direito sob a ótica de defesa dos cidadãos é analisado com base em uma perspectiva dupla. No dizer de Gomes Canotilho¹¹, constituem um plano jurídico objetivo e um subjetivo. O primeiro é composto por normas definidoras de competência para o poder público, para o Estado, com o estabelecimento de condutas proibitivas, vedando “fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”. Enquanto o plano jurídico subjetivo está adstrito à ideia de liberdade positiva, na medida em que o cidadão possui o poder de “exercer positivamente direitos fundamentais” e de liberdade negativa, tendo em vista que tem o poder “de exigir omissões dos poderes públicos” com o fim de evitar lesões causadas pelo Estado.

Para Jorge de Miranda¹², a existência dos Direitos Fundamentais prescinde de três requisitos, a saber, primeiro, a existência do Estado, ou minimamente uma comunidade política integrada; segundo, ausência de um regime totalitário, ou seja; presença de pessoas com autonomia frente ao Estado e por último, uma Constituição, entendida como lei acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudências.

Ainda segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais encontram espaço para sua existência quando há distinção entre o Estado e o indivíduo, entre a liberdade e autoridade. Para o autor, estes além de se distinguirem podem, inclusive, se contrapor em determinada situação, de forma mais acentuada ou amena¹³. O estabelecimento de sistemas distantes desses postulados pode ensejar a constituição de um estado autoritário. O Estado que constituiu e legitimou o funcionamento de Auschwitz¹⁴ era constituído por leis, ou seja: havia uma confusão entre o Estado e a pessoa.

Hobsbawm, na obra a Era dos Extremos, relata que as ideias advindas do Positivismo, período posterior à Primeira Guerra Mundial, foram utilizadas pelo líder alemão do nazismo, para justificar a substituição dos valores historicamente consagrados. Destaque-se que a constituição Alemã de 1848 já trazia a designação Direitos

¹⁰ Artigo 18 da CRP: preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privada.

¹¹ CANOTILHO apud MORAES, 2002, p.20

¹² MIRANDA, 2016, p. 12-13

¹³ MIRANDA, 1998, p. 231

¹⁴ campos de concentração onde os nazistas exterminavam judeus, no período da 2 Guerra Mundial.

Fundamentais em seu texto normativo, o que demonstra a substituição do instituto¹⁵ de declaração de direitos, por outros valores que permitiram ao Estado a formatação de leis que propiciaram ações governamentais responsáveis pelo extermínio dos judeus. Entre outras razões, por esse motivo, Boaventura de Sousa Santos afirmou que o século XX ficaria marcado como um século infeliz¹⁶.

Ausência de distinção entre o Estado e a pessoa, a ausência de distinção entre autoridade e a liberdade, culminaram com a afirmação polêmica de Hans Kelsen de que as atrocidades praticadas pelos Estados totalitários podem ser objeto de condenação social, mas não podem ser vistas como atitudes arbitrárias, posto estarem inseridas no ordenamento jurídico dos países envolvidos.¹⁷

A partir dessas considerações históricas, pode-se concluir que no ordenamento jurídico dos países constitucionais e democráticos, a soberania popular, nos termos acima descritos, deve guiar o estabelecimento dos Direitos Fundamentais.

As nomenclaturas conferidas aos direitos fundamentais são diversas, tais como, direitos humanos fundamentais, direitos fundamentais do homem, e a mais comumente utilizada, direitos humanos.¹⁸ No campo do Direito Internacional, prevalece a denominação Direitos Humanos, Direitos do Homem.

Quanto à polêmica de maior relevância sobre a utilização da expressão direitos humanos ou direitos fundamentais, acredita-se que esta expressão *direitos humanos* encerra os direitos com origem na própria condição humana, ou seja, válidos para todos os povos, independente do fator temporal. Os direitos fundamentais são os direitos do homem limitados no tempo e espaço, constantes no corpo de uma constituição, ali positivados ¹⁹.

Para Ingo Sarlet²⁰, a denominação direitos fundamentais é aplicável para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado. Enquanto os direitos humanos, estão relacionados ao ser humano, independentemente da sua vinculação a uma ordem constitucional específica, por isto está voltado para os documentos de direito internacional.

¹⁵ QUEIROZ, 2002. p. 26

¹⁶ SANTOS, 1993, p. 181-208

¹⁷ KELSEN, 2009, p. 44

¹⁸ BRITO FILHO, 2004, p.34

¹⁹ MARQUES, 2007

²⁰ SARLET, 2007, p. 35-36

A expressão “direitos humanos” está relacionada à ideia do homem em si, não associado a um determinado Estado ou Entidade Internacional. Assim sendo, a presente pesquisa dissertativa tem por escopo que a análise dos direitos se situará no âmbito dos ordenamentos português e brasileiro, e desta feita, utilizar-se-á o sintagma direitos fundamentais.

Gomes Canotilho e Vital Moreira²¹ também ratificam a diferença doutrinária estabelecida entre os direitos fundamentais e direitos humanos e afirmam como característica distintiva a positivação, de forma que os primeiros ficam adstritos a um ordenamento jurídico específico de determinado país, a uma ordem interna, enquanto o segundo está relacionado com a coletividade, pertencente a todas as pessoas, não sendo relevante a sua observância positivada pelo Estado. José Melo de Alexandrino estabelece o mesmo parâmetro de distinção, pois conceitua Direitos Humanos como situações jurídicas reconhecidas pelo Direito Internacional em decorrência da condição ou natureza do ser humano²².

Desta forma, resta patente que a positivação é o traço diferenciador entre os direitos fundamentais e direitos humanos, apesar das características comuns. Ambos são constituídos de fundamentalidade, universalidade, inalienabilidade e interdependência, e têm por fim a garantia da dignidade da pessoa humana.

Esta é a visão formalizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, adotada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, que foi posteriormente estabelecido na Declaração e Programa de Ação de Viena, 5: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados.”

O doutrinador português, Paulo Otero²³, em sua obra Instituições Política e Constitucionais, utiliza a expressão direitos humanos, e afirma preferir essa denominação, em virtude da relativização atual do termo fundamental. Contudo, entende-se, de forma diversa do presente autor, coadunando-se com os ensinamentos de Jorge Miranda, o qual entende que a ampliação dos direitos fundamentais, de forma a ultrapassar os direitos individuais, evidencia a necessidade de sua observância de forma comunitária, pois o contrário resultaria em um abandono, ameaça e desamparo à pessoa humana, não sendo

²¹ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 240

²² ALEXANDRINO, 2007, p. 34

²³ OTERO, 2007, p. 526

este alargamento motivo para se relativizar a observância do que seja fundamental para o ser humano.²⁴

A relativização da expressão dos direitos fundamentais vem acompanhando as suas fases de formação, que se inicia com a ideia de liberdade de Benjamin Constant²⁵ e finda com a fase da distinção entre a proteção interna e a dos direitos do homem. Jorge Miranda afirma o desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo dos anos, pois antes a garantia destes era assegurada em face do Estado, a favor do Estado ou por meio do Estado e atualmente este papel também incumbe aos organismos internacionais.²⁶

Para Norberto Bobbio, a ideia de fundamentalidade absoluta inspira posições totalitárias e reacionárias, não existe um fundamento absoluto para os direitos do homem, posto serem historicamente relativos e partindo dessa relatividade é que se consagram os direitos tais como, as liberdades de expressão e religião²⁷. Jorge Miranda destaca que a solução para relativização fundamentalidade dos direitos consiste na busca pelos fundamentos tanto quanto necessários para garantir a observância dos direitos fundamentais e não se restringindo a utilização dos disponíveis²⁸.

A ideia de relativização dos direitos fundamentais vem acompanhada do “*stress* do Estado de Direito”, expressão utilizada Gomes Canotilho. Para esse autor em destaque a relativização dos direitos fundamentais significa a sua redefinição por meio do aspecto valorativo desse princípio, de forma a garantir a sua precisão epistemológica, sem deixar de considerar que isso pode resultar em uma hipertrofia garantística.

Como mecanismos de limitação do poder do Estado, os Direitos fundamentais surgem como trunfos, ideia difundida por Ronald Dworkin, (*Takin Rights Seriously*, London, 1977, págs. Xi, 194 e 269). Para este autor o significado de possuir um trunfo perante o Estado advém da posição jurídica que o indivíduo possui frente a este, como elementos dissociados, de forma que ser detentor de um direito fundamental equivale a uma posição privilegiada do indivíduo face ao Estado²⁹.

Nessa perspectiva os Direitos fundamentais representam um trunfo contra a vontade da maioria, concepção que desencadeia uma tensão entre o poder democrático e

²⁴ MIRANDA, 2016, p. 14

²⁵ ARAÚJO, 1999, p. 523

²⁶ MIRANDA, 1998, p. 232

²⁷ BOBBIO *apud* MIRANDA, 1998, p. 234

²⁸ MIRANDA, 1998, p. 234

²⁹ NOVAIS, 2006, p. 2

o Estado de Direito. Contudo, esta não é a perspectiva adotada pelas Constituições Portuguesa, no seu artigo 2º e Brasileira, no seu artigo 1º, ambas consagram o Estado de Direito e o raciocínio da integração de uma conexão interna. Como afirmado por Habermas³⁰ há uma força recíproca entre o Estado de Direito e a democracia³¹.

O doutrinador Jorge Reis Novais refere que ser detentor de um direito fundamental sob a concepção dos direitos como trunfos, possui duplo significado, na relação particular-Estado e na relação particular-particular. O indivíduo, na sua relação com Estado, possui uma posição juridicamente garantida frente a maioria política. Assim, como na relação entre os particulares, possui proteção, mesmo diante de uma maioria, inclusive nesta situação e também quando o indivíduo está inserido em uma relação marcada pela desigualdade, de forma exemplificativa, nas relações de trabalho, onde se vislumbra a presença da subordinação jurídica entre empregado e empregador.³²

Os Estados Democráticos de Direito Português e Brasileiro se valem dos direitos fundamentais como trunfos. Deve-se, neste ponto, destacar o conceito hobbesiano de Estado, onde o indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe. Assim como, a ideia de um Estado Liberal de Carl Schmitt, no qual a possibilidade de intervenção estatal é limitada. John Rawls assinala que as liberdades de base devem ser prioridades e de Robert Alexy afirma que as decisões afetas aos direitos fundamentais não podem ser deliberadas por uma maioria parlamentar simples³³.

Portanto, os Estados supracitados se utilizam dos direitos fundamentais como trunfos sob a ótica dos autores acima, de forma a estabelecê-los, considerando-se, primeiramente que o indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe; segundo, o Estado possui um dever de agir limitado pelas normas estabelecidas e por último que as decisões sobre estes direitos deve ser estabelecida por um quórum qualificado, sendo relevante o estabelecimento das liberdades de base como ponto de partida.

Historicamente, em uma perspectiva internacional ou universal, os Direitos Fundamentais remontam ao estado posterior à Primeira Guerra Mundial, com a Carta das Nações Unidas de 1945, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, Convenção Europeia

³⁰ HABERMAS, 1999, p. 252

³¹ NOVAIS, 2006, p. 19

³² NOVAIS, 2006, p. 34

³³ *Idem*, p. 19

dos Direitos do Homem de 1950, 1953; Carta Social Europeia de 1965, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2001), Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1978; Carta Árabe de Direitos Humanos de 1994 e Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 2001.

Ao se analisar os documentos acima referenciados, percebe-se que a proteção dos direitos fundamentais iniciou-se na modalidade *soft law*, por meio de declarações ou princípios; após, evoluiu para a fase de garantismo legal, vislumbrando a necessidade de garantir a efetividade da legislação, nesse contexto surge a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconhecidamente, no âmbito internacional, como mecanismo para garantia dos direitos humanos, de forma perfeita e sofisticada.³⁴

Nesse sentido, a internacionalização/europeização do Direito Constitucional ensejou um novo paradigma. Paradigma, segundo Thomas Kuhn³⁵, é um padrão de sociedade em um determinado momento histórico. Assim, o novel modelo de Direito Constitucional internacionalizado/europeizado evidencia a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais, não apenas e/ou exclusivamente, pelas constituições dos Estados, mas também pelos organismos internacionais, de forma a se vislumbrar uma “fragmentação do poder constituinte”³⁶.

Em Portugal, a existência das denominadas constituições internacionais está coadunada com a força jurídica conferida aos direitos fundamentais. Configurando a efetividade dos direitos fundamentais no cenário internacional, tem-se em vista que o indivíduo se utiliza, em nível nacional, do Tribunal Constitucional, e em nível internacional, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A relativização conceitual dos Direitos Fundamentais ensejou a criação de mecanismos de proteção em todas as esferas nas quais estejam preenchidos os requisitos para a existência dos Direitos Fundamentais, quais sejam: o indivíduo autônomo frente ao Estado, ausência de totalitarismo e organização política, abrangendo os níveis nacional e internacional. Em Portugal e no Brasil, internamente, por meio de suas Constituições, respectivamente a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Federal brasileira de 1988. Em nível internacional, deve-se destacar a Convenção Europeia dos

³⁴ BOTELHO, 2010, p. 316-317

³⁵ KUHN, 2013

³⁶VAZ et al, 2015, p. 204

Direitos do Homem e para os pertencentes à União Europeia, caso de Portugal, a Carta dos Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia.

A proteção dos Direitos Fundamentais, na União Europeia, pode ser visualizada por meio de vários julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem a função de garantir a interpretação e aplicação do direito europeu de maneira igualitária pelos países da União Europeia. De forma a inibir a violação do direito europeu pelos países e instituições signatárias. Para Martins, o Tribunal de Justiça da União Europeia é uma significativa instituição do constitucionalismo moderno, pois a atividade interpretativa exercida por este garantiu a observância dos direitos fundamentais, ao ponto deste ser caracterizado como fundamental e incontornável, nas palavras do autor.³⁷

Como exemplo de julgamento de proteção dos Direitos Fundamentais da Corte da União Europeia, pode-se citar: o Acórdão Stauder, de 12 de novembro de 1969, Proc. nº 29/69, no qual, na Alemanha, cidade de Ulm, processou Stauder vendedor de manteiga, pois este não nominava os beneficiários de programas de assistência social que possuíam direito a comprar manteiga por um preço reduzido e esta identificação era determinada pela Decisão 69/71/CEE da Comissão das Comunidades Europeias.

A fundamentação de Erich Stauder para a recusa em cumprir o que estava estabelecido na norma foi pautada no questionamento sobre a compatibilidade entre os princípios gerais do direito comunitário e uma decisão da Comissão das Comunidades Europeias. O Tribunal de Justiça da União Europeia se manifestou no sentido de que a referida decisão deveria ser interpretada de forma a integrar os direitos fundamentais aos Princípios Gerais do Direito Comunitário.³⁸

O sistema Constitucional Português de proteção aos Direitos fundamentais se desenvolve dentro da lógica do artigo 16 da CRP que determina que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Jorge Bacelar Gouveia³⁹ a propósito, considera essa capitulação desnecessária, pois para o autor este é o caminho lógico da

³⁷ MARTINS, 2018, p. 187

³⁸ “Consideração 7: Interpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal.” (PUBLICAÇÕES DA UNIÃO EUROPÉIA, 1969)

³⁹ GOUVEIA, 2005, p. 948

aplicação dos Direitos Fundamentais, que tiveram seu percurso iniciado com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito.

Para Bacelar, a consagração dos Direitos Fundamentais, na constituição, perpassa pela sua definição que é realizada com base em três elementos. Primeiramente, se volta a atenção para o aspecto subjetivo, para as pessoas integradas em um Estado-Comunidade, após, para o objetivo, que pode ser definido como um bem tutelado pela constituição e, por fim, atende-se ao elemento formal, que o define com base no Direito Constitucional, de forma a consubstanciar os caracteres de rigidez e supremacia, responsáveis pela sua individualização na Ordem Jurídica.⁴⁰

Por óbvio que se exclui dessa definição as garantias fundamentais, como afirma Jorge Bacelar Gouveia⁴¹, sem afastar as garantias jurídicas que possuem uma função subjetivante, isto é as que exercem um papel acessório quando da tutela de um direito fundamental ou até mesmo para a tutela de um direito fundamental, de forma a estabelecerem uma relação de principal e acessório.

José Carlos de Vieira Andrade⁴² define os direitos fundamentais de forma segmentada, possuindo um “conteúdo principal”, no qual estão inseridas as “garantias específicas” e um “conteúdo instrumental”, na qual se inserem as “faculdades ou deveres”.

Os Direitos Fundamentais, para Alexandrino, como “situações jurídicas fundamentais das pessoas” estão tipificados na Constituição da República Portuguesa de 1976⁴³ estabelecidos nos artigos 24 a 79 e subdivididos em Direitos, Liberdades e Garantias, artigos 24 a 57; e os direitos económicos, sociais e culturais, artigos 58 a 79.

Essa divisão é justificável, pois para Robert Alexy “o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas.”⁴⁴. Historicamente, deve-se referir a já renomada divisão tripartida dos direitos fundamentais de *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*, que reconhecia direitos de liberdade, direitos de cidadão e os direitos políticos, direitos de participação decorrentes do Estado Democrático de Direito⁴⁵.

⁴⁰ GOUVEIA, 2005, p. 113

⁴¹ *Idem*, p. 158

⁴² ANDRADE, 2001, p. 171

⁴³ ALEXANDRINO, 2007, p. 30-31

⁴⁴ ALEXY, 2006, p. 254

⁴⁵ JELLINEK, 1912, p. 96

A teoria do Status fundamentou os conhecimentos e definições sobre os direitos fundamentais, demonstrando sua contribuição para sedimentação conceitual de tais direitos. Haberle⁴⁶ refere que a utilização da teoria pode ser definida como “colocar sua cabeça de absolutismo tardio em pés democráticos.”

A diferenciação feita por Jellinek⁴⁷ dos direitos fundamentais em Status: Status passivo ou *status subiectionis*, *status negativo* ou *status libertatis*, status positivo ou *status civitatis* e o status ativo ou status da cidadania ativa foi baseada na relação do Estado com o indivíduo, e na forma como essa relação é desenvolvida. O status é “um conceito de direitos e deveres potenciais”⁴⁸. O status passivo ou *status subiectionis* está relacionado com a ideia de sujeição do indivíduo ao Estado, ou seja: o Estado tem competência para impor alguma obrigação ou proibição ao indivíduo. Frise-se que esta relação, Estado e indivíduo, se mantém permanente, independente da situação fática estabelecida⁴⁹.

O status negativo é constituído por um conjunto de atitudes do indivíduo não alcançadas pelo império do Estado, daí o porquê da utilização da expressão *status libertatis* de forma sinônima. Jellinek⁵⁰ afirma, que este status é formado por “ações juridicamente irrelevantes para o Estado.”

O indivíduo no âmbito dentro dessa esfera de liberdade pode agir livremente, desde que não seja gerada a partir de sua ação sob consequência juridicamente relevante e não exista motivo legalmente constituído para intervenção do Estado, isto é, está se falando do universo das liberdades jurídicas não-protégidas.

O Status Positivo, também denominado de *status civitatis*, para Jellinek, está relacionado com a “capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado.”⁵¹ Por fim, o status ativo é definido por Robert Alexy⁵² por meio da equiparação. Afirma que este deve ser definido, nos mesmos moldes que o dever e a obrigação impostos ao indivíduo representam para o status passivo. Assim como o que a faculdade representa para o status negativo e, finalmente, assim como o direito a algo

⁴⁶ HABERLE, 1972, p. 80

⁴⁷ JELLINEK, 1095, p. 86-87

⁴⁸ HANS, 1972, p. 197

⁴⁹ JELLINEK, 2011, p. 118

⁵⁰ JELLINEK, 1095, p. 46

⁵¹ *Idem*, p. 121

⁵² ALEXY, 2006, p. 268

representa para o status positivo. Robert Alexy denomina este status de status da cidadania ativa pelo conceito de competência.

Desta forma, percebe-se dever ocorrer convivência necessária e harmônica dos status, negativo e passivo, para assim ser alcançado o status ativo. As ideias trazidas por Jellinek são essenciais para que se pense na estruturação atual dos direitos fundamentais então, para Robert Alexy ⁵³ “é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais”.

Contudo, não se desconhece a incipiência da teoria de Jellinek, ao passo que não se questiona a sua essencialidade para teoria das posições jurídicas fundamentais. Pois, a partir dessa análise analítica e segmentada foram aprimorados os conceitos de status negativo, em sentido estrito e em sentido amplo. O primeiro limitado às liberdades jurídicas não-protégidas e o segundo, constituído pelos direitos de defesa. Por sua vez, o conceito de status positivo ganhou sentido amplo, englobando o direito às ações positivas e negativas.

Dessa teoria decorre a clássica divisão de direitos de Jorge Miranda, qual seja direitos de agir e direitos de exigir. No núcleo dos direitos de agir estão inseridos os direitos de liberdade e os direitos de defesa; enquanto nos direitos de exigir encontram-se os direitos de exigir prestações jurídicas e materiais, estes por meio de atitudes, comportamentos positivos, mas também estão insertos os direitos de exigir em decorrência do não agir do Estado⁵⁴.

Os direitos fundamentais, pois, para possuírem uma aplicabilidade eficaz prescindem tanto da ação intervencionista (direitos positivos) como abstencionista por parte do Estado (direitos negativos) e somente com a devida realização de tais direitos é que se poderá construir uma sociedade liberta das condições miseráveis de existência.

1.1 Direitos Sociais e status de Direito Fundamental

Para compreensão dos direitos fundamentais utiliza-se a perspectiva atual das dimensões existentes, já que essa perspectiva traz a ideia de continuidade entre uma e outra e não ruptura. Para Pedro Lenza, “uma nova “dimensão” não abandonaria as

⁵³ *Idem*, p. 269

⁵⁴ MIRANDA, 1998, p. 248

conquistas da “dimensão” anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária.”⁵⁵

Atualmente, partindo das premissas de Norberto Bobbio, Ingo Sarlet e Paulo Bonavides, são 5 as dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de 1ª dimensão têm sua historicidade marcada pelo abandono do Estado autoritário para um Estado de Direito, o momento histórico justificou o estabelecimento de liberdades individuais, voltadas para um não agir estatal. Os documentos que marcaram essa época foram a Carta Magna de 1215, Paz de Westfália de 1648, Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Rights de 1688, Declarações Americana de 1776 e Francesa de 1789.⁵⁶

Apesar da Declaração Francesa já dispor de conteúdo social, tais como assistência aos necessitados e acesso à Educação, nos seus artigos 21 e 22, esse documento está inserido no contexto de nascimento dos direitos de 1ª Dimensão. Assim, nada impossibilita a presença de um direito social pertencente à 2ª dimensão em documentos normativos da 1ª dimensão, como neste caso. No Brasil, isto ocorreu com a Constituição de 1824, período do Brasil Império, que dispunha em seu artigo 179 alguns direitos sociais, tais como ensino primário gratuito.

Por sua vez, os direitos fundamentais de 2ª dimensão têm como marco histórico a Revolução Industrial, ocorrida entre o século XVIII e XIX. O termo revolução é empregado, em virtude da dinâmica acentuada na produção industrial, por meio da utilização do carvão, nos mecanismos de produção, como fonte de energia.

Este meio de produção propiciou o surgimento da economia de mercado amparada em produção industrial em larga escala, ensejando uma demanda de mão-de-obra, que terminou por se submeter a um meio ambiente de trabalho insalubre, pois as legislações trabalhistas ainda não tinha evoluído para tutelar esta situação, ocorrida de forma semelhante a uma explosão, como a provocada pela fonte de energia há época.

As condições de trabalho inadequadas, ausência de normas tutelando o interesse dos trabalhadores, os quais estavam inseridos em uma relação de emprego, propiciaram conflitos coletivos com o objetivo de obterem legislação reguladora desta nova realidade economicamente estabelecida, o que culminou com o surgimento da “Lei

⁵⁵ LENZA, 2018, p. 1174

⁵⁶ *Idem*

dos Sindicatos”, em virtude das “condições desumanas de trabalho associada à expressiva oferta de mão de obra”, de acordo com Brito Filho⁵⁷.

Desta forma, os direitos de 2ª dimensão surgiram em um cenário no qual se fazia necessária a intervenção estatal, com o objetivo de concretizar o direito de igualdade, em todos os seus aspectos, além do formal, no material, no real, pois, segundo Kátia Arruda a omissão estatal o conduziria para seu desastre, daí a importância da intervenção do Estado para minorar a desigualdade estabelecida.⁵⁸

São direitos fundamentais de 2ª dimensão, os direitos de igualdade, os direitos coletivos e os direitos sociais, culturais e econômicos. Os direitos sociais estão inseridos na função de prestação social dos direitos fundamentais. Estão permeados por três problemáticas, quais sejam: 1) se o fato de existir um direito social originário traduz-se em direito a esta pretensão prestacional; 2) o problema dos direitos sociais originários, segundo, direitos sociais derivados, direito de exigir do Poder Legislativo uma atuação que concretize normas constitucionais sociais e, por fim, 3) a problemática de saber se as normas de direitos fundamentais tem o poder de exigir uma atuação vinculada do Poder Público quanto à implementação de políticas sociais efetivadoras dos direitos sociais.

Para Gomes Canotilho⁵⁹, não resta dúvida de que os direitos sociais são constituídos por normas, no âmbito da Constituição da República de 1976, que determinam a implantação de políticas públicas eficazes. O mesmo raciocínio se aplica à Constituição Federal brasileira de 1988, tendo em vista que esse documento normativo fundamental reconhece os direitos sociais como direitos de segunda geração. Desta feita, exigem um fazer estatal, se distanciando da visão primária do papel abstencionista do Estado. Além disso, a CF/88 assegura a eficácia dos direitos sociais por meio da sua aplicação imediata ao estabelecer, conforme estabelecido no artigo 5º, §1º, CF/88.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, os direitos sociais também integram o rol das inovações constantes na Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência pós-1945 de positivação. Outrora, encontravam-se insertos junto à ordem social, após o advento da nova ordem constitucional adquiriram capítulo próprio, a saber, capítulo II do título II da CF/88. O novo posicionamento garantiu que a CF brasileira de 1988 fosse a

⁵⁷ BRITO FILHO, 2004

⁵⁸ ARRUDA, 1998, p. 27

⁵⁹ CANOTILHO, 2016, p. 408-409

primeira a estabelecer os Direitos Sociais entre os Direitos Fundamentais, afirma Flávia Piosevan⁶⁰.

Jorge Reis Novais divide os direitos fundamentais, em direitos de liberdade e os direitos sociais, estes últimos visualizados quando a norma estabelece um dever estatal de realizar uma prestação⁶¹. José Afonso da Silva⁶² também parte de igual premissa, os direitos sociais são prestações positivas a serem observadas pelo Estado e acrescenta a função que eles possuem de “realizar a igualização de situações sociais desiguais.”

O art. 6º da CF brasileira de 1988 elenca um rol não taxativo de direitos sociais. Não obstante, urge ressaltar que a recolocação dos direitos sociais não proporcionou um rompimento definitivo com a ordem social, que ainda preceitua no art. 193 da CF os fundamentos do primado do trabalho e o objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Os direitos sociais englobam um conjunto de direitos fundamentais à integração do ser humano em sociedade, a saber, à Educação, à Saúde, à Moradia, ao Lazer, à Segurança, à Previdência dentre outros. Nesta dissertação, porém, será objeto de apreciação o direito social ao trabalho, associado ao fundamento do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

A positivação dos direitos sociais decorreu dos problemas sociais e econômicos gerados pelo impacto da industrialização. As doutrinas socialistas e a consagração formal dos ideais de liberdade não foram suficientes para garantir a efetivação desses direitos, o que ocasionou, no decorrer do século XIX, movimentos reivindicatórios que desembocaram no reconhecimento de direitos caracterizados pela exigência de atuação do Estado, configuração imprescindível para concretização da justiça social⁶³.

Para Ingo Sarlet “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”⁶⁴. Para realização dos direitos sociais é insuficiente a simples abstenção do Estado, sendo condição *sine qua non* prestações positivas. A não intervenção do Estado na esfera da liberdade individual já não

⁶⁰ PIOSAN, 2012

⁶¹ NOVAIS, 2010, p. 292-293

⁶² SILVA, 2006, p. 286

⁶³ SARLET, 2007

⁶⁴ *Idem*, p. 57

é mais capaz de garantir direitos indispensáveis à dignidade do ser humano, são necessários direitos de dimensão positiva.

Para Alexandre de Moraes⁶⁵, os direitos sociais constituem fundamento do Estado democrático de Direito Brasileiro, o que poder ser evidenciado por meio da sua positivação na Constituição Brasileira, artigo 1º, IV.

Os direitos de dimensão positiva, entretanto, não alcançam apenas direitos de caráter positivo, como também “as liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, direito de greve e o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho dentre outros.). Deve-se, no entanto, ressaltar que os direitos sociais são endereçados à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e difusos da terceira geração.

Sobre o assunto, Sarlet⁶⁶ justifica a utilização do termo social, pois, segundo este autor, este propicia uma “densificação do princípio da justiça social”, na medida em que está voltada para os anseios das classes menos favorecidas, inclusive a classe operária, de forma a compensar a relação desigual estabelecida com o empregador.

Assim, os direitos sociais dos trabalhadores devem ser fruto da atividade interventiva estatal, como meio de assegurar ao empregado um trabalho decente baseado nas liberdades sociais. Tendo em vista que na sociedade moderna industrial, é possível a verificação da liberdade não em um contexto que os detentores dos direitos fundamentais possuem o controle do local, do Estado, mas sim quando se instala um espaço social, ou seja, onde são praticadas atividades estatais em prol dos indivíduos.⁶⁷

Para Robert Alexy⁶⁸, os direitos sociais comportam definição do ponto de vista financeiro, consistem em direitos que o indivíduo pode obter, desde que tenha condições financeiras para isto e também que estejam disponíveis no mercado, portanto podem ser obtidos tanto de forma particular quanto pelo Estado.

Portanto, percebe-se a relação entre Direitos Sociais e Liberdade, o que encerra aos direitos de liberdade e direitos sociais a caracterização de direitos fundamentais.

⁶⁵ MORAES, 2005, p.177

⁶⁶ SARLET, 2007, p.57-58

⁶⁷ ALEXY, 2006, p. 504

⁶⁸ *Idem*, p. 499

No interior de Estados sociais de Direito como Brasil e Portugal, não resta dúvida sobre a caracterização dos sociais como direitos fundamentais, existem posicionamentos contrários, com eleição dos direitos de liberdade como fundamentais e se relegam os direitos sociais a meras obrigações de fazer voltadas ao legislativo e executivo.

Jorge Miranda⁶⁹ estabelece a diferença entre os direitos de liberdade e direitos sociais. Para este autor os primeiros não dependem de uma ação positiva do Estado, levando-se em conta o fato que somente por ser pessoa inserida em um grupo social já possui direito ao respeito e proteção do Estado, enquanto os direitos sociais advêm da constatação de desigualdade e necessidades das pessoas, de forma a garantirem entre os integrantes de determinada comunidade política, a solidariedade.

A Constituição Portuguesa de 1976 fez a divisão dos direitos fundamentais, disposto na parte I, da seguinte forma: direitos de liberdades e as garantias, alocadas no título II e os direitos econômicos, sociais e culturais, no título III. Esta divisão foi uma disposição natural, após primeira guerra mundial, não somente na Constituição Portuguesa, assim como na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia. Isso sem afastar o reconhecimento de ambos em um sistema de unidade, “[...] como pedra angular da Constituição”⁷⁰.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e das Liberdades Fundamentais e a Carta Social Europeia são convenções gerais aprovadas pelo Conselho da Europa e estão inseridas no sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. A CEDH surgiu em resposta às atrocidades do período posterior à Segunda Guerra Mundial, de forma a garantir para toda Europa uma carta comum de direitos e liberdades com a afirmação dos valores políticos e culturais das democracias ocidentais⁷¹.

Tanto a CEDH quanto a Constituição Portuguesa de 1976 estabeleceram a dualidade, liberdades e garantias, de forma a viabilizar a observância pelos Estados nacionais as obrigações negativas e as obrigações positivas. Analisando-se a CEDH, percebe-se que os direitos econômicos, sociais e culturais são reconhecidos, especialmente os direitos de segunda geração, quais sejam, liberdade sindical e demais direitos econômicos, sociais e culturais dispostos na Carta Social Europeia.

⁶⁹ MIRANDA, 1998, p. 252

⁷⁰ *Idem*, p. 260

⁷¹ MARTINS, 2018

Nesse contexto de construção legislativa pode-se visualizar uma relação de complementaridade entre a CEDH e CSE, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Carta Social Europeia, entre os direitos civis e políticos essencialmente contidos na primeira e os direitos econômicos e sociais dispostos na segunda.

A Carta Social Europeia, adotada em 18 de outubro de 1961, em Turim, com vigência em 26 de fevereiro de 1965, teve por escopo a erradicação da discriminação e melhoria social, promoção do bem-estar social, razão pela qual reconheceu os direitos econômicos e sociais⁷².

A importância e o reconhecimento dos direitos sociais, também foram adotados nas legislações brasileiras e portuguesas, de forma a garantir sua observância na condição de direitos fundamentais. Existem diferentes concepções sobre a posição dos direitos sociais no interior da temática dos direitos fundamentais, existem ideias que afirmam que as liberdades constituem direitos fundamentais, e que os direitos sociais constituem imposições voltadas para o legislador e para as garantias institucionais, assim como algumas teorias afirmam que somente por meio da efetivação dos direitos sociais, se alcançam as verdadeiras liberdades⁷³.

Contudo, na estrutura de Estados Sociais de Direito como Brasil e Portugal, resta patente que ambas categorias de direitos (liberdades e direitos sociais) estão inseridas no conceito de direito fundamental. No Brasil, o desdobramento da caracterização do Estado Social de Direito foi marcado pela Constituição Brasileira de 1934, pensada sob a influência da Constituição de Weimar em 1919, trazendo a ideia do Estado Social de Direito e dos Direitos Sociais em resposta ao liberalismo econômico e democracia liberal da Constituição de 1891⁷⁴.

Em Portugal, analisando-se, primeiramente, a realidade da Europa, temos o Mercado Comum Europeu como marco para afirmação histórica dos direitos sociais. Esse formato de mercado comum adveio da “criação da Comunidade Europeia, inscrita no Tratado de Roma de 1957, assinado pela Alemanha, França, Itália, Bélgica e Luxemburgo, que entrou em vigor em 18 de janeiro de 1958.”⁷⁵. O Tratado foi responsável, além de

⁷² MARTINS, 2018, p. 267

⁷³ MIRANDA, 1998, p. 252

⁷⁴ LENZA, 2016, p. 137

⁷⁵ MAIOR, 2011, p. 440

outras importantes questões, pela extinção de tarifas alfandegárias entre os países e estabeleceu uma tarifa comum.

A Carta Social Europeia, assinada em decorrência do Tratado de Roma, se constitui no contexto do Conselho da Europa. Esse Conselho foi o órgão criado no pós-guerra, com o escopo de garantir a observância dos direitos humanos na Europa, no ano de 1949. A publicação da Carta Social Europeia, em 1961, garantiu um importante avanço e reconhecimento dos direitos sociais, temática evidenciada em seu preâmbulo, quando assevera que: “a declaração expressa que os países europeus estão ‘resolvidos a fazer com esforço comum todos os esforços para melhorar o nível de vida e de promover o bem-estar de todas as categorias de suas populações, tanto rurais quanto urbanas’.”⁷⁶

Na Parte I da Carta Social Europeia estão dispostos os princípios essenciais para política social dos países, incluindo proteção ao trabalho: “1) Toda a pessoa deve ter a possibilidade de ganhar a sua vida por um trabalho livremente empreendido; 2) Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho justas.”⁷⁷

Em 1996, ocorreu a revisão da Carta Social Europeia, oportunidade em que foi assinada com mais amplitude por Portugal, tendo em vista que, embora Nação lusa já se apresentava na condição de signatária da Carta de 1961, por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, aprovada em 24 de abril de 1991⁷⁸, sua participação estava institucionalizada com algumas reservas, quais sejam: “A República Portuguesa não aplica o artigo 2.º, parágrafo 6.º, aos contratos cuja duração não exceda um mês ou aos que prevejam um período normal de trabalho semanal não superior a oito horas, bem como aos que tenham carácter ocasional e ou particular. A vinculação ao artigo 6.º não afecta, no que respeita ao parágrafo 4.º, a proibição do *lock out*, estabelecida no n.º 4 do artigo 57.º da Constituição⁷⁹”.

Pode-se perceber que a Carta Social de 1996 avançou na proteção social, pois incorporou novos direitos já garantidos pelo Protocolo Adicional de 1988, de forma a atualizar a Carta com base nas mudanças sociais fundamentais ocorridas desde a sua adoção⁸⁰.

⁷⁶ MAIOR, 2011, p. 440

⁷⁷ CARTA SOCIAL EUROPEIA REVISTA, 1996

⁷⁸ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO, 1991

⁷⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL, 1996

⁸⁰ CARTA SOCIAL EUROPEIA REVISTA, 1996

Os países signatários da Carta, em especial Portugal, ratificaram a importância dos Direitos Sociais e os países membros declaram, ainda a importância de garantirem os direitos sociais como forma promoverem o bem-estar da sociedade⁸¹.

Os direitos sociais em Portugal seguiram o processo de mudança de paradigma no contexto mundial de distanciamento dos princípios próprios do Estado de Direito Liberal, perspectiva advinda da 1ª Guerra Mundial e da crise econômica dos anos de 1920 e seguintes. A modelagem do Estado Social Democrático de Direito surgiu como uma alternativa ao Estado de Direito Liberal.

A Constituição Portuguesa de 1933 foi a primeira a reconhecer a importância dos Direitos Sociais, preocupação que inexistia nas Constituições de Estado Liberal⁸². O constituinte de 1933 aprimorou o rol declarativo de direitos em comparação ao legislador da república de 1891, trazendo de forma consolidada os direitos sociais, económicos e culturais, bem como as determinações estatais necessárias para a observância destes, por meio dos artigos 13, 42, 43, entre outros, nesse momento, estabeleceu-se em Portugal, a Constituição Económica e Social⁸³, no mesmo sentido, tem-se o título IX dedicado à educação, ensino e cultura nacional.

Para Jorge Reis Novais⁸⁴, o cenário da Europa desde o término da 2ª Guerra Mundial é diferenciado, oscilando quanto ao reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, evidenciando, em alguns momentos uma contrariedade entre as atividades jurídicas e políticas e a concretização dos direitos sociais. Esta contradição foi marcada na primeira fase, dos anos cinquenta até os anos 70, na qual os direitos sociais não tinham reconhecimento como direitos fundamentais e na segunda fase, a partir dos anos 80 do século passado, que apesar de ser marcada por uma “involução política” veio acompanhada da ideia dos direitos sociais como direitos fundamentais, tendo sido a Constituição Portuguesa de 1976 a primeira a trazer esse contexto⁸⁵.

A Constituição Portuguesa de 1976 trouxe em seu bojo, em seu artigo 9º, a diferença entre direitos sociais e liberdades, ambos inseridos no conceito de direito fundamental, caracterizando sua estrutura de indissociabilidade. Os direitos sociais são considerados na perspectiva da exigência, enquanto as liberdades apresentam-se na

⁸¹ MAIOR, 2011, p. 493

⁸² NOVAIS, 2010, p. 24

⁸³ CANOTILHO, 2007, p. 183

⁸⁴ NOVAIS, 2010, p. 28

⁸⁵ *Idem*, p. 29

perspectiva do agir. De acordo com Jellinek⁸⁶, as liberdades consistem em direitos negativos e os direitos sociais, direitos positivos. Contudo, esta diferença entre tais direitos não afasta a necessidade, ainda mais, o dever estatal de protegê-los.

Diferente da Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa não possui um artigo no qual é estabelecido o rol específico de direitos sociais. Esses direitos estão dispostos ao longo do texto constitucional, de forma que são identificados pela necessidade de atividade Estatal para sua realização. Como exemplificação, pode-se citar os artigos 55, 63, 64, 65 e 74 com direitos dos trabalhadores, segurança social, direito à saúde, direito à habitação e o direito ao ensino, respectivamente.

A disposição dos direitos sociais na Constituição Portuguesa está coadunada com o momento histórico do seu surgimento, como uma transformação natural do regime democrático e em virtude do sufrágio universal. Deve-se destacar ainda que esses direitos constitucionais sociais nascem com o estabelecimento de novas classes sociais, qual seja: a classe trabalhadora. Deve-se ressaltar que o Estado Democrático de Direito possui a função, segundo Novais, de propiciar o mínimo existencial para a sociedade, o que, em regra alcança significativa parcela da população e este dever de agir estatal é acompanhado da constitucionalização dos direitos sociais, atualmente garantidos também no âmbito internacional.⁸⁷

Desta forma, no decorrer do século XIX, os movimentos reivindicatórios foram fundamentais no reconhecimento de direitos que têm como característica a atuação do Estado, assim como se tornaram imprescindíveis para concretização da justiça social⁸⁸. Norberto Bobbio⁸⁹ afirma a característica da historicidade dos direitos sociais. Aduz que o conceito de fundamental é variável de acordo como momento histórico da sociedade, pois em determinado momento e para determinado povo o que é fundamental pode deixar de sê-lo, considerando-se o marco histórico, o povo e a cultura.

Apesar de ter surgido atrelado aos movimentos de classe, Ingo Sarlet⁹⁰ faz uma ressalva e afirma que os direitos sociais são endereçados à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e difusos de terceira geração. O fato de esses direitos serem caracterizados como direitos sociais, estão voltados para necessidade de

⁸⁶ MIRANDA, 1998, p. 254

⁸⁷ NOVAIS, 2010, p. 29

⁸⁸ SARLET, 2007

⁸⁹ BOBBIO, 1992, p. 66

⁹⁰ SARLET, 2007, p. 57-58

inserção do indivíduo na sociedade, de forma igual, materialmente e substancialmente e para o alcance deste objetivo. Deve-se destacar que esses não alcançam apenas direitos de caráter positivo, mas também “as liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, direito de greve e o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho dentre outros.).

1.2 Direitos Trabalhistas e status de Direito Social

Os direitos dos trabalhadores estão inseridos na segunda dimensão dos direitos fundamentais. Em outras palavras a dimensão positiva, juntamente com os direitos econômicos e culturais, pois surgiu, como intervencionismo estatal, de forma a minorar de maneira significativa a situação social degradante dos operários na Revolução Industrial.

Portanto, o direito do trabalho trouxe consigo a ideia de justiça social, por meio de um conceito mínimo. As legislações trabalhistas iniciais foram concebidas com base nesta ideia, de forma que o primeiro documento a regular as relações de trabalho, “Moral and Health Act”, também denominado de Lei de Peel garantia mínima proteção ao trabalho infantil, mas o permitia, fazendo, apenas, uma proibição que as crianças trabalhassem por mais de 12 horas durante o dia. Este diploma também previa a determinação de manutenção de ambiente salubre onde as crianças laboravam, incluindo a limpeza dos dormitórios e local de trabalho. De igual forma, partindo da premissa de tutela do mínimo, em 1826, a Inglaterra expediu um ato garantindo o direito à associação coletiva. Contudo, este diploma não era revestido de eficácia, pois não houve implantação dos meios para implantação destas associações.⁹¹

Portanto, os diplomas normativo desta época estavam adstritos à limitação de jornada de trabalho, proibição do trabalho noturno de mulheres e crianças, mas admitindo a manutenção da prestação do labor por crianças, não estavam voltados para uma eliminação de condições nocivas de trabalho, mas, apenas, visavam atenuar as condições

⁹¹ SANTOS, 2008

das relações de trabalho já estabelecidas, de forma a não exigir mudança estrutural nestas.⁹²

Constatou-se, pois, diante do panorama exposto que como fruto do Capitalismo, surgiu o Direito do Trabalho, atendendo ao processo histórico desse sistema, com a finalidade de corrigir as incongruências ocasionadas por este modo de produção, no aspecto econômico e também social, de forma a estabelecer limites civilizatórios para os detentores do meio de produção na sociedade⁹³.

No Brasil, pode-se afirmar que o surgimento do trabalho subordinado ocorreu tardiamente e tendo em vista que não se pode falar de trabalho subordinado sem se falar de trabalho livre. A escravidão brasileira perdurou até 1888. Como consequência, a legislação trabalhista, fruto dos conflitos existentes quando do surgimento do trabalho subordinado, também surgiu de forma atrasada. Apenas em 1930 o Direito do Trabalho alcançou o status de subsistema jurídico, culminado com a elaboração da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1º de maio de 1943, na gestão do governo do presidente da República Getúlio Vargas, intitulado “Pai dos Trabalhadores”⁹⁴.

Contudo, Tarso Genro⁹⁵ afirma ser infundado tal título, posto acreditar ser a Consolidação das Leis Trabalhistas não uma caridade ou benevolência do Estado, mas um instrumento normativo que teve pressão interna e externa para seu surgimento, as insatisfações da classe operária, diante das condições de trabalho insatisfatórias, assim como a mobilização de vários países em prol da melhoria na relação de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento⁹⁶ destaca o papel relevante da Constituição de Weimar para o direito do trabalho, pois garantiu que o Estado tutelasse o trabalho, o que influenciou as demais constituições dos outros países, além de prever a liberdade de associação.”

Ao se analisar as Constituições brasileiras, observa-se que foi na Constituição de 1934 que houve o estabelecimento de um marco para o Direito do Trabalho, pois foi a primeira a estabelecer normas de proteção ao trabalhador, em seu artigo 121.⁹⁷ Direitos

⁹² CESÁRIO, 2007, p. 19

⁹³ DELGADO, 2017, p. 88

⁹⁴ BRITO FILHO, 2004

⁹⁵ GENRO *apud* ARRUDA, 1998, p.30

⁹⁶ NASCIMENTO *apud* ARRUDA, 1998, p. 29

⁹⁷ **Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.**

significativos foram reconhecidos, tais como, direito ao salário mínimo, férias, descanso semanal remunerado, vedação à discriminação no trabalho, proteção do trabalho menor. Também houve o reconhecimento dos organismos coletivos, tais como sindicatos e associações profissionais.

A Justiça do Trabalho no Brasil, apesar de órgão pertencente ao Poder Executivo, foi prevista pelo constituinte de 1934, por meio do artigo 122 que estabelecia a sua competência para solucionar os conflitos entre empregadores e empregados.

Na Constituição brasileira de 1946, conhecida como constituição democrática, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário e nesse período surgiu o reconhecimento do direito de greve.

Entretanto, infelizmente, após a atividade legislativa intensa do Estado brasileiro em 1930, pouco se avançou quanto à legislação trabalhista. Após esse período, o maior marco de desenvolvimento do Direito trabalhista no Brasil foi a Constituição Cidadã de 1988 que elevou os direitos trabalhistas ao *status* de direitos fundamentais.

Contudo, quanto à evolução legislativa, a Constituição brasileira de 1988 se limitou a constitucionalizar ou ampliar direitos já existentes em leis esparsas e na própria CLT, ou seja, a novel Constituição não tutelou as situações vivenciadas pelo trabalhador na atualidade, o que resultou na repetição de circunstâncias adversas anteriores, ou seja: a sujeição do trabalhador ao quadro de desemprego alarmante, às condições subumanas de labor, ao contínuo desatendimento a dignidade da pessoa humana do trabalhador, à sua exposição frequente a formas indignas de trabalho, em pleno século XXI.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
- e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

Desta forma, resta patente que os direitos trabalhistas são indubitavelmente direitos fundamentais estando insertos em uma das suas dimensões, isto é, dos direitos sociais, pois necessitam de uma atividade direto ou indireta do Estado, disposta na constituição, com o objetivo de proporcionar igualdade substancial, proporcionando aos menos favorecidos condições de melhoria, para se verificar uma igualdade entre os desiguais.⁹⁸.

A Constituição Federal brasileira de 1988 elevou significativamente a posição do direito ao trabalho, e, apesar de não trazer uma norma expressa garantindo direito ao trabalho, conceitua-o como direito social (art. 6º, CF/88), estabelecendo, ainda, como fundamento da República Federativa do Brasil, quando declara o valor social do trabalho (art. 7º, CF/88). Para Marques “a Constituição brasileira de 1988 é, sem dúvida, em vários pontos, uma Constituição de um Estado Social”⁹⁹.

Para Gilmar Mendes a aplicação dos direitos trabalhistas, “trata-se, em muitos casos, de aplicação direta e imediata de norma de caráter fundamental às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*)”¹⁰⁰. Para Canotilho¹⁰¹, “a primeira função dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”.

Marques refere-se que os direitos trabalhistas estão relacionados à dignidade da pessoa humana que “antes de ser um princípio, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República brasileira, que é um Estado Democrático de Direito”¹⁰². Portanto, as ações públicas e privadas de um Estado Democrático de Direito devem ser norteadas pela dignidade da pessoa humana, de forma que esta represente a pedra angular do Estado.

A qualidade distintiva do ser humano, a dignidade, consubstanciada na necessidade de obter um mínimo existencial, é a justificativa para estabelecimento da dignidade da pessoa humana como base da ordem jurídica. Entretanto, o conceito de dignidade é estabelecido de forma excludente, ou seja: a sua conceituação é realizada pela doutrina, majoritariamente, através da verificação dos componentes que a violam. Adotar-

⁹⁸ SILVA, 2006, p. 286

⁹⁹ MARQUES, 2007, p. 55

¹⁰⁰ MIRAGLIA, 2015, p. 648

¹⁰¹ CANOTILHO, 2007

¹⁰² MARQUES, 2007, p. 67

se-á, aqui, nesta pesquisa, a definição dignidade humana desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰³, a saber, a dignidade, “é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.”

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais, o qual será capaz de garantir proteção para pessoa, tanto de ato de cunho degradante e desumano, como também garante condições mínimas existenciais.

Portanto, é do princípio da dignidade da pessoa humana o papel de propiciar a observância pelo ordenamento do jurídico do mínimo invariável, invulnerável, de forma que, apenas em casos excepcionais possa haver restrição aos direitos fundamentais, contudo sem se distanciar do traço diferenciador de cada indivíduo.¹⁰⁴

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “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”.¹⁰⁵ Neste sentido, a vida em sociedade pressupõe o estabelecimento da dignidade da pessoa como fundamento, razão pela qual reconhecimento dos direitos fundamentais é amparado pela legislação internacional.

Para Kant¹⁰⁶, a característica diferenciadora do homem, possuidor de razão e consciência, é justificativa para estabelecer como valor supremo da ordem jurídica a dignidade da pessoa humana. Este pensamento ratifica a tese do princípio da dignidade da pessoa humana representar o alicerce da ordem constitucional.

Desta forma, considerando-se os argumentos supracitados, não há como não reconhecer como pedra de toque fundamental do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana. Este reconhecimento é evidenciado, por meio da quantidade significativa de vários países que concretizaram esta assertiva¹⁰⁷.

Em Portugal, o trabalho assume o mesmo papel de dignificar o homem, não podendo ser visualizado de forma dissociada do seu valor social, caracterizado também um direito fundamental de 2ª dimensão. Nesse país, “a noção moderna de trabalho só

¹⁰³ WOLFGANG *apud* BRITO FILHO, 2004, p. 43-44

¹⁰⁴ MORAES, 2005, p.16

¹⁰⁵ GOMES, 2005, p. 47

¹⁰⁶ KANT, 1960

¹⁰⁷ GOMES, 2005, p. 47

aparece a partir do momento em que o trabalho é tratado como uma mercadoria pelo pensamento económico; o que ocorre é que o trabalho não é uma mercadoria, é inseparável da pessoa do trabalhador”¹⁰⁸. Para Antonio Monteiro Fernandes, “o Direito do trabalho não é o Direito de todo o trabalho”¹⁰⁹. Apenas o trabalho livre e em proveito do outro é regulado.

A Constituição Portuguesa de 1933, no seu artigo 8º, estabeleceu o direito ao trabalho, sendo inicialmente estabelecido como uma norma programática. Neste sentido, o direito do trabalho exerce várias funções, compensatória e tutelar, garantística, padronizadora e de ajustamento. De forma que o trabalho não impacte negativamente na vida do trabalhador, sob pena de comprometer, sua vida, sua integridade física, psíquica, moral e sua dignidade. Ao contrário, deve garantir a “realização pessoal e a afirmação da cidadania.” Isto nada é mais do que a exteriorização da sua função garantística que revela o elo entre o direito do trabalho e os direitos fundamentais, tanto no Brasil, como já discorrido, como em Portugal.¹¹⁰

Portanto, o ordenamento laboral português, possui uma “constituição laboral, integrada por um conjunto de referências enquadrantes para quase todos os domínios do direito individual e colectivo do trabalho: é a Constituição como complexo normativo federador e integrador do actual Direito do Trabalho.”¹¹¹ Inclusive, em virtude dessa “constituição laboral”, é que ocorreu uma reintegração e interpretação das Leis anteriores, como o LCT de 1969 (Lei do Código de Trabalho que estabeleceu novo regime jurídico do contrato individual de trabalho, por meio do Decreto-lei de 49408 de 1969) que vigorou, em sua maior parte, até o Código de Trabalho de 2003.

A juridificação das relações de trabalho em Portugal, entendendo-a como os “processos pelo quais o Estado intervém em áreas da vida social (relações industriais, família, bem-estar social, comércio) com métodos que limitam a autonomia dos indivíduos ou dos grupos na determinação dos seus negócios”¹¹², se origina no direito civil.

Deve-se ressaltar que não se está relegando o fato de que o moderno direito do trabalho adveio da luta de classe na Revolução Industrial. Mas, as relações de trabalho

¹⁰⁸ SUPLOT, 2007, p. 6-8.

¹⁰⁹ FERNANDES, 1998, p. 18

¹¹⁰ FERNANDES, 1998, p. 31

¹¹¹ *Idem*

¹¹² CLARK; WEDDERBURN, 1986, p. 279

tiveram início bem antes desse marco histórico e estas eram tuteladas pelo Direito Civil, direito privado comum, com origem no Direito Romano, como afirmado por Romano Martinez¹¹³.

Cabe aqui destacar, em especial, o Digesto 19.238, que já garantia o direito ao salário pelo tempo acordado entre as partes, se o contrato tivesse fim por fato alheio à vontade do trabalhador. É óbvio que esta análise é feita sob a ótica do Direito Civil, pois não há que se falar de direito do trabalho no Império Romano, tendo em vista que não existia relação de trabalho, pois vigorava o regime escravocrata, sendo característica a ausência de liberdade na prestação do serviço¹¹⁴.

Assim, percebe-se que a evolução dessas normas não foram frutos de ruptura com nenhum regime, mas, sim, como afirmado por José João Abrantes, “o regime jurídico de utilização do trabalho continuou a ser o mesmo- o contrato de trabalho -, só que foram sendo impostos limites à autonomia privada.”¹¹⁵

A regulação pelo Código Civil Português, notadamente o de 1867, ocorreu na época do Liberalismo, após a extinção das associações profissionais, corporações, e proibição de funcionamento da organização de trabalhadores. Atualmente, o artigo 11º, CT (Código de Trabalho) conceitua contrato de trabalho: “uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa sob a autoridade e direcção desta”.¹¹⁶

A Constituição da República Portuguesa, por meio do artigo 47, 1: “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.”, evidencia o surgimento do direito do trabalho ao relacionado a ideia de trabalho livre, adotando-se o conceito de liberdade formal, caracterizada pela “possibilidade abstracta de aceitar ou recusar um compromisso de trabalho, de escolher a profissão ou género de atividade.”¹¹⁷

Neste sentido, a evolução do sistema de proteção, tanto brasileiro quanto português demonstra que se vive em uma Sociedade de Trabalho, que impõe, como meio capaz de auferir uma vida digna, o trabalho digno.

¹¹³ MARTINEZ, 2017, p. 64

¹¹⁴ *Idem*, p. 65

¹¹⁵ ABRANTES, 1995, p. 20-21

¹¹⁶ PORTUGAL, 1996

¹¹⁷ FERNANDES, 1998, p. 18

Desta forma, é reclamado que a sociedade se una, visando a efetivação da inclusão social, por meio do trabalho, de forma a abandonar as práticas tolerantes, no sentido de não se indignar, de deixar de interferir, de se acomodar com as coisas no estado que se encontram, “de não se escandalizar nem se indignar com mais nada, conforme Norberto Bobbio”.¹¹⁸

Entretanto, não basta a utilização legal do direito do trabalho, como a arma de garantia à vida digna do trabalhador, mas também a utilização do seu caráter humanista juntamente com os preceitos dos direitos fundamentais.

Por fim, com o intuito de dirimir os questionamentos sobre a real validade do direito do trabalho frente ao modo de produção capitalista vigente, onde o bem maior a ser tutelado é o “capital”, afirma-se que, mesmo neste modo de produção, o direito do trabalho encerra valor muito aquém do que lhe é conferido.

Por dois fatores, primeiramente, por não haver que se falar de sociedade sem o reconhecimento dos direitos trabalhistas, pois estes garantem o equilíbrio no capitalismo; e sem tal direito, certamente, este já teria sucumbido ou pela dizimação do trabalhador ou pelo fim de uma de suas engrenagens, o mercado consumidor, já que o desemprego ou as condições miseráveis de trabalho em escala máxima o extinguiriam.

Segundo, pelo reconhecimento das Constituições Portuguesa e Brasileira do valor social do trabalho. Outra não poderia ser a tutela conferida ao direito social ao trabalho, posto ser o labor o meio de efetivação da subsistência decente e da dignidade da pessoa humana. Desta forma, no contexto de uma economia capitalista, os direitos sociais dos trabalhadores devem ser fruto da atividade interventiva estatal, como meio de assegurar ao trabalhador um trabalho decente baseado nas liberdades sociais.

¹¹⁸ BOBBIO *apud* GOMES, 2005, p. 17

2 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Os direitos sociais dos trabalhadores enquanto direitos fundamentais, são imprescritíveis e, da mesma forma, é imprescritível a garantia das condições dignas de trabalho.

O Estado tem o dever de assegurar a eficácia dos direitos sociais, cumprindo sua função de garantir condições de oportunidade aos cidadãos de forma igualitária e distributiva. Nessa perspectiva o direito do trabalho pode ser compreendido como a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e a ter acesso à propriedade privada ¹¹⁹ como mecanismo de inserção social. Quando o Poder Público, garante o estabelecimento de condições de trabalho dignas. Então, o homem se sentirá socialmente incluído, pois terá direito ao lazer, moradia, saúde, educação, ou seja, a todo o conjunto de direitos auferidos por meio do trabalho digno.

O homem é um ser integrante sociedade e essencialmente social. Para Nascimento, a sociedade é vista como devedora de obrigações para com o homem¹²⁰. Por determinação constitucional os direitos sociais dos trabalhadores podem e devem ser garantidos pelo Estado. Desta feita, o Estado deve ter como base de suas ações o valor social do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana, por vezes tão banalizados no ambiente de globalização vigente nesse primeiro quadrante de século.

A sociedade também possui lugar essencial na batalha pela garantia das condições de trabalho. Faz-se necessária, pois, a compreensão da real concepção dos direitos sociais enquanto fundamentais e o abandono de práticas preconceituosas quanto ao trabalho. A construção de uma ideologia preconceituosa quanto aos direitos do trabalho fortalece a economia dominante e ratificam a tese de os direitos sociais constituem um entrave ao desenvolvimento econômico, os responsáveis pelos problemas econômicos, políticos e sociais vigentes. Por sua vez, o abandono de tal conduta é imprescindível, devendo haver a disseminação de que sem trabalho não há capital e não vice-versa.

¹¹⁹ CESARINO JUNIOR, 1970, p. 29

¹²⁰ NASCIMENTO, 2014, p. 272

Deve-se valorizar a visão de trabalho como trabalho digno, construção que permite a concretização dos fundamentos da República, quais sejam, o valor social do trabalho e dos preceitos da ordem econômica de valorização do labor do homem.

Deve-se consolidar o parâmetro que os direitos sociais dos trabalhadores não são apenas limites para atuação estatal, mas, sim, verdadeiros valores diretivos para as suas atividades interventivas. Compreende-se os limites para atuação estatal no sentido de dever de agir e não no sentido de abstenção. Nas palavras de Marques “a igualdade material faz livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito Burguês fizera súdito”¹²¹.

O Estado Social, com seus direitos inovadores, tais como o pleno emprego, segurança existencial e a conservação da força de trabalho saudável e forte, tem preponderância ao menos no aspecto legal ante ao retrógrado Estado de Direito Burguês.

Contudo, a relevância dos preceitos do Estado Social deve prevalecer no âmbito real, mas, infelizmente, não é isto que se verifica nas relações laborais existentes. O não atendimento das condições de trabalho tem gerado trabalhos cada vez mais indignos do homem. As condições de trabalho e os direitos relativos ao salário são costumeiramente desatendidos.

As condições dignas de trabalho constituem o meio para o alcance da melhoria da condição social do trabalhador. A constitucionalização das condições dignas intrínsecas das relações de trabalho deve ser encarada como uma necessidade imperiosa da eficácia das normas constitucionais, assim como, de revesti-las de caráter obrigatório ante a necessidade de se garantir um trabalho digno.

Neste trabalho adota-se a expressão trabalho digno em lugar de trabalho decente. O trabalho decente é a nomenclatura mais usual no Brasil, no entanto como essa dissertação visa estabelecer um diálogo entre as legislações brasileiras e portuguesas, e internacionalmente o termo trabalho digno é o utilizado, optou-se por essa expressão.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹²², significativa instituição do seguimento que visa conferir aplicabilidade às normas internacionais (*follow up*) de direito do trabalho, define Trabalho Digno, em 1999, como “trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das

¹²¹ MARQUES, 2007, p. 78

¹²² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019

desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”.

O conceito de trabalho digno estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho é amparado por 04 pilares, quais sejam: “os direitos e princípios fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o diálogo social”¹²³

A relação de Portugal com a OIT é centenária. A Organização Internacional do Trabalho foi fundada em 1919, no período posterior à Primeira Guerra Mundial, na vigência do Tratado de Versalhes, do qual Portugal foi signatário, sendo, portanto, um dos fundadores da OIT. Esta relação foi marcada pela dualidade de condutas, tanto Portugal exercendo o papel de signatário pioneiro das suas primeiras convenções quanto papel de denunciado, na época do Estado Novo, como violador de suas principais normas.

De forma reparticionada, a relação de Portugal com a OIT é composta por 3 fases. A primeira de 1974 até à Adesão à Comunidade Económica Europeia em 1986, “constata-se um enorme investimento no relacionamento com a OIT como espaço de afirmação do Portugal como Estado democrático na cena internacional e como referencial para as reformas em matéria de legislação do trabalho e de política social.”¹²⁴

A segunda, até meados dos anos 90, momento em que a Nação lusa esteve voltada para realidade Europa Comunitária; e as terceira e última fases, marcadas pelo apoio de Portugal à agenda de Trabalho Digno, com a inauguração de um escritório da OIT em Lisboa/Portugal e com a ratificação de 83 convenções.

No contexto brasileiro, a OIT também possui um escritório situado em Brasília/Brasil. A OIT possui representação no Brasil desde 1950, na qual são realizados vários projetos com o fim de cumprir a missão da instituição que é “promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade”¹²⁵. Deve-se destacar, no Brasil o Projeto “Escravo, Nem Pensar!” que visa a implementação de “ações educativas nas escolas estaduais da rede de ensino, nos locais vulneráveis ao aliciamento de trabalhadores para o trabalho escravo.”

¹²³ ABRAMO, 2006

¹²⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019a

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019b

Esse projeto teve a adesão, de forma pioneira, pelo Estado do Maranhão, e em 18 de setembro de 2019, foi implementada sua última fase, em São Luís, capital do Estado citado, consistente na implantação das ações educativas em todas as escolas da rede de ensino estadual.

Desta forma, segundo a OIT (2019), o Estado brasileiro do “Maranhão será o primeiro estado brasileiro a alcançar todos os municípios com ações educativas em escolas do Sistema Estadual de Ensino voltadas à prevenção e ao combate ao trabalho escravo.”¹²⁶

Portugal e Brasil ratificaram as convenções 29 e 105 da OIT, ambas versam sobre o Trabalho Forçado ou obrigatório, com o objetivo de erradicar o trabalho forçado ou obrigatório. Nesse contexto, os dois países estão voltados para implementação de Políticas Públicas com o fim de garantir o trabalho digno, por meio da supressão do trabalho forçado ou obrigatório.

O Brito Filho estabelece condições necessárias para configuração do trabalho digno, medidas adequadas para preservação da vida e saúde do trabalhador, justas condições para o trabalho, em observância para jornada de trabalho, justa remuneração, criação e para a manutenção dos postos de trabalho por parte do Estado. Por fim, alerta sobre a necessidade de proteção do trabalhador dos riscos, muitos advindos da prestação de trabalho em si ¹²⁷.

Portanto, o trabalho digno é o trabalho exercido com a garantia dos direitos mínimo ao trabalhador, a saber, trabalho livre, remuneração justa, segurança no trabalho, liberdade sindical. De acordo ainda com Brito Filho¹²⁸, “menos que isso é sujeitar o trabalhador a condições de trabalho que estão abaixo do necessário para que seja preservada a sua dignidade”. Portanto, não conceder condições de trabalho dignas é negar ao homem o meio para que alcance a sua dignidade.

A seguir serão analisadas as condições internacionalmente estabelecidas como necessárias para configuração do Trabalho Digno, nas realidades dos países objeto deste estudo.

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019c

¹²⁷ BRITO FILHO, 2004, p. 61

¹²⁸ *Idem*, p. 62

2.1 Direito ao salário justo

Quanto aos direitos relativos aos salários, estes são a exigência primeira para a consignação das condições de trabalho e o meio real de alcance de uma vida digna. A Constituição brasileira de 1988 foi inovadora quanto da fixação de um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do ser humano, quais sejam, moradia, alimentação, vestuário, saúde, lazer, transporte, higiene, dentre outros. Está assegurado, na Constituição brasileira de 1988, também o seu poder aquisitivo, ou seja, reajustes que garantam o “poder salarial”¹²⁹.

A Constituição Portuguesa também tutela o direito a uma remuneração mínima mensal garantida, por meio do artigo 59º/2. A primeira ideia de salário mínimo em Portugal foi normatizada por meio do Decreto Lei 217, de 27 de maio de 1974. Atualmente, o Código de Trabalho Português, em seu artigo 273 preceitua o direito ao salário mínimo, assim como o artigo 11, estabelece a retribuição do trabalho como um elemento essencial do Contrato de Trabalho.

Internacionalmente, o direito ao salário mínimo foi assumido por Portugal, por meio da Carta Social Europeia, em seu artigo 4, o qual afirma que “Todos os trabalhadores têm direito a uma remuneração justa que lhes assegure, assim como às suas famílias, um nível de vida satisfatório”.¹³⁰

Tanto no Brasil quanto em Portugal, o salário do trabalhador deve ser fixado com base na complexidade do trabalho, não podendo nunca ser inferior ao mínimo, devendo o décimo-terceiro salário basear-se na remuneração integral. Por sua vez, a remuneração do trabalho noturno deverá ser superior à do diurno, a remuneração do labor extraordinário deverá ser superior à do trabalho norma. Deve-se destacar, ainda, a remuneração adicional para atividades insalubres ou perigosas. Todos esses preceitos legais visam a segurança do trabalhador da tomada de decisões por parte dos empregadores extinguindo tais direitos.

No Brasil, a proteção do salário também é auferida por meio da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI da CF) e da proibição a retenção dolosa do salário (art. 7º, X da CF). Cumpre ressaltar, que a irredutibilidade não é absoluta, sendo constitucionalmente admitida a redução salarial por meio de cláusula de convenção ou

¹²⁹ SILVA, 2006

¹³⁰ REDE DIREITOS HUMANOS, 1996.

acordo coletivo. A importância vital do salário é evidenciada com base no caráter impenhorável e irrenunciável dos salários e no fato de constituírem créditos privilegiados na falência e concordata do empregador.¹³¹ Esta proteção também é garantida nos dois países, mas com algumas peculiaridades do sistema legal português que admite a penhora de dois terços do valor do salário, nos termos do artigo 823/1, CPC.

A desobediência de tais características do salário constitui verdadeira afronta às Constituições brasileira e portuguesa, assim como verdadeira violação do princípio da dignidade da pessoa humana que tem como um dos seus pilares um salário digno auferido com um trabalho digno. O Estado deve-se valer do seu poder de império, das suas prerrogativas de Poder Público para fazer valer um salário constitucional, constituindo ilegalidade a sua não realização. Para Arruda, “Eros Grau tratou do tema, afirmando que além de não haver contradição entre princípios constitucionais, a sociedade é legitimada para perseguir a realização de políticas públicas que promovam o bem-estar social”¹³².

Bandeira de Mello caracteriza o salário mínimo como regra operativa por si, o que garante ao trabalhador o direito de postular perante o Estado a diferença de valor subtraída, toda vez que o Executivo estabelecer valores que impeçam o salário mínimo de exercer sua função, satisfazer as necessidades do trabalhador¹³³. De forma que o Estado não pode ser incongruente no estabelecimento das suas diretrizes constitucionais, deve se utilizar dos parâmetros de necessidade básicas do trabalhador para determinar o salário mínimo, pois este é o meio de garantir direitos concretos para o trabalhador, não utilizar esta medida constitucional é relegar ao trabalhador um meio de sobrevivência fictício, incapaz de garantir suas necessidades para uma vida digna¹³⁴.

Como se percebe, é responsabilidade do Estado não somente assegurar um salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades do ser humano, mas também de garantir a realização de tal salário, sob pena da Constituição ser encarada apenas como um conselho, abandonando o seu caráter de determinações impositivas que devem ser defendidas, o que faz dos direitos constantes nas normas jurídicas perfeitamente exigíveis. No mesmo sentido, tem-se a necessidade de se garantir a observância das condições

¹³¹ SILVA, 2006

¹³² ARRUDA, 1998, p. 66

¹³³ MELLO, 1982

¹³⁴ ARRUDA, 1998, p. 71

mínimas para o trabalho digno, direito ao trabalho livre, à integridade física do trabalhador, à jornada digna, à liberdade sindical.

2.2 Direito ao trabalho livre

A proteção ao trabalho, primeiramente, deve perpassar pelo direito do trabalhador escolher livremente o seu trabalho, assim como nele permanecer. Este direito advém da ideia de liberdade. A liberdade é a possibilidade de se autodeterminar. Para Hannah Arendt: ¹³⁵ “Antes que se tornasse um atributo do pensamento ou uma qualidade de vontade, a liberdade era entendida como o estado do homem livre, que o capacitava a se mover, a se afastar de casa, a sair para o mundo e a se encontrar com outras pessoas em palavras e ações.”

Portanto, a liberdade é exercida, plenamente, pelo homem, quando ele se “liberta das necessidades da vida”, nas palavras de Hannah Arendt¹³⁶. Assim, o trabalho livre não significa a ausência de algemas ou corrente, garantindo a permanência do trabalhador no ambiente de trabalho, sem direito a ir e vir. O conceito de liberdade no ambiente de trabalho, assim como o conceito acima estabelecido, também pressupõe a liberdade das condições de trabalho.

Este pensamento se coaduna com o estabelecido por Norberto Bobbio que entende a liberdade vista sob a ótica negativa, “gozos privados de alguns bens fundamentais para segurança da vida” e positiva, “como a participação na liberdade política”¹³⁷.

Nesse sentido, o trabalho livre é caracterizado pela escolha e permanência voluntária do trabalhador que não pode ser mitigada, seja por meios físicos de coerção, assim como os psicológicos, advindos de ameaças, ou até mesmo de jornadas extenuantes. O empregador jamais deve submeter o empregado a um labor forçado. Essa atitude configuraria o trabalho em condição análoga à de escravo. Brito Filho destaca que “segundo a OIT, o controle abusivo de um ser humano sobre o outro é antítese do trabalho decente”¹³⁸.

¹³⁵ ARENDT, 2000.

¹³⁶ *Idem*

¹³⁷ BOBBIO, 1996, p. 19

¹³⁸ BRITO FILHO, 2004, p.56

Essa proteção, com base nessa ideia de liberdade, é garantida tanto pelo Código Penal Brasileiro que alterou a tipificação estabelecida pelo artigo 149, em 2003, quanto pelo Código Penal Português que também teve seu artigo 159 alterado, em 2007. Ambas alterações concretizadas com o objetivo de atender a interpretação sistemática do conceito de trabalho livre. Pois o trabalho, para ser caracterizado como digno prescinde também de que o trabalhador o tenha escolhido de forma livre, não podendo haver sua sujeição ao labor não espontâneo. O trabalho legalmente estabelecido deve ser acolhido de forma livre em proveito alheio.

2.3 Direito a integridade física do trabalhador

As condições de trabalho que preservem a saúde do trabalhador também são vistas como requisito indispensável ao trabalho digno, pois não há como laborar em um ambiente que atente contra a saúde, independente da remuneração percebida.

A OIT indica a ocorrência de milhões de acidentes com trabalhadores, por ano, com 300.000 mortes no mesmo período, no mundo. Informa, ainda, apenas em relação aos Estados Unidos da América, a perda de duzentos milhões de dias de trabalho por ano somente como resultado de depressão relacionada com o trabalho¹³⁹.

A qualidade de vida deve estar presente em qualquer relação interpessoal, devendo o ambiente de trabalho ser provido do maior índice de salubridade possível. Infelizmente essa realidade ainda passa ao largo da sociedade contemporânea, em determinados segmentos laborais a insalubridade, atividades penosas e a periculosidade são presença constante, tais como nas plantações de cana de açúcar e nas carvoarias no Brasil.

¹³⁹ BRITO FILHO, 2004, p. 57

2.4 Direito à jornada digna

A limitação da jornada de trabalho deve ser caracterizada como poderosa arma do empregado, já que o empregador, não raro, tende a exaurir a sua mão-de-obra. A ilegalidade da jornada excessiva visa à proteção do trabalho e a dignificação do trabalhador, nas palavras de Arnaldo Sussekind¹⁴⁰.

Délio Maranhão e Luiz Inacio B. Carvalho¹⁴¹ afirmam que o trabalho de duração limitada possui natureza tríplice: biológica, social e econômica. Faz-se, então, necessário respeitar os limites do organismo de cada indivíduo, evitando a fadiga, pois o trabalho excessivo inviabiliza o convívio em família e em sociedade, o lazer e, por fim, deve-se considerar que a jornada excessiva não gera um trabalhador rentável, o trabalhador tem seu rendimento diminuído, além da impossibilidade de geração de novas oportunidades de labor.

No Brasil e em Portugal, a não verificação do limite da jornada laboral, a que é submetido o trabalhador, constitui ilícito penal, caracterizado como redução do ser humano à condição análoga de escravo. Ambos os países garantem proteção constitucional à limitação de jornada. O artigo 59 da CRP assim o faz, bem como o artigo 5, XIII da Constituição Federal Brasileira.

Internacionalmente, esta ideia de delimitação quantitativa do tempo de trabalho é observada desde o Tratado de Versalhes que prescrevia a obrigação dos Estado subscritores observarem a jornada diária máxima de 08 horas ou semanal de 48 horas. A Convenção nº 1 da OIT, sobre duração do trabalho na indústria, adotou também esta limitação.

No âmbito da Europa, a Carta Social Europeia, no seu artigo 2º, Parte II aduz como condição justa de trabalho “uma duração razoável ao trabalho diário e semanal, devendo a semana de trabalho ser progressivamente reduzida, tanto quanto o aumento da produtividade e os outros factores em jogo o permitam”¹⁴².

A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989, apesar do seu carácter não normatividade, mas de declaração de princípios, traz uma inspiração para todas instituições europeias quanto às condições de trabalho justas e

¹⁴⁰ SUSSEKIND *apud* BRITO FILHO, 2004, p. 59

¹⁴¹ CARVALHO *apud* BRITO FILHO, 2004

¹⁴² REDE DIREITOS HUMANOS, 1996.

equitativas, no seu artigo 31/2 afirma que todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas¹⁴³.

2.5 Direito à liberdade sindical

Deve-se aqui considerar, também, como condição de trabalho a liberdade sindical, pois sem esta certamente vários direitos individuais não estariam assegurados atualmente. A união dos empregados em associações é um instrumento fundamental na defesa dos seus interesses. As “concessões” feitas pelo empregador, via de regra, em favor do empregado, só ocorrem quando as entidades representativas do trabalho lutam por elas. Não garantir tal liberdade seria o mesmo que privar o trabalhador de lutar por melhores condições de trabalho ou até mesmo, somente pela sua garantia.

Portugal, por meio do artigo 55/1 da CRP, reconhece o direito à liberdade sindical, como forma de defesa dos direitos e interesses do trabalhador, assim como o Brasil, por meio do artigo 8º da CF/88.

A diferença nos dois países aqui é verificada quanto à Convenção 87 da OIT, ratificada por Portugal, com o estabelecimento da liberdade sindical em sua forma ampla, mas não ratificada pelo Brasil que adota a unicidade sindical. A Constituição brasileira de 1988 estabelece como vedação a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo a base territorial ser inferior à área de um Município, nos termos do artigo 8º, II, CF/88.

Desta forma, de posse de todas as condições expostas, pode-se afirmar que não há que se falar de trabalho digno sem a realização e garantia desses direitos. A preocupação do legislador em conferir grau de direitos fundamentais dos trabalhadores decorre da relevância que a força-de-trabalho. Razão pela qual, deve ser conferida a máxima proteção ao empregado contra os riscos sociais, tendo em vista que a abstenção ou eliminação dessas garantias impedem ou diminuem sua capacidade de subsistência¹⁴⁴.

¹⁴³ UNIÃO EUROPÉIA, 2000

¹⁴⁴ BRITO FILHO, 2004

Segundo a OIT, “somente 20 % dos trabalhadores no mundo estão amparados por medidas de proteção social adequada”¹⁴⁵. Afastar o direito ao salário justo, ao trabalho livre, à jornada de trabalho digna, à segurança no trabalho e à liberdade sindical do trabalhador é eliminar a condição de trabalho digno.

2.6 A construção doutrinária sobre a ideia de trabalho escravo contemporâneo

A ideia de trabalho escravo contemporâneo advém do conceito de trabalho digno. O trabalho, garantidor da vida digna do trabalhador, deve ser acolhido espontaneamente e deve estar permeado das condições de trabalho decente ou digno, como estabelecido pela OIT, com salário justo, trabalho livre, integridade física do trabalhador, jornada digna e liberdade sindical.¹⁴⁶

Portugal e Brasil são signatários das convenções relativas ao trabalho digno e de vedação ao trabalho forçado. Assim como os seus códigos de trabalho e norma constitucionais são permeados de disposições legais garantidoras a do trabalho digno.

Neste sentido, ambas as Repúblicas enquadram a situação de reduzir o ser humano à condição de escravo, como uma conduta distanciadora dos direitos fundamentais, pois, ao desprover o indivíduo de identidade, o reduz a um objeto, o coisifica.

A ausência de liberdade quando do estabelecimento do contrato de trabalho não viola somente as condições estabelecidas como trabalho digno pela Organização Internacional do Trabalho, mas também representa afronta a dignidade da pessoa humana, definida como fundamento da República portuguesa, através do artigo 1º da CRP de 1976 e artigo 1º, III da CF de 1988.

Portanto, o escravo contemporâneo é uma situação vivenciada pelo ser humano, em virtude da exploração do homem pelo próprio homem, em meio a sua busca desmedida pelo lucro, e também incessante, o que o impulsiona a visualizar o semelhante como um objeto, desprovido de significância, ou diminuta.

A afirmação acima é evidenciada, pois os exploradores, possuidores dos meios de produção, não propiciam as condições mínimas para manutenção da mão obra

¹⁴⁵ BRITO FILHO, 2004, p. 61

¹⁴⁶ MESQUITA E MOHANA, 2018.

utilizada por estes, que passam a conviver sem condições de higiene, saúde, em condições que ameaçam a sobrevivência. Esta atitude revela a caracterização do ser humano escravizado como descartável, podendo ser substituído a qualquer momento, mas este raciocínio não é utilizado com o maquinário, pois até estes são submetidos a manutenções, revisões, troca de peças, de forma a garantir sua preservação. Uma verdadeira coisificação do ser humana, em comparação a personificação dos objetos.

O descrito acima evidencia a ofensa aos bens jurídicos protegidos tanto por Portugal quanto pelo Brasil, quais sejam: liberdade em seus variados aspectos, de decisão, de movimento, integridade física, a honra e a vida.

O estabelecimento por um país dos seus bens jurídicos perpassa pelos valores estabelecidos pela sociedade, de forma a serem acolhidos pelo Estado como significativos ao ponto de serem tutelados por este, portanto, consistem nos valores do homem, tanto os ideais quanto os morais.

Assim, ambos os países citados conferiram tutela penal ao trabalho digno, com a observância ao princípio da legalidade, nos termos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pois antes era permitida a punição por delitos não dispostos na lei positiva. Contudo, a partir da evolução da consciência jurídica do indivíduo, com o objetivo de impedir atitudes arbitrárias do juízo, a legalidade, como princípio fundamental alcançou todas as constituições modernas, em observância aos preceitos *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*¹⁴⁷.

O estabelecimento do princípio da legalidade observou os elementos essenciais que compõem a lei penal, incriminação e sanção, sendo estes estabelecidos de acordo com a peculiaridade de cada Estado. No contexto da teocracia (theo - Deus e cracia - poder) os crimes de heresia e sacrilégio ocupam lugar relevante; para os comerciantes este local é conferido ao crime de fraude, no contexto dos governos militares é a indisciplina; assim por diante, para as monarquias é o crime de lesa majestade. Por fim, atualmente, no governo democrático, baseado na economia de mercado, baseada em um sistema industrial, a relação entre o capital e o trabalho alcança local de destaque ao ponto de justificar as sanções penais voltadas para sua tutela¹⁴⁸.

¹⁴⁷ MATTA, 1911, p. 7

¹⁴⁸ ANGIOLINI *apud* MATTA, 1911, p. 125

É inquestionável que a sociedade atual é uma sociedade de trabalho, pois é através do trabalho digno que se pode alcançar uma vida digna. Razão pela qual o Estado deve reprimir de forma efetiva as condutas que afrontam o trabalho digno, pois estas ofendem uma consciência coletiva, devendo serem qualificadas como criminosas.

Para Durkheim, por exemplo, o raciocínio para tipificação de um tipo penal deve ser feito com base na consciência comum, pois para definir um ato como criminoso, ele deve ofender a consciência comum e não o contrário, ou seja, um ato não ofende a consciência comum porque é criminoso. O Código penal português,¹⁴⁹ por meio do seu artigo 159, estabelece a tipificação do crime de escravidão¹⁵⁰.

O Código Penal de Portugal de 1982, através do artigo 161, já tipificava este crime, com pena de 08 a 15 anos. O pressuposto desse tipo penal é o fato de o agente dispor da vítima, de forma a considera-la como propriedade, objeto ou coisa sobre a qual ele possui domínio a ponto desta se sujeitar.

Entretanto, os artigos de lei não trazem a definição de escravidão, sendo esta função exercida, através da interpretação hermenêutica da Convenção de Genebra de 1926: “A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem os atributos do direito de propriedade ou alguns destes”.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), através dos seus artigos 8, 1 e 2, acolhe a utilização de tais conceitos internacionais. Estes preceitos legais garantem integração do direito português com conceitos internacionais advindos das normas, dos princípios de direito internacional. As normas portuguesas também garantem a vinculação do Estado Português às convenções internacionais ratificadas, após publicação.

Neste sentido, de acordo com os princípios gerais de Direito Internacional, o artigo 29, 2 da CRP, admite a sanção penal por condutas criminosas. O crime de escravidão julgado nos autos 9238/13.0TDPRT.P, evidencia ser este o posicionamento do Tribunal da Relação do Porto. Ao proferir a decisão, o órgão julgador realiza a contextualização da escravidão, e atrela a sua existência à crise econômica vigente no país, de forma a impulsionar o trabalhador, especialmente, para a área agrícola

¹⁴⁹ PORTUGAL, 1995

¹⁵⁰ “a) Reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo; ou b) Alienar, ceder ou adquirir pessoa ou dela se apossar com a intenção de a manter na situação prevista na alínea anterior; é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.”

pertencente à Espanha. Nesse primeiro quadrante do século XXI, a realidade verificada nos autos demonstra que portugueses têm-se organizado em grupo, visando o aliciamento de trabalhadores sedentos por trabalho. Para isto, prometem condições atraentes de trabalho, incluindo remuneração considerável e até mesmo transporte até o local do trabalho.

O bem jurídico privilegiado pelo Código penal português no crime de escravidão é a dignidade do indivíduo, com o objetivo de reprimir a atual “coisificação” do homem tanto no meio laboral quanto também na realidade do tráfico de seres humanos, voltado para o aspecto sexual e comercialização de órgãos.

A constatação da escravidão laboral é feita através da verificação de duas condições, de forma cumulativa, a primeira é caracterizado pelo fato da vítima não possuir nenhum poder de decisão sobre o modo da prestação de trabalho, tal como a quantidade de horas trabalhadas, e a segunda é consubstanciada pelo fato da vítima não dispor da contraprestação pelo labor ofertado¹⁵¹.

Nesse sentido, a dignidade ou a personalidade humana é o bem jurídico tutelado no crime de escravidão, considerando que a redução do homem a condição de objeto, representa mais do que uma afronta à liberdade de ir e vir, pois vai além, alcança a liberdade sob seu aspecto físico, de decisão e a religiosa¹⁵². O sujeito passivo do crime de trabalho escravo, para o direito português, pode ser representado por criança, qualquer mulher, homem, independente de ser imputável ou não.

A conduta criminosa é classificada como crime simples, em relação à estrutura do tipo penal, pois para ocorrência da conduta é suficiente a prática de um tipo penal. Portanto, a consumação da conduta criminosa necessita da produção de um resultado, a ação tipificada no dispositivo legal deve ensejar um resultado, sendo um crime material, considerando-se a conduta e o resultado naturalístico. Desta forma, ao se concretizar o crime, gera-se um dano, uma lesão ao bem jurídico, razão pela qual recebe a classificação de crime de dano.¹⁵³

Para tipificação do crime de escravidão faz-se necessária a presença do dolo, sob qualquer modalidade, podendo o tipo subjetivo deste tipo penal ser direto ou imediato,

¹⁵¹ ALBUQUERQUE, 2015, p. 429

¹⁵² DIAS, 2012, p. 422-423

¹⁵³ ALBUQUERQUE, 2015, p. 490

indireto ou eventual.¹⁵⁴ Portanto, o conceito de trabalho escravo contemporâneo está voltado para a tutela do bem, “dignidade da pessoa humana”, não pressupondo, necessariamente, que a liberdade de locomoção de ir e vir esteja cerceada. Essa análise demonstra a intenção do legislador de punir a conduta de coisificação do ser humano pelo próprio ser humano, pois a ideia de propriedade compõe o núcleo etimológico do conceito de escravo desde o seu surgimento, diferente do conceito de servo que está ligado a noção de propriedade.

O afirmado acima pode ser evidenciado por meio do artigo 1º da Convenção Internacional de 1926 sobre Abolição da Escravatura, que destaca: “§1. A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade.”¹⁵⁵ em comparação ao artigo 1º, § 2 da Convenção Suplementar: §2. “A servidão, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição”¹⁵⁶.

O Direito Penal brasileiro, de igual formal, exerce reprimenda da prática desta conduta, através da Lei n. 10.803/2003. Esta legislação garantiu a alteração do artigo 149 vigente no Código Penal de 7 de dezembro de 1940, de forma a descrever as hipóteses que configuram a condição análoga à escravidão, além de estabelecer novas penas ao tipo penal¹⁵⁷.

No âmbito brasileiro, a doutrina também se posiciona no sentido de que o conceito de trabalho escravo contemporâneo deve extrapolar à relação com o simples cerceamento do direito de ir e vir. Pois, o conceito de liberdade engloba fatores físicos e psicológicos. Nesse sentido, a coação poderá ser moral, psicológica e física, nas palavras de Melo, sendo primeira constatada quando o trabalhador se encontra em situação de

¹⁵⁴ DIAS, 2012, p. 425

¹⁵⁵ BRASIL, 1966

¹⁵⁶ BRASIL, 1956

¹⁵⁷ 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 3/4 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 origem¹⁵⁷.

ignorância ou ainda possui um senso de honra considerável ao ponto de se submeter a dívidas altas, advindas da compra de mercadorias a preços exorbitantes, no ambiente de trabalho, pois não possui outro local de compra. As ameaças de violência com o objetivo de garantir a permanência do empregado no ambiente de trabalho, de forma semelhante ao ocorrido na servidão por dívidas, evidenciam a coação psicológica. Por último, os homicídios dos trabalhadores, ao tentarem evadir-se do local da prestação de serviço e castigos físicos, configuram a coação física¹⁵⁸.

Para João Zenha¹⁵⁹, “a liberdade de trabalho encerra uma questão central para as sociedades contemporâneas. Se o trabalho é o principal meio de aquisição dos rendimentos que permitem aos cidadãos viver e é um atributo exclusivo do ser humano.”

Portanto, o conceito de trabalho escravo contemporâneo está adstrito ao trabalho livre, livre no sentido da liberdade de trabalho, liberdade que vai além da possibilidade de escolha de trabalho, mas liberdade de poder exercer um trabalho digno.

2.7 Elementos constitutivos do Trabalho Escravo Contemporâneo e suas consequências

A Organização Internacional do Trabalho, assim como definiu trabalho digno também trouxe na sua convenção 29 o conceito de trabalho forçado, “todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade”, bem como estabeleceu situações que não o configuram¹⁶⁰.

¹⁵⁸ MELO, 2004

¹⁵⁹ MARTINS, 2015

¹⁶⁰ “a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar;

b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país plenamente autônomo;

c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas;

d) qualquer trabalho ou serviço exigido nos casos de força maior, isto é, em caso de guerra, de sinistro ou ameaças de sinistro, tais como incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias, e epizootias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais daninhos e em geral todas as circunstâncias que ponham em perigo a vida ou as condições normais de existência de toda ou de parte da população;”

¹⁶⁰ “e) pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interesse direto da coletividade pelos membros desta, trabalhos que, como tais, podem ser considerados obrigações cívicas

A Convenção 105 da OIT¹⁶¹ também apresentou conceito por exclusão, tipificando situações que não configuram situações de trabalho forçado¹⁶². Desta forma, de posse da dignidade da pessoa humana como balizador para definição do conceito contemporâneo de trabalho escravo e dos conceitos revelados pelas convenções em destaque, passa-se, neste momento, a realização de uma análise das definições internacionais, de forma a compreender os seus elementos constitutivos nas realidades brasileiras e portuguesas.

No âmbito Europeu, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁶³, artigo 4 ratificou o contido na Convenção 29, com denominações próprias demonstrando o compromisso da Europa com a abolição de tal conduta. Da mesma forma, deve-se destacar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos seus artigos 5 e 15. O primeiro veda o Tráfico de Seres Humanos, delito, atualmente, relacionado ao crime de trabalho escravo contemporâneo e o segundo ratifica os institutos da liberdade profissional e o direito de trabalhar.

Da análise dos dispositivos legais do sistema brasileiro, português e europeu, percebe-se uma diferença de nomenclatura quando da tipificação do crime de trabalho escravo. Os sistemas português e europeu utilizam a expressão “trabalho escravo” e o Brasil “trabalho em condições análogas de escravo”.

No Brasil, a utilização de expressão “trabalho em condições análogas de escravo” tem prevalência, em virtude do pensamento majoritário da doutrina, pois esta entende que o fim da escravidão foi formalizado, no âmbito da realidade brasileira, quando foi sancionada a Lei Áurea, no ano de 1888¹⁶⁴. Portanto, formalmente, no Brasil contemporâneo prevalece o entendimento doutrinário de que, oficialmente, não há como se falar em escravidão, mas em condições análogas a esta. Entretanto, deve-se destacar, o objetivo da legislação abolicionista, antes de mais nada, foi atender ao desenvolvimento econômico do País que estava sendo inviabilizado pela mão-de-obra escrava e não

normais dos membros da coletividade, contanto, que a própria população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sobre a necessidade desse trabalho.”

¹⁶¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998.

¹⁶² “a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de 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 religiosa.”

¹⁶³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950.

¹⁶⁴ BRITO FILHO, 2004, p.73

propiciar, primeiramente, a valorização do trabalhador. Esta situação pode ser verificada pelo momento histórico da abolição da escravidão, através da Lei no 3.353, de 13 de maio de 1888, ter ocorrido juntamente com o ápice da lavoura do café¹⁶⁵.

Dessa forma, o Direito brasileiro não utiliza a denominação trabalho escravo, inclusive, esta não possui tipificação legal; portanto, as hipóteses descritas no artigo 149 do Código Penal não caracterizam a escravidão, mas, sim, descreve condutas do trabalhador em condição análoga de escravo.

Apesar das observações precedentes, neste trabalho, adotar-se-á a expressão “trabalho escravo”, pois esta é a nomenclatura adotada no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, como se pode perceber dos artigos legais dispostos acima, além disso o objetivo desta pesquisa é trabalhar a interface dos institutos da forma mais abrangente, o que é feito pelo Sistema Europeu.

Entende-se que o Brasil, ao adotar esta diferenciação, parece muito mais visar a camuflagem da prática do trabalho escravo do que propriamente estabelecer uma designação técnica correta. E entendemos ser este o ponto alto do trabalho, a forma como a legislação é aplicada pelos tribunais de cada país, a eficácia das sentenças proferidas pelo Tribunais de Lisboa/Portugal e São Luís/Maranhão/Brasil, no período de 2015 a 2018. O marco temporal estabelecido advém da permanência da presente autora na cidade de Lisboa, nos anos citados, onde pude estender o estudo sobre esta temática para esta região.

O relevante é a partir do conceito modernamente estabelecido de trabalho escravo e dos artigos legais supracitados, para verificar a prática do trabalho em condições análogas à de escravo, de variadas formas. Podendo ser verificada, através do trabalho forçado, no qual está inserido a servidão por dívidas e pelo trabalho em condições degradantes.

Portanto, o conceito de trabalho escravo contemporâneo não está adstrito, somente, a ausência de liberdade de ir e vir. A tipificação legal evidencia que o labor exercido sem a observância dos direitos fundamentais do trabalhador, desprovido das condições do trabalho digno, viola a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, quanto ao trabalho forçado, este “recebe inúmeras nomenclaturas como gênero da espécie do trabalho em condições análogas às de escravo,

¹⁶⁵ CARELLI, 2004, p. 74

tais como trabalho compulsório, trabalho obrigatório e trabalho rural. Todas as nomenclaturas são pertinentes, já que expressam o desejo de cada doutrinador em definir a forma indigna de trabalho, entretanto será utilizada a expressão legal “trabalho forçado”¹⁶⁶, esta foi utilizada e definida pela Organização Internacional do Trabalho, na convenção 29. Rodrigo Garcia Schwarz¹⁶⁷ definiu-o, “considerando o constrangimento ao qual o trabalhador é submetido para prestar serviço e a frustração de direitos trabalhistas garantidos pela legislação vigente. Estes dois elementos ensejam o trabalho compulsório, mantido por meio de fraude, violência ou grave ameaça, dívidas contraídas por este ou por alguém da sua família, podendo também haver retenção de documentos.”

De acordo com a Instrução Normativa Intersecretarial de 1994, do antigo Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil ¹⁶⁸, o trabalho forçado é verificado quando o trabalhador é reduzido à condição de escravo, seja pelo emprego de fraude, dívida, não pagamento de salários, retenção de documentos, ameaças e até mesmo violência de forma a cercear a sua liberdade, assim como dos seus familiares, o impedindo de sair do local da prestação do serviço. A privação da liberdade também é verificada quando não é fornecido transporte para o deslocamento do empregado, impedindo que este deixe o local de trabalho, considerando a impossibilidade de fazê-lo, seja por ausência de condições econômicas, ou até mesmo físicas desta região.

O trabalho forçado, muitas vezes não se inicia, nos termos da sua denominação, comumente, o trabalhador é arregimentado (expressão preferida por Brito Filho em detrimento de contratado) sem coerção por parte do empregador. A coerção por parte do empregador, geralmente, tem como marco “a antecipação pecuniária que ocorre no recrutamento, na palavra de José de Souza Martins”¹⁶⁹.

Por esta razão o sistema de servidão por dívidas também é denominado de *truck system* (sistema de barracão), pois os trabalhadores arregimentados pelo “gato”, são obrigados a comprar nas vendas dos empregadores tudo que precisam para sua sobrevivência e trabalho, muitas vezes também sob a forma de um adiantamento salarial, com o fim de custear as despesas de deslocamento para o novo ambiente de trabalho. Na

¹⁶⁶ MESQUITA E MOHANA, 2018.

¹⁶⁷ SCHWARZ, 2008, p. 83

¹⁶⁸ BRASIL, 1994

¹⁶⁹ MARTINS *apud* BRITO FILHO, 2004, p.75

servidão por dívidas, “o trabalhador se vê subjugado ao patrão, mediante coação física e/ou moral, justificada pela existência de um suposto débito contraído por aquele.”¹⁷⁰

Os “gatos” são supostos empreiteiros que se dirigem aos locais carentes com o objetivo de aliciar os trabalhadores, oferecendo-lhes bons salários e, conseqüentemente, melhoria de condições de vida para sua família. A responsabilidade em providenciar tudo necessário para início do trabalho é dele; ele é quem trata diretamente com o empregado, providenciando transporte, hospedagem, salário entre outros.

Como expressão máxima desse aliciamento, em alguns casos, o “gato” oferece um adiantamento salarial ao trabalhador como forma de ajudar a sua família. Ao aceitá-lo o trabalhador cooptado já inicia o labor endividado. Constitui o abono ou adiantamento instrumento forte de aliciamento, na expressão de Sutton¹⁷¹, “abono ou adiantamento é uma quantidade de dinheiro adiantada ao trabalhador, que ele deixa com a família, para que se mantenha enquanto ele envia mais. Se aceitar o abono, o trabalhador já sai da cidade endividado com o gato.”

O proprietário da fazenda não raras vezes encerra o papel de dono da mercearia ou armazém, onde o empregado encontrará tudo o que necessita por preços alarmantes. Desta forma, a escravidão do trabalhador vai continuamente sendo acentuada¹⁷². Forma-se todo um sistema de manutenção do trabalhador em condições análogas à de escravo. Cada personagem torna-se responsável pela retirada da dignidade do trabalhador e pela caracterização do mesmo com instrumento a serviço dos seus interesses econômicos.

O trabalhador, então, tenta ao menos quitar sua dívida para poder seguir em busca de outro emprego, mas isto nunca é auferido, pois o pagamento, em geral, é feito *in natura*, não permitindo que os débitos sejam extintos, mas somente que conquiste o mínimo para sua sobrevivência, ainda que indigna, são fornecidos de forma irrisória alimentação e vestuário. Não se pode deixar de referir que o salário pago de forma totalmente *in natura* é terminantemente vedado por lei, no Brasil e em Portugal, devendo ele ser feito obrigatoriamente em um percentual mínimo em moeda corrente.

A realidade do trabalho forçado já extrapolou, e há muito, a zona rural, estando presente na realidade da indústria da moda. De forma exemplificativa, pode-se

¹⁷⁰ MIRAGLIA, 2015, p. 136

¹⁷¹ SUTTON, 1994, p. 36

¹⁷² BRASIL, 1994

destacar os casos ocorridos nas empresas Gregory. Ao ser fiscalizada pela Superintendência Regional do Trabalho, órgão que tem como atribuição a “fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalhador e inspeção das condições ambientais de trabalho.”¹⁷³, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, órgão do Poder Executivo Brasileiro, foram constatadas várias afrontas aos direitos dos trabalhadores, resultando na libertação de 23 pessoas, com nacionalidade boliviana sob trabalho escravo. A inspeção verificou que “Os armários da casa eram trancados com correntes e cadeados para que os trabalhadores e as crianças não comessem “fora de hora”. Para sair da oficina, era preciso pedir autorização ao dono, que nem sempre permitia.”¹⁷⁴; na empresa M5 Indústria, conhecida como M. Officer, condenada em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho do Estado de São Paulo, ao pagamento de multa de 6 milhões a ser revestida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, em virtude da prática de trabalho escravo, nos autos PROCESSO TRT/SP NO: 00017795520145020054.

O Governo brasileiro, com o fim de coibir tais práticas, criou o cadastro de Empregadores Flagrados por Redução do Trabalhador a Condição análoga à de Escravo, a Lista Suja elaborada pelo Ministério do Trabalho Brasileiro, atualmente incorporado ao Ministério da Economia. A Lista Suja surgiu em 2004, por meio da Portaria MTE nº 540/2004¹⁷⁵, e é reconhecida pela Organização das Nações Unidas. É um cadastro feito pelo Governo brasileiro de empregadores que submeteram os seus empregados à prática do artigo 149, CP com o objetivo de sancioná-los.

O Governo estabelece penalidade para os que figuram na lista, por meio da Resolução 3876 de 2010 do Banco Central¹⁷⁶, e proíbe a concessão de crédito rural para pessoas físicas ou jurídicas inscritas na Lista Suja. Atualmente, após o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil). A lista é regulada pela Portaria 1.293, de 28 de dezembro de 2017 e no dia 03 de outubro do ano corrente foi publicada nova lista, com a inclusão de 28 empregadores¹⁷⁷, o que demonstra tanto a prática reiterada do crime de trabalho escravo pelas empresas quanto novos praticantes desta conduta criminosa.

¹⁷³BRASIL, 2019

¹⁷⁴ *Idem*

¹⁷⁵ MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, 2004.

¹⁷⁶ MINISTÉRIO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, 2004.

¹⁷⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2016.

Cabe destacar, como já se apontou anteriormente, um dos principais direitos ofendidos com o crime de trabalho escravo é o direito à liberdade. Reconhecendo a sua inquestionável importância, Montesquieu o define como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”¹⁷⁸. Não seria por demais frisar que, conforme observado por José Afonso da Silva, essas leis devem ser consentidas pelo povo¹⁷⁹, e ainda, “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”¹⁸⁰.

E mais, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 4º afirma que: “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar”¹⁸¹.

Para infligir a liberdade dos trabalhadores no crime de trabalho escravo são frequentemente utilizadas a coação física e a coação moral. A coação física é a mais grave, pois pode resultar até na morte do trabalhador que é submetido às agressões. Todavia, a coação moral também é grave, uma vez que o obriga a continuar naquele ambiente por conta das dívidas que contraiu com o próprio empregador que exerce sobre ele posição de superior hierárquico, não restando, aparentemente, alternativa. Brito Filho aduz que “[...] pode acontecer de o trabalhador, apenas porque se sente obrigado a saldar uma dívida, produzida fraudulentamente ou não, permanecer no trabalho. Nesse caso há trabalho forçado pela coação moral”¹⁸².

Frisa-se ainda, segundo Martins, que “as modernas formas de escravatura se encontram largamente associadas ao tráfico de seres humanos, fenômeno que tem alargado a aplicação do artigo 4º da CEDH”¹⁸³.

O trabalho escravo também pode ser evidenciado por meio do labor degradante. De acordo com Brito Filho, o trabalho degradante é “aquele em que não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador” e também

¹⁷⁸ MONTESQUIEU, 2010, p. 77

¹⁷⁹ SILVA, 2006, p. 233

¹⁸⁰ *Idem*, p. 233

¹⁸¹ DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

¹⁸² BRITO FILHO, 2004, p. 78

¹⁸³ MARTINS, 2015, p. 158

como aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação¹⁸⁴.

Luis Camargo¹⁸⁵ tipifica trabalho degradante “como aquele em que se pode identificar péssimas condições de trabalho e de remuneração, pode-se dizer que o trabalho em condições degradantes é aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da ausência de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação.” O labor degradante pode ser constatado, de forma exemplificativa, quando o obreiro é submetido às jornadas exaustivas ou a um trabalho sem o fornecimento de equipamentos de proteção.

Desta forma, “o trabalho em condição degradante é aquele desenvolvido em desconformidade com os patamares mínimos de proteção ao bem-estar físico, mental e social do trabalhador.”¹⁸⁶

É relevante ratificar que o trabalho degradante é verificado quando o trabalhador percebe remuneração inferior à mínima estabelecida legalmente. Por último, importa referir a ressalva entre a diferença do trabalho degradante e o trabalho exercido em condições degradantes, este último é permitido tanto no Brasil quanto em Portugal, desde que com o pagamento dos respectivos adicionais, trata-se do trabalho prestado em condição insalubre e perigosa.

No contexto do trabalho escravo, configurado pelas formas dispostas acima, constata-se, por meio do relatório da Organização Internacional do Trabalho, deve-se realizar “uma aliança global contra o trabalho forçado” com o escopo de enfrentar o tráfico de Seres Humanos, que figura como meio mais utilizado para captação de trabalho escravo.

Esta ligação entre os dois delitos foi verificada desde 1926, na Convenção Internacional sobre Escravidão, que definiu o crime de tráfico de escravos,¹⁸⁷ com base em três ações, captura, cessão e aquisição com o fim de submeter a pessoa à escravidão. O texto legal definiu também cada ato, sendo a aquisição verificada por todo ato com o

¹⁸⁴ BRITO FILHO, 2006, p. 13

¹⁸⁵ CAMARGO *apud* BRITO FILHO, 2004, p.80

¹⁸⁶ BELISÁRIO, 2005

¹⁸⁷ [...] acto de captura, de aquisição ou de cessão de uma pessoa com a intenção de a submeter à escravatura; todo o acto de aquisição de um escravo com o propósito de o vender ou trocar; todo o acto de cessão para venda ou troca de uma pessoa, adquirida com o intuito de a vender ou trocar, e, em geral, todo o acto de comércio ou de transporte de escravos, seja qual for o meio de transporte utilizado

objetivo de venda ou troca do escravo; a cessão é configurada quando o escravo é adquirido já com este intuito de venda e de troca, e definiu os atos de comércio ou transportes de escravos, como qualquer meio utilizado para locomoção destes com fins de alienação. Esta definição relacionou os dois delitos e acentuou a o estado de objeto do ser humano escravizado¹⁸⁸.

A expressão tráfico de pessoas foi utilizada pela primeira vez pela Organização das Nações Unidas na Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem, em 1949. (GDDC, Gabinete de Documentação e Direito Comparado), “Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem”¹⁸⁹.

A definição internacional de tráfico de pessoas foi formulada no Protocolo de Palermo, conhecido como Protocolo contra o Tráfico de Pessoas, Protocolo adicional à convenção das Nações Unidas (ONU) contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, no seu artigo 3º.¹⁹⁰

Portanto, o Protocolo traz a definição de Tráfico de Seres Humanos, bem como a ação (de recrutamento, transporte, transferência e recepção de pessoas), o “meio(ameaça ou uso da força, coerção, fraude, engano, abuso de poder e vulnerabilidade, pagamento a uma terceira pessoa para controlar a vítima; e o fim como é realizado (o objetivo de exploração como consta na definição.).”¹⁹¹

¹⁸⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL, 2019

¹⁸⁹ *Idem*

¹⁹⁰ “Para efeitos do presente Protocolo:

a) 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;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos¹⁹⁰.”

¹⁹¹ MELO, 2017, p. 7

O Sistema de Proteção Europeu adotou tais definições e as empregou na Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos, em 2005 fazendo com uma abrangência maior quanto a conceituação da vítima dispondo na alínea e) ‘vítima’ designa qualquer pessoa física sujeita ao tráfico de seres humanos conforme definido no presente artigo”. Ratificação Portuguesa efetuada através do decreto do presidente da República nº 9/2008 de 14 de janeiro, publicada no *Diário da República*, 1ª Série.

Portanto, essa Convenção estabeleceu o crime de Tráfico de Seres Humanos dissociado da ideia de vítimas como mulheres e crianças, de forma a garantir o princípio da igualdade e da não discriminação. Em Portugal, essa conduta está tipificada no artigo 160 do Código Penal. Inicialmente, o crime estava inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e depois, com a Revisão da Lei nº 59/2007 foi inserido nos crimes contra liberdade pessoal.

Com a revisão de Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, o Tráfico de Seres Humanos passou a estar integrado “pela primeira vez na categoria dos crimes contra a liberdade pessoal”, valorizando o bem jurídico a proteger, essencialmente para o respeito pela dignidade humana, e simultaneamente vindo a perder o seu exclusivo caráter transnacional.

No Brasil, o crime de tráfico de seres humanos encontra-se tipificado no artigo 149-A, do CP, inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade individual e na seção dos crimes contra a liberdade pessoal. Antes da Lei 13.344/16 estava disposto nos artigos 231 e 231-A, CP. A modificação não foi apenas de conteúdo, mas também quanto à topografia no Código Penal que com a inovação legislativa se aproximou do Crime de Redução à condição análoga a de escravo.¹⁹²

Portanto, o crime de Tráfico de Seres Humanos no Brasil semelhante ao tipificado em Portugal é um crime de ação múltipla, composto de vários núcleos verbais, tais como, agenciar, recrutar entre outras ações mediante o emprego de meios

¹⁹² Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão

IV - adoção ilegal;

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

fraudulentos, tendo como sujeito e vítima qualquer pessoa. A prática do crime de Tráfico de Seres Humanos não configura mero exaurimento, tendo o objetivo a prática dos demais delitos.

Desta forma, o tráfico de seres humanos apesar de ser um delito próprio, contribui para a prática de diversos delitos, no caso deste trabalho, para o trabalho escravo, na modalidade de trabalho forçado. É bom que se relembre a diferença entre contrabando de imigrantes e Tráfico de Seres Humanos, neste não se pressupõe de consentimento da vítima, diferente do contrabando que a vítima tem o consentimento que está sendo contrabandeada.

No caso do Tráfico de Seres Humanos, ao chegar ao local, o crime vai-se perpetuar pela prática da exploração e, no caso do contrabando, o delito tem fim com a chegada vítima ao local, que, neste caso, sempre é outro país, enquanto no Tráfico de Seres Humanos, este pode ocorrer em nível internacional ou dentro do próprio país. A característica da transnacionalidade não é condição necessária para configuração do Tráfico de Seres Humanos.

Assim, constata-se que existem várias formas de exploração do Tráfico de Seres Humanos com o objetivo de gerar lucro para o traficante, seja por meio da prostituição, do trabalho forçado seja pela venda de órgãos. O crime de Tráfico de Seres Humanos sempre vem acompanhado de três questionamentos, o que é feito (ação), como é feito (meios) e porque é feito (objetivo da exploração). Nesta situação é caso irrelevante o consentimento da vítima, pois qualquer consentimento, nesta circunstância, estaria viciado, seria expressado em virtude de engano, coação ou outros meios ilícitos ratificando a diferença quanto a situação do imigrante disposta no artigo 3º, a, do Protocolo relativo ao Imigrante.

A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), em 2015, elaborou um relatório denominado “Exploração Laboral Severa na UE”, o qual realizou uma análise extensa sobre este crime e seus efeitos. “ adianta esse relatório que o crime de exploração laboral é uma prática largamente utilizada em diversos setores de atividade, principalmente na agricultura, construção, hotelaria, trabalho doméstico e no fornecimento de refeições (*catering*).”¹⁹³

¹⁹³ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, 2015

Ao se analisar o artigo 160 do Código Penal Português constata-se que este tipo penal não utiliza a expressão trabalho forçado mas, sim, “exploração do trabalho”, no entanto, pode-se constatar que essas expressões se confundem, pois, o traficante tem como objetivo do Tráfico de Seres Humanos, o trabalho forçado das vítimas que foram enganadas e prestarão um serviço em condições que serão obrigados a manter, em virtude de uma situação de coação física, psicológica, financeira ou ameaça.

A Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) é categórica ao reconhecer o crime de Tráfico de Seres Humanos como um meio para o crime de trabalho forçado, assim como o reconhece como um crime contra a Dignidade da Pessoa Humana. Este é o posicionamento no caso *Silliadin c. França* – 26/07/2005, no qual foi constatado a presença do trabalho forçado prestado por uma imigrante a um casal no interior da França, sem condições de trabalho digno, provada a jornada exaustiva, ausência de remuneração, entre outras condições. A imigrante, insatisfeita com o resultado do julgamento pelo judiciário francês, recorreu à Corte Europeia dos Direitos Humanos que afirmou ser uma obrigação positiva dos Estados a observância do artigo 4º da CEDH que trata sobre a proibição da escravidão e do trabalho forçado¹⁹⁴.

Desta forma, ao se analisar a legislação brasileira e portuguesa, bem como as vigentes no cenário internacional, verifica-se que as condições dignas de trabalho estão consolidadas. Contudo, os crimes de Trabalho escravo e Tráfico de Seres Humanos continuam a se perpetuar em todos os cenários já citados, de forma exemplificativa, Schwarz afirma que, no período de 1995 a 2007, foram libertos do trabalho escravo 25.850, no Brasil, e, deste total, 8.9%, ou sejam: 2.992 trabalhavam, neste regime, nas fazendas do Maranhão. Ratificando o aumento da presença do trabalho escravo, neste Estado, entre 2003 a 2007, dos 9.762 libertos no País, 34, 3% eram oriundos do Maranhão¹⁹⁵.

Desta forma, somente com a adoção de atividades preventivas ocorrerá a retirada do trabalhador de um meio ambiente laboral indigno, pois as atividades repressivas são insuficientes, considerando a situação acima descrita. Cessa, assim, a sua sobrevivência desprovida da característica peculiar do homem, a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁴ COUNCIL OF EUROPE, 2005

¹⁹⁵ SCHWARZ, 2008, p.84

A atividade interventiva do Estado torna-se imprescindível não apenas para a erradicação do trabalho escravo, mas também para implementação de ofertas de trabalho digno, o judiciário exerce esta atividade interventiva quando age de forma repressiva ao julgar os crimes de trabalho escravo. A eficácia das decisões proferidas no Brasil e em Portugal será objeto de análise do capítulo a seguir.

3 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVA PENAL

A partir dos elementos constitutivos do crime de trabalho escravo e dos parâmetros do trabalho digno, tanto no Brasil quanto em Portugal, analisados no capítulo anterior, podemos estabelecer uma perspectiva penal deste crime nos países objeto de estudo. A importância da delimitação desta perspectiva advém da discussão sobre o bem jurídico objeto de proteção no crime de trabalho escravo.

Esta análise deve ser feita considerando-se a sociedade pós-moderna. Na perspectiva do direito do trabalho, nossa época é marcada pelo fenômeno da uberização, iniciado em 2010, antecedido pela Revolução Agrícola, séculos V a VII a.C; marcado pela Revolução Industrial, 1760, com o surgimento da figura do proletário; deve-se ainda considerar o 1850, com a Revolução Elétrica, que inaugurou a produção fordista e taylorista; precisa-se, ainda, mencionar o ano de 1960, e a Revolução tecnológica, era do Toyotismo e Volvismo, aliás situada na IV Revolução Industrial.

Primeiramente, é relevante a análise literal do artigo 159 do Código Penal Português e do artigo 149 do Código Penal brasileiro, comparando-se os tipos penais luso e brasileiros, o quadro abaixo cumpre essa função, pois veja-se:

Legislação	Código Penal Português	Código Penal Brasileiro
Artigo	Artigo 159.º Escravidão	Artigo 149 Redução a condição análoga à de escravo
Caput	Quem: a) Reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo; ou b) Alienar, ceder ou adquirir pessoa ou dela se apossar com a intenção de a manter na situação prevista na alínea anterior;	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: <u>(Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u>
Pena	é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.	Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. <u>(Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u>
Por equiparação		§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: <u>(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u> I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; <u>(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u> 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. <u>(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u>
Agravante		§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: <u>(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u> I – contra criança ou adolescente; <u>(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u> II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. <u>(Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)</u>

Contudo, mesmo o Código Penal de Portugal não tipificando condutas “por equiparação” da crime escravidão, este é interpretado amplamente. A jurisprudência de Portugal se posiciona neste sentido, como se depreende do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, autos: 9238/13.OTDPRT.P1, de 12/09/2015, o qual engloba os conceitos de trabalho utilizados pelo direito brasileiro, a saber, em condições análogas às de escravo, tais como, o trabalho exercido de forma forçada e degradante. Ressalte-se a distinção entre o trabalho forçado e o trabalho exercido em condições degradantes está voltada para a liberdade de locomoção, de ir vir, e de autodeterminação, conforme ensinamento de Brito Filho.

Desta forma, ao se analisar os acórdãos portugueses supracitados e a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª região, constata-se que o grau de absolvição dos empregadores processados representa 47,36% em relação às ações penais ajuizadas pelo Ministério Público Federal Paraense¹⁹⁶. Ocorre que ao se analisar os tipos penais do Brasil e Portugal, no que pertine ao trabalho escravo, observando-se as convenções internacionais, não é razoável, dentro do sistema normativo atual, existir esta quantidade significativa de absolvição no Brasil quando comparada à realidade portuguesa, que ainda possui tipo penal dotado de menor complexidade.

É cediço que esta indagação pode ser solucionada através do *standard* probatório, consubstanciado pelo mínimo necessário, admitido pelos tribunais de determinado país, necessário para comprovar a prática ou não do fato que está sendo imputado ao acusado.

No âmbito do Direito Processual penal português, o *standard* probatório do crime de escravidão pode ser definido como o princípio da dignidade da pessoa humana, mas para o direito processual penal brasileiro, o standard utilizado de forma majoritária

¹⁹⁶ MESQUITA, 2016

é a liberdade de ir e vir, o que pode ser evidenciado, através da portaria MTB 1.129/201, de autoria do Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil. Esse instrumento alterou os conceitos legais e constitucionais do trabalho escravo. Deve-se ressaltar que a presente portaria está com seus efeitos suspensos por decisão do Supremo Tribunal Federal.

A liminar que suspendeu os efeitos da Portaria foi concedida pela Ministra Rosa Weber, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 489, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade. A portaria declarava que *standard* probatório do Direito Processual penal brasileiro é a liberdade de ir e estabelecia o combate ao crime de trabalho escravo, sob três dimensões, a repressiva, quando da fiscalização realizadas pelo Ministério do Trabalho; a preventiva, também considerada pedagógica ao incluir o nome dos agentes do crime de trabalho escravo no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo e a reparativa ao conceder ao trabalhador resgatado o seguro-desemprego¹⁹⁷.

A ministra se posicionou ainda sobre a necessidade de se voltar a atenção para as formas contemporâneas de trabalho escravo, de forma a se estabelecer Políticas de combate efetivas e a citada Portaria do Governo brasileiro estaria indo de encontro aos mecanismos de combate. Afirmou, ainda, serem insuficientes os mecanismos de prevenção ao trabalho escravo no Brasil, fato que gerou a condenação do governo brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente no caso Fazenda Brasil Verde.

O caso Fazenda Brasil Verde está relacionado com a suposta prática, no Município de Sucupira, Estado do Pará, de trabalho forçado e servidão por dívidas. Os trabalhadores eram arregimentados pelo “gato”, assinavam notas promissórias para custear gastos com transporte e ao chegar na fazenda eram submetidos ao sistema do barração (*truck system*). O trabalho era prestado sob constantes ameaças, inclusive de morte, emprego de força física, ações que impediam ou obstaculizavam a possibilidade de fuga dos trabalhadores.

A Corte interamericana de Direitos Humanos, no item 1, introdução da causa e objeto da controvérsia, aduz que a denúncia é feita com base nas alegações de que os trabalhadores, que conseguiram se libertar, afirmaram a presença de constantes ameaças de morte, se deixassem a fazenda, eram impedidos de saírem livremente, não percebiam

¹⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001

salário e, quando o recebiam, era um salário ínfimo. Possuíam dívidas junto ao fazendeiro, viviam em locais inadequados para moradia, alimentação e saúde dignas.

Neste relatório, foi evidenciada a responsabilidade do Estado, pois possuía ciência destas práticas não somente na Fazenda Brasil Verde, desde 1989, mas também no país, de um modo geral, e, apesar da ciência, quedou-se inerte, no sentido de não adotar medidas eficazes para tanto para prevenção quanto para reprimenda. A inércia estatal também foi evidenciada pelo não fornecimento às supostas vítimas de um mecanismo judicial efetivo para que estas pudessem garantir a proteção dos seus direitos, a punição dos responsáveis, assim como uma reparação pela violação ocorrida.

Por fim, o Brasil é responsabilizado internacionalmente pelo desaparecimento de dois adolescentes, fato este foi denunciado às autoridades estatais em 21 de dezembro de 1988, e assim mesmo não foram adotadas medidas para que o paradeiro dos desaparecidos, pudesse ser localizado¹⁹⁸.

Diante da ausência de investigação sobre as denúncias e de punição dos responsáveis, o caso atingiu proporções internacionais. Foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 04 de março de 2015, e o Brasil sofreu a primeira condenação internacional, em virtude das ações e omissões estatais ocorridas a partir de 10 de dezembro de 1998, pois foi nesta data que o país se submeteu à Competência desta Corte.¹⁹⁹

A condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos está fundamentada na legislação internacional de combate ao trabalho escravo, especificamente o artigo 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No entanto, para garantir que o caso fosse julgado de forma eficaz a Conter Interamericana de Direitos Humanos, ainda, se valeu de outras normas do Sistema Interamericano, quais sejam, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e a Convenção 182 da OIT.

A utilização de todas estas normas visou estabelecer uma eficácia do julgamento que somente poderia ser alcançada se o crime de escravidão fosse interpretado

¹⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS, 2016

¹⁹⁹ PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 100

com base na sua forma contemporânea, não sendo possível sua configuração, na atualidade, apenas como a ausência de liberdade de ir e vir causada pelo encarceramento.

Desta forma, ficou estabelecido que, para tipificação do crime de trabalho escravo, são necessários dois elementos: o primeiro, contido na Convenção de 1926, o estado ou condição de um indivíduo; e o segundo, estabelecido no Caso Promotor Vs. Kunarac, “o exercício de algum ou de todos os poderes que decorrem do direito de propriedade sobre uma pessoa”²⁰⁰.

O “exercício de atributos da propriedade” deve ser entendido, nos dias atuais, como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa. Em geral, a prática do ser humano como propriedade será assegurada, através de meios tais como a violência, fraude e/ou a coação”²⁰¹.

Desta forma, foi superada a concepção clássica de trabalho escravo, ou seja: não se pode compreender trabalho escravo com conotação atrelada, apenas, ao cerceamento do direito de liberdade de ir vir, notadamente, em decorrência da característica de propriedade do trabalhador.

No julgamento do STF brasileiro, foi estabelecido que “a constatação de uma situação de escravidão representa uma restrição substantiva da personalidade jurídica do ser humano e poderia representar, ademais, violações aos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à dignidade, entre outros, dependendo das circunstâncias específicas de cada caso” ²⁰².

Portanto, além do estabelecimento do novo parâmetro para julgamento do crime de trabalho escravo, quando devem ser levados em consideração os direitos de personalidade e dignidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu a natureza jurídica do crime de trabalho escravo como uma norma imperativa, “*jus cogens*”, o que enseja a atuação vinculante do Estado para garantir uma proteção erga omnes.

Para o doutrinador Pedro Trovão do Rosário²⁰³, “[...] o primado do Direito Internacional resulta desde logo da sua própria substância, da circunstância de integrar

²⁰⁰ TPIY, 2002

²⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016

²⁰² *Idem*

²⁰³ TROVÃO, 2016

normas consagradora e protectoras de bens comuns da Humanidade [...] sendo normas superiores, não ficam na “disponibilidade” dos Estados, o qual deve respeitar em toda a sua acção, bem como os titulares de seus órgãos (desde logo soberania) regras de Direito Internacional, como as relativas aos direitos humanos, não porque incluídas em convenções ou tratados internacionais [...] mas porque integrantes do próprio jus cogens.”

Esta conduta não vem sendo adotada pelo Estado brasileiro, pela ausência de Políticas Públicas efetivas, pois, *in casu*, as denúncias relativas à Fazenda Brasil Verde foram feitas em 1988 e, após várias fiscalizações, no período de 1989 a 2000, não houve resultado efetivo, seja pela ausência de políticas repressivas, seja pela falta comprovação de medidas efetivas adotadas pelo Brasil para responsabilizar os acusados.

A medidas punitiva adotada em relação ao Sr. João Luís Quagliato Neto, proprietário da fazenda, foi amparada no artigo 203 do Código Penal, tipo penal voltado para incriminação de condutas que frustrem os direitos trabalhistas, caracterizado como de menor potencial ofensivo. Neste caso, esta acusação foi mais branda quando comparada a feita ao gerente da fazenda e ao “gato”. Ao final, o processo foi suspenso por 02 (dois) anos, em virtude de transação penal, devendo o condenado realizar a entrega de cestas básicas.²⁰⁴

A conduta de impunidade foi considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como grau de influência dos escravocratas e como incentivo a prática. Beccaria destaca neste sentido que: “Acabamos de ver qual é a verdadeira medida dos delitos, ou seja: O dano à sociedade”²⁰⁵.

Nesse contexto, é inegável a contribuição do Julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do Caso Fazenda Verde, qual seja: foi a primeira condenação internacional do Brasil pela existência do crime de trabalho escravo. Além disso, percebeu-se o estabelecimento da concepção evolutiva do crime de trabalho escravo, o que incluiu uma ampliação do artigo 6º da Convenção Americana, para abarcar as situações contemporâneas de escravidão, quais sejam, o trabalho forçado, servidão por dívidas e trabalho degradante. Novas perspectivas advindas da tomada de consciência para que políticas sejam estabelecidas de forma a garantir a erradicação do crime de trabalho escravo, com o estabelecimento de um verdadeiro Estado Constitucional. Silva

²⁰⁴ PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 105

²⁰⁵ BECCARIA, 1998, p. 77

Portero destaca que “El Estado Constitucional de Derecho, o simplemente Estado constitucional, surge a partir de una serie de mutaciones y câmbios en el Estado liberal o legislativo de Derecho, que es modelo de lo precede. El Estado constitucional revela um cambio de estructura del sistema jurídico, puesto que supuso la introducción de um modelo em el cual las Constitución implanta limites y vínculos sustanciales, que non son más que los derechos fundamentales, al poder ejecutivo, judicial, y principalmente, al legislativo²⁰⁶.”

Portanto, o Judiciário de Estados Constitucionais, ao analisar a ação penal relativa ao crime de trabalho escravo, deve ter como *standard* probatório a definição do Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC) desenvolvida por Silveira Andrade²⁰⁷, na medida em que afirma ser o ponto intrigante do TEC o seu conceito legal. A sua definição não deve ser pautada na discussão sobre qual o limite da liberdade de locomoção, ou como desrespeita a dignidade, pois com a nova redação Código Penal, a partir de 2003, para definir o crime de trabalho escravo, basta verificar, se na relação de trabalho é permeada por escravidão por dívidas, trabalho forçado, jornada exaustiva ou trabalho degradante, condições sub-humanas.

Nesse contexto, o *standard* probatório consiste no mínimo a ser observado pelo julgador para enquadramento do fato narrado como tipo legal²⁰⁸. Para o direito processual penal, o standard a ser utilizado deve ser pautado na prova com a característica: ‘para além de uma dúvida ‘razoável’[...]’²⁰⁹. Deve-se considerar que os *standards* probatórios não são definidos na legislação e na doutrina brasileira e portuguesa, o que faz com que os saltos inferenciais do juiz criminal sejam insondáveis²¹⁰.

A dedução sobre a prova está relacionada a um contexto no qual existem alguns elementos, no qual deve ser observada a relação entre o que se pretende provar e os elementos disponíveis para comprovar o fato²¹¹. Através do *standard* probatório ocorre o “despertar” para verificar de forma comprobatória os fatos trazidos pela acusação, esta atividade de verificação será concluída com a condenação ou não do acusado, e demonstrará com motivação se o narrado no processo ocorreu diante da prova processual

²⁰⁶ PORTERO, 2008

²⁰⁷ ANDRADE, 2017, p. 355

²⁰⁸ MESQUITA E MOHANA, 2018.

²⁰⁹ CALHEIROS, 2013, p. 147

²¹⁰ PRADO, 2016, p. 216

²¹¹ PRADO, 2016, p. 225

produzida. Desta forma, por meio do standard probatório, o Estado exerce a sua função/poder/dever de Jurisdição. De forma que “o dizer Direito” é efetivado, através de uma decisão advinda de provas disponíveis no procedimento judicial.

Para Mesquita e Mohana, “a função das provas ali dispostas é confirmar tanto a pretensão do autor quanto a defesa do réu.”²¹² Entretanto, os juristas relegam a ciência ou teoria da prova, como denominou Wigmore²¹³, “reflexões sobre a prova enquanto meio de conhecimento da verdade sobre factos juridicamente relevantes em discussão, em sede judicial”, e se voltam, apenas, para normas sobre admissibilidade da prova.

Para Maria Clara Calheiros²¹⁴, “[...] esta situação é tanto mais grave, quanto é certo que o direito-norma se destina a aplicar-se factos, ou pelo menos assim nos é dito, repetidamente, quase desde sempre”. “Quanto ao Direito Processual Penal, a prova aufere dimensão significativa, em virtude da sua vinculação à presunção de inocência, que consiste em uma garantia do cidadão, disposta no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 32 da Constituição da República Portuguesa e artigo 5º, LVII da Constituição Brasileiras”²¹⁵.

Nesse sentido, a prova tem a função relevante de desconstituir constitucionalmente a presunção de inocência do acusado, de forma que o julgamento seja realizado, não com base na reprodução exata dos fatos ocorridos, tendo em vista a impossibilidade material para isso, pois estes não podem ser repetidos da mesma forma como realizados, primeiramente, assim o julgamento é exercido, através da verdade processual. Em virtude do momento histórico de criação do Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, sua inserção no ordenamento jurídico, durante o regime ditatorial, caracterizou a sua constituição ideológica, que seguiu estes parâmetros, apenas com Constituição Federal de 1988. Várias alterações foram realizadas, então, nesta legislação infraconstitucional, de forma a atender as exigências constitucionais da prova²¹⁶.

Cabe destacar a Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro relativos à prova. Como ressalta Antônio

²¹² MESQUITA E MOHANA, 2018.

²¹³ WIGMORE *apud* CALHEIROS, 1977

²¹⁴ CALHEIROS, 2015, p. 15

²¹⁵ *Idem*, 2018.

²¹⁶ MESQUITA E MOHANA, 2018.

Magalhães Gomes Filho²¹⁷, essas inovações quanto à prova em matéria penal trazem as características da delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; afirmação do contraditório, que passou a compor o conceito de prova. Outras alterações legais de enorme importância relacionadas com a garantia da adequação do contraditório com o método de formação das provas foram a vedação das provas ilícitas e as novas normas relativas aos meios de prova pericial e testemunhal.

De tal modo que atualmente vigora sistema legal brasileiro o sistema acusatório, com a separação entre o órgão julgador e órgão acusador, buscando privilegiar as garantias processuais do investigado. Enfatizou-se uma distinção entre a prova que é precedida do contraditório, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, neste caso pode-se afirmar a existência de uma instrução e elementos de convicção. Sendo assim, não basta para o julgador o conhecimento processual sobre provas, pois este vai estar sempre em meio aos fatos narrados, depoimentos, perícias, com o fim de ter sua decisão consolidada.

Para Calheiros²¹⁸ a “prova é um objeto de estudo interdisciplinar não só porque várias disciplinas são instrumentais em relação a esta, mas também porque o fenómeno da prova só pode ser compreendido de modo interdisciplinar”. De acordo com Wigmore, “é necessária a separação entre prova e ciência da prova ou direito probatório. Pois, quando se analisa a prova se tem uma análise interdisciplinar da prova, conforme elementos da lógica, psicologia, experiência geral”²¹⁹, e, quando se analisa o direito probatório, isto é feito com base nas regras jurídicas procedimentais aplicadas à prova²²⁰.

De acordo com o exposto, Portugal e Brasil possuem direito probatórios diferentes. O Processo Penal Português realiza o detalhamento do instituto da prova, com importância relevante, ao ponto de ter em sua Constituição, o capítulo das garantias de processo criminal, disposto no artigo 32. O sistema português, assim como brasileiro é acusatório, possui em seu ordenamento jurídico regras sobre provas e sua obtenção.

Conforme Geraldo Prado, no processo inquisitório o “poder de punir do Estado (ou de quem exerça o poder concretamente) é o dado central”, enquanto no acusatório é “a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de

²¹⁷ GOMES FILHO, 2008

²¹⁸ CALHEIROS, 2015, p. 21

²¹⁹ WIGMORE *apud* CALHEIROS, 2015, p. 21

²²⁰ *Idem*, p. 21

arbítrio do poder de punir”²²¹. Desta forma, verifica-se no Sistema Português meios de provas distintos, dispostos em lei esparsa, com o fim de serem verificados crimes relativos ao tráfico de drogas e terrorismo, de forma exemplificativa, conferir maior eficácia na investigação dos crimes de terrorismo e tráfico de drogas.

Ocorre que o direito de punir, também denominado de *jus puniendi* é realizado por meio das normas estabelecidas, mas é essencial que estas tenha sido estabelecidas democraticamente e de forma prévia ao ato de punir.²²², pois para que a justiça seja exercida, de forma a afastar a indignação moral e a cólera pública, esta deve delimitar o lugar da sua atuação, deve estabelecer, objetivamente as normas a serem seguidas, bem como os atores que poderão ser imputados.²²³.

Assim, para que o Estado exerça sua atividade punitiva de forma legítima, esta “deve ser pautada em um processo composto por regras previamente estabelecidas. Conforme Montero Aroca in Natalie Ribeiro Pletch²²⁴, a pena, somente, deve ser aplicada quando antecedida do conhecimento do delito imputado ao acusado, bem como, do devido processo legal, pois pertence ao Estado o monopólio de exercer o direito punitivo, tendo como instrumento o processo, a ser julgado, de forma exclusiva, no âmbito dos tribunais.”

O devido processo legal deve ser observado para que a atividade do julgador, ao exercer sua função punitiva, seja realizada de forma constitucional, pois o processo é conceituado como “[...] efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.”²²⁵

No contexto processual constitucional, deve ser observada a forma processual com o fim de garantir a aplicação dos princípios da investigação ou da verdade material, livre apreciação da prova, in dubio *pro reo*, liberdade probatória, de forma a propiciar que o acusado possa utilizar os mecanismos necessários a sua defesa, para evitar punição arbitrária. A legislação penal portuguesa adota o princípio da verdade material, nos termos do artigo 340, ns. 1 e 2 do CPP, o qual possibilita ao Tribunal determinar a produção de provas, visando a descoberta da verdade e consequentemente uma decisão adequada para caso posto.

²²¹ PRADO, 2005, p. 104-105

²²² MESQUITA E MOHANA, 2018.

²²³ GARAPON, 1999, p. 19

²²⁴ PLETCH, 2007

²²⁵ LOPES JUNIOR, 2004, p. 37

Considerando que o julgador obtém o conhecimento do delito imputado ao acusado, através da narração dos fatos pela acusação, e que esta narrativa é contraposta pelo acusado, por meio da sua defesa, a verdade processual não tem como ser definida como definitiva e absoluta o que a aproxima da verdade científica, que até sobre esta não paira mais a ideia de verdade sacra, diferenciando-se por confrontar dificuldades próprias²²⁶.

Taruffo²²⁷ traz ensinamento sobre a noção de verdade relativa e afirma que a esta deve ser disposta no processo, juntamente com o enquadramento epistemológico, ideológico e pragmático. Desta forma, a verdade será alocada para garantir um processo impulsionador de decisão justa, legal, concretizável, desprovida de arbitrariedade.

Portanto, o julgador analisará as verdades trazidas ao processo e proferirá a decisão de culpabilidade, se utilizando do “MATDR (muito além de toda dúvida razoável) ou BART (*beyond a reasonable doubt*) e com certeza moral na culpabilidade, essa foi a noção pioneira do veredito de culpabilidade trazido por Larry Laudan”²²⁸.

A decisão do julgador, depois de analisadas as evidências, deve ser pautada em uma convicção duradoura e de certeza moral, tendo em vista a presunção constitucional de inocência do acusado, sendo assim, havendo qualquer dúvida razoável quanto à prova, este não pode ser considerado culpado.

A certeza da veracidade do fato deve nortear a culpabilidade do acusado, portanto a prova envolve uma ligação entre verdade do fato e a moral do fato, de forma a garantir um julgamento onde o acusado tivesse consciência do critério estabelecido para que ele fosse considerado culpado. Inclusive, a Constituição dos Estados Unidos da América estabelece como exigência a divulgação do MATDR, a saber, critério de culpabilidade, ou seja, o que estava justificando a condenação deles, de forma que a ausência desta informação poderia gerar a revogação da condenação.²²⁹

Conforme Maria Clara Calheiros²³⁰, “[...] a construção de uma verdade sólida nos processos judiciais só é possível com um conhecimento tão profundo quanto possível, de tudo aquilo que a pode dificultar, inviabilizar mesmo.”. A atividade persecutória da verdade processual é primeiramente receptora. O juiz irá contrapor-se às partes que falam.

²²⁶ CALHEIROS, 2008

²²⁷ TARUFFO, 2012

²²⁸ LAUDAN, 2011

²²⁹ MEQUITA E MOHANA, 2018.

²³⁰ CALHEIROS, 2008, p. 175

O que, para Maria Clara Calheiros,²³¹ “a simplicidade desta tarefa é apenas aparente: exige paciência, vigilância e imparcialidade. O juiz que não sabe escutar, não sabe julgar.”

No Código Processual Penal Português, de acordo com o artigo 374, “enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”. Este deve ser o parâmetro da motivação judiciária.

Assim pode-se caracterizar como uma dupla garantia a motivação judiciária, no sentido em que, como aponta Ferrajoli, “não há pena sem processo”²³², devendo-se priorizar a persecução penal, reservando à prova penal seu papel relevante, não obstante “As condenações fundamentam-se em provas apesar de não estarem fundamentadas em provas!”²³³. A finalidade é, sem hesitações, oferecer à sociedade “segurança jurídica da punição de conduta tipificada legalmente, quando provada nos autos”²³⁴.

Contudo, não é o que se verifica quanto ao crime de escravidão, tipificado pela legislação penal portuguesa e brasileira. Esta insegurança quanto à punição desta prática criminosa deve-se ao estabelecimento diferenciado do *standard* probatório por estes países, que será analisado por meio das sentenças nestes países, nos anos de 2015 a 2018. A análise partirá que o *standard* probatório deve ser estabelecido de forma a assegurar ao trabalhador, um trabalho digno, destituído das características de um trabalho degradante ou forçado.

Pois, em uma sociedade marcadamente de trabalho, este deve ser exercido de forma a valorizar o homem, a lhe trazer dignidade, além do sustento. Rafael da Silva Marques o vê ligado de “forma umbilical à dignidade da pessoa humana”²³⁵.

A atuação positiva do Estado na sua função de efetivar a dignidade da pessoa humana é exercida na forma da última *ratio* pelo Ministério Público, pois a este incumbe a ação penal para combater o crime de escravidão, tanto em Portugal quanto no Brasil. Historicamente, o Brasil teve o surgimento do Ministério Público.

²³¹ CALHEIROS, 2008, p. 294

²³² FERRAJOLI *apud* PRADO, 2015, p.15

²³³ PRADO, 2015, p. 24

²³⁴ *Idem*

²³⁵ MARQUES, 2007, p.111

Atualmente, as Constituições do Brasil e Portugal conferem independência e autonomia para atuação dos seus órgãos ministeriais. O artigo 127, da CF/88²³⁶ qualifica a instituição como essencial à função jurisdicional estatal, no âmbito da democracia, cabendo a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sob os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, essenciais para o exercício da função ministerial.

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 219²³⁷, 1 e 2, de forma semelhante, atribui ao Ministério Público a função de representar o Estado e defender os interesses determinados pela lei, incluída a participação na política criminal e o ajuizamento das ações penais orientado pela legalidade, com o fim de garantir a legalidade democrática²³⁸.

O Ministério Público possui característica de órgão com função essencial à justiça. No Brasil, ele não se insere na estrutura do Poder Judiciário, diferente de Portugal. O Ministério Público em âmbito luso-brasileiro tem a função de romper a inércia do Poder Judiciário, por meio do ajuizamento da ação penal de combate ao crime de escravidão e, assim, garantir a observância dos direitos fundamentais e efetivação da Dignidade da Pessoa Humana em um Estado Democrático de Direito. Para Hugo Nigro Mazzilli²³⁹, o Ministério Público não figura como órgão do governo e tampouco do Estado, ele consiste um órgão do Estado, pois possui garantias peculiares para desempenhar tanto as suas funções ativas quanto as suas funções interventivas, podendo atuar no âmbito do judiciário e também nas esferas necessárias para defesa do interesse da coletividade, como quando do ajuizamento da Ação Penal Pública no combate ao crime, fiscalização

²³⁶ O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (BRASIL, 1988).

²³⁷ 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei

²³⁸ PORTUGAL, 1976

²³⁹ MAZZILLI, 2008

dos demais Poderes públicos, com o fim de garantir a defesa do meio ambiente, patrimônio público e social, bem como demais interesses difusos e coletivos.

Das funções constitucionais do Ministério Público iremos ater-nos ao exercício da ação penal que privilegia o Processo Penal constitucional, pois é precedido de inquérito que o inaugura, com o escopo de assegurar princípios como contraditório. Para o Doutrinador Manuel Guedes Valente²⁴⁰, a ação penal deve ser precedida de uma investigação criminal eficaz, de forma a garantir a ausência de qualquer arbitrariedade, pois, apenas desta forma pode se ter uma defesa revestida de legalidade, capaz de garantir os direitos dos cidadãos.

Ainda conforme o doutrinador Manuel Guedes Valente²⁴¹, as medidas de polícia ou as medidas de prevenção possuem uma múltipla concepção de prevenção criminal: função de vigilância, função da prevenção criminal *stricto sensu* e função restabelecimento da paz jurídica a social. As duas primeiras funções relativas à polícia, ordem e tranquilidade públicas, administrativa e jurídica, e a terceira função relativa aos tribunais, através do Ministério Público.

Desta forma, ao se analisar as prerrogativas constitucionais do Ministério Público, o modo da prossecução penal para combate do crime de trabalho, no Brasil e Portugal, será constatado papel positivo do Estado de Direito por meio deste órgão, na efetivação da Dignidade da Pessoa Humana. Para Canotilho²⁴², cabe ao Ministério Público a representação do Estado na defesa dos bens jurídicos de uma República, de uma comunidade, com objetivo de se garantir a cidadania ao indivíduo e ao povo, não por ser uma determinação constitucional, mas por medida de Justiça.

Portanto, apesar da diferença estrutural dos órgãos ministeriais luso-brasileiros, haja vista em Portugal o Ministério Público pertencer ao Judiciário, o Ministério Público brasileiro não pertence a nenhum dos Poderes brasileiros, estabelecidos pela clássica divisão montesquiana, ambos com base na autonomia, independência funcional e legalidade da ação penal garantem a efetivação da dignidade da pessoa humana, por meio do combate ao crime de trabalho escravo.

A ação penal de combate ao trabalho escravo será uma afirmação da democracia, partindo do conceito de democracia estabelecido por Habermas, configurada

²⁴⁰ VALENTE, 2010, p. 119-123

²⁴¹ VALENTE, 2013, p. 307

²⁴² CANOTILHO, 2014, p. 603

na ideia de dialeticidade entre o Estado e Sociedade, no sentido que este deve perceber os anseios daquela e atendê-los, pois o seu papel, no processo democrático, é programado de forma a atender o interesse da sociedade, por meio da estrutura da administração pública e também da sociedade, em decorrência do sistema de trabalho social, intercâmbio das pessoas privadas, em meio a economia de mercado. Desta forma, o Estado liberal é alcançado por significativa alteração arquitetônica, pois se tem o poder supremo do Estado, convivendo ao lado da instância reguladora descentralizada do mercado, de forma que os valores extrapolam a esfera individual, indo ao encontro de valores como bem como, solidariedade e integração social²⁴³.

No Brasil, o crime de trabalho escravo deve ser processado perante a Justiça Federal. Em seu conceito contemporâneo, trabalho escravo é o “[...] exercício do trabalho onde há restrição da liberdade em qualquer de suas formas, e/ou quando desrespeitados os direitos mínimos garantidos ao trabalhador que resguardam a sua dignidade”²⁴⁴. O crime de trabalho escravo está tipificado pelo artigo 149 do Código Penal, como já referido, visando proteção do bem jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Os doutrinadores brasileiros embasam esta perspectiva. Para Mirabete²⁴⁵: “a atual redação do art. 149 do CPB protege o bem jurídico liberdade individual, isto é, o direito de ser livre da servidão ou do poder de fato de outra pessoa, bem como a dignidade da pessoa humana, a qual não pode ser submetida a tratamento desumano ou degradante.” Apesar deste não ser posicionamento pacífico dos Judiciário Brasileiro, como será demonstrado por meio das decisões analisadas a seguir.

A competência da Justiça Federal já foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal (AP) 635/GO, nos termos do artigo 109, VI, da Constituição Federal da República de 1988, considera que o objeto da denúncia feita pelo Ministério Público não alcança apenas normas atinentes à organização do trabalho, mas, principalmente atenta contra valores relativos à proteção de cada uma das cinquenta e duas vítimas do crime de trabalho escravo, “o que torna legítima a incidência, na espécie, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, da regra de competência inscrita no art. 109, VI, da Constituição da República”²⁴⁶.

²⁴³ HABERMAS, 2003, p. 333

²⁴⁴ NOCCHI; VELLOSO; FAVA, 2011, p. 122

²⁴⁵ MIRABETE, 2006, p. 170

²⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016

Quanto à ação penal relativa ao crime de trabalho escravo praticado na cidade de São Luís, Estado do Maranhão/Brasil, a competência é do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Esclareça-se que o Brasil é composto por 5 Tribunais Regionais Federais, divididos sequencialmente em 5 regiões. O crime de trabalho escravo no Brasil possui divergências doutrinárias sobre sua classificação. A maioria da doutrina como crime comum, assim como em Portugal, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Contudo, para Rogerio Greco²⁴⁷, o crime é próprio, tendo como sujeito ativo o tomador de serviço ou preposto e o trabalhador como sujeito passivo.

A peculiaridade, quanto aos autores do crime, faz como que alguns doutrinadores o classifiquem como crime de forma vinculada, como afirma Cezar Bittencourt: “[...] é importante observar que este autor, não obstante considere o crime como comum, e não próprio, entende que sua forma não é mais livre, e sim vinculada, “pela limitação do sujeito passivo” e, avançando, pelas formas como pode ser praticado.”²⁴⁸

De acordo com Rogerio Greco²⁴⁹, “[...] o art. 149 do Código Penal aponta os meios mediante os quais se reduz alguém a condição análoga à de escravo”, sendo, desta forma, um crime de forma vinculada.

Para a doutrina Portuguesa, trata-se de crime de execução livre, podendo ser operado de qualquer forma, por qualquer meio, este foi o entendimento adotado pelo Conselho da Europa na Convenção sobre a ação contra o Tráfico de Seres Humanos²⁵⁰.

Certamente esta diferença se deve à estrutura dos tipos penais, a brasileira é analítica e a portuguesa é sintética, como disposto no quadro acima. Assim como, é inquestionável que esta classificação de forma vinculada favorece a impunidade, pois a partir da vinculação da forma, a tipificação do crime de trabalho escravo se torna mais difícil em comparação a forma de execução livre.

Quanto ao elemento subjetivo, o crime é doloso, sendo admitido o dolo na sua forma eventual ou direta, nos dois países. Em Portugal tem-se a necessidade do dolo direto para a conduta descrita na alínea “a” do artigo 159 do Código Penal Português e para alínea “b”, relativa a alienação ou cedência. Além disso, deve estar presente a

²⁴⁷ GRECO, 2012, p. 545

²⁴⁸ BRITO FILHO, 2014, p. 50-51

²⁴⁹ GRECO, 2012, p. 545

²⁵⁰ ALBUQUERQUE, 2015, p. 625

intenção do agente. Exige-se, pois, a presença do dolo direto ou necessário quando da escravização, de forma que esta vontade consciente é necessária para configuração do crime até a alienação da pessoa, mas, após este momento, quando da manutenção da pessoa na situação de escravo, basta a aceitação do risco de continuar escravizando a pessoa, sendo suficiente o dolo eventual²⁵¹.

Da análise do tipo penal constata-se que se trata de um crime monossubjetivo, “[...] cometido por uma só pessoa”²⁵². Contudo, como já discorrido neste trabalho, existe a figura do “gato”, quando do aliciamento do trabalhador, no caso da servidão por dívidas. Bem como dos que exercem a coação física dos trabalhadores, a fiscalização ostensiva, dentre outros responsáveis pela manutenção dos trabalhos no regime de trabalho escravo ou na sua captação. Desta forma, como estes personagens serão responsabilizados?

Nos termos do artigo 29 do Código Penal brasileiro: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Portanto, deve ser feita a análise da conduta desses agentes em relação ao tipificado no tipo penal. Para Brito Filho: “a) há mais de um agente, no caso o “gato”, o gerente e o proprietário; b) todos, com suas respectivas condutas, concorreram para a prática do crime; c) há um vínculo entre os agentes, que não agem isoladamente, mas cada um deles, com atos específicos, em favor da redução dos trabalhadores a condição análoga à de escravos; e, d) o que se pratica é a mesma infração penal”²⁵³.

Quanto à consumação do crime, há prolongamento no tempo pela vontade do escravocrata, de forma a afetar o bem jurídico, enquanto se perpetuar as condições do crime de trabalho escravo descritas no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, diferente do crime instantâneo. Esta também é a classificação do crime em Portugal, de crime permanente.

Trata-se de um crime plurissubsistente, admitida a sua forma tentada. A consumação se efetivará quando houver a prática do trabalho escravo. Ocorre que o fator tempo é levado em conta pela doutrina para configuração do delito, explica-se. Para maioria da doutrina, o crime precisa que a conduta seja reiterada. Cezar Roberto Bitencourt²⁵⁴ afirma utilizar-se a expressão “tempo juridicamente relevante” e que, se o

²⁵¹ DIAS, 1999, p. 425

²⁵² GOMES; MOLINA, 2009, 363

²⁵³ BRITO FILHO, 2014, p. 51

²⁵⁴ BITENCOURT, 2014, p. 401-402

trabalhador for submetido ao de trabalho escravo de forma rápida, instantânea ou momentânea, não resta configurado o trabalho escravo.

No mesmo sentido se posiciona o doutrinador André Estefam²⁵⁵, quando afirma que “se o sujeito foi contratado para trabalhar para alguém, por apenas um dia, parece-nos que não há falar-se na presente infração, ainda que, por exemplo, seja a vítima submetida a condição degradante”.

Aceitar esta classificação é relativizar a observância da dignidade da pessoa humana, inerente a todo indivíduo, pois não há que se permitir a inobservância da dignidade do homem, sob pena de se estar inobservando a sua própria condição de humano. Pois, a dignidade é intrínseca a sua qualidade.

A Constituição Portuguesa de 1933 já falava de dignidade humana e a de 1976 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como base da República²⁵⁶ da mesma forma que o fez a Constituição Brasileira de 1988. Portanto, admitir a prática do crime de trabalho pelo mínimo lapso temporal que seja é permitir o abandono da dignidade da pessoa humana por segundos que seja. “No reino dos fins tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”²⁵⁷.

Tal não se aplica ao ser humano, a sua dignidade é além de imensurável, indisponível, cabendo ao Estado tutelá-la. É relevante estabelecer que este não é o posicionamento da doutrina portuguesa, pois não faz qualquer ressalva ao tempo de prática do crime para sua consumação, irrelevante o tempo que o sujeito passivo esteve submetido ao trabalho escravo para sua verificação.

Portanto, diante da perspectiva penal do crime de trabalho escravo, tanto no Brasil quanto em Portugal, passaremos a uma análise da eficácia das decisões nos dois países no que se refere ao seu enfrentamento e combate. Esta análise está relacionada aos bens jurídicos tutelados neste tipo penal.

Em uma análise preliminar, pode-se concluir que não há problemática quanto à delimitação dos bens jurídicos tutelados pelo crime de trabalho escravo, contudo ao se analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário

²⁵⁵ ESTEFAM, 2017, p. 361

²⁵⁶ MIRANDA, 2010, p. 935

²⁵⁷ KANT, 1960

brasileiro, guardião da Constituição Federal de 1988, percebe-se a ausência de entendimento quanto ao reconhecimento do bem jurídico.

De forma exemplificativa, pode-se citar o Inquérito 3.412./AL, de relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual os ministros manifestaram posicionamentos diversos quanto ao bem jurídico tutelado quando do enquadramento penal do crime trabalho escravo.

A proposta deste trabalho leva em consideração as decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que na estrutura hierárquica dos tribunais judiciais, é a última instância responsável pela administração da justiça em Portugal, de forma a estabelecer um comparativo. O lapso temporal utilizado para a pesquisa em Portugal foi o período de 2016 a 2018, durante o qual a autora esteve na cidade de Lisboa cursando o mestrado em Ciências Jurídicas, na Universidade Autônoma de Lisboa.

Como coadjuvante a metodologia de pesquisa, utilizou-se meio eletrônico, com a chave de busca “trabalho escravo” no site www.dgsi.pt e “análoga a de escravo” no site www.stf.jus.br. Deve-se destacar que no Brasil foram selecionados os acórdãos que discutem o bem jurídico a ser observado, excluindo-se os recursos que discutem aspectos processuais.

Antes de iniciarmos a análise de cada decisão, torna-se essencial analisar o posicionamento da doutrina dos dois países sobre o objeto do crime de trabalho. A doutrina é fonte do direito, uma fonte mediata, “com relevância indirecta para construção do direito.”²⁵⁸. Daí a importância da verificação dos ensinamentos doutrinários, uma vez que a “fonte do direito” pode ser entendida como (i) a origem ou causa do direito ou (ii) o local de onde obtemos o próprio conhecimento da regra jurídica, do direito”.²⁵⁹

Estudar a doutrina de um país é conhecer o seu Direito, na medida em que a doutrina é “uma importante ferramenta para o conhecimento e a construção do Direito e admite-se que um elemento importante para influenciar o julgador, atenta a frequência com que o parecer de jurisconsultos (doutrina) é apresentada em peças processuais nas diferentes formas de processo.”²⁶⁰

O bem jurídico é o meio pelo qual o Direito Penal visa concretizar a pacificação social, pois a intervenção estatal para exercer o jus puniendi, em um Estado

²⁵⁸ TROVÃO, 2016, p. 266

²⁵⁹ *Idem*

²⁶⁰ *Idem*, p. 273

Democrático de Direito, somente é admitida quando se verifica sua ofensa. Para Rogerio Greco²⁶¹, os bens jurídicos são os bens mais importantes para a sociedade, protegidos pelo Direito Penal.

Neste sentido, os bens jurídicos representam valores importantes para a sociedade, mas nem todos tutelados pelo direito penal, esta proteção está presente quando o bem merece máxima proteção pelo Estado Democrático de Direito. Destaque-se o caso do tipo penal disposto no artigo 149 do CP Brasileiro e no artigo 159 do CP Português.

Para a maior parte da doutrina brasileira, o objetivo da norma é tutelar a liberdade pessoal, proteger o direito de ir vir e permanecer, mas sob a perspectiva da dignidade do ser humano, tendo em vista que esta é mitigada quando o indivíduo é transformado em propriedade de outra pessoa²⁶². Cezar Bitencourt afirma que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual, devendo ser avaliada sob a ótica ampla, partindo do ponto de vista ético e alcançado a dignidade do ser humano²⁶³.

Assim sendo, a violação ao bem jurídico tipificado no crime de escravidão, acaba por violar a dignidade do ser humano, pois a tipificação desta conduta tem o escopo de impedir a sujeição de um homem por outro homem, impedir a coisificação do ser humano, o desprovendo, inclusive de personalidade, consistente na qualidade de ser uma pessoa. Isto era o que ocorria na época da escravidão romana²⁶⁴.

O bem jurídico é a liberdade de trabalho “[...] que nada mais é do que a capacidade de o empregado se autodeterminar e poder validamente decidir sobre as condições em que desenvolverá a prestação de serviço”²⁶⁵. A doutrina portuguesa estabelece como bens jurídicos a serem protegidos em decorrência da tipificação do crime de escravidão: a integridade física, a liberdade pessoal, na sua forma mais ampla, abrangendo a liberdade de decisão, a ação e locomoção, a autodeterminação sexual, a honra, a reserva da vida privada e o direito à propriedade ao patrimônio de outra pessoa²⁶⁶.

A proteção a esses bens jurídicos se justifica, pois, o crime de escravidão não só cerceia a liberdade do ser humano, mas o reduz a uma condição de objeto, de coisa. Portanto, uma conduta que vai além da violação da liberdade de ir e vir, de movimento,

²⁶¹ GREGO, 2012, p. 4

²⁶² ESTEFAM, 2017, p. 357

²⁶³ BITENCOURT, 2014, p.402

²⁶⁴ BRUNO, 1979, p. 369

²⁶⁵ HADDAD, 2013, p. 85

²⁶⁶ ALBUQUERQUE, 2015, p. 625

como o doutrinador Jorge Figueiredo Dias²⁶⁷ exemplifica nos crimes de sequestro e rapto. O ser humano tem sua personalidade usurpada não somente pelo cerceamento do direito de ir e vir, não somente pela afronta a este tipo de liberdade, mas também porque a coisificação do homem comporta afronta a outras espécies de liberdade que consistem na “negação da raiz de todas as expressões da personalidade humana [...], que é dignidade humana”.

A legislação penal para a doutrina portuguesa confere grau de reprovação significativo a conduta de reduzir o ser humano a um objeto, “considera que a redução duma pessoa à condição de coisa ou objeto é uma das infrações mais graves da Parte Especial do Código Penal. Precisamente à luz da certeza de que, a propósito, se encontra em causa a essência mesma da dignidade da pessoa humana.”²⁶⁸

Portanto, o crime de escravidão vem a ser um “crime complexo por excelência, considerando que não se tem a violação de um bem jurídico, mas sim de bens significativos quando se vislumbra uma sociedade inserida em um regime democrático²⁶⁹. Dos entendimentos colacionados, constata-se que a doutrina brasileira vislumbra a liberdade como núcleo essencial do bem jurídico quando se trata de tipificar o trabalho escravo, diferente do constatado na doutrina portuguesa que tem a dignidade da pessoa humana como elemento definidor do bem jurídico a ser protegido.

É certo que não se quer aqui afastar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela doutrina brasileira como bem jurídico do tipo penal do artigo 149, CPB, mas é fato que sua utilização é feita de forma subsidiária e não em primeiro plano. Este posicionamento é refletido nas decisões judiciais, entende-se que essa perspectiva compromete a sua eficácia, aqui se deve dar atenção ao objetivo da eficácia da sentença, qual seja, produzir efeito nas relações sociais.

As decisões proferidas pelo Judiciário são dotadas de eficácia na medida em que conseguem garantir que a norma possa ter seu objetivo alcançado, regular as relações sociais de forma plena, completa. No caso do crime de trabalho escravo, a decisão para ser dotada de eficácia, ou seja, para impactar as relações na sociedade precisa reconhecer a dignidade da pessoa humana como objeto do crime de trabalho escravo. Contudo, no Brasil, este não vem sendo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de

²⁶⁷ DIAS, 1999, p. 425

²⁶⁸ PEREIRA; SILVA, 2008, p. 429

²⁶⁹ GARCIA; RIO, 201, p. 671

forma pacífica. Dos Acórdãos proferidos pelo STF, encaixados no parâmetro da pesquisa, serão analisados: Recurso Extraordinário 459/510/MG, Inquérito 3564/MG, Habeas Corpus 102439 e o Inquérito 3412/AL.

Dos Acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça português, encaixados no parâmetro da pesquisa, análise do bem jurídico do crime de trabalho escravo, serão analisados: 355/152T9VFR.P1.S1²⁷⁰, 2731/047JAPRTP1S1.

O presente caso trata de uma ação ajuizada pelo Ministério Público em virtude da prática de diversas condutas criminosas por um grupo em face de uma criança identificada como HH que foi entregue pela sua genitora para um agregado familiar. As condutas criminosas são diversas, incluindo o crime de trabalho escravo. Os fatos narrados no acórdão e comprovados demonstram que a vítima residia junto com os agentes do crime de trabalho escravo, tendo seus documentos de identificação retidos. A rotina de trabalho que estava submetida era extenuante, pois o seu trabalho de cuidar das crianças da família, incluindo um bebê de 1 mês até as de 10 anos de idade, se iniciava às 06h 30 min e se estendia pela noite, pois ela era responsável por todos os cuidados destas, higiene, alimentação, acompanhamento até a escola, bem como cuidados noturnos, pois

²⁷⁰ Ementa do Acórdão 355/152T9VFR.P1.S 355/15.2T9VFR.P1.S1 3.a SECÇÃO
MANUEL AUGUSTO DE MATOS .RECURSO PENAL. ESCRAVIDÃO.MEDIDA CONCRETA DA
PENA 18/10/2017. UNANIMIDADE. RECURSO PENAL.PROVIDO EM PARTE DIREITO PENAL –
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FACTO / FINALIDADES DAS PENAS E DAS MEDIDAS DE
SEGURANÇA / ESCOLHA E MEDIDA DA PENA / DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA –
CRIMES EM ESPECIAL / CRIMES CONTRA AS PESSOAS / CRIMES CONTRA A LIBERDADE
PESSOAL / ESCRAVIDÃO.

I - As exigências de prevenção geral positiva ou de integração são absolutamente salientes num tipo de crime como o de escravidão, em que avulta a agressão de um bem de natureza pessoal de grande ressonância ético-social, como a própria dignidade e personalidade humana.

II - A factualidade provada revela que a menor ofendida viu-se esbulhada de toda a dignidade inerente à pessoa humana, tendo sido tratada durante o tempo em que permaneceu em poder dos arguidos como um objecto. O grau de ilicitude do comportamento dos arguidos é, pois, elevado, sendo merecedor de um forte juízo de censura.

III - Se é indiscutível que a inserção dos arguidos nesse grupo de etnia cigana não pode justificar os actos tão desvaliosos que praticaram na pessoa da menor ofendida, a verdade é que essa situação não pode ser ignorada. Tal como se não pode ignorar o facto de ter sido a própria mãe da menor a entrega-la a terceiros: primeiro a um indivíduo da mesma nacionalidade (romena) residente na Irlanda, com o qual foi forçada a partilhar a cama e a mendigar e furtar; depois aos arguidos nas circunstâncias já descritas.

IV - Este quadro e a demais factualidade apurada revelam uma situação pautada por alguma degradação moral geradora de alguma displicência, lassidão ou afrouxamento na observância dos valores sociais, éticos e normativos vigentes. As exigências de prevenção especial também se fazem sentir no caso, embora não em termos tão prementes como os de que se reportam à prevenção geral, já que os arguidos não têm antecedentes criminais no nosso país. Pelo que tudo ponderado se afigura como adequada a pena de 8 anos de prisão, em lugar da pena de 9 anos e 6 meses de prisão aplicada pelo acórdão da relação recorrido . (Grifou-se)

dormia com a criança de menor idade. Além de todo o trabalho com os infantes, a vítima HH ainda era responsável por toda limpeza da casa, lavagem de roupa da família.²⁷¹ .

Os fatos descrevem o trabalho doméstico exercido por HH, de forma forçada e degradante. A decisão que fundamentou a condenação afirmou: “O bem jurídico protegido pela incriminação é a dignidade da pessoa humana”. A decisão utiliza os ensinamentos do doutrinador Américo Taipa de Carvalho²⁷² , pois este afirma ser autônomo e específico o crime de trabalho escravo , ao tutelar a dignidade, bem como a personalidade do indivíduo. Do ponto ontológico, este compreende mais de uma liberdade do homem, sob todas as dimensões, abrangendo desde a dignidade, perpassando pela personalidade, honra, privacidade e a liberdade de patrimônio. Portanto, como afirmado na decisão acima, restringir o bem jurídico tutelado exclusivamente à liberdade é o mesmo que esvaziar o conteúdo prático deste tipo penal, pois as demais liberdades possuem tipo penal específico para tutela das diversas manifestações humanas, como a liberdade de decidir, de agir, sexual, religiosa, política.

O acórdão condenou os arguidos pela prática do crime de trabalho escravo com o objetivo primordial de salvaguardar a dignidade humana de HH, não se questionando sobre o cerceamento da sua liberdade de ir e vir. Sendo o suficiente a ofensa à sua dignidade por meio da escravidão sexual e laboral que esta foi submetida, o que se vislumbra pelo disposto na ementa do acórdão: “A factualidade provada revela que a menor ofendida viu-se esbulhada de toda a dignidade inerente à pessoa humana, tendo sido tratada durante o tempo em que permaneceu em poder dos arguidos como um objeto.”

O próximo acórdão, 2731/04.7JAPRT.P1.S1²⁷³, objeto de análise, também está relacionado a um caso de exploração sexual e laboral. O caso retrata a situação em

²⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018

²⁷² CARVALHO, 1999

²⁷³ Ementa do Acórdão 2731/04.7JAPRT.P1.S1. 2731/04.7JAPRT.P1.S1’ 3a

I - A lei que regula a recorribilidade de uma decisão, ainda que esta tenha sido proferida em recurso pela relação, é a que se encontrava em vigor no momento em que a 1.ª instância decidiu, salvo se lei posterior for mais favorável para o arguido. A lei reguladora da admissibilidade do recurso – e, por consequência, da definição do tribunal de recurso – será assim, a que vigorar no momento em que ficam definidas as condições e os pressupostos processuais do próprio direito ao recurso (seja na integração do interesse em agir, da legitimidade, seja nas condições objectivas dependentes da natureza e conteúdo da decisão: decisão desfavorável, condenação e definição do crime e da pena aplicável), isto é, no momento em que primeiramente for proferida uma decisão sobre a matéria da causa, ou seja, a da 1.ª instância, salvo se lei posterior for mais favorável para o arguido.

que o trabalhador é arregimentado, em busca de melhores condições. “) O ofendido --, porquanto se encontrasse desempregado, soube, através de uma pessoa conhecida, que um casal, de nomes -- e --, se dedicavam a contratar trabalhadores para Espanha, para o trabalho temporário, na actividade agrícola.” No caso, o obreiro foi contratado para receber como remuneração a quantia de €60 diários, mas, na Espanha, teria todas as despesas pagas, tal como alimentação e alojamento, e que celebraria o respectivo contrato de trabalho, tendo como marco final do contrato de trabalho Junho de 2004.

O típico caso onde os trabalhadores, ávidos por melhores condições de trabalho, são ludibriados, pois, após as promessas de emprego, eles foram informados de que a sua remuneração não iria ser superior a 40 euros. Ao chegar à Espanha, passaram a residir com os demais trabalhadores, inclusive de origem portuguesa, em condições insalubres e sub-humanas e sem condições de habitação, pois permaneciam em estábulos. Aliada à precária condição de moradia, os trabalhadores não possuíam condições adequadas de alimentação e viviam sem documentos de identificação, pois este permanecia com empregador, tendo sido entregue de forma forçada.

II - A decisão final da 1.ª instância, já no domínio da lei nova, de que foi interposto recurso e que originou a decisão ora recorrida, deu início à fase de recurso, possibilitando ao arguido a inscrição nas suas prerrogativas de defesa do direito a todos os graus de recurso que a lei processual lhe faculta nesse momento. Os acórdãos da 1.ª instância, de que foi interposto recurso, e que originaram a decisão ora recorrida, foram proferidos em Setembro de 2014, pelo que do acórdão da relação relativamente às penas aplicadas em que se verificou dupla conforme, não há recurso para o STJ, ou seja, apenas é admissível recurso quanto às penas únicas. III - Sendo o acórdão recorrido, irrecorrível quanto às penas parcelares, óbvio é que das questões que lhe subjazem, sejam elas de constitucionalidade, processuais e substantivas, sejam interlocutórias, ou finais, incluindo a questão da atenuação especial da pena, enfim das questões referentes às razões de facto e de direito da condenação em termos penais, não poderá o STJ conhecer, por não se situarem no círculo jurídico-penal legal do conhecimento processualmente admissível, delimitado pelos poderes de cognição do STJ. IV - As legítimas expectativas criadas foram acauteladas constitucionalmente, na situação concreta, com o recurso interposto para a relação, por força da conjugação do art. 432.o, n.o 1, al. c) e 427o, do CPP, e o contraditório inerente, quer força do disposto no art. 414.o, n.o 1, do CPP, quer por força do art. 417.o, n.o 2, ambos do CPP. Não qualquer violação de normas constitucionais. V - Mesmo nos recursos das decisões finais do tribunal colectivo, o STJ só conhece dos vícios do art. 410.o, n.o 2, do CPP, por sua própria iniciativa, e nunca a pedido do recorrente, que, para o efeito, sempre terá de se dirigir à relação. Do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, não se perfila a existência de qualquer dos vícios aludidos no n.o 2 do art. 410.o do CPP. VI - Há apenas que apreciar as penas únicas, resultantes de cúmulo. Valorando a ilicitude global perpetrada, tendo em conta o número e elevada gravidade dos crimes praticados (crimes de escravidão), tempo de duração, a intensidade da ofensa e dimensão dos bens jurídicos ofendidos, a actividade criminosa expressa com permanência habitual no tempo, dependência de vida em relação àquela actividade, revelando os factos e a personalidade dos arguidos neles e por eles projectada tendência, criminosa e necessidade de um processo de socialização e de inserção, as penas únicas aplicadas não se revelam desproporcionais, apenas se excepcionando a situação da arguida V, que era inimputável devido à idade no início dos factos e persistiu na prática criminosa quando imputável, esbatendo a idade a intensidade da culpa, pelo que se reduz a sua pena única para 7 anos de prisão

A jornada de trabalho exercida era exaustiva, pois laboravam por nove horas por dia, em três turnos, matutino, vespertino e noturno, com pausa para alimentação. O contrato de trabalho entre as partes era revestido de informalidade, pois nunca houve assinatura, apesar de quando contratado ter entregue prontamente o seu documento de identificação, sob o pretexto de que este era necessário para elaboração do contrato de trabalho. Os trabalhadores vivenciaram os diversos tipos de coação, inclusive a física, pois eram submetidos a vigilância constante, conforme relato dos arguidos RR e QQ que afirmaram exercer a função de vigia, agiam de forma agressiva, inclusive, se utilizando de ameaças tanto no local do trabalho quanto no local de descanso para que este não evadissem.

Ao longo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça²⁷⁴ não houve divergência sobre o enquadramento do bem jurídico do crime de trabalho escravo, qual seja: a dignidade da pessoa humana, o que retrata o posicionamento da Doutrina Portuguesa. Esta decisão foi baseada em Jurisprudências que ratificaram este entendimento, a exemplo o decidido no acórdão que recaiu sobre o processo comum coletivo 9238/13.0TDPRT.

Ambas a decisões afirmaram que o tipo legal analisado estava voltado para condutas com imensa magnitude, capazes de provocar tanto comoção social quanto juízos de censura por parte da sociedade. Este posicionamento é consubstanciado pelos ensinamentos do professor Taipa de Carvalho, no Comentário Conimbricense do Código Penal²⁷⁵, onde este afirma que o fundamento dos bens jurídicos é a dignidade humana assim como a personalidade jurídica individual, neste sentido a tutela deste bem jurídico quando da tipificação desta conduta como crime, evidencia “a absoluta impossibilidade humana e jurídica de uma qualquer justificação de uma situação ou acto de escravidão.”

A decisão faz ressalva, ainda, que não é o fato do trabalhador anteriormente viver em uma condição de pobreza que justifica o tratamento desumano, com escassez ou ausência de alimentação e moradia, como forma de compensação a ausência de elementos necessários à subsistência. A decisão enfatiza: sendo elas de humilde condição econômica e social, não estariam por certo habituadas a uma boa ou adequada alimentação, conferindo-se rotinas exigentes a esse nível. Mas praticamente o conjunto das vítimas

²⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017

²⁷⁵ CARVALHO, 1999. p 425.

assume que a comida era péssima, que se tratava de arroz ou massa com um conjunto de ossos e pele de carne à mistura – algo que normalmente é entregue a muitos animais domésticos. “Também só os animais é que satisfazem as suas necessidades no monte. E só eles desenvolvem esforço, orientados pelos humanos, o que não é recompensado a não ser pela alimentação que estes lhe proporcionam, a fim de se reconstituir elementarmente a sua força de trabalho”.²⁷⁶

Desta forma, verifica-se que o Estado Português tem cumprindo seu papel de garantir da observância da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto fundamento da sua República. Assim, o Poder Judiciário português tem proferido decisões dotadas de eficácia quanto ao enfrentamento ao crime de trabalho escravo. Esse processo tem afirmado o obreiro como um fim em si mesmo e não como um meio produtivo a ser utilizado pelo escravocrata para auferir lucros. O tipo penal português, apesar de sintético, em nenhum acórdão teve como objeto de discussão a definição do bem jurídico a partir da dignidade da pessoa humana, mas estabelece como premissa a necessária e fundamental reprimenda à coisificação do trabalhador.

Contudo, esta não é a situação do Judiciário Brasileiro, o que será analisado por meio dos Acórdãos proferidos pelo STF. O primeiro a ser analisado será o Recurso Extraordinário 459/510/MG²⁷⁷.

²⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017

²⁷⁷ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 459.510 MATO GROSSO. EMENTA

Recurso extraordinário. Constitucional. Penal. Processual Penal. Competência. Redução a condição análoga à de escravo. Conduta tipificada no art. 149 do Código Penal. Crime contra a organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. Artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conhecimento e provimento do recurso. 1. O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados.

2. A referida conduta acaba por frustrar os direitos assegurados pela lei trabalhista, atingindo, sobretudo, a organização do trabalho, que visa exatamente a consubstanciar o sistema social trazido pela Constituição Federal em seus arts. 7º e 8º, em conjunto com os postulados do art. 5º, cujo escopo, evidentemente, é proteger o trabalhador em todos os sentidos, evitando a usurpação de sua força de trabalho de forma vil.

3. É dever do Estado (lato sensu) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III).

4. A conjugação harmoniosa dessas circunstâncias se mostra hábil para atrair para a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, inciso VI) o processamento e o julgamento do feito.

5. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Cezar Peluso (Relator), que a ele negava provimento. (Destacou-se)

O voto proferido pelo relator dissocia o tipo penal da configuração organização do trabalho, com o objetivo de não estabelecer a Justiça Federal como competente para julgar o crime. O relator afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana não é o suficiente para estabelecer a competência da Justiça Federal para julgamento do crime, pois este acaba por ser indissociável dos crimes contra a organização de trabalho e afirma que “isso não autoriza concluir que a violação daquele implique violação de todos estes”²⁷⁸.

O Ministro Cezar Peluzo²⁷⁹ afirma ainda a localização do tipo penal no Código Penal brasileiro, como motivo para não se garantir uma proteção mais eficaz, pois entende-se a legislação teria mais eficácia se tutelasse de forma clara e explícita a organização do trabalho: “É o código penal que dispõe o que é crime contra a organização do trabalho e o que é crime contra a liberdade individual. ”

A decisão foi acompanhada de debate, no qual o Ministro Ricardo Lewandowski²⁸⁰ afirmou ser competência da Justiça Estadual para julgar o feito, sob a alegação de que a Justiça Federal possui uma competência excepcional e afirma que, somente quando necessário, quando constituir um atentado grave ao crime de direitos humanos, o Procurador-Geral da República pode, como base na Emenda Constitucional 45 de 2004, deslocar a jurisdição para a Justiça Federal.

A discussão estabelecida denunciou a ausência de unanimidade no sentido de conferir a máxima eficácia às decisões quanto ao crime de trabalho escravo que deve ser visto como um crime de ofensa à dignidade da pessoa humana em sua máxima amplitude, alcançando, inclusive, a organização do trabalho.

²⁷⁸ *Idem*

²⁷⁹ *Idem*

²⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus 102439²⁸¹ de relatoria do Ministro Gilmar Mendes²⁸², no qual os pacientes visavam o trancamento da Ação Penal sob a alegação de justa causa, utilizando os mesmos argumentos quando do recurso para Tribunal Regional Federal da 1ª Região e STJ, com o fim de não serem condenados pela prática do crime de trabalho escravo, denegou a ordem de segurança requerida.

Apesar da ordem ter sido denegada, os argumentos utilizados pelo Relator Gilmar Mendes demonstraram a sua ideia sobre o bem jurídico do crime, ao afirmar que o tipo penal, se não houve liberdade de ir e vir e permanecer, não pode ser configurado. Segundo esse Ministro, o tipo penal não visa a utilização de Juízes Criminais para combater irregularidades de cunho trabalhista, pois isto ensejaria em prisão por dívida, o que é vedado pela Constituição Federal, em seu artigo. 5º, LXVI. Assim como, não se deve substituir a condenação ao pagamento por verbas trabalhistas por sanção penal, sob pena de visível lesão aos direitos dos trabalhadores.

Por fim, afirmou que o Direito Penal não deve ser encarado como instrumento de política pública, quando do “combate à miséria que assola o país, às desigualdades sociais e regionais” (INQ 2131).”

Demonstrou uma visão dissociada da necessidade de se tutelar qualidade intrínseca do homem, a sua dignidade. O Ministro afirmou que, quando da verificação do crime de trabalho escravo, há que se considerar a situação econômica do país, bem como a situação social e econômica das vítimas e aduz: “Sem qualquer juízo de valor sobre o caso, mais uma vez, chamo a atenção para o fato de que, não raras vezes, esses jovens foram, livre e conscientemente, exercer uma atividade laboral, registre-se, tão comum e usual no meio rural”²⁸³.

²⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012. HABEAS CORPUS 102.439 MATO GROSSO

2. Redução à condição análoga à de escravo – CP 149, caput e § 2o., I. 3. Alegações de falta de justa causa e reconhecimento da prescrição antecipada. Não ocorrência e inadmissibilidade. 4. Satisfeitos os requisitos do CPP 41 e não comprovadas, de plano, atipicidade, incidência de causa extintiva de punibilidade ou ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Inadmissível a prescrição punitiva em perspectiva, projetada, virtual ou antecipada à minguada de previsão legal. Jurisprudência reafirmada no RE 602.527/RS. 5. Precedentes. 6. Ordem denegada. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Brasília, 11 de dezembro de 2012

²⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012

²⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012

Contudo, tal entendimento vai de encontro à intenção do legislador, pois o tipo penal adveio de uma determinação legislativa que estabeleceu que em virtude do valor social do trabalho, juntamente com a livre iniciativa constituírem fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, a tipificação do crime de trabalho escravo deve ser estabelecida com a proteção em última *ratio* ao trabalho digno, ou seja, à Dignidade da Pessoa Humana.

O outro acórdão, objeto de estudo nesta pesquisa, é o Inquérito 3412/AL²⁸⁴ de Relatoria da Ministra Rosa Weber.²⁸⁵ O processo supracitado refere-se a uma denúncia realizada pelo Ministério Público Federal na Justiça Comum com o fim de apurar a conduta do réu, Deputado Federal diplomado no ano de 2010.

O aspecto relevante a ser considerado é o posicionamento do STF ao receber a denúncia, em virtude da prerrogativa de foro do acusado, por entender estarem presentes indícios de autoria e materialidade do crime de trabalho escravo tipificados no artigo 149 do Código Penal Brasileiro.

Diante da diversidade de posicionamentos da suprema Corte brasileira sobre a conceituação do crime de trabalho escravo, o posicionamento estabelecido neste

²⁸⁴ EMB.DECL. NO INQUÉRITO 3.412 ALAGOAS. EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FORO PRIVILEGIADO. REJEIÇÃO.

1. Embargos de declaração manejados contra decisão que recebeu parcialmente a denúncia oferecida contra parlamentar e coacusado. 2. Não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão recorrido.

3. Não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade.

4. “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal). A decisão pela manutenção da unidade de processo e de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal ou pelo desmembramento da ação penal está sujeita a questões de conveniência e oportunidade, como permite o art. 80 do Código de Processo Penal.

5. Embargos de declaração rejeitados .

²⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014

acórdão²⁸⁶ é um paradigma, pois estabelece a dignidade da pessoa humana como perspectiva para conceituação deste delito, como se percebe, por meio da ementa²⁸⁷.

Da ementa, constata-se também que não é o mero descumprimento dos direitos trabalhistas que implica a existência do trabalho em condições de escravo, faz-se, para caracterização do delito, a conduta reiterada de violação dos direitos fundamentais do trabalhador. Não podendo ser relegado o fato de que a prática de uma violação grave a um desses direitos caracteriza por si só a prática do crime, como de forma exemplificativa, a conduta do agente com o intuito de coisificar o trabalhador, de instrumentalizá-lo quando se nega direitos básicos como jornada digna, liberdade de ir e vir.

Desta forma, o empregado se destitui da sua dignidade sendo reduzido a um meio para que o empregador possa auferir mais e mais lucros. As análises da conduta do empregador, bem como sua intenção, devem ser feitas pelo julgador, no caso concreto, devendo o ônus da prova deve recair sobre o empregador, pois é este que possui maior condição probatória, sendo, neste caso, o empregado hipossuficiente para produção de provas.

Daí decorre a importância da fixação do *standard* probatório do crime de trabalho escravo como a dignidade da pessoa humana, sob o risco de se estar legalizando a coisificação do ser humano. Apesar do posicionamento relevante deste acórdão para o Judiciário Brasileiro, a votação não foi unânime, com posicionamentos divergentes os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli, pois afirmara ser necessário para

²⁸⁶ PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA.

Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva ou a condições degradantes de trabalho, condutas alternativas previstas no tipo penal. A escravidão moderna é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa reduzir alguém a condição análoga à de escravo. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014

configuração do crime de trabalho escravo o cerceamento da liberdade de ir e vir. Entenderam, enfim, pela rejeição da denúncia, em virtude da atipicidade.

O Ministro Marco Aurélio entendeu que, para se realizar a caracterização da conduta do agente como prática de trabalho escravo, primeiramente, deveria ser verificada a privação da liberdade. Os outros dois seguiram no mesmo entendimento.

As dissensões no âmbito da mais alta corte do Judiciário evidenciaram a pesquisa deste tema, pois fez-se necessária a interpretação do tipo legal, de forma a garantir o seu objetivo, garantir proteção máxima à bem jurídica dignidade da pessoa humana, sob a ótica de que o trabalho digno é o garantidor.

Não se pode olvidar que, a apesar da tipificação do crime de trabalho escravo, esta tutela um direito social, direito ao trabalho digno, que, no Judiciário Brasileiro, está acompanhado de uma instabilidade. Para o doutrinador Canotilho, decorre do fato de que, quando se trata de direitos de segunda dimensão, que exigem uma prestação estatal, “o jurista não tem a sua exata dimensão”²⁸⁸ sendo por isso estabelecida a “censura do fuzzysmo, lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem o que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.”²⁸⁹

A metodologia fuzzy, portanto, não pode ser parâmetro para causar confusão entre o conteúdo normativo e o real sentido da norma, ao ser efetivado pelo Judiciário. Ainda mais quando está em causa o crime de trabalho escravo que para Taipa de Carvalho, no aludido Comentário Conimbricense do Código Penal²⁹⁰. Afirma ser sob o ponto de vista ontológico, moral e filosófico-jurídico, o crime mais grave. E, para isto, faz comparação com o crime de homicídio ou genocídio, nestes se destroem a vida de uma ou várias pessoas, mas na escravidão o que é violado é a própria humanidade e dignidade da pessoa, pois esta é transformada em objeto pelo agente da conduta criminosa.

²⁸⁸ LENZA, 2018, p. 1357

²⁸⁹ *Idem*, p. 1358

²⁹⁰ CARVALHO, 1999. p 426.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e diferenciadora do ser humano quando comparado aos outros seres. É um valor intangível, irrenunciável e inaliável, externado no imperativo da realização de um mínimo existencial. As relações entre os homens não podem, portanto, ceder espaço à exploração em detrimento do reconhecimento da pessoa humana como um fim e não como meio, conforme entendimento de Immanuel Kant²⁹¹.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como fim, e não como meio, veda a coisificação do ser humano, ao passo que também reconhece o valor do homem, impedindo que a pessoa seja utilizada como um meio para o uso arbitrário de vontades. O ser humano deve ser visto como um sujeito de direitos, cabendo-lhe, entre outros os direitos, o direito à segurança, à liberdade, à igualdade, ao trabalho e à justiça. Da imperiosa necessidade do estabelecimento assecuratório da dignidade da pessoa humana, ocorreu o fenômeno da constitucionalização desse princípio, tanto no Brasil e quanto em Portugal. Embora se reconheça que a positivação foi o primeiro passo, este século precisa ser atual, no sentido de real efetivação.

A Constituição Brasileira de 1988 dedicou um título específico aos Princípios Fundamentais, localizado logo após o preâmbulo. Demonstrou, assim, o nuclear dos princípios e como esses princípios devem representar o alicerce de toda a ordem constitucional. Do mesmo modo, a Constituição da República Portuguesa de 1976 iniciou o seu texto, com a declaração dos princípios fundamentais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, de forma a evidenciar os vetores da atuação estatal.

Desta forma, os princípios fundamentais, em específico o da dignidade da pessoa humana, são como instrumentos que podem irradiar todo o ordenamento jurídico, não só de eficácia e garantia dos preceitos insertos no Ordenamento jurídico, mas também de interpretação e reconhecimento dos princípios implícitos no corpo constitucional. O princípio da dignidade alcança o valor de unificador dos direitos fundamentais e o de fundamento da vida em sociedade. O Estado, pois, deve total obediência a esse princípio, cumprindo cuidar para que as relações sociais e econômicas estejam plenamente submetidas a esse princípio.

²⁹¹ KANT, 1960

A constatação da existência de trabalho escravo nos países objeto de pesquisa nesta pesquisa, constitui afronta à Dignidade da Pessoa Humana, bem como evidencia um não agir estatal, na medida em que se percebe não ter o Estado propiciado o direito ao trabalho digno. Deve-se ressaltar que os dois países reconhecem o direito ao trabalho digno como direito fundamental de segunda dimensão, portanto, como direito fundamental social, que reclama uma atuação estatal para sua observância.

Desta forma, entende-se como uma resposta ao seu dever de agir, como uma expressão de cumprimento do dever de assegurar este direito social, direito ao trabalho digno, e não direito a qualquer trabalho. O respeito contínuo e vigilante ao trabalho digno é a orientação da Organização Internacional do Trabalho, por meio das Convenções 29 e 105, ambas ratificadas pelos Estados Brasileiros e Portugueses. Deve-se lembrar que tanto o Brasil como Portugal garantem a máxima proteção ao trabalho digno, entre outras comprovações, ao tipificar nos respectivos códigos penais a conduta de reduzir alguém à condição de escravo, ou seja: ao disciplinar artigo 149 do Código Penal Brasileiro (CPB) e 159 do Código Penal Português o crime de trabalho escravo.

Esta pesquisa demonstrou que, no Brasil, a doutrina diverge quando da classificação penal do crime de trabalho escravo. Para a maioria dos doutrinadores analisados, que constam na bibliografia referenciada, é classificado como crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Ressalte-se que esta classificação também é adotada por Portugal. Contudo, uma parcela dos doutrinadores analisados o entende como crime próprio, pois, apenas, admite como sujeito ativo o tomador de serviço ou preposto e o trabalhador como sujeito passivo. Acompanhando esse raciocínio, no Brasil, os doutrinadores classificam esse crime como crime de forma vinculada, pois a própria legislação descreve, por meio do caput do artigo 149, CPB, a forma em que uma pessoa é reduzida para a condição de escravo. A doutrina portuguesa o entende o crime como crime de forma livre, uma consequência da diferença entre a estrutura dos tipos penais dos dois países.

Ocorre que essas divergências não se encerram na doutrina: têm suas consequências no fundamento interpretativo da prestação jurisdicional. Ressalte-se que a prestação de direitos fundamentais e sociais não consiste em uma atitude revestida de liberalidade por parte do Estado, sendo, enquanto imposição constitucional uma garantia

do cidadão. Com fundamento na análise teórica constitucional, pôde-se perceber que não resta lacuna para discutir sobre o agir estatal, devendo ter uma atuação vinculada, na medida em que os mecanismos constitucionais, ou seja, os textos legais constitucionais sobre os direitos sociais são dotados de normatividade jurídica.

Neste sentido, apesar da norma ser constituída por conteúdo programático possui eficiência jurídica restringida, pois em ambos os Países as disposições constitucionais não se caracterizam como um aconselhamento constitucional. O movimento de garantia da eficácia dos direitos sociais veio acompanhado do Neoconstitucionalismo, no qual o Poder Judiciário abandonou o papel de mero aplicador da lei e passou a atuar de forma a garantir que a legislação seja aplicada em consonância com a realidade social para a qual foi elaborada, sempre observando a teoria da separação dos poderes.

O Poder Judiciário, ao exercer a sua típica função de prestação jurisdicional, deve ter sua atuação, primeiramente, pautada na proteção da Constituição, de forma a promover a garantia dos Direitos Fundamentais. Esta pesquisa evidenciou, então, que o Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário Brasileiro, está envolta à divergência doutrinária, bem como tem-se utilizado, para fundamentar suas decisões, de disposição legal anterior à alteração ocorrida em 2003, para proferir decisões por vezes inefetivas ao enfrentamento do crime de trabalho escravo.

Pois, ao se analisar os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, os posicionamentos são divergentes quanto à delimitação do bem jurídico do tipo penal. Frise-se que esta divergência não encontra guarida sequer na aplicação gramatical da lei, pois o tipo penal brasileiro é analítico e descreve condutas ensejadoras do crime de trabalho escravo, não se restringindo à conduta de cercear a liberdade de ir vir.

A atuação do Poder Judiciário, em tempos de neoconstitucionalismo, não legitima uma atuação discricionária, sob pena de constituir uma afronta à segurança jurídica e eficácia do sistema. O Judiciário ao julgar, inicialmente, deve observar a legislação aplicada ao caso concreto, observando se a norma se amolda perfeitamente a situação para aplicá-la e na ausência da norma para o caso posto, deve buscar, de forma análoga, uma regra para o caso, mas sempre pautado nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

A tipificação penal do crime de trabalho escravo se enquadra na primeira hipótese citada: portanto, não resta lacuna que justifique a interpretação do Judiciário Brasileiro no sentido de restringir o bem jurídico tutelado no crime de escravidão à liberdade individual, seja porque o tipo penal encontra-se legalmente definido, seja por que esta interpretação não se amolda à realidade de uma República, que tem sua existência justificada na soberania, não no sentido do Estado se sobrepor ao homem, mas no sentido de ser legitimada pela própria sociedade .

Portugal, por meio da atuação do Supremo Tribunal de Justiça, apesar do seu tipo penal sintético, artigo 159 do Código Penal Português, garante a proteção eficaz do bem jurídico tutelado no que diz respeito ao crime de trabalho escravo, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Pois outra não pode ser a atitude de um Estado Democrático de Direito ao se deparar com as relações de trabalho estabelecidas na vigência do modo de produção capitalista.

É reclamado do Estado, pois, que efetive o direito constitucional fundamental do trabalho digno, como um instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana. O labor digno é o meio de promoção do desenvolvimento da sociedade, daí qualificar-se a sociedade hodierna como uma sociedade de trabalho. O modo de produção capitalista, pautado na produção e no mercado, é responsável pela caracterização da sociedade, na medida em que afirma o trabalho como a única forma de garantir a subsistência do homem.

Desta assertiva nasce o questionamento do trabalho como meio de produção submisso ao Capitalismo, contudo esta não é e nunca deverá ser somente a função do trabalho, pois o trabalho é o meio de valorização do ser humano. Deve, portanto, ser oferecido ao empregado revestido de condições dignas. Garantir o trabalho digno é valorizar o trabalho, é valorizar a pessoa humana, é não a destituir da qualidade intrínseca do conceito de humanidade, qual seja, dignidade.

Desta forma, a atuação do Poder Judiciário, ao julgar o crime de trabalho escravo, deve pautar-se no *standard* probatório da dignidade da pessoa humana, para assim proferir decisões eficazes ao enfrentamento do trabalho escravo. Eficazes para a garantia do direito social, qual seja: direito ao trabalho digno. Este *standard* probatório é determinado também pelas normas internacionais, que, no Brasil, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, garante aplicabilidade imediata. Portanto, por meio desta pesquisa, pôde-se responder à problemática proposta na

dissertação, isto é, a constatação que o crime de trabalho escravo deve ter como *standard* probatório a dignidade da pessoa humana, em observância ao direito social, sendo, primeiramente, direito fundamental, ao trabalho digno. Razão pela qual, considerando-se a hipossuficiência do obreiro, alcançou a máxima proteção dentro de um Estado Democrático de Direito, como são o Brasil e Portugal, quanto à tutela penal.

Esta proteção penal acompanha as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, como forma de prevenção ao trabalhador, mas também como atuação repressiva, por meio da atuação do Estado, quando do julgamento do crime de trabalho escravo, de forma a solidificar a prevalência do princípio da dignidade da pessoa em todas as relações humanas.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Laís (2006). *Trabalho decente*. Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada.
- ABRANTES, José João (1995). *Direito do Trabalho*. Lisboa: Ensaio.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica.
- ALEXANDRINO, José de Melo (2007). *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: Principia.
- ALEXY, Robert (2006). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros.
- ANDRADE, Shirley Silveira (2017). Trabalho escravo contemporâneo: A divergência conceitual entre a liberdade de ir e vir e a dignidade de viver. In: _____. *Trabalho Escravo Contemporâneo: Estudos sobre ações e atores*. Rio de Janeiro: Maud X.
- ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra.
- ARAÚJO, Antonio de (1999). As duas liberdades de Benjamin Constant. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*.
- ARENDT, Hannah (2000). *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva.
- ARRUDA, Kátia Magalhães (1998). *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: Ltr.
- BECCARIA, Cesare (1998). *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- BELISÁRIO, Luis Guilherme (2005). *A redução de trabalhadores rurais a condição análoga a de escravos: um problema penal trabalhista*. São Paulo: Ltr.
- BITENCOURT, Cezar Roberto (2014). *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, Norberto (1992). *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus.
- _____ (1996). *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro.
- BOTELHO, Catarina Santos (2010). *A tutela directa dos direitos fundamentais*. São Paulo: Almedina.

BRASIL (2019). Conselho Nacional de Arquivos. CONARQ. *Informações sobre o CONARQ*. Disponível em: <http://conarq.gov.br/consulta-a-entidades/item/superintendencia-regional-do-trabalho-e-emprego-na-paraiba.html>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Assembleia Constituinte. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

_____. (1943). *Decreto- Lei nº 5.452/43*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. (1940). *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Senado Federal.

_____. (1994). *Instrução Normativa Intersecretarial no 1, de 28 de março de 1994*. Brasília: Diário Oficial da União.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de (2004). *Trabalho decente: a análise jurídica da exploração do trabalho-trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTR.

BRUNO, Anibal (1979). *Direito penal e crimes contra a pessoa*. 5. ed. Rio de Janeiro: AIDE.

CALHEIROS, Maria Clara (2015). *Para uma teoria da Prova – (Estudos CEJUR)*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2008). *Verdade, prova e narração*. Revista do CEJ. 10.

_____. (2013). *Verdades difíceis. Intersecções entre direito e ciência*. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda (2004). *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: Ltr.

CARVALHO, Américo Taipa de (1999). *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. Coimbra: Edições Almedina.

CESARINO JÚNIOR, A. F (1970). *Direito Social brasileiro*. São Paulo: Saraiva.

CESÁRIO, João Humberto (2007). *Justiça do Trabalho e dignidade da pessoa humana: algumas relações do direito do trabalho com os direito civil, ambiental, processual e eleitoral*. São Paulo: Ltr.

CLARK, WEDDERBURN (1986). *La gratificazione nel diritto del lavoro britannico*. DLRI, nº 30, 279.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM (1950). *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 13 dez. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (2016). *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*: sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf. Acesso em: 28 set. 2019.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). [Em linha]. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-1945-1989/cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

DELGADO, Mauricio Godinho (2017). *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr.

DIAS, Jorge Dias (1999). *Comentário Conimbricense do código penal parte especial*, Tomo I. Lisboa: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge Figueiredo (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

ESTEFAM, André (2017). *Direito penal, volume 2: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2015). *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*. Disponível em: http://www.cig.gov.pt/wpcontent/uploads/2015/06/fra-2015-severe-labour-exploitation_en.pdf. Acesso em: 21 set. 2019.

FERNANDES, António Monteiro (2017). *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina.

GARAPON, Antonie (1999). *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães (2008). Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT.

GOMES, Dinaura Godinho (2005). *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: Ltr.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de (2009). *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2005). *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Almedina.

GRECO, Rogério (2012). *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Ímpetus.

HABERLE, Peter (1972). *Das Bundesverfassungsgericht in Leistungsstaat*. Die Numerus-clusulus-Entscheidung vom. 18.7.1972. DOV 7 (1954): 70-72.

HABERMAS, Jurgen (2003). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____ (1999). *La inclusión del outro*. Barcelona: Ediciones Cátedra.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido (2013). Aspectos penais do trabalho escravo. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea*. Rio de Janeiro: MAUAD X.

JELLINEK, Giorgio (1976). *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano: Giuffrè.

KANT, Immanuel (1960). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Textos Filosóficos.

KELSON, Hans (2009). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

KUHN, Thomas S (2013). *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo, Perspectiva.

LAUDAN, Larry (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi.

LENZA, Pedro (2018). *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva.

LOPES JUNIOR, Aury (2004). *Introdução crítica do processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MAIOR, Jorge Luiz Souto (2011). *Curso de direito do trabalho, v 1, parte I*. São Paulo: LTr.

MARQUES, Rafael da Silva (2007). *Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Ltr.

MARTINS, Ana Maria Guerra (2018). *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Almedina.

MARTINS, João Zenha (2015). A proibição de trabalho forçado ou obrigatório, em particular à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e o princípio da liberdade de trabalho. *Revista do Ministério Público*.

MARTINEZ, Pedro Romano (2017). *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina.

MATTA, Caeiro da (1911). *Direito Penal Português*: vol II. Coimbra: Amado Editor.

MAZZILLI, Hugo Nigro (2008). *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de (1982). *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. Tese apresentada na IX Conferência Nacional dos Advogados do Brasil. Florianópolis.

MELO, Luis Camargo de (2004). As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e no enfrentamento ao trabalho escravo. In *Encontro Internacional sobre tráfico de seres humanos*, 2. Recife/PE. Anais Recife: MPT. Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/texto_recife.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019

MELO, Manuel Fernando da Silva (2017). *Tráfico de Seres Humanos – Dificuldades e Desafios da Prevenção e Repressão*. Tese de Mestrado apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho.

MESQUITA, Silvo Carlos; MOHANA, Daniela Arruda de Sousa. Standard Probatório para Configuração do Crime De Escravidão e a Dignidade da Pessoa Humana. In: COSTA, Ilton Garcia da; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de. *Direito do Trabalho e meio ambiente do trabalho*. Florianópolis: Conpedi, 2018.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves (2016). *O trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª região*. Belo Horizonte: RTM.

MINISTÉRIO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO (2004). *Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004*. Tribunal Regional do Trabalho. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P540_04.html. Acesso em: 11 dez. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL (2019). Gabinete: documentação e direito comparado. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/>. Acesso em: 13 dez. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (2016). *Publicação da relação de empregadores prevista no artigo 2º, caput, da Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016*: Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. 2016. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/cadastro_de_empregadores_2019_10_3.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini (2006). *Manual de direito penal: parte especial arts. 121 a 234 do CP*. 24. ed. São Paulo: Atlas.

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

MIRANDA, Jorge (2010). A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora.

_____ (2016). *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora.

_____ (1998). *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (2010). *Do espírito das leis*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret.

MORAES, Alexandre de (2005). *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas.

_____ (2002). *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro (2014). *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva.

NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves. (Coord.) (2011). *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2. ed. São Paulo: LTR.

NOVAIS, Jorge Reis (2006). *Direitos fundamentais trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora.

_____ (2010). *Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2019a). *Com apoio da OIT, Maranhão leva projeto de combate ao trabalho escravo a todos os municípios do estado*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_719406/lang--pt/index.htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____ (2019b). *OIT e Portugal: Membro fundador, Portugal tem hoje uma relação privilegiada com a OIT*. Disponível em: <https://www.ilo.org/lisbon/oit-e-portugal/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____ (2019c). *Trabalho decente*. 2019c. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 dez. 2019.

OTERO, Paulo (2007). *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina.

PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (Org.) (2017). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTR.

PEREIRA, Victor de Sá ; SILVA, Alexandre Lafayette Estêvão (2008). *Código penal anotado e comentado, legislação conexa e complementar*. Lisboa: Quid Juris.

PIOSAN, Flavia (2012). *Direitos humanos e o direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

PLETSCH, Natalie Ribeiro (2007). *Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo.

PORTERO, Carolina Silva. Las Garantías de los derechos (2008). In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos.

PORTO (2013). Tribunal da Relação do Porto. *Ac 9238/13.0TDPRT.PI, Relator Borge Martins*. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c44ad16ef45723a580257f9300343081?OpenDocument>. Acesso em 20 de julho de 2016. Acesso em: 14 nov. 2019.

PORTUGAL (2016). *Código Penal Português*. Actualizado até à Lei n.º 39/2016, de 19 de Dezembro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=. Disponível em: 16 jan. 2017.

____ (1945). *Código Penal. Decreto Lei n. 48/95*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 10 set. 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. De acordo com a 7ª revisão Constitucional. 7. ed. actualizada. Estoril: Principia, 1996.

____ (2009). Tribunal da Relação do Porto. *Ac 1231/09.3JAPRT.PI, Relator José Piedade*. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4425525689e476f480257b16004d50ef?OpenDocument>. Acesso em: 20 jul. de 2016.

____ (2013). Tribunal da Relação do Porto. *Ac 9238/13.0TDPRT.PI, Relator Borge Martins*. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c44ad16ef45723a580257f9300343081?OpenDocument>. Acesso em: 20 jul. 2016.

PRADO, Geraldo (2015). *A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. Prova penal estado democrático de direito*. Letras e Conceitos, Lda. Lisboa.

_____ (2016). *Avaliação e valoração da prova penal. In V Congresso de direito penal e de processo penal*, Lisboa, 2105 – Memórias. Coimbra: Almedina.

_____ (2005). *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

QUEIROZ, Cristina (2002). *Direitos fundamentais: teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora.

RAWLS, John (1997). *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes.

REDE DIREITOS HUMANOS (1996). Conselho da Europa. *Carta Social Europeia Revista*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/7.htm>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SANTOS, Ronaldo Lima dos (2008). *Tutela jurídica do meio ambiente do trabalho*. Disponível em: http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=104&id_categoria=4. Acesso em: 16 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang (2007). *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed., rev.atual., e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia (2008). *Trabalho Escravo – A Abolição necessária*. São Paulo/SP: Ltr.

SILVA, José Afonso da (2006). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros.

SUPIOT, A (2007). *Homo Juridicus – Ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2017). *Processo 2731/04.7JAPRT.P1.S1. Relator: Pires da Graça*. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06853143a9e92ebe802581540034535c>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____ (2013). *Processo 476/13.6GTABF.S1. Relator: Manuel Augusto de Matos*. 2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e751d39760ae553680258266002e18e5?OpenDocument>. Acesso em: 12 dez. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2015). *Recurso Extraordinário 459.510 Mato Grosso. Relator: Min. Cezar Peluso*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____ (2016). *Ação Penal: AP 9953569-57.2011.1.00.0000 GO - Goiás 9953569-57.2011.1.00.0000*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP635.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____ (2014). *Emb. Decl. no Inquérito : Inq 3412 AL - Inteiro Teor*. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290618/embdecl-no-inquerito-inq-3412-al-stf/inteiro-teor-144997204>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____ (2012). *Habeas Corpus : HC 102439 MT - Inteiro Teor*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508467/habeas-corpus-hc-102439-mt-stf/inteiro-teor-111733025>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____ (2001). *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 489 Distrito Federal*. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF489liminar.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

TARUFFO, Michele (2012). *Umas simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcia Pons.

TPIY (2001). *Caso Promotor Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic (doravante denominado Caso Promotor Vs. Kunarac)*, nº IT-96-23. Câmara de 1ª Instância, Sentença de 22 de fevereiro de 2001; e nº IT-96- 23-A, Câmara de Apelações, Sentença de 12 de junho de 2002.

TROVÃO, Pedro (2016). *Introdução ao direito*. Coimbra: Edições Almedina.

UNIÃO EUROPÉIA (2000). *Projecto de carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Bruxelas. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_pt.pdf. Acesso em: 13 dez. 2019.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2013). *Do Ministério Público e da polícia: Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser humano*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

_____ (2010). *Processo Penal*: Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina Edições.