



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO
O DIREITO PENAL NO DIREITO DO TRABALHO: seus vínculos com o Poder
Disciplinar do Empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital
Dissertação de Mestrado

Recife
2014



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO
O DIREITO PENAL NO DIREITO DO TRABALHO: seus vínculos com o Poder
Disciplinar do Empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital
Dissertação de Mestrado

Recife
2014

MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO
O DIREITO PENAL NO DIREITO DO TRABALHO: seus vínculos com o Poder
Disciplinar do Empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais
Linha de pesquisa: Relações Privadas Supranacionais

Orientador: Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

R484d

Ribeiro, Marcela Cavalcanti

O direito penal no direito do trabalho: seus vínculos com o poder disciplinar do empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital. – Recife: O Autor, 2014.

190 f. : fig.

Orientador: Everaldo Gaspar Lopes de Andrade.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito do trabalho. 2. Direito penal. 3. Poder disciplinar - Direito do trabalho. 4. Pena (Direito). 5. Força de trabalho. 6. Economia social. 7. Direito do trabalho - Direito penal - Relações. 8. Princípio da legalidade. 9. Comportamento organizacional. 10. Ética. I. Andrade, Everaldo Gaspar Lopes de (Orientador). II. Título.

345 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2014-033)

MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO
O DIREITO PENAL NO DIREITO DO TRABALHO: seus vínculos com o Poder Disciplinar do Empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção de Grau de Mestre.

Aprovada em 29.08.2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (Orientador)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Prof^a. Dr^a. Juliana Teixeira Esteves

Ao meu pai, pela confiança implacável nas minhas escolhas. À minha mãe, pelo apoio incondicional. Às minhas irmãs, pelo conforto de suas companhias e pelos risos. Ao meu amor, pela confiança, apoio, conforto e risos.

Ao meu avô, que pela simplicidade e delicadeza, inspirava e transmitia a sabedoria inquestionável de pensar com o coração.

AGRADECIMENTOS

Devo meus primeiros agradecimentos, inquestionavelmente, à minha família. Não há palavras para dizer o quanto sou grata aos meus pais, quando eles fizeram a sábia escolha de me incentivar aos estudos, de fazer despertar em mim, ainda tão jovem, o desejo incessante de crescimento pessoal através do conhecimento.

Cada um deles à sua maneira.

Meu pai, em sua peculiar sabedoria, construiu os pilares da minha independência, o chão sólido para eu poder nele crescer, o chão fértil para eu nele produzir. Convinceu-me, sem mesmo que eu percebesse quando, de que os estudos são o principal, senão o único, bem de valor que os pais podem transmitir aos filhos. Agradeço à grandiosidade desse homem, a quem dedicarei todas as conquistas da minha vida, por ser ele o responsável por plantar a semente e por ser minha fonte inesgotável de inspiração.

Minha mãe, pelo papel preponderante que também desempenhou na minha formação acadêmica e profissional. Seja com os conselhos quase diários, quando tentava nos explicar, ainda crianças, a importância de “ser independente”, seja em razão do desejo criado em nós de sempre lhe dar orgulho, provar que seus ensinamentos valeram à pena. Agradeço por ter adoçado a receita com o seu amor, por ter me educado para ser uma pessoa do mundo, pronta para a luta, mas sem deixar de lado o respeito.

Meus agradecimentos a essas duas pessoas serão sempre insuficientes.

Agradeço às minhas irmãs, pela amizade sem cobranças, sem regras, sem esforço. Elas, que sempre estiveram à disposição para me ajudar e que me proporcionaram as melhores conversas, as melhores risadas e a certeza de que, em suas companhias, eu teria um dos poucos – mas os melhores – momentos de descontração.

Meus agradecimentos vão também para Ivo, a pessoa que viveu, ao meu lado, todas as dificuldades dessa jornada. Desde o dia em que resolvi estudar para dar início à empreitada, até o momento em que fecho este ciclo. Experimentou, junto a mim, as dificuldades, as noites difíceis, os momentos – vários – de insegurança, sempre com as palavras certas para me incentivar, trazer de volta minhas forças e me

fazer seguir em frente na caminhada. Agradeço-lhe, meu amor, por contribuir de forma tão positiva para minha evolução, tanto como ser humano, quanto como profissional.

É impossível concluir o curso do Mestrado sem criar um sentimento de especial admiração pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. Uma pessoa incrível, respeitável não apenas na qualidade de jurista, mas, sobretudo, em razão da pessoa amorosa, prestativa e comprometida com seus projetos e ideais. Seu anseio pela difusão do conhecimento, de forma gratuita, pelo simples prazer despretensioso de compartilhar e prestar sua contribuição à evolução social do Direito, é inspirador; renova as esperanças e nos contagia com o desejo de continuar estudando. Querido mestre, obrigada por abrir as portas de sua casa, dividir a sua sabedoria conosco e confiar neste projeto.

Aos meus amigos, que, mesmo sem saber, adoçaram meus dias, deram conselhos ou disseram palavras de incentivo. Em especial, agradeço a minha sempre amiga, companheira e irmã Carol, em cuja companhia a vida me deu o privilégio de estar ao longo de dezessete anos, e que também testemunhou os primeiros passos desta aventura, segurando minha mão.

Este trabalho resulta, pois, de um esforço conjunto.

As pessoas que participam dos momentos difíceis são as mesmas que compartilham, verdadeiramente, do sentimento de felicidade que as conquistas proporcionam e compreendem o valor de uma missão cumprida. Portanto, nada mais justo do que lhes ofertar os meus sinceros agradecimentos, porque, sem elas, o caminho que percorri não teria a mesma beleza e a vitória não teria o mesmo sabor.

Obrigada!

*“Chorou, mas estava invisível,
e ninguém percebeu o choro.”*

Graciliano Ramos

RESUMO

RIBEIRO, Marcela Cavalcanti. **O Direito Penal no Direito do Trabalho:** seus vínculos com o Poder Disciplinar do Empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

O estudo tem como objeto as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal. Objetiva, primeiro, identificar as vertentes que envolvem a doutrina clássica desses dois ramos do conhecimento jurídico, a fim de demonstrar que elas se ocupam apenas de descrever cada um dos subsistemas e as regras jurídicas que se entrelaçam na composição destes mesmos subsistemas. Em seguida, passa a elaborar uma detalhada pesquisa acerca das teorias tradicionais que tratam respectivamente do Poder Disciplinar – no âmbito do Direito do Trabalho – e das teorias da pena – no âmbito do Direito Penal. Uma vez identificada esta confluência, procura colocar frente a frente as teorias tradicionais do Direito do Trabalho e do Direito Penal com as Teorias Críticas desses ramos do conhecimento jurídico, para demonstrar que ambos recepcionaram os sentidos da universalidade/ fundamentação da ética moderna; instituíram modelos normativos centrados nas relações de poder e se estabeleceram por meio de relações de força. Procurou também demonstrar que os dois ramos do Direito apresentam-se como instrumentos postos a serviço da dominação, ao identificar as leis, o conjunto de aparelhos e instituições encarregadas de aplicá-los e as instituições que preservam o tecido social sobre o qual atuam. Por fim, evidencia-se que existem alternativas de superação da supremacia da subordinação da força do trabalho ao poder disciplinar, como o são as propostas de constituição de uma Renda Universal Garantida, da prevalência da Economia Social e Solidária e de uma versão organizacional centrada na ética da solidariedade.

Palavras-chave: Poder disciplinar. Poder punitivo. Teorias da pena. Teoria organizacional. Princípio da obediência.

ABSTRACT

RIBEIRO, Marcela Cavalcanti. **O Direito Penal no Direito do Trabalho**: seus vínculos com o Poder Disciplinar do Empregador e a subordinação da força do trabalho ao capital. 2014. 191 f. Dissertation (Master's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

The objects of this study are the relationships between the Labour Law and Criminal Law. At first, it aims to identify that involve the classical doctrine of these two branches of the legal knowledge, in order to demonstrate that they occupy only on describing each legal subsystems and legal rules intertwined in the composition of these same subsystems. Afterwards, it started to develop a detailed research on the traditional theories that address respectively Disciplinary Power - under the Labour Law - and theories of punishment - under the Criminal Law. Once identified this confluence, it seeks to confront the traditional theories of Labour Law and Criminal Law with the Critical Theories of these branches of legal knowledge, to demonstrate that both hosted the senses of the universality/reasoning of modern ethics; established normative models centered on dominance relations and power and settled through power relations. Also sought to demonstrate that the two branches of Law are presented as instruments placed at the service of domination, when identifies the laws, the set of apparatus and institutions responsible for applying them and the institutions that preserve the social tissue on which they operate. Finally, it is evident that there are alternatives to overcome the supremacy of the subordination of the labour force to the disciplinary authority, as are proposals to establish a Universal Guaranteed Income, the prevalence of the Social and Solidary Economy, and an organizational version centered on the ethics of solidarity.

Keywords: Disciplinary authority. Punitive power. Penal theories. Organizational theory. Principle of obedience.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: Autores Investigados	42
GRÁFICO 2: Síntese dos autores	43

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO DO TRABALHO NA DOUTRINA CLÁSSICA	19
2.1	Contextualização do Tema	19
2.2	Autores brasileiros que tratam da relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal sob uma visão dogmática	20
2.3	Autores latino-americanos que tratam das relações entre o Direito do Trabalho o Direito Penal sob uma visão dogmática	32
2.4	Autores europeus que tratam da relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal sob uma visão dogmática	34
2.5	Autores brasileiros que tratam das relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas, mas não com o Direito Penal	37
2.6	Autores latino-americanos que tratam das relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas, mas não com o Direito Penal	38
2.7	Autores brasileiros que não abordam as relações entre o Direito do Trabalho e outros ramos do conhecimento jurídico	39
2.8	Autores latino-americanos que não abordam as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal	40
2.9	Autores europeus que não abordam as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal	40
2.10	Classificação das vertentes doutrinárias a respeito relações do Direito do Trabalho com o Direito Penal	41
3	O PODER EMPREGATÍCIO NA VISÃO DA DOUTRINA JUSTRABALHISTA CLÁSSICA	45
3.1	Contextualização do tema	45
3.2	A visão dos autores brasileiros	45
3.3	A visão dos autores latino-americanos	72
3.4	A visão dos autores europeus	73
4	OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS FINALIDADES DA PENA SEGUNDO A TEORIA CLÁSSICA	79
4.1	Contextualização do tema	79
4.2	Princípios de Direito Penal	79
4.2.1	Introdução	79
4.2.2	Princípio da Legalidade	79
4.2.3	Princípio da Intervenção Mínima (Subsidiariedade ou <i>Ultima Ratio</i>)	84
4.2.4	Princípio da Fragmentariedade	87
4.2.5	Princípio da Culpabilidade	90

4.2.6	Princípio da Humanidade.....	92
4.3	Finalidades e justificação da pena – Principais Teorias	94
4.3.1	Introdução.....	94
4.3.2	Teorias da Retribuição.....	96
4.3.3	Teoria da Prevenção Especial	98
4.3.4	Teoria da Prevenção Geral.....	101
4.3.5	Teorias Unificadoras (Mistas, Ecléticas ou da União).....	103
4.3.5.1	<i>Teorias Unificadoras (Mistas ou Ecléticas) Retributivas.....</i>	<i>104</i>
4.3.5.2	<i>Teorias Unificadoras (Mistas ou Ecléticas) Preventivas.....</i>	<i>105</i>
5	OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS FINALIDADES DA PENA SEGUNDO A TEORIA CRÍTICA.....	109
5.1	Contextualização do tema.....	109
5.2	Princípios de Direito Penal	109
5.2.1	Introdução.....	109
5.2.2	Princípio da Legalidade	110
5.2.3	Princípios da Subsidiariedade e da Fragmentariedade	111
5.2.4	Princípio da Culpabilidade	113
5.2.5	Princípio da Humanidade.....	114
5.3	Finalidades e justificação da pena.....	114
5.3.1	Introdução.....	115
5.3.2	Teorias da retribuição	117
5.3.3	Teoria da Prevenção Especial	117
5.3.4	Teoria da Prevenção Geral.....	119
5.3.5	Teorias Unificadoras.....	120
5.3.6	Discurso crítico da teoria criminológica da pena.....	121
6	O PODER PUNITIVO, DISCIPLINAR OU DE COMANDO E SUAS RELAÇÕES COM AS TEORIAS E AS FINALIDADES DA PENA.....	130
6.1	Contextualização do Tema.....	130
6.2	As Relações do Poder Punitivo com o Direito Penal a partir dos deveres e dos direitos do empregador e do empregado	130
6.3	As Relações do Poder Punitivo com o Direito Penal a partir das configurações das justas causas do empregado e do empregador.....	138
6.3.1	Justas causas e a Legitimação do Poder Disciplinar	138
6.3.2	Unilateralidade do exercício do poder punitivo	147
6.4	Crimes contra a organização do trabalho	149
7	A VISÃO DA TEORIA JURÍDICO-TRABALHISTA CRÍTICA ACERCA DO PODER PUNITIVO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL	154

7.1	A gênese do Poder Punitivo. O trabalho livre/subordinado como objeto do Direito do Trabalho. A visão do Professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade	
		154
7.2	A Superação do Poder Punitivo por meio da Renda Universal Garantida. A Visão de Juliana Teixeira Esteves	159
7.3	A Superação do Poder Punitivo por meio da Economia Social ou Solidária. A visão de Isabele de Moraes D'Ângelo	162
7.4	O Poder Punitivo na Teoria Organizacional Crítica. Para Desvendar a Ideologia Contida da Versão Gerencialista Típica da Teoria Organizacional Conservadora	164
7.5	Os valores da empresa pós-taylorista centrada numa Ética Cívica. A Visão de Adela Cortina	168
8	CONCLUSÕES	172
	REFERÊNCIAS	176

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objeto as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal. Objetiva, primeiro, identificar as vertentes que envolvem a doutrina clássica destes dois ramos do conhecimento jurídico, a fim de demonstrar que as mesmas se ocupam apenas de descrever cada um dos subsistemas e as regras jurídicas que se entrelaçam na composição destes mesmos subsistemas.

É o que se pode deduzir da vasta e detalhada pesquisa empreendida, no sentido de revolver as principais teorias que se ocupam do Poder Punitivo Patronal e, partir dele, entender como se desenvolve a dogmática jurídico-trabalhista, ao articular o trabalho livre/subordinado, com o Poder Disciplinar ou Punitivo, até se chegar às Justas Causas do Empregado.

Na mesma linha cartográfica, foi estabelecido um levantamento da doutrina penal voltada para as teorias tradicionais da pena. É que, para a autora deste estudo, sem este levantamento bibliográfico não seria possível encontrar os fundamentos do instituto da punição destes dois subsistemas jurídicos e, muito menos, os profundos vínculos institucionais, ideológicos e dogmáticos que eles mantêm.

Analisar as teorias tradicionais que tratam, respectivamente, do Poder Disciplinar – no âmbito do Direito do Trabalho – e das teorias da pena – no âmbito do Direito Penal – tornou-se fundamental para identificar confluência teórico-dogmática entre ambas.

A partir destes pressupostos metodológicos, foi possível, em seguida, confrontar as teorias tradicionais do Direito do Trabalho e do Direito Penal com as Teorias Críticas desses dois ramos do conhecimento jurídico, e demonstrar que ambos recepcionaram os sentidos da universalidade/fundamentação da ética moderna.

Estas as razões pelas quais foram capazes de instituir modelos normativos centrados nas relações de dominação e de poder, que, por seu turno, estabeleceram-se por meio de relações de força. Tais vínculos ideológicos e teórico-normativos ficam claramente evidenciados à medida que o estudo vai aprofundando sua investigação, ao procurar também demonstrar que os dois ramos do Direito apresentam-se como um instrumento posto a serviço da dominação.

Este segundo elemento da pesquisa foi objeto de constatação, uma vez que se pode identificar as leis, o conjunto de aparelhos, as instituições encarregadas de

aplicá-las e as instituições que preservam o tecido social sobre o qual atuam. Neste último ponto, fica bastante evidenciada a prevalência da Teoria Organizacional Conservadora e sua evolução, que vai desde sua raiz fordista/taylorista ao modelo de Acumulação Flexível. Versão gerencialista centrada no binômio punição/recompensa que se traduz, na experiência concreta, em verdadeiros rituais de sofrimento e desencadeia a morte lenta no trabalho.

O estudo, ainda, ressalta que existem proposições alternativas para a superação da supremacia da subordinação da força do trabalho, das relações de trabalho subordinadas àquele poder de comando ou poder disciplinar, quais sejam, a constituição de uma Renda Universal Garantida, a prevalência da Economia Social e Solidária e uma versão organizacional centrada na ética da solidariedade.

A fim de realizar seu objetivo, a pesquisa encontra-se dividida em seis capítulos.

No primeiro capítulo – Relações entre o Direito Penal e o Direito do Trabalho na doutrina clássica – é feito um diagnóstico da doutrina clássica, a fim de revelar quais são os pontos de interseção que ela vislumbra existir entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal.

O segundo capítulo procura analisar o poder empregatício na visão da doutrina justrabalhista clássica, a partir das diversas visões e versões sobre o chamado Poder Diretivo ou, como aparece na doutrina clássica, em seus diversos vocábulos – Poder Empregatício, Poder de Comando, Poder de Direção, dentre outros. São evocadas as diversas teorias que ensaiaram fundamentá-lo – teorias da propriedade, institucionalista, contratualista, etc. –, na tentativa de captar os recursos teóricos necessários a legitimar tal poder na esfera privada, no interior das empresas.

O terceiro capítulo, como forma de introduzir a doutrina de Direito Penal, apresentam-se os princípios orientadores deste subsistema jurídico e as finalidades da pena segundo a teoria clássica, a partir da reunião das principais correntes doutrinárias pertinentes ao tema. Inicialmente, no que tange ao primeiro tema do tópico, apresentam-se os princípios da legalidade – e seus consectários –, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da culpabilidade e da humanidade, todos eles recorrentes entre os autores objeto de pesquisa.

No que concerne às finalidades da pena, são expostas e analisadas as principais propostas teóricas – teoria da retribuição, da prevenção especial, da prevenção geral, teorias unitárias retributivas e preventivas – que, no curso da história,

propuseram-se a explicar e legitimar o uso da sanção penal, bem como a justificar o monopólio estatal no exercício do poder punitivo. Para tanto, recorre-se aos autores clássicos da doutrina penalista, a exemplo de Claus Roxin, Mir Puig, Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo.

A fim de estabelecer o contraponto com o antecedente, no capítulo 4 – Os princípios de Direito Penal e as finalidades da pena segundo a teoria crítica – retomam-se os temas princípios e teorias da pena, desta vez, porém, com a pretensão de expor as objeções empreendidas contra o discurso oficial legitimador da pena por um grupo de penalistas integrantes do que intitulam de pensamento crítico da teoria criminológica da pena. Além dos princípios, apresenta-se também a versão desses teóricos a respeito das teorias da pena, que, em sua visão, servem tão-somente a manter a estrutura de poder e as relações de dominação na sociedade.

Esta é, conforme se verá, a finalidade do discurso crítico: rechaçar as finalidades declaradas da sanção criminal e expor quais seriam seus fins escusos, latentes. Tal orientação teórica divide-se na teoria agnóstica/negativa e teoria materialista/dialética da pena, ambas objeto de análise.

O quinto capítulo constitui o elo de ligação entre as pesquisas realizadas e relatadas nos capítulos anteriores. Com o título “O poder punitivo, disciplinar ou de comando e suas relações com as teorias e as finalidades da pena”, propõe-se o enfrentamento das concepções teóricas que legitimam o poder punitivo estatal, por meio da aplicação de penas criminais, com os fundamentos do poder disciplinar intraempresarial.

Como a doutrina clássica do Direito do Trabalho, em sua concepção majoritária, explica o poder disciplinar como sendo instrumento de efetivação dos demais poderes, cujo exercício somente seria cabível quando o trabalhador descumpre os deveres que assume ao celebrar o contrato de trabalho, torna-se imprescindível conhecer quais seriam estes deveres. Tal é o ponto de partida para o confronto a que se propõe.

Em seguida, sendo a justa causa a punição mais grave que se admite no âmbito das relações de trabalho, é a partir de seus requisitos e limites que se extraem os elementos comuns entre o discurso que legitima o poder punitivo estatal, no Direito Penal, e o poder punitivo do patrão, no interior da empresa. Outro aspecto que se questiona é a concentração do poder exclusivamente nas mãos do empregador, a fim de evidenciar que a unilateralidade do poder disciplinar contraria os projetos de construção de sociedade fundada na democracia, na solidariedade e na ética.

A aproximação entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal, sob novos fundamentos, ainda, não poderia deixar de lado o panorama da tutela penal em vigência no ordenamento jurídico nacional, com a finalidade de demonstrar as deficiências do sistema jurídico-penal que tem as relações de trabalho como objeto de proteção, em desacordo com os padrões de justiça social.

O último capítulo, por fim, apresenta a visão da teoria jurídico-trabalhista crítica acerca do poder punitivo e sua relação com o Direito Penal. Questiona-se a pertinência dos meios de controle social empregados na concretização dos valores partilhados na moderna sociedade, diante das transformações estruturais que modificaram a relação de trabalho. Tal indagação transborda os aspectos dogmáticos e, considerando as transformações provocadas pela globalização e pelos novos padrões de organização econômica, conduz à constatação de que o objeto do direito do trabalho não mais se limita aos critérios de subordinação próprios da Era Industrial e, portanto, não poderia mais figurar como elemento essencial da proteção dispensada pelas normas jurídicas tutelares, inclusive as de índole penal.

Deixou transparecer, finalmente, que os vínculos do Direito do Trabalho com o Direito Penal, os seus pressupostos de raízes punitivas, não podem ser encontrados a partir de uma versão metodológica indutiva, ou seja, revolvendo os subsistemas normativos correspondentes a estes ramos específicos do conhecimento jurídico. Por isso, procurou encontrar as raízes teóricas e filosóficas que engendraram estas composições normativo/coercitivas, ou seja, o modelo de sociedade forjado no Estado Liberal Burguês, cujas instituições públicas e privadas estariam centradas no disciplinamento de relações sociais voltados para um modo específico e distinto de produção, o modo de produção capitalista.

Por isso, seja o problema enfrentado pela versão marxista – ideologia/hegemonia –, seja ele encarado a partir do poder/saber ou da microfísica do poder ou do Poder Simbólico – estruturado/estruturante –, o Poder Punitivo nos âmbitos do Direito do Trabalho e do Direito Penal tem a mesma raiz filosófica: tornar as pessoas dóceis, obedientes e disciplinadas para colocarem-se prontas à disposição do racionalismo instrumental a serviço da produção capitalista. Modelos normativos, repita-se, instituídos com base nas relações de dominação e, por consequência, num determinado tipo de poder e que se estabelece por meio relações de força.

Logo, se de um lado, há aquele que admite, assalaria, dirige a prestação de serviço, detém o poder disciplinar – o empregador –, em que a coação é subjacente e existe em potência; do outro, aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado – o empregado –, dependente, coagido, não pode haver simetria nesta relação contratual, mas, apenas, uma relação de poder, de um lado, e de submissão, do outro. Vínculos que só podem ser rompidos, na compreensão da autora deste estudo, havendo a confluência das três alternativas por ela apresentada.

Trata-se de uma proposta aberta e submetida a uma permanente crítica, mas que responde às aspirações da autora, que pretende ver direcionadas às relações de trabalho, em dois sentidos: superar a subordinação da força do trabalho ao capital; instituir modelos organizacionais que não mais estejam centrados na coação, mas em consensos moralmente válidos.

2 RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO DO TRABALHO NA DOUTRINA CLÁSSICA

2.1 Contextualização do Tema

A análise dos pontos de interseção entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal apontados pelos doutrinadores clássicos revela a existência importantes intercâmbios entre tais ramos do Direito. Pontos estes, porém, que, conforme adiante ficará evidenciado, não ultrapassam o campo da dogmática jurídica, sem conhecer dos fundamentos políticos, sociais e ideológicos que servem de sustentáculo para apoiar o ordenamento vigente em ambos campos do conhecimento jurídico.

O primeiro deles está no reconhecimento da relação laboral como elemento de conflito, de onde exsurgem as condutas puníveis no âmbito do Direito Trabalhista (SANTOS, 1997). É recorrente referirem-se os autores pesquisados ao estudo dos delitos decorrentes das relações de trabalho, tipificados nos diplomas legais pátrios, a exemplo do Título IV, do Código Penal Brasileiro, dedicado aos “Crimes Contra a Organização do Trabalho”.

Outro aspecto de interesse das duas áreas de estudo assenta-se na existência de institutos provenientes do Direito Penal e reiteradamente utilizados para a aplicação das normas trabalhistas, a exemplo dos conceitos de culpa, dolo, negligência, legítima defesa, circunstâncias atenuantes e agravantes e, ainda, atos lesivos à honra e à boa fama, condenação criminal e práticas constante de jogos de azar.

Da mesma forma, o Direito do Trabalho encontra no Direito Penal identificação nos princípios aplicáveis ao Poder Disciplinar do empregador e nos atos faltosos do empregado, por serem considerados, assim como os crimes, fatores de desorganização social de uma coletividade (MESQUITA *apud* NASCIMENTO, 2010). Ainda são de interesse da Doutrina as repercussões da instauração de um processo criminal na esfera trabalhista, determinando ora a impossibilidade de continuação do contrato de trabalho, ora a suspensão de um processo trabalhista para efetiva apuração do delito.

O resultado da pesquisa bibliográfica a respeito do tema na doutrina jurídico-trabalhista tradicional será adiante detalhado, classificando de acordo com a nacionalidade dos autores.

2.2 Autores brasileiros que tratam da relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal sob uma visão dogmática

O primeiro autor objeto de estudo foi Martins (2002). Em sua obra, trata, sucintamente, da relação entre o Direito Penal e o Direito do Trabalho sob três enfoques.

Inicialmente, destaca as implicações que a prática de um delito penal pode provocar sobre o contrato do trabalho, culminando até mesmo com sua extinção por justa causa do empregado. O autor explica que, ao cometer um crime, a manutenção do vínculo de emprego pode se tornar inviável, se houver condenação transitada em julgado à pena privativa de liberdade, de modo a impossibilitar a sua presença física nas dependências do empregador. Por outro lado, a conduta criminosa pode ter relação com os serviços prestados na relação empregatícia e, por isso, também implicar o fim do contrato pela prática de ato de improbidade.

O segundo ponto de ligação entre os dois campos do Direito seria a natureza do poder disciplinar do empregador, apontado pelo autor como integrante do Direito Penal, por exprimir a prerrogativa de impor punições aos seus subordinados, com fins de realizar o seu poder de comando.

A relação sugerida nos capítulos introdutórios de sua obra fica evidente mais adiante, quando o autor relata as quatro teorias que intentam explicar o poder disciplinar: a teoria civilista, administrativista, negativista e penalista.

De acordo com a teoria civilista, o poder disciplinar é decorrência do contrato de trabalho, de modo que as penalidades disciplinares se equiparam às sanções penais dos contratos, só que estas têm por finalidade recompor o patrimônio atingido, enquanto aquelas almejavam à “ordem e disciplina no ambiente de trabalho” (MARTINS, 2002, p. 192).

A teoria administrativista parte da natureza institucional da empresa e da postura empreendedora que o dono do negócio deve assumir com o objetivo de “manter a ordem e a disciplina no âmbito da empresa” (MARTINS, 2002, p. 193).

No entanto, são as teorias negativista e penalista que admitem maior interferência do Direito Penal no Direito do Trabalho, pois partem do *jus puniendi* estatal para explicar o fenômeno do poder disciplinar do empregador. A primeira nega tal prerrogativa, pois, para seus defensores, o poder punitivo é privativo do Estado.

Martins (2002) rechaça esta teoria, pois, para ele:

[...] o Estado não possui todo o poder, ou seu monopólio, pois o poder disciplinar está num nível inferior ao poder do Estado, podendo o empregador estabelecer sanções, principalmente para manter a ordem e a disciplina na empresa. Lembre-se mesmo que o pai, no exercício do pátrio poder, pode punir seu filho, ou mesmo as agremiações podem determinar punições a seus associados, como acontece, inclusive, nos clubes (MARTINS, 2002, p. 193).

A teoria penalista defende a identidade de natureza entre a pena disciplinar, imposta no âmbito da relação de emprego, e a pena criminal, de titularidade do Estado, cominada e aplicada em face de uma conduta tipificada como crime. Possuem a mesma origem, mas distinguem-se em alguns poucos aspectos: a pena criminal exige previsão legal e é direcionada a toda sociedade, enquanto a pena disciplinar não está, necessariamente, estabelecida em lei, pois não há tal exigência para sua válida aplicação – a exemplo da advertência –, e é direcionada, apenas, aos empregados de determinada empresa. Em decorrência da imposição legal, a aplicação da sanção penal não depende da vontade do Estado; verificada a conduta criminosa, o órgão judicial competente está vinculado a aplicá-la. A pena disciplinar, por sua vez, está intimamente associada ao poder diretivo e, assim, submete-se à vontade do empregador, a quem incumbe decidir e aplicar a sanção.

Por fim, Martins (2002) relata, como último ponto de interseção entre as disciplinas, os crimes que o Código Penal – CP tipifica e que guardam pertinência com a relação de trabalho – arts. 197 a 207 do CP, além dos crimes de discriminação contra a mulher, da Lei nº 9.029/95.

Nascimento (2010) aborda a relação do Direito do Trabalho com o Direito Penal sob enfoque semelhante. Parte de perspectiva dogmática para identificá-la, com primazia, nas disposições contidas no Código Penal que cuidam de matéria trabalhista, bem como na identidade de figuras, quando se trata de ilícitos penais e ilícito trabalhista (NASCIMENTO, 2010, p. 336).

Inicialmente, o autor limita-se a relatar os tipos penais cujo objeto diz respeito ao Direito do Trabalho, ora protegendo a Organização do Trabalho, ora tutelando fatos típicos trabalhistas. Além dos delitos previstos no código penal, aponta ainda os fatos típicos decorrentes do exercício de greve, arrolados na lei especial (NASCIMENTO, 2000, p. 23).

Também destaca a controvérsia doutrinária a respeito da natureza penal do poder disciplinar, mas, sem incorrer no debate, defende a autonomia entre o ilícito

penal e o ilícito trabalhista, uma vez que submetidos a regimes legais próprios e imperativos. A despeito da independência entre as infrações cometidas sob a égide do direito penal e do direito do trabalho, continua, é comum tipificações convergentes, em que uma mesma conduta dá ensejo a uma sanção nas duas esferas jurídicas; por conseguinte, muitos institutos são utilizados pelas duas disciplinas.

Nascimento (2000) ainda acrescenta as propostas em favor da competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os crimes contra a organização do trabalho, deixando claro, porém, seu posicionamento contrário à medida.

Süssekind (*et al.*, 2003) também sintetiza, na dogmática penal, a interdependência científica que tem o Direito do Trabalho com este outro ramo do Direito. A relação consiste, de acordo com o autor, na utilização de conceitos doutrinários e regras do Direito Penal para interpretar e aplicar a lei trabalhista, sobretudo quando se trata de faltas disciplinares a dar ensejo à rescisão contratual por justa causa.

Os crimes tipificados na lei penal e vinculados ao contrato de trabalho são o outro ponto de contato, mas o autor limita-se a justificar a ação do legislador, ao criminalizar condutas pertinentes ao contexto da sociedade laboral, sob o seguinte argumento:

Com evolução do Direito do Trabalho, novas figuras delituosas apareceram, razão por que teve a legislação penal de sobre elas dispor. É o que nos atesta, por exemplo, o Código Penal brasileiro, que dedica um título especial aos crimes contra a organização do trabalho (SÜSSEKIND *et al.*, 2003, p. 146).

Em “Direito Constitucional do Trabalho”, Süssekind (2001) menciona a responsabilidade penal por atos delituosos praticados no curso de greve, restringindo sua análise, porém, ao extrato normativo que subsidia a responsabilização individual do infrator (artigos 197, 200 e 202 e 330 do Código Penal Brasileiro).

A posição enciclopédica do Direito do Trabalho é o ponto de partida para Cesarino Júnior (1980) estabelecer suas relações com o Direito Público e com o Direito Privado.

Integrante de um novo gênero, o Direito Social nasceu de institutos do Direito Privado, como o contrato de locação de serviços e as associações, posteriormente irrigados por normas de direito público – a sociedade demandava intervenção estatal. O autor, porém, relata muito brevemente as relações interdisciplinares. Para o Direito

Penal, restou a simples referência aos delitos previstos na legislação penal e na Lei de Contravenções Penais.

Barros (2012) identifica diversos aspectos tangenciais entre ambas as disciplinas, entretanto, circunscrita à perspectiva meramente dogmática, ou seja, atrelada às interferências de disposições normativas e dos institutos do Direito Penal no âmbito do contrato individual de trabalho.

Relata a autora a importância, por exemplo, dos conceitos de dolo e culpa para o Direito do Trabalho, na medida em que interfere na regularidade dos descontos efetuados pelo empregador (art. 462 da CLT). No mesmo sentido, a ilicitude do objeto do contrato de trabalho prejudicaria a validade do ajuste e, assim, seria indispensável conhecer das contravenções tipificadas na legislação. Barros (2012, p. 79) acrescenta, assim como fazem os demais autores, a relação prejudicial entre a aplicação da pena e a continuidade do contrato de emprego e, por fim, relembra “que o Código Penal dispõe sobre os crimes contra a organização do trabalho”.

Sob o fundamento da unidade da ciência, que seria “íntegra e indissociável”, Martins (2000, p. 45) analisa as relações do Direito do Trabalho como outras disciplinas jurídicas como um fenômeno natural daquela premissa, que ocorre com muito mais evidência, por se tratar de sub-ramificações do conhecimento científico.

O autor inicia o tópico dedicado a estudar as relações do Direito do Trabalho com o Direito Penal relatando os delitos contidos no Código Penal e concernentes à organização do trabalho. Limita-se a estabelecer uma pertinência meramente normativa entre tais disciplinas, porquanto, primeiro, faz menção ao código penal, segundo, acrescenta a legislação esparsa que aborda o mesmo tema e, por último, conclui que “A incriminação de todo ato ou comportamento perturbador da ordem jurídica no que tange ao trabalho bem demonstra o nexo que há entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal” (grifo no original) (MARTINS, 2000, p. 45).

Na mesma obra, em capítulo dedicado exclusivamente ao estudo dos tipos penais cujo objeto de proteção é a organização do trabalho, o penalista Nogueira (2000) esclarece que o legislador incriminou as condutas arroladas no Título IV da Parte Especial do Código Penal, que “podem repercutir, substancialmente, na economia do País”, “buscando resguardar a atividade produtiva” e “em sua dimensão política, um dos elementos indispensáveis ao processo criativo de bens materiais: o trabalho” (p. 602).

Para Bernardes (1989), o Direito do Trabalho integra o Direito Privado, irrigado, porém, de “forte carga de intervencionismo”.

Partindo da perspectiva essencialmente contratual do pacto de emprego, portanto, o autor justifica as relações da disciplina com o Direito Penal e o Direito Administrativo, por exemplo, na intervenção do Estado no âmbito das relações jurídicas privadas. O ilícito penal e a falta grave encerrariam inúmeros aspectos em comum – o autor não esclarece quais seriam –, razão pela qual a tipificação e aplicação desta poderia, perfeitamente, ser orientada segundo as normas que regulam a aplicação daquele, sobretudo as regras contidas na parte geral do Código Penal.

A legislação penal, porém, incidiria de modo subsidiário sobre o “Direito Disciplinar do Trabalho”, aplicável apenas nas hipóteses em que se harmonizasse com os princípios tutelares do Direito do Trabalho. O autor ainda fala do Direito Administrativo do Trabalho, que prevê sanções pecuniárias em caso de inobservância das normas de proteção.

Catharino (1981) também integra o grupo de autores que abordam as relações do Direito Penal com o Direito do Trabalho sob a perspectiva dogmática; a conclusão a que chega o autor sobre a matéria é elucidativa: “As indicações feitas provam como a manutenção da ordem jurídica trabalhista em muito depende de sanções penais” (CATHARINO, 1981, p. 70).

Inicialmente, rechaça a existência de uma disciplina única, cujo objeto integrasse a um só tempo as sanções administrativas e trabalhistas como espécies da sanção penal. Mais adequado seria utilizar a expressão “matérias bifrontes” – cuja autoria atribui a Moraes Filho – para fazer referência aos pontos tangenciais entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal, uma vez que, embora se tratem de institutos natureza inconfundível, possuem implicações recíprocas. Matérias bifrontes seriam, então, não apenas os crimes contra a organização do trabalho, mas todos os delitos, contravenções, institutos e conceitos penais capazes de repercutir no contrato de trabalho e cujo conhecimento é necessário para a interpretação da norma trabalhista.

Dentre os autores pesquisados, Catharino (1981) é o primeiro a se referir ao instituto da greve como importante ponto de interseção entre as disciplinas: primeiro, sob o ponto de vista histórico, “cuja evolução espetacular partiu do delito absoluto até chegar ao direito constitucionalmente garantido” (p. 69), segundo, porque a Lei de Greve então vigente (Lei 4.330/64) previa mais sete crimes contra a organização do

trabalho, relacionados ao exercício da greve, além daqueles já previstos no Código Penal e outros posteriormente inseridos na ordem jurídica com Lei de Segurança Nacional. Por entender que o estudo da “Previdência Social e matéria afim” consistia em uma das unidades de estudo do Direito do Trabalho, incluiu os crimes contra a Previdência Social entre as “matérias bifrontes”, pertinentes ao Direito Penal e ao Direito do Trabalho (CATHARINO, 1981, p. 56).’

Outro enfoque original que lança o autor sobre o assunto, é a referência “ao *trabalho penitenciário*, levando-se em conta que a lei de acidentes do trabalho o alcança” (CATHARINO, 1981, p. 70), embora também o faça, consoante se extrai de suas palavras, subsumido aspecto puramente dogmático.

Manus (2002) não menciona os crimes tipificados no Código Penal, entretanto, mantém a tendência da doutrina clássica, preocupando-se em posicionar o Direito do Trabalho “no plano do conhecimento e da realidade” a partir de seus liames normativos com outros ramos do Direito. De acordo com o autor:

A prática de um delito penal influi na manutenção e no desenvolvimento de um contrato de trabalho. Ademais, o procedimento de apuração de certo crime, para efeitos penais, impõe a paralisação do processo trabalhista em que se apure o mesmo fato, nos termos do art. 1525 do Código Civil, para que não cheguemos ao absurdo de conclusões diversas sobre um mesmo evento (referência ao CC de 1916) (MANUS, 2002, p. 47).

Garcia (2009), opostamente, aponta unicamente a legislação penal e suas repercussões no âmbito das relações trabalhistas como vínculo entre as duas disciplinas. Diz ele:

O direito penal também apresenta ligações com o Direito do Trabalho, pois o ato criminoso pode influenciar no contrato de trabalho, como se observa no art. 482, d, da CLT. O mesmo artigo 482, I, faz menção ao “jogo de azar”, previsto no art. 50 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941). Além disso, o Código Penal prevê crimes contra a organização do trabalho (arts. 197 a 207), confirmando a presença de relações entre os dois ramos do Direito (GARCIA, 2009, p. 47).

Alves (1995), por sua vez, registra a importância de alguns institutos próprios do Direito Penal para o Direito do Trabalho, como os conceitos de dolo e culpa, além de referir-se à legislação penal que tutela a organização do trabalho.

Em outra obra, que escreve junto a Malta, os autores reconhecem nas disposições penais protetivas da relação laboral e na aplicação de conceitos oriundos do Direito Penal para apurar o cometimento de falta grave, os pontos de interseção entre as disciplinas (ALVES e MALTA, 1979).

A unidade do Direito do Trabalho, contraposta ao isolamento de uma disciplina dentro da dicotomia lançada pela doutrina clássica entre Direito Público e Direito Privado, fundamenta-se, segundo Gomes e Gottschalk (2002), não nas normas do Direito do Trabalho, mas no objeto e finalidade de ditas normas.

É a “organização do trabalho humano dependente” (GOMES e GOTTSCHALK, 2002, p. 23) que particulariza a disciplina e torna homogênea sua regulamentação, nascida como ramo do direito privado, mas modelada e singularizada pela premente intervenção do Estado. Por isso, as relações do Direito do Trabalho com outros ramos do Direito tendem a exaltar tal característica, como se verifica com o Direito Penal e outros ramos do Direito Público.

Para os autores, a interferência de normas penais justificou-se pela necessidade de temperamento jurídico nas relações privadas laborais, no que tange à imposição de sanções aos empregados pelos empregadores. Em seus dizeres:

O Direito Penal fornece algumas importantes noções no que diz respeito ao Poder ou Direito Disciplinar das Empresas, que hoje se procura jurisformizar (Brethe de la Gressaye) nas instituições privadas, pela adoção de certos princípios do Direito Penal, tais como a proporcionalidade da pena e a regra *nulla poena, nullum crimen sine lege*; a regra do *non bis in idem*; a da individualização da pena. Alguns Códigos Penais modernos, como o nosso, abrem um capítulo novo na criminologia para inserir nele os chamados “Crimes contra a Organização do Trabalho” (GOMES e GOTTSCHALK, 2002, p. 25-26).

Russomano (1995), em seu Curso de Direito do Trabalho limita-se a advertir que o Direito do Trabalho, embora ramo autônomo da ciência jurídica, mantém relações com outras ciências e, com ainda mais intensidade, outros ramos do direito, conforme trecho de sua obra adiante que adiante se transcreve:

É óbvio, entretanto, que há de ser com as ciências jurídicas que tais relações são mais estreitas. O tema tem sido alvo de meticolosos estudos no Brasil, especialmente de parte de Evaristo de Moraes Filho, na sua **Introdução ao Direito do Trabalho**. Esse estreitamento de relações se opera em todos os sentidos, dentro do quadro de direito positivo, abrangendo, inclusive, o Direito Penal, o Direito Internacional Público, o Direito Comercial, o Direito Internacional Privado e assim por diante. Mas, tais relações se intensificam de modo extraordinário quando a lei nacional (CLT, art. 8º) aponta o Direito Civil como fonte subsidiária e supletiva do Direito do Trabalho (grifos no original) (RUSSOMANO, 1995, p. 36).

O assunto é, porém, tratado de forma mais detalhada na obra “O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro” (1976), em que o autor aborda, de modo específico, as relações que o Direito do Trabalho mantém com outras ciências, como

a Sociologia, a Economia Política e a História, e com outros ramos do Direito, como o Direito Civil e Comercial, Administrativo, Constitucional, Internacional, Penal, Assistencial e Processual.

Russomano (1976) identifica apenas dois pontos de interseção entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal. São eles: a possibilidade de imposição de multa diante de comportamento infracional nas duas esferas e a existência de delitos penais cujo objeto de tutela se insere no âmbito de proteção do Direito do Trabalho. No que pertine a este segundo aspecto relacional, acrescenta a recorrente referência doutrinária aos crimes contra a organização do trabalho, que goza de capítulo específico na legislação penal pátria. Sobre estes liames, o esclarecimento quem faz é o próprio autor:

Sabemos que o ilícito penal dá margem à aplicação de certas sanções pecuniárias e físicas (multa, detenção, reclusão). Ora, a multa é também permitida e até estabelecida, em certos casos, pelo Direito do Trabalho. Deve, ainda e sobretudo, ser observado que existem crimes e contravenções diretamente ligados ao trabalho, que aparecem na parte relativa aos crimes contra a organização do trabalho. Aliás, existe quem pugne pela existência inaceitável de um *Direito Penal do Trabalho*, distinto do Direito do Trabalho, ou nele inserto, à qual se filiou Jorge Severiano Ribeiro, quando escreveu sua obra intitulada *Dos Crimes e das Infrações no Direito do Trabalho* (grifos no original) (RUSSOMANO, 1976, p. 53).

Para tratar do assunto, Moraes Filho (1982) explica, inicialmente, que o Direito do Trabalho é um ramo do direito relativamente recente, cujas origens remontam às lutas sociais encenadas no século XIX. O problema da autonomia foi, portanto, amplamente discutido e tal preocupação dos estudiosos devia-se à pretensão de conquista-la, afastando quaisquer argumentos contrários. Hodiernamente, porém, esta discussão perdeu a importância, cedendo espaço para o debate contrário a respeito da reaproximação do Direito do Trabalho com outros ramos do direito, a fim de enriquecer seu campo de atuação e melhor lhe definir os limites.

O autor afirma que, a despeito da pouca justificação doutrinária para manter o debate sobre a autonomia da disciplina, é importante conservar referência ao tema em obras didáticas, por possuir uma simbólica alusão à “sobrevivência de uma época de luta” (MORAES FILHO, 1982, p. 57).

Entretanto, continua, falar em autonomia não mais importa afirmar isolamento da matéria. O autor se reporta a duas metáforas para esclarecer a concepção mais moderna do assunto:

A imagem que sempre vem ao espírito de quem se manifesta sobre o assunto é a de uma árvore única, com um tronco só, do qual partem galhos para todas

as direções, que por sua vez vão se ramificando em novas extremidades cada vez menores e mais finas. A seiva comum vem da mesma fonte, mas não se pode negar que cada ramo se orienta para caminhos diferentes do espaço, vendo uma outra paisagem, alcançando uma nova realidade (MORAES FILHO, 1982, p. 384).

A segunda remete à ideia originalmente concebida por Deveali:

As novas manifestações jurídicas seriam como que rios menores que houvessem tido origem numa corrente maior. Cada um seguiu seu caminho próprio, fertilizou terras em tôdas as direções, atravessou caminhos diversos, mas depois vieram a encontrar seu fim, embora muito mais adiante, na própria corrente central, de onde tinham se originado. E, prossegue Mário Deveali, autor dessa concepção, voltam, não como o filho pródigo, empobrecido, gasto, a busca de outros meios de vida, e sim cheios de novas riquezas, carregando para a fonte-matriz experiências que lhe eram até então desconhecidas, com sangue novo, capaz de rejuvenescer todo o sistema antigo (DEVEALI *apud* MORAES FILHO, 1956, p. 385).

O autor relaciona o Direito do Trabalho com mais minúcia do que aquele identificado nas demais obras objeto de pesquisa, conforme acertadamente já havia observado Russomano (1976).

De acordo com Moraes Filho (1982), pesquisar os pontos de contato entre os diversos ramos do Direito é tarefa que pode conduzir a um resultado de grande extensão e, por isso, deve sofrer limites em obras com objetivos restritos, como manuais e cursos de Direito do Trabalho.

Por isso, o autor se restringiu a identifica-los em relação apenas aos “ramos verdadeiramente substantivos e autônomos da ciência jurídica” (MORAES FILHO, 1982, p. 91), como o Direito Constitucional, Administrativo, Internacional, Penal, Civil, Comercial e Processual.

Ainda que o autor tenha desenvolvido um estudo mais acurado a respeito do tema, se comparado com os demais, suas conclusões não destoam em muito, por que também não ultrapassam as fronteiras da dogmática jurídica. Veja-se, por exemplo, a relação com o Direito Constitucional: baseia-se na organização hierárquica do ordenamento jurídico, em cujo ápice se situa a norma constitucional, fundamento de validade de toda ordem legal subsequente e que, por isso, não pode ser ignorado pelo Direito do Trabalho. Com o Direito Administrativo, o autor destaca a similitude de institutos regulados por ambas disciplinas, além de possuírem origem mais ou menos comum no plano histórico, porque decorrentes da assunção pelo Estado de novos papéis perante a sociedade.

No campo do Direito Penal, Moraes Filho (1982) é tão restrito quanto os demais autores ao fixar os pontos de interdependência com o Direito do Trabalho, em coerência, aliás, com a orientação teórica que adota para abordar o tema em relação aos outros ramos do Direito. Primeiro, o autor explica que o Direito Penal possui um caráter sancionatório especial, pois, a despeito da natureza coativa de todo o direito, a utilização das sanções penais somente se justifica nas excepcionais hipóteses em que as outras espécies jurídicas não logram alcançar com eficiência suas finalidades.

Em seguida, prossegue relatando os crimes previstos na legislação penal contra a liberdade e organização do trabalho, bem como os delitos e contravenções que de algum modo podem repercutir no contrato de emprego. Acrescenta, por fim, os institutos penais que também têm o condão de afetar a relação laboral, como a suspensão da pena ou o livramento condicional.

Moraes Filho (1956) ainda destaca a plasticidade do Direito do Trabalho como fator preponderante na definição dos pontos tangenciais com outros ramos do direito, já que seu objeto de regulamentação estende-se a uma ampla diversidade de matérias, com vistas a atingir sua finalidade protetiva:

Em tôda parte do mundo civilizado, uma vez começado o movimento legislativo sôbre a matéria do trabalho, nunca mais cessou até hoje, e tende a tornar-se sempre maior. Vimos, quando das características dêste novo ramo jurídico, que êle se inclina para uma extensibilidade cada vez maior, em três direções: em extensão territorial, procurando abranger o direito positivo dos povos cultos, constituindo-se num sistema de leis de aplicação universal; em extensão pessoal, incluindo em seu âmbito um número sempre crescente de pessoas às quais suas normas sejam aplicáveis; finalmente, em intensidade, por isso que aspira cada vez mais a estender os benefícios em favor dos sujeitos desta legislação, aumentando assim o número de matérias de seu conteúdo. Daí êsse colorido todo especial do direito do trabalho entre os demais ramos do direito, tornando-se grandemente plástico e realista através de uma legislação muito profusa (MORAES FILHO, 1956, p. 400).

Pimenta (1957) aborda o tema dentro de quadro associativo do Direito do Trabalho com o Direito Público, junto ao Direito Constitucional, Administrativo, Judiciário e Internacional. Para tanto, o autor menciona o direito disciplinar, referente às normas regulamentares que cuidam das relações internas nas empresas e nas organizações de empregados e empregadores e às penalidades impostas por seu descumprimento, bem como em razão de desobediência às leis.

Além disso, o Direito do Trabalho respinga na esfera penal quanto aos atos de sabotagem e ao próprio exercício do direito de greve ou o *lockout*, na medida em que

tais condutas configuravam a prática de crime contra a ordem econômica ou contra a ordem pública em alguns países.

Pinto (1995) por sua vez, reserva parte de sua obra para reafirmar a autonomia do Direito do Trabalho. Inicia com o relato dos critérios científicos necessários ao seu alcance e com a enumeração os diversos estágios para tanto. Assim como fez Moraes Filho (1956), adverte o autor que a autonomia não importa isolamento e, por isso, o Direito do Trabalho mantém relações com outros ramos do Direito, sendo umas “mais próximas ou remotas, de acordo com a afinidade natural entre os vários ramos” (PIMENTA, 1957, p. 62). Pinto (1995), no entanto, apenas descreve pontos de contato do Direito do Trabalho com o Direito Civil, Constitucional, Processual do Trabalho e Administrativo, concluindo:

Em um plano mais distante, porém de significativo intercâmbio, o Direito do Trabalho se relaciona, ainda, com o Direito Comercial, via Direito Civil, com o Direito Penal, via Direito Administrativo, e com o Direito Processual Civil, via Direito Processual do Trabalho. Com outros ramos integrantes da árvore jurídica há relações, dentro da ideia de se comportarem todos eles como vasos comunicantes. Apenas essas relações são bem menos intensas, graças à natural distância entre esses ramos e o Direito do Trabalho (PINTO, 1995, p. 64).

Por se reportar à relação do Direito do Trabalho com o Direito Penal como derivante da relação daquele como o Direito Administrativo, faz necessário recorrer à inter-relação entre ambos proposta pelo autor, nos seguintes termos:

Com o Direito Administrativo a interpenetração é igualmente visível, a começar pelo exercício do poder fiscalizador do Estado para cumprimento das normas de repercussão social a serem observadas na relação de emprego. A influência do Direito Administrativo se faz sentir, também, na hierarquização da empresa, no exercício do poder de direção e disciplinar do empregador, na garantia de permanência no emprego por estabilidade etc. Todos esses relevantes setores de normatização trabalhistas foram indistintamente hauridos do Direito Administrativo, a despeito de revestirem roupagem apropriada aos interesses particulares do ramo mais novo (grifos no original) (PINTO, 1995, p. 63).

Silva (1983) destaca a existência de estreitas relações entre as disciplinas, igualando-as em importância com os enlaces que mantém o Direito do Trabalho com o Direito Civil. Entretanto, o autor as limita exclusivamente às figuras delituosas que foram inseridas nos códigos penais em razão do trabalho humano, prestado sob a égide do vínculo empregatício, e ao sistema de penas disciplinares que, reflexamente, foi construído dentro do Direito do Trabalho. A fim de tornar mais evidente o conteúdo

relacional entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal que propõe Silva (1983), tem-se por conveniente reproduzi-lo textualmente:

Igualmente, com o Direito Penal guarda o Direito do Trabalho estreitas relações, tanto que, autores como *Jorge Severiano Ribeiro* e *Vanini*, afirmam a existência de um Direito Penal do Trabalho. A verdade é que tão importantes são as relações entre os dois ramos da ciência jurídica que, em razão do fato social do trabalho, novas figuras delituosas surgiram nos códigos penais. E, se nos códigos penais encontramos os chamados delitos contra a organização do trabalho, também nos códigos trabalhistas vamos encontrar um perfeito sistema de penas que se inspirou, em cada caso, na legislação positiva penal preexistente. Onde aparecer uma pena, de qualquer natureza, por violação da lei referente ao trabalho, também, evidentemente, haverá aí uma disposição de direito penal (grifos no original) (SILVA, 1983, p. 155).

O que ele quer dizer, portanto, é que houve uma influência recíproca entre as duas disciplinas. Se, de um lado, o Direito Penal apropriou-se de condutas peculiares ao contexto laboral, do trabalho subordinado prestado por conta alheia, para incluí-las entre os crimes punidos pelo Estado, o Direito do Trabalho, por outro lado, inspirou-se no sistema punitivo penal, por suas regras e princípios, para criar o sistema punitivo laboral.

De modo ainda mais restrito, pronuncia-se Guimarães (1982), na medida em que também limita as matérias comuns ao Direito do Trabalho e ao Direito Penal aos crimes contra a organização do trabalho, elencados no Código Penal (GUIMARÃES, 1982). De acordo com o autor:

O Direito Trabalhista igualmente mantém estreitas afinidades com o Direito Penal, máxime no que tange aos crimes contra a Organização do Trabalho. Destarte, o magistrado trabalhista, na ocorrência de uma das hipóteses previstas nos arts. 197 a 207 do Título IV, Parte Especial, que trata dos crimes contra a Organização do Trabalho, deverá se socorrer a essas normas para punir o culpado, quando da prolação da sentença. A punição, porém, é feita pelo Juízo Comum (juiz de direito) a pedido do juiz do trabalho (GUIMARÃES, 1982, p. 7).

E assim também se posiciona Cerqueira (1961, p. 288), referindo-se aos crimes contra a organização do trabalho definidos nos arts. 197 a 207 do Código Penal.

Martinez (2011), da mesma forma, relata diversas condutas pertinentes à relação de trabalho que estão tipificadas na legislação pátria como crimes e acrescenta o fato de determinados comportamentos delituosos influírem no contrato de trabalho, seja para suspendê-lo, seja para extingui-lo.

Rangel (1976), além de fazer referência aos delitos previstos na legislação penal, cujo objeto de proteção diz respeito ao Direito do Trabalho, também menciona as faltas disciplinares praticadas no âmbito da relação laboral que podem fundamentar não apenas a despedida por justa causa, mas também a aplicação da pena criminal.

Por desfrutar de efeitos reflexos em ambas as disciplinas, natural que haja uma dependência processual para apurar as implicações da conduta do empregado em cada esfera, residindo aí mais um ponto de contato entre o Direito Penal e o Direito do Trabalho. O autor encerra o tema com destaque à natureza penal das penalidades que o empregador aplica ao empregado, eis que “encontram supedâneo no Direito Penal” (RANGEL, 1976, p. 22).

2.3 Autores latino-americanos que tratam das relações entre o Direito do Trabalho o Direito Penal sob uma visão dogmática

A limitação do estudo ao campo eminentemente dogmático também é característica que se extrai das obras de autores latino-americanos, ao abordarem o tema da autonomia do Direito do Trabalho e, por conseguinte, suas relações com outros ramos do direito.

Emblemático é o texto de Landrian (*et al.*, 1985), a respeito do tema, para quem o conteúdo relacional entre as disciplinas é preenchido por normas penais que tipificam condutas praticadas no âmbito da relação empregatícia:

Las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Laboral surgen en el socialismo, ya que la conexión entre ambas ramas del Derecho están dadas a partir de que dentro de la Ley número 21 de 15 de febrero de 1979, el Código Penal, se describen como delitos laborales los siguientes: En el Título X, “Delitos contra los derechos laborales”, se establecen delitos como “incumplimiento de normas de protección e higiene del trabajo” (Capítulo I, artículo 350) y el de imposición indebida de medidas disciplinarias e incumplimiento de resoluciones de los Tribunales (Capítulos II, artículos 351 y 352). El 350 está destinado para el que teniendo responsabilidad, infrinja las medidas de protección e higiene, exponiendo la vida de los trabajadores. Los artículos 351 y 352 están destinados para los directores o administradores de empresas, establecimientos o unidades presupuestadas que al aplicar el contenido del Decreto-Ley No. 32 de 1980, sea arbitrario internacionalmente o no (LANDRIAN *et al.*, 1985, p. 86-87).

Peculiar é a visão de La Cueva (1978), ao situar importante ponto de contato entre as disciplinas na imperatividade características das normas trabalhistas.

O autor explica que o Direito do Trabalho, embora discipline relações eminentemente privadas, desde suas origens “*se presentó con una pretensión de*

imperatividad absoluta, la cual, por otra parte, coincide con su naturaleza y sus finalidades” (grifos no original) (LA CUEVA, 1978, p. 99). É possível extrair uma série de consequências da imperatividade de que se reveste o Direito do Trabalho, dentre elas, por exemplo, a impossibilidade de renúncia dos direitos mínimos legalmente assegurados à classe trabalhadora e a nulidade dos atos praticados em contravenção a esta regra. No entanto, a imperatividade de uma norma:

Impone al estado la función social de vigilar la aplicación de las normas a todas las prestaciones de trabajo, de poner en conocimiento de los empresarios las violaciones que hubiese encontrado a fin de que las corrijan, y cuando la recomendación no sea acatada, imponer las sanciones que autorice la ley. Solamente así, decíamos, surte efectos plenos la imperatividad del derecho del trabajo en beneficio de la clase trabajadora y de la justicia social (grifos no original) (LA CUEVA, 1978, p. 101).

A função de vigiar a estrita observância do padrão mínimo a garantir o trabalho digno incumbe aos órgãos da Administração Pública responsáveis especificamente pela fiscalização e imposição de sanções administrativas em caso de descumprimento das normas laborais. Compete ao Estado, ainda, a tipificação de condutas criminosas para proteção de bens jurídicos afetos ao Direito do Trabalho, de onde surge o debate a respeito da possibilidade de existir um Direito Penal do Trabalho.

Contra esta proposição, parte da doutrina afirma haver impedimento constitucional, ante a vedação à prisão por dívidas de natureza civil. No entanto, La Cueva (1978) rechaça o argumento, alegando existir um problema de fundamentação teórica. O autor explica que as infrações trabalhistas possuem implicações que transcendem aspectos puramente patrimoniais, chegando a produzir efeitos danosos a toda comunidade, além de repercutir na esfera não patrimonial do indivíduo.

A natureza, portanto, do bem jurídico protegido justifica a imposição de sanções penais em caso de descumprimento de obrigações trabalhistas, pois a prática reiterada desta conduta viola direitos humanos reconhecidos na Constituição e produz um problema social.

La Cueva (1978), portanto, traz uma nova abordagem para o estudo da influência do Direito Penal no Direito do Trabalho. Apesar de não o fazer diretamente, traçando as relações entre as disciplinas em um tópico específico de sua obra – também não o faz com outros ramos do direito –, a conexão é extraída de um dos elementos que, fundamentado na função social de suas normas, chama para caracterizar o Direito do Trabalho: a imperatividade.

Nápoli (1971), ao revés, trata diretamente do tema, porém de modo difuso, com afirmações inespecíficas sobre a relação entre o Direito do Trabalho e outros ramos do Direito. De acordo com o autor argentino, o Direito trabalhista:

se relaciona con todas las disciplinas jurídicas, de algunas de las cuales há recibido o recibe no pocas de sus fuentes, tales como el derecho civil y comercial y cuyas disposiciones se consideran supletórias, y con el derecho público por la intervención decidida del Estado (NÁPOLI, 1971, p. 44.).

Apesar de não se imiscuir no assunto com profundidade, é possível inferir que sua análise a respeito do assunto parte do ponto de vista dogmático para identificar os possíveis pontos de contato entre os respectivos sistemas jurídicos, interferências normativas, conforme, inclusive, esclarece no tocante ao Direito Civil e Comercial, cujas disposições legais, explica, constituem fonte supletiva do Direito do Trabalho.

Mais adiante em sua obra, Nápoli (1971) dedica um tópico à “TUTELA PENAL DEL TRABAJO”, dentro do Capítulo voltado ao estudo da organização administrativa laboral. O autor explica que ao lado das sanções administrativas, as sanções penais constituiriam instrumento de efetividade do ordenamento jurídico-laboral, sem as quais “*no tendría virtualidad ninguna y dejaría de cumplirse*” e teriam a específica finalidade de “*defender, en primer término, el orden jurídico-laboral contra actividades individuales que alteren ese orden y, en segundo lugar, a castigar su quebrantamiento*” (NÁPOLI, 1971, p. 502).

2.4 Autores europeus que tratam da relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal sob uma visão dogmática

Em sua obra, Leñero (1948) traça o quadro comparativo entre os diversos ramos da ciência jurídica a partir da clássica divisão entre o Direito Privado e o Direito Público. Para o autor, pressupondo o “carácter civilista” do Direito laboral e, pois, integrante daquele, seriam evidentes seus contatos com o Direito Civil e o Direito Comercial e despidiendos maiores aprofundamentos.

As conexões com os ramos do Direito Público, ao seu turno, decorreriam da “*tendencia característica de nuestra época de la socialización de instituciones dominadas originariamente por la idea del interés privado, al que hoy se sobrepone en toda la vida jurídica, el del bien común*” (LEÑERO, 1948, p. 42).

Nas palavras do autor,

hemos de admitir que, dado el carácter especial de nuestro Derecho Laboral, su contenido, es decir, el trabajo, ha de ser, necesariamente y en parte, objeto del Derecho Público, que estudia en último término la seguridad del bien común, al que se halla vinculado aquél por su transcendencia en la vida económica de la nación (LEÑERO, 1948, p. 43).

Valverde, Gutiérrez e Murcia (1997) inserem o Direito Penal no estudo do Direito do Trabalho sob a perspectiva do ordenamento jurídico laboral vigente, como um dos modos por meio dos quais o Poder Público intervém na regulamentação do Direito do Trabalho.

De acordo com os autores, além das relações individuais e coletivas do trabalho, o ordenamento jurídico trabalhista também cuida de outras matérias, marcadas pela intensa intervenção estatal, como o são as políticas de emprego e de formação ocupacional, de redução dos riscos do trabalho e as normas de garantia jurisdicional dos direitos e deveres trabalhistas. As leis processuais e os delitos relacionados ao trabalho integram esta última categoria de relações, como modalidade de normas que reforçam a efetividade da ordem jurídica de proteção aos trabalhadores.

O Direito Penal interfere no Direito do Trabalho, orientado pelo princípio da intervenção mínima, apenas nos casos mais graves, quando uma conduta de desrespeito às normas trabalhistas tem potencial para produzir efeitos particularmente danosos; as demais infrações seriam objeto de sanção administrativa.

Adotando a mesma posição teórica da doutrina clássica esplanada até agora no presente trabalho, os autores espanhóis explicitam as condutas tipificadas como crimes e classificam-nas em quatro grupos, de acordo com o objeto de proteção jurídica: normas que impõem condições de trabalho ilegais, normas definidoras de condições ilegais de recrutamento e emprego de trabalhadores, normas penais protetoras da liberdade de trabalho e dos direitos fundamentais de ação coletiva e, por último, as infrações das regras de segurança e higiene no trabalho (VALVERDE, GUTIÉRREZ e MURCIA, 1997, p. 161). Mas não é só. Os autores também registram que

La descripción legal de los delitos laborales se caracteriza por una acusada complejidad'. Los comportamientos de infracción tipificados no se definen solamente atendiendo a la naturaleza de las normas infringidas o de los derechos vulnerados, sino que exigen la concurrencia de determinadas circunstancias subjetivas u objetivas: dolo o imprudencia grave engaño o abuso de situación de necesidad, peligrosidad especial de la conducta, contumacia. Esta complejidad de los comportamientos constitutivos de delito

laboral es manifestación y consecuencia de la dualidad de mecanismos sancionadores del sistema adoptado por el legislador español para reforzar el cumplimiento de la normativa laboral. La tipificación penal resulta, en realidad, de añadir notas o requisitos a conductas de infracción que, de faltar unas u otros, serían objeto de sanción administrativa (VALVERDE, GUTIÉRREZ e MURCIA, 1997, p. 161).

Pinto (1996, p. 25), nas notas introdutórias de sua obra, alerta o leitor da importância de uma visão interdisciplinar para ingressar no estudo do Direito do Trabalho com acuidade científica suficiente a perceber o trabalho como “centro dos mais agudos problemas económicos, sociais, políticos e ideológicos dos nossos dias”.

Para identificar as interconexões do Direito do Trabalho com os diferentes ramos do conhecimento jurídico, o autor baseia-se no fato de que “nem todas as normas de algum modo directa ou indirectamente referíveis ao trabalho subordinado fazem parte do corpo científico do direito do trabalho” (PINTO, 1996, p. 98).

Com base nesta assertiva, Pinto (1996) delinea as fronteiras entre normas de ramos diversos do Direito, com o fim de permitir o adequado tratamento jurídico das relações trabalhistas. O autor explica que o objeto científico não é repartido porque mais de uma disciplina científica dele se apodera e entre elas é fixada uma fronteira, ao contrário, ele se mantém em sua inteireza, divergindo em cada qual a perspectiva científica que orienta seu estudo.

O trabalho subordinado, como objeto do Direito trabalhista, possui disciplina jurídica por parte também do Direito Constitucional, Civil, Comercial, Internacional, Penal, Processual, Administrativo, da Segurança Social, tomada para pesquisa sempre que o operador do direito laboral entender necessário, a fim de construir um saber integrado.

Pérez (1996) tem uma preocupação especial com a resolução do problema da unidade dogmática e, por conseguinte, a questão da autonomia do Direito do Trabalho.

Para tanto, toma por base o agrupamento dos ramos da ciência jurídica em dois blocos: os ramos verticais, homogêneos porque construídos acerca de uma matéria ou uma função específica, e os ramos horizontais, cujas normas direcionam-se a certo grupo de pessoas “cuya relevancia jurídica produce una normativa propia” (PEREZ, 1996, p. 55).

De acordo com esta classificação ¹, os ramos horizontais do Direito se caracterizam por interpenetrar os diversos ramos verticais, aproveitando deles diferentes institutos, a fim de regulamentar, com plenitude, as diferentes situações jurídicas em que o sujeito central do microssistema normativo está inserido.

Dadas as peculiaridades do Direito do Trabalho, o autor conclui pela inexistência de unidade dogmática absoluta, exatamente por ser um ramo horizontal, marcado por uma interdisciplinaridade intrínseca, já que absorveu técnicas e instrumentos de quase todos os outros ramos do Direito. Para ser mais específico, Pérez (1996) confronta o Direito do Trabalho com outras disciplinas jurídicas e explicita o resultado da filtragem que aquele opera, ao exportar conceitos e institutos e adaptá-los às especificidades das relações que disciplina.

O ponto de partida do autor, todavia, dá indícios de suas conclusões a respeito do tema: se a unidade dogmática do ordenamento jurídico-laboral é o fundamento de sua prospecção em busca das relações que o Direito Laboral mantém com outros ramos, evidentemente, haveria de encontrar e referir-se, apenas, aos intercâmbios de regras, conceitos e institutos jurídicos. Tal conclusão é evidenciada com a síntese do próprio autor:

De modo que, con modelizaciones o peculiaridades, en confrontación con el Derecho Civil aparecerá el contrato de trabajo como modalización, versión modalizada, del arrendamiento civil de servicios; en relación con el Derecho Administrativo general, la Administración Laboral, llamada a organizar el intervencionismo público en materia laboral; respecto al Derecho Penal y el Derecho sancionador general, el Derecho Penal y Derecho sancionador del trabajo; y, en fin, en confrontación con el Derecho Procesal y el llamado Derecho de conflictos, los procedimientos de solución de los conflictos de Trabajo (PEREZ, 1996, p. 62).

2.5 Autores brasileiros que tratam das relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas, mas não com o Direito Penal

Dentre os autores brasileiros pesquisados, Magano (1985) foi o único a analisar as relações que o Direito do Trabalho mantém com outros ramos do conhecimento jurídico, relatar tais pontos de contato, mas não se referir ao Direito Penal explicitamente, detalhando em que consistiriam aqueles relacionamentos.

¹ Cujas autorias são de Villar Palasi, de acordo com PEREZ, Jose Luis Monereo in **Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo**: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia: tirant lo Blanch, 1996, 55.

O autor entende que as relações do Direito do Trabalho com outros ramos do Direito e com outras ciências existem em maior ou menor grau, a depender da “época e a situação institucional do País” (MAGANO, 1985, p. 102). Inicia o tópico com a afirmação de que o Direito trabalhista guarda mais pertinência com outros ramos do direito de natureza privada, mas destrincha as relações mantidas apenas com o Direito Constitucional, com a Sociologia, o Direito Civil e Comercial e com a Economia e Finanças.

2.6 Autores latino-americanos que tratam das relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas, mas não com o Direito Penal

Mancini (2004) explica que hoje somente se justifica falar em autonomia do Direito do Trabalho, haja vista o elevado estágio de diferenciação legislativa e doutrinária de que desfruta, se para considera-lo como elemento de um sistema normativo, dentro do qual tem uma independência relativa com outras disciplinas jurídicas. De acordo com o autor, não há praticamente nenhum subsistema jurídico totalmente desvinculado do Direito do Trabalho, uns mais conexos do que outros, mas praticamente todos inter-relacionados.

O autor argentino posiciona com destaque a relação entre o Direito do Trabalho e a Previdência Social, em face das numerosas matérias comuns, sendo inclusive o estudo da disciplina abordado na mesma obra. Os demais ramos da ciência jurídica elencados por Mancini (2004), conexos ao Direito do Trabalho, são: Direito Constitucional, Administrativo, Internacional Público, Direito Processual, Civil e Comercial.

Em todos os casos, a disciplina normativa é o critério para aferir a existência ou não de ponto de contato entre as matérias, a exemplo da Seguridade Social, cuja destacada posição de conexidade se fundamenta na existência de institutos comuns, de disciplina compartilhada. Igualmente, a relação com o Direito Constitucional reside na regulamentação constitucional dos direitos sociais, presente nas modernas Constituições (MANCINI, 2004). Abaixo, sua análise a respeito do tema:

También es evidente la conexidad con algunas ramas del derecho público y del derecho privado. Dentro del primero, podemos mencionar al *derecho constitucional* que ha sido influido grandemente por el derecho del trabajo, a punto tal que en la actualidad casi todas las constituciones incluyen, junto a los derechos civiles, los denominados “derechos sociales” que contienen los

principios fundamentales – y a veces regulaciones detalladas – del derecho del trabajo (y también del derecho de la seguridad social). Asimismo se vincula con el *derecho administrativo*, que se disputa con el civil la paternidad de nuestra disciplina, la cual – como se dijo en la parte histórica – ha tenido un origen intervencionista. Los organismos administrativos del Estado han jugado – y continúan haciéndolo – un papel relevante en la aplicación efectiva de las normas tuitivas del derecho laboral. Igualmente se conecta con el *derecho internacional público*, en virtud de la vigorosa tendencia a la formación de un derecho del trabajo con efectos internacionales. También con en *derecho procesal*, que ha visto nacer en su seno una unidad sistemática especial – para algunos dotada de autonomía – como es el procedimiento laboral, que tiene a una rápida y efectiva realización de las normas laborales sustantivas. En el campo de del derecho privado, el derecho del trabajo se relaciona, sobre todo, con el derecho civil, que es considerado en general el derecho madre de cual se han ido disgregando las restantes ramas del ordenamiento privado – entre ellas, el derecho laboral. De ahí que, como derecho *común*, sea tenido como fuente subsidiaria – a falta de normas específicas en el derecho especial – para las demás ramas. Merece mencionarse también el *derecho comercial*, dentro del cual se desarrollaron numerosas instituciones laborales – para los dependientes del comercio y los trabajadores marítimos –, que luego se extendieron a otro tipo de trabajadores. En la actualidad, tanto el derecho civil como el comercial siguen teniendo aplicación para la regulación del trabajo prestado en forma independiente e o por cuenta propia (MANCINI, 2004, p. 35-36).

2.7 Autores brasileiros que não abordam as relações entre o Direito do Trabalho e outros ramos do conhecimento jurídico

Em sua obra “Direito do Trabalho”, Salém Neto (1999) não inclui entre os tópicos de estudo a questão da autonomia do Direito do Trabalho, na qual normalmente exsurge a análise das suas relações com outros ramos do Direito. Na primeira parte do livro, o autor introduz a disciplina com os assuntos referentes à natureza jurídica do Direito do Trabalho, à aplicação imediata de suas normas, às fontes e sua hierarquia e aos princípios.

Ainda à luz dos textos constitucionais de 1967 e 1969, Silva (1977) aborda exclusivamente a evolução dos direitos sociais positivados nas Cartas Constitucionais e o estágio das normas fundamentais a respeito do Direito do Trabalho àquela época.

Nesse mesmo sentido, encontra-se a obra organizada por Romita (1991).

Donato (1979) introduz seu curso com o estudo da Teoria Geral do Direito do Trabalho, tratando da denominação, definição, natureza jurídica, fontes e interpretação. Nesse panorama, poder-se-ia extrair a averiguação do posicionamento do Direito do Trabalho entre os demais ramos do Direito no item referente a sua natureza jurídica, como o fazem outros doutrinadores. Entretanto, o autor limita-se a enquadrá-lo na tradicional dicotomia entre Direito Público e Privado.

Além desses autores, não mencionam quaisquer relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal Cunha (1997), Formica (1978), Leite (1996), Almeida (1981), Geovany, Cruz e Areosa (2002) e Mendonça (1965).

2.8 Autores latino-americanos que não abordam as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal

Na América Latina, identificaram-se os seguintes autores que não fazem referência em suas obras os pontos de contato entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal: Pérez (1983), Ferrari (1976), Deveali (1983) e Vialard (1991).

2.9 Autores europeus que não abordam as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal

Sanseverino (1976), autora italiana cuja obra foi traduzida para português por Elson Guimarães Gottschalk, preocupa-se com a individualização do Direito do Trabalho como ramo autônomo da ciência jurídica e, para tanto, enumera seus elementos distintivos, sem, porém, elaborar um quadro comparativo, relacional, em face de outros ramos ou outras disciplinas.

A autora menciona em dois outros trechos, não diretamente, algumas implicações do Direito do Trabalho na esfera penal. Primeiro, ao descrever o ordenamento jurídico laboral corporativista italiano:

Para cada categoria de trabalhadores e de empregadores foi reconhecida apenas uma associação profissional, a qual, sendo dotada de personalidade jurídica de direito público, estava sujeita a rigoroso controle, jurídico e político, por parte do estado, mas estava em contrapartida investida de amplos poderes em relação aos indivíduos por ela legalmente representados, ou seja, não apenas em face de seus associados, mas ainda em face de todos os indivíduos pertencentes à categoria para a qual a associação havia obtido o reconhecimento. Entre tais poderes relevantes era o de estipular contratos coletivos de trabalho, os quais, uma vez publicados, valiam como verdadeira lei para categoria interessada, e sua aplicação era assegurada por uma tríplice ordem de sanções: disciplinar, civil e penal (SANSERVINO, 1976, p. 12).

Segundo, quando se refere aos elementos distintivos do Direito do Trabalho, inclui “o sistema particular de sanções em caso de inobservância de suas regras”, mas sem mencionar sanções penais especificamente.

Däubler (1997), embora não aborde o tema da autonomia do Direito do Trabalho em relação aos outros ramos do Direito, preocupa-se em distinguir este do Direito Civil, apenas, como forma de rechaçar a tese de que aquele nada mais é que uma subdivisão deste.

Javillier (1988) também não parece demonstrar preocupação com o tema da autonomia do Direito do Trabalho e, por conseguinte, as suas inter-relações com outros ramos do Direito.

Identifica-se, em sua obra, rápida referência ao Direito Penal, quando o autor trata das obrigações dos trabalhadores que derivam da relação de emprego, pois, caso não cumpridas, podem ser sancionadas “pelas jurisdições civis e pelas jurisdições penais” (JAVILLIER, 1988, p. 125), além das sanções disciplinares.

Sacognamiglio (1997) embora trate do tema da autonomia do Direito do Trabalho em sua obra – ainda assim, fê-lo como contraponto ao tema da especialidade e repartição da disciplina – não chega a debater as implicações recíprocas que mantém com outros ramos do Direito.

São, ainda, autores europeus que não abordam tais intercâmbios: Botija (1960), López e La Rosa (1997), Olea e Baamonde (1997), Martínéz (2011), Ortega (1998), Fernandes (1998), Wantiez (1995), Santoro-Passarelli (1973), Le Goff (2001).

2.10 Classificação das vertentes doutrinárias a respeito relações do Direito do Trabalho com o Direito Penal

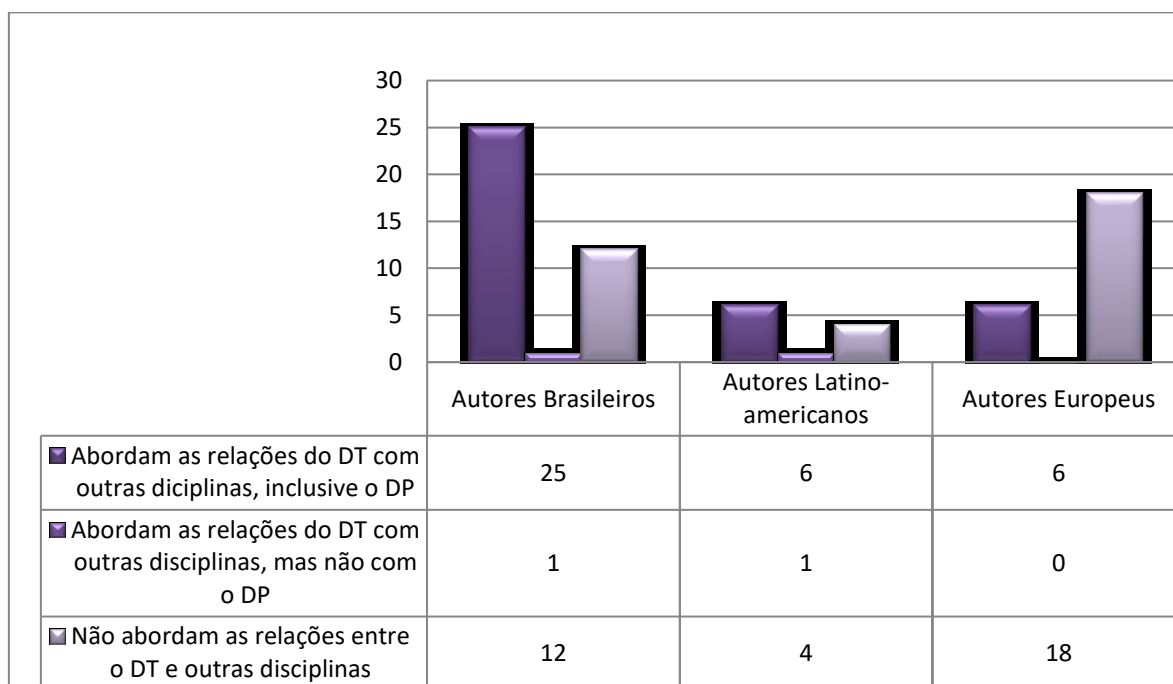
Inicialmente, a proposta desta autora consistia em classificar a doutrina nacional objeto de pesquisa entre os autores que abordavam as relações do Direito Penal com o Direito do Trabalho sob uma perspectiva dogmática e os autores que o faziam sob um viés não dogmático, isto é, trazendo ao debate os fundamentos comuns sob os quais se assentam esses dois ramos do Direito. A pretensão inicial, todavia, não foi possível se realizar em virtude da inexistência de obras que tratassem do tema para além dos aspectos meramente dogmáticos.

Então, ou a doutrina justralhista clássica não se preocupa em estabelecer as intercomunicações do Direito do trabalho com outros ramos do conhecimento jurídico; ou estabelecem, mas excluem desta análise o Direito Penal, reservando a ele um papel meramente secundário no estudo das relações trabalhistas; ou, por fim, expõem

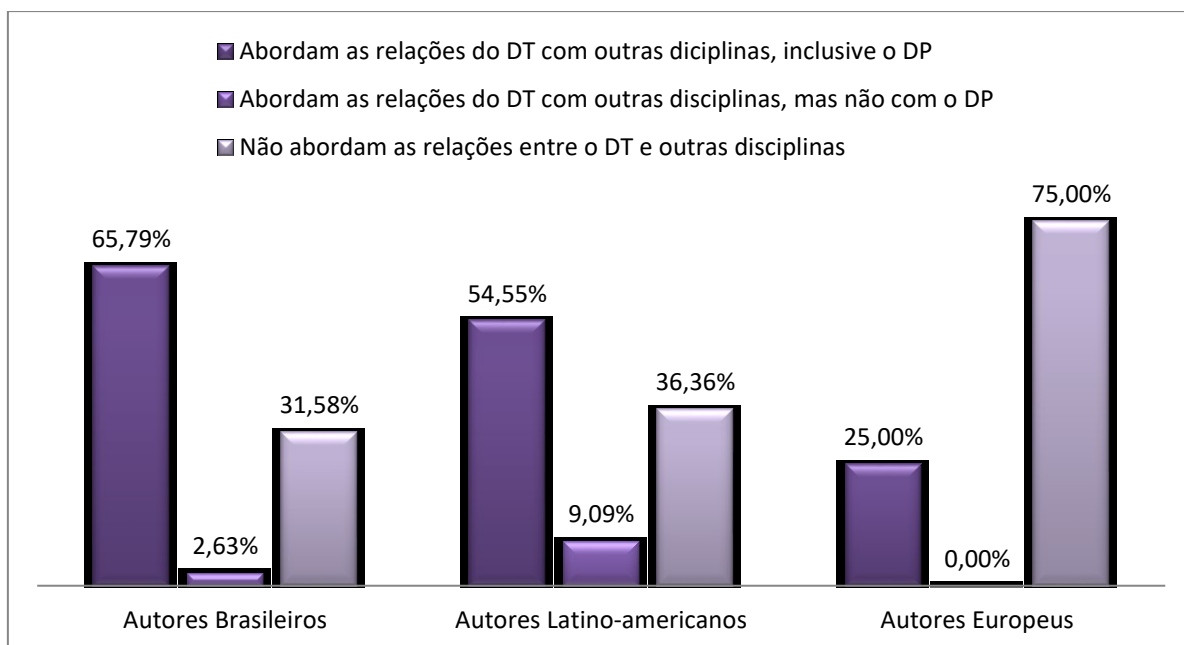
os pontos de contato entre estas duas disciplinas, mas sem avançar dos elementos dogmáticos em comum.

Tais conclusões podem ser melhor observadas a partir dos gráficos 1 e 2, abaixo, em que todas as obras pesquisadas foram divididas conforme a classificação acima descrita.

GRÁFICO 1 – Abordagens entre os autores



Fonte: elaboração da autora

GRÁFICO 2 – Síntese dos autores

Fonte: elaboração da autora

Percebe-se, assim, que a doutrina justtrabalhista não esclarece, como se verá nos capítulos seguintes, que a relação entre o Poder Punitivo Empregatício e as Teorias da Pena têm suas raízes no discurso filosófico da modernidade. Discurso capaz de instituir uma ética onicompreensiva e unitária, que passou a legitimar próprio poder político-legislativo do Estado Moderno e o exercício da dominação da força do trabalho ao capital.

Nesse sentido, e antecipando a discussão que será tratada mais à frente, Ramos Filho (2012) esclarece quais os fundamentos dessa ética unitária:

A elaboração desta *ética do trabalho* pela sua transformação em atividade moral permite a introjeção de valores que interessam ao capitalismo, vez que se estabelece uma diferenciação entre trabalho e os frutos do trabalho. A ética capitalista impõe o dever moral de trabalhar, silenciando quanto à repartição ética dos frutos do trabalho. O próximo passo, como demonstrado por Max WEBER, é transformar aquele princípio ético do dever de trabalhar em fundamento religioso, afirmando que “o que serve para aumentar a glória de Deus não é o ócio ou o gozo, mas o obrar; o primeiro e principal de todos os pecados é a dilapidação do tempo” (WEBER, 2004). Este autor clássico, inclusive, secunda Karl MARX neste sentido, tendo em vista o parágrafo inicial do terceiro manuscrito, no qual menciona que “Engels está certo, [ao chamar] Adam Smith, o Lutero da Economia sem emprego”. Por oposição ao conceito de *trabalho capitalista subordinado* – entendido como atividade essencialmente humana que, como fator de produção de riqueza, hierarquiza a sociedade e organiza a distribuição de renda, direitos, proteções sociais e papéis a serem desempenhados no convívio social em cada sociedade historicamente considerada – se faz necessária a criação de um estatuto próprio aos que se encontrassem involuntária e monetariamente sem emprego (RAMOS FILHO, 2012, p. 19).

Pelos caminhos percorridos neste estudo, é possível afirmar que a legitimação/universalização dos poderes coercitivos instituiu os poderes punitivos e a relação de dominação típicos do Estado Moderno. No caso específico do Direito do Trabalho, o Poder Punitivo, que vai desaguar nas Justas Causas, encontra ideologicamente a sua legitimação nas práticas dos legisladores, que são encarregados de universalizar aquelas fundamentações do poder coercitivo.

E ele também vai se espalhar, de forma horizontal e vertical, por todas as demais instituições – públicas e privadas – e encontra a sua culminância nas práticas exercidas pelas Teorias Organizacionais conservadoras.

Nos termos da pesquisa desenvolvida neste estudo, foram poucas as obras que relacionam do poder empregatício com a dominação empregatícia enquanto poder e dominação disseminada, legitimada e universalizada pelo próprio Estado Moderno – as poucas obras que trazem uma perspectiva crítica serão reportadas nos capítulos conclusivos.

Todavia, não foi encontrada nenhuma obra que fosse capaz de demonstrar a confluência do exercício do poder e da dominação que envolve os fundamentos destes dois ramos do conhecimento jurídico. Neste aspecto, os estudos desenvolvidos no sentido de demonstrar a relação do Direito do Trabalho com o Direito Penal resultam incompletos.

3 O PODER EMPREGATÍCIO NA VISÃO DA DOUTRINA JUSTRABALHISTA CLÁSSICA

3.1 Contextualização do tema

O poder de direção integra o conceito de empregador em nossa legislação, assim como a subordinação é requisito fundamental para caracterizar o trabalho de uma pessoa como conteúdo de uma relação de emprego. Neste capítulo, pretende-se expor as diversas visões e versões sobre o chamado Poder Empregatício ou, como aparece na doutrina clássica, em seus diversos vocábulos – Poder Disciplinar, Poder de Comando, Poder Diretivo, dentre outros.

3.2 A visão dos autores brasileiros

“Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego”. Este conceito quem formula é Delgado (2006, p. 629) e tem a vantagem didática, de acordo com o próprio autor, de reunir em apenas um instituto as diferentes manifestações de poder emanadas da relação empregatícia, às quais o autor se refere como sendo diferentes facetas, formas de manifestação, de um mesmo fenômeno, quais sejam: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar.

O mesmo desiderato cumpre a expressão *poder hierárquico*, porque também reúne as diferentes manifestações do poder dentro da organização empresarial. Entretanto, Delgado (2006, p. 630) repudia seu uso, na medida em que a locução “carrega-se de rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno intra-empresarial de poder”, além de não esconder “a face autoritária e retrógrada – portanto equívoca – inerente à ideia de ‘*hierárquico*’ (grifos no original).

Para o autor, na expressão “hierárquico” subjaz um equívoco filosófico e teórico capaz de eliminar qualquer vantagem prática em sua utilização, pois reporta suas raízes às aspirações administrativas institucionalistas, próprias de um contexto histórico já superado e incompatível com a atual dinâmica empresarial moderna.

Adiantando sua concepção a respeito do fundamento jurídico do poder empregatício, Delgado (2006) inicia o capítulo pertinente ao tema afirmando se tratar

o instituto de “um dos mais importantes *efeitos próprios* do contrato de trabalho”, o que significa dizer que deriva da “estrutura e dinâmica do contrato empregatício” (p. 628) e, por isso, é-lhe inerente.

No entanto, se é certo que o poder empregatício possui sua origem no contrato, seria um equívoco compreendê-lo como um fenômeno circunscrito apenas à relação obrigacional firmada entre trabalhador e patrão; ao revés, mister é a apreensão de suas diferentes facetas e repercussões, inclusive fora do contexto empresarial.

Tal é a importância do estudo sobre o poder exercido no interior da organização empresarial e de que é naturalmente titular o empregador, que foram inúmeras as teorias aventadas com o intuito de definir seus fundamentos e sua natureza. Antes, porém, de ingressar na tarefa de relacionar os estudos doutrinários neste sentido, interessante transcrever sua advertência inicial:

Na verdade, o fenômeno do *poder*, em suas diversas áreas e projeções, é um dos mais relevantes e recorrentes na experiência histórico-social do homem. Em qualquer relação minimamente constante (e mesmo em inúmeros contatos apenas episódicos) entre duas ou mais pessoas ou entre grupos sociais mais amplos, o fenômeno do poder desponta como elemento central. Seja na dimensão estritamente inter-individual, seja na dimensão que se estende cada vez mais ao universo societário, o poder surge como componente decisivo da experiência humana. No contexto empregatício manifesta-se uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo. De fato, ao se saber que a relação de emprego constitui a relação mais significativa do sistema econômico ocidental inaugurado há pouco mais de duzentos anos, depreende-se a relevância que tem, para a própria compreensão da atual sociedade, o conhecimento acerca do fenômeno do poder empregatício. Na verdade, essa dimensão específica do poder sofre os efeitos da configuração global do fenômeno no conjunto da sociedade (o contexto democrático ou autoritário mais amplo da sociedade influi na estrutura dinâmica do poder internas ao estabelecimento e à empresa). Do mesmo modo, o tipo de configuração do poder empregatício também cumpre importante papel no avanço e solidificação do processo democrático (ou autoritário) no conjunto mais amplo da sociedade envolvida. Por todas essas razões, o mesmo operador jurídico preocupado em se debruçar sobre os aspectos técnicos-jurídicos dessa específica dimensão do poder não pode descurar-se de lhe perceber as projeções e reflexos sociais, efeitos muitas vezes decisivo à própria compreensão de sua estrutura e dinâmica meramente jurídicas (DELGADO, 2006, p. 628-629).

A fim de averiguar os fundamentos doutrinários do poder empregatício, Delgado (2006) invoca quatro correntes teóricas.

Para a primeira delas, na propriedade privada residiria o fato jurídico capaz de conferir existência e validade ao fenômeno do poder no âmbito intraempresarial. Significa dizer que a simples propriedade dos meios de produção tem por consequência natural e imanente outorgar ao seu titular o poder de dirigir a atividade

empresarial e submeter os trabalhadores ao reflexo estado de permanente subordinação.

Esta concepção teórica é própria das primeiras fases do industrialismo e se desenvolveu, por isso, “sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa e do estabelecimento” (DELGADO, 2006, p. 639).

São três as críticas a ela dirigidas pelo autor: primeiro, ao fundamentar o poder empregatício na propriedade, a tese não consegue diferencia-lo do poder exercido no seio outras relações de produção, como as servis e as escravagistas; segundo, porque concentra todo o exercício das prerrogativas próprias do poder empregatício no empregador, deixando de lado situações em que os trabalhadores, atuando coletivamente, podem nele influir; terceiro, é insuficiente do ponto de vista jurídico, por não conseguir explicar a existência do poder empregatício nas empresas cuja titularidade do empreendimento e da propriedade não estão nas mesmas pessoas.

No contexto socioeconômico da primeira metade do século XX surgiu outra corrente teórica, de inspiração autoritária, própria do momento histórico que a ela corresponde. De acordo com o institucionalismo, a direção da empresa pelo empregador tinha por fundamento o interesse social a ela subjacente, a ser alcançado por meio da perfeita organização profissional do trabalho.

A empresa, como instituição, possuía uma “terceira vontade”, que se coadunaria com o bem comum da ordem econômico-social. Delgado (2006) também repudia a concepção institucionalista, e a visualiza menos como uma fundamentação teórica do que como uma orientação destinada a conferir legitimidade à então estrutura assimétrica e despótica de poder.

Para ele, ao mesmo tempo em que dissimula a existência de liberdade na relação de emprego, sob o pretexto da instituição como titular de vontade e interesses próprios, o institucionalismo rejeita “o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes”, além de disfarçar “a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno” (DELGADO, 2006, p. 641).

Também se vincula ao cenário político delineado na primeira metade do século XX a corrente teórica publicística, que entende o poder empregatício como uma delegação do Estado ao empregador. Delgado (2006) explica que em muito esta concepção se alinha com o institucionalismo, sendo ambas alternativas para conferir substrato à matriz autoritária dos regimes que predominaram naquele período. Além

das críticas lançadas ao institucionalismo, por tudo antes dito também aplicáveis à corrente publicística, o autor acrescenta:

A noção de que o poder é fenômeno cuja origem, concentração e legitimidade política repousam exclusivamente no Estado é indisfarçavelmente autoritária e historicamente errônea. O que a História demonstra é o crescente processo de absorção de poder pela sociedade civil nas experiências democráticas, em contraponto ao centralismo estatal. A circunstância de se combater o exercício meramente individual do poder em uma realidade social não conduz à automática transferência para o Estado desse exercício (como sugeriria a explicação autoritária). Em vez disso, conduz à busca de fórmulas de controle e ampliação da participação dos diversos segmentos sociais nesse exercício de poder, mantida ainda a própria seara da sociedade civil para sua realização concreta (DELGADO, 2006, p. 643).

Conforme se antecipou, Delgado (2006) partilha do entendimento segundo o qual o poder empregatício tem por fundamento o contrato de trabalho, como fato jurídico criador de uma série de direitos e obrigações para os contratantes, dentre os quais se extrai o poder de dirigir a atividade empresarial. Tal é a proposta teórica do contratualismo, capaz de abarcar as diferentes morfologias que o contrato de trabalho assumiu desde sua concepção inicial e o respectivo exercício do poder no seio de cada uma delas.

Sobre a particular afeição do contrato de emprego, o autor destaca o processo de democratização por que passou, de uma fase em que o poder no âmbito empresarial era exercido de modo vertical e assimétrico até um período de maior participação dos trabalhadores, por intermédio dos instrumentos de atuação coletiva. A fim de esclarecer o ponto de vista do autor, destaca-se o seguinte trecho de sua obra:

Deve ser destacada uma característica singular ao contrato empregatício – característica não percebida (e absorvida) pela concepção civilística clássica de contrato (e também, de certo modo, não enfatizada pela tradicional teoria justrabalhista). É que o contrato de emprego, embora inevitavelmente bilateral, pode contudo sofrer forte influência e interveniência de outras vantagens componentes da dinâmica empresarial interna. Um contrato empregatício que se firme, de um lado, entre um sujeito empregador (que, ao mesmo tempo, pode ser um sujeito individual e coletivo), e, de outro lado, um sujeito individual obreiro, pode receber a interveniência, em sua reprodução sociojurídica ao longo da relação de emprego, da vontade do *sujeito coletivo obreiro*, através de suas múltiplas modalidades de organização e atuação (delegados obreiros internos à empresa, comissões internas e diversas outras formas de manifestação da vontade coletiva dos trabalhadores). Essa característica singular significa, portanto, que *o contrato empregatício é essencialmente dinâmico, nele podendo atuar, após o pacto inicial celebrado, a vontade coletiva obreira, visando garantir o alcance de um processo mais democrático de gestão do poder no contexto empresarial interno.* (DELGADO, 2006, p. 644, grifos no original).

Em conformidade com o posicionamento teórico do autor a respeito do fundamento que confere validade jurídica ao poder empregatício, sua natureza jurídica também reside no contrato, do qual o instituto emana como uma relação jurídica contratual complexa. Contrapõem-se à concepção relacional proposta por Maurício Godinho Delgado quatro teorias clássicas que buscaram explicar a natureza jurídica do poder empregatício, adiante especificadas.

Originalmente, o poder empregatício foi concebido como um direito potestativo, de titularidade exclusiva do empregador. Como direito potestativo, seu exercício dependia tão somente da vontade de seu titular, traduzindo, segundo Delgado (2006, p. 650) “a realização, ao máximo, da soberania da vontade particular no contexto de um universo social [...] corresponde ao elogio ao individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista”.

Adequava-se, portanto, aos pressupostos ideológicos que deram suporte aos primeiros moldes da relação de emprego nas fases iniciais do capitalismo. Delgado (2006, p. 650) reporta-se a uma evidente inadequação desta vertente teórica à “emergência da participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa”, além de representar uma simplificação exacerbada do fenômeno, incapaz de explicá-lo em suas distintas manifestações.

Houve, também, quem atribuísse ao poder empregatício a natureza de direito subjetivo, traduzindo-o em uma prerrogativa a favor do empregador, mas que deve ser exercida nos estritos limites da norma ou cláusula contratual que lhe deu origem. Delgado (2006) visualiza certo avanço em relação à concepção do poder empregatício como direito potestativo:

Visto que “civiliza as prerrogativas inerentes ao poder intra-empresarial, submetendo-as às induções normativas gerais da ordem jurídica e reduzindo a amplitude da força da só-vontade empresarial” (DELGADO, 2006, p. 651, grifos no original). Entretanto, a crítica remanesce no tocante à concentração do poder na figura do empregador, que o exerce de maneira unilateral e assimétrica.

Para outra parte da doutrina, agora alinhada ao contexto sócio-político dos regimes autoritários que predominaram na primeira metade do século XX, o poder empregatício é um status jurídico, hierárquico em sua natureza. Mais de uma foi a fórmula utilizada para explicá-lo. O institucionalismo, vislumbrando na empresa uma função social a cumprir, atribuía ao empregador o papel de revelar e fazer cumprir os

interesses da instituição, em nome dos quais submetia os empregados ao permanente estado de subordinação. Outra fórmula, de inspiração corporativista, que explicava o poder empregatício como instrumento de sujeição hierárquica do empregado perante o patrão era a concepção teórica que “insere este poder em uma estrutura e dinâmica rígida, supressoras de qualquer potencial de interinfluência recíproca entre as partes contratantes” (DELGADO, 2006, p. 653).

Por fim, a vertente mais radical, de acordo com Delgado (2006), via no poder intraempresarial o exercício da senhoria, por meio da qual “o empregador comandaria o empregado não como credor, mas como senhor, proprietário” (p. 653).

A versão mais atualizada sobre a natureza do poder empregatício surgiu como contraponto às concepções anteriores, incapazes de explica-lo diante do processo de democratização experimentado no seio dos estabelecimentos empresariais, com a participação mais acentuada dos empregados na definição das condições de trabalho.

Seja direito potestativo, seja direito subjetivo, seja de natureza hierárquica, o poder empregatício, de conformidade com as teorias anteriormente expostas, conservava-se no domínio exclusivo do empregador para, por fundamentos diversos, submeter o empregado à sua vontade. Havia, pois, uma evidente insuficiência teórica: nenhuma das propostas era hábil a explicar o fenômeno em suas diferentes possibilidades de manifestação, como ocorreu, por exemplo, quando foram criados mecanismos de participação obreira nas instâncias decisórias dentro das empresas.

A fim de solucionar o impasse, a doutrina passou a explicar o poder empregatício como sendo um direito-função, que seria um poder cujo titular exerce não em seu próprio interesse, mas na tutela do interesse de terceiros. Significa dizer que, embora constitua prerrogativa em favor do empregador, somente pode exercê-lo legitimamente se observando o dever a ela contraposto de serem igualmente ponderados e protegidos os interesses dos trabalhadores.

Comparada com as perspectivas teóricas que lhe antecederam, Delgado (2006) vislumbra claro avanço, haja vista ser a “primeira concepção que se mostra sensível ao dado empírico da participação obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação” (p. 654). Para o autor, porém, remanesce a visão unilateral do poder empregatício, de titularidade exclusiva do empregador, único responsável por determinar qual e em que medida é o interesse específico da classe trabalhadora a proteger. Por tentar adequar-se ao novo, mantendo, entretanto, o marco teórico tradicional, a teoria que explica o instituto como um direito-função é,

para ele, de transição, e não consegue explicar satisfatoriamente o poder empregatício em suas múltiplas facetas.

Com a finalidade de superar os entraves das teorias existentes, Delgado (2006) propõe uma nova concepção, segundo a qual o poder empregatício seria uma relação jurídica contratual complexa.

Já para Nascimento (1991, p. 339), o “Poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. Significa, assim, que o autor confere ao poder empregatício a natureza de um direito subjetivo, cujo fundamento repousa no contrato e o justifica em razão do fato de que a atividade do empregado, “sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercida do modo que o empregado pretende, mas daquele que é imposto pelo empregador” (NASCIMENTO, 1991, p. 342).

Sobre os fundamentos do poder de direção do empregador, Nascimento (2000), além das teorias da propriedade, contratualista e institucionalista, acrescenta a teoria do interesse, de acordo com a qual aquele poder decorreria “do interesse do empregador em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, destinado aos fins propostos pelo seu empreendimento” (p. 195).

A respeito de sua natureza, o autor afirma ser um direito, esclarecendo, porém, a existência de duas correntes doutrinárias: uma que o vê como um direito potestativo e outra como direito-função. Ele repele a corrente doutrinária que entende o poder diretivo como um direito potestativo, por conferir demasiada amplitude ao direito posto nas mãos do empregador. Embora não assinta inteiramente com a segunda corrente, porque, ao seu ver, estar-se-ia descaracterizando o poder de direção, Nascimento (2000) entende haver um inegável progresso teórico com a perspectiva do direito-função. Isso porque reconhece a participação do empregado na gestão empresarial, de modo a restringir o poder exercido pelo empregador. Este não seria detentor de um direito contra o qual não se pode opor, mas de um feixe de atribuições dadas pela lei que o coloca como titular de obrigações a cumprir.

O poder de organização, de controle e disciplinar são apenas meios pelos quais o poder de direção se manifesta. O poder que alguns autores chamam de regulamentar insere-se no poder de organização, cuja titularidade é exclusiva do empregador já que, como responsável pela coordenação dos fatores de produção, deve fixar as normas de caráter técnico a orientar a prestação de serviços.

Entretanto, nas palavras do autor:

A organização da empresa não deve ser apenas econômica, mas também social. Em outros sistemas jurídicos a empresa, além dos órgãos de que se compõe e de fins econômicos, como assembleia, o conselho fiscal e a diretoria das sociedades anônimas, tem órgãos de finalidade trabalhistas, desde os delegados de pessoal até os Comitês ou Conselhos de Empresa, do direito da França e outros países (NASCIMENTO, 1991, p. 340).

Por organização social deve-se entender a inserção do empregado nas instâncias decisórias da empresa, isto é, uma estruturação organizacional capaz de permitir ao empregado influência na gestão empresarial, por meio de seus órgãos de representação. Ao permitir a participação dos trabalhadores, a empresa cumpre, além do seu papel econômico, um papel social.

Nascimento (2000) explica o poder disciplinar como sendo aquele que confere ao empregador o direito de aplicar sanções aos trabalhadores. Inicialmente, há autores que sequer admitem a existência de poder de tal natureza, tendo por fundamento o monopólio estatal do poder de punir e, ainda, a impossibilidade de conferi-lo apenas a um dos contratantes, em detrimento do outro.

Sobre os autores que admitem a existência do poder disciplinar, três correntes explicam seu fundamento. A primeira atribui ao contrato, “expressão da autonomia da vontade das partes e do estado de sujeição decorrente do próprio vínculo de natureza contratual” (NASCIMENTO, 1991, p. 341).

Outra teoria explica o poder de direção como exercício do empregador em defesa de seu patrimônio; seu fundamento seria, portanto, a propriedade privada. A terceira corrente é a institucionalista, para a qual as instituições desempenham um papel social e, para tanto, há nelas um poder inerente, necessário para constranger as pessoas a trabalhar em prol desta finalidade. Assim, de acordo com Nascimento (1991, p. 341) “esse poder é social, não individual, exercido, portanto, para o bem da coletividade”.

Nascimento (1991) não esclarece, todavia, sua posição no que tange ao fundamento do poder disciplinar. Explica, ainda, que não é ilimitado, pois o empregador deve exercê-lo em conformidade com as normas convencionais ou estatutárias que regulam o sistema de faltas e sanções disciplinares, e, ainda, sempre nos estritos limites das leis, que, com o objetivo de evitar impedir o abuso de direito, instituem normas protecionistas.

Süssekind (*et al.*, 1999), em “Instituições De Direito Do Trabalho”, inicia a abordagem do tema com a seguinte observação:

O empregador, que exerce um empreendimento econômico, reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo o empregador, como proprietário, os riscos do empreendimento, claro está que lhe é de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores, cuja reunião forma uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissoluvelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este terá de ficar relativamente a quem pode dispor do seu trabalho [...] Exatamente porque o trabalho é um dos fatores de produção, colocado à disposição do empregador mediante o contrato de trabalho, decorrente deste contrato, implica – como salienta *D'Eufemia* – certa indeterminação do conteúdo de cada prestação e, conseqüentemente, o direito do empregador de definir, no curso da relação contratual e nos limites do contrato, a modalidade da atuação concreta do trabalho (faça isso, não faça aquilo; suspenda este serviço, inicie aquele). Ora, a subordinação é uma consequência desse direito (SÜSSEKIND *et al.*, 1999, p. 250).

De acordo com o autor, a subordinação jurídica – e, portanto, o poder de dirigir a prestação laboral – encontra seu fundamento e seus limites no contrato.

O poder de comando e de direção, de controle e de aplicar penas disciplinares são distintos direitos que se originam da situação jurídica de subordinação, aos quais são correlatos o dever de obediência, diligência e fidelidade do empregado.

A respeito do poder disciplinar, trata-se de uma faculdade posta às mãos do empregador a fim de que este tutele seus direitos em face do descumprimento das obrigações assumidas pelo empregado por força do contrato de trabalho. Seu fundamento é, precisamente, o contrato empregatício.

No mais, Süssekind (1999) diz que as sanções disciplinares devem cumprir sua função contratual, “que é a de restabelecer o equilíbrio na execução do trabalho, permitindo a consecução dos fins a que se destina a empresa” (p. 252) e, para tanto, é necessário submeter-se aos critérios da culpa obreira, proporcionalidade entre pena e falta e da imediatez.

Para Süssekind (2002), ainda, o poder hierárquico e poder de comando são expressões sinônimas e englobam os direitos de o empregador fixar a estrutura orgânica e hierárquica da empresa, dirigir, pessoalmente ou por meio de representantes, a prestação pessoal de serviços dos trabalhadores e estabelecer as regras e sanções disciplinares.

Os poderes diretivo e disciplinar são os meios de execução daqueles direitos, faculdades de titularidade exclusiva do empregador oriundas do contrato de trabalho.

Especificamente no que pertine ao segundo, Süsskind (2002, p. 256) observa que “A necessidade de manter a ordem no local do trabalho justifica o direito privado de punir, que se origina, em última análise, da relação contratual em que se gera o vínculo concreto de subordinação jurídica do empregado”.

Moraes Filho (1982) explica que o poder hierárquico tem natureza regulamentar e deriva do estado de subordinação contínuo e geral a que o empregado se submete por força do contrato de trabalho. É deste, aliás, que o empregador retira o poder de dirigir a prestação de serviços, em conformidade com normas regulamentares de índole técnica fixadas para tal, e o poder disciplinar, exercido, exatamente, em caso de infração a estas regras internas de conduta.

É importante salientar, todavia, que o autor expressamente restringe sua análise teórica a respeito do tema em “Introdução ao Direito do Trabalho”, assumindo uma postura eminentemente dogmática para afastar quaisquer divagações filosóficas sobre a subordinação e o poder hierárquico do empregador, conforme se infere do exceto de sua obra que ora se transcreve:

Não vamos discutir filosófica ou politicamente porque isso acontece, como queria *Sinzheimer*, ao dizer que é do poder sobre as coisas que decorre o poder sobre as pessoas. Juridicamente, e só isso nos interessa agora, corresponde o poder hierárquico, como contrapartida, aos riscos da atividade econômica inerente à própria atividade empresarial (MORAES FILHO, 1982, p. 228).

Embora tenham perdido em parte sua força, em face das sucessivas limitações que as leis ou normas coletivas, são os regulamentos internos que conferem ao empregador poder para agir com autoridade na empresa; para Moraes Filho (1982) é inegável, portanto, a natureza regulamentar de tais poderes.

Posição diametralmente diversa, porém, nota-se em obra do mesmo autor que dedica à proposta de anteprojeto do Código do Trabalho, na qual também se refere a Hugo Sinzheimer, mas desta vez para subsidiar seus argumentos favoráveis à mudança da legislação trabalhista brasileira à época e a crítica aos velhos institutos do Direito do Trabalho. Do trecho adiante transcrito é possível perceber a diferença de perspectiva:

No regime capitalista a empresa é o domínio de uma pessoa (física ou jurídica), como escreveu HUGO SINZHEIMER. E este mesmo autor esclareceu ainda, com absoluta razão, que é do poder sobre as coisas que se origina o poder sobre as pessoas. Mas sem privar o proprietário do uso e gozo do *dominium* e da senhoria sobre a coisa, já se vai fazendo secular e

cansativo o movimento no sentido de dar uma função social a esta propriedade, associando ao proprietário as pessoas que com ele lidam ou trabalham no manejo e exploração das coisas que possui. Em conferência realizada em 1953, na Ação Católica, declarava PAUL DURAND, membro da Comissão geral das Semanas Sociais de França: O direito moderno quer incorporar o pessoal à empresa. Opõe-se assim por três aspectos ao conceito clássico. Primeiro, o empregado está unido ao empregador pelo laço frágil do contrato de trabalho. O direito moderno lhe reconhece a propriedade do emprego. Em segundo lugar, o empregado não percebe mais do que uma remuneração fixa e um tanto variável: o salário, o direito moderno esforça-se por associá-lo aos resultados da empresa. Em terceiro lugar, o empregado está em um estado de subordinação. O direito moderno tende a associá-lo à direção econômica e social da empresa». E pouco mais adiante: O empregado aparece como um súdito do empregador; o conceito de empresa tende a fazer dele o cidadão de uma sociedade organizada. A mesma imagem fora adotada alguns anos antes por ANDRÉ PIETTRE, também da escola católica, ao afirmar que a empresa partiu, em tempos anteriores à Revolução Francesa, de uma monarquia patriarcal, para converter-se no século XIX em monarquia absoluta, tendendo agora para uma monarquia constitucional. E depois, de forma categórica: «Com risco de simplificar demasiado os fatos, pode-se dizer que o capitalismo liberal, cuja dissolução assistimos, se favoreceu durante certo tempo o progresso econômico, fez pesar sobre a pessoa humana uma tríplice opressão, uma tríplice dominação, uma tríplice servidão. Opressão de uma certa forma de *dinheiro*, por seus poderes financeiros e seu império sobre as almas; opressão de uma certa forma de *técnica*, que muitas vezes voltou contra o homem o instrumento que lhe deveria servir; opressão de uma certa forma de patronato, surgindo como o instrumento desta dominação da finança e da máquina. É na empresa e pela empresa que se realizou principalmente esta tríplice opressão. É nela e por ela que *deve* principalmente operar-se a liberação da pessoa humana, para a qual se elevam as aspirações de nosso tempo. Mas esta liberação, longe de diminuir, deve favorecer, estimular o esforço produtivo, sob pena de se condenar a si mesma. Assim, o problema da empresa situa-se no coração da evolução social e econômica (MORAES FILHO, 1982, p. 228).

O contraponto do poder de direção é o estado de subordinação que o contrato de trabalho impõe ao empregado, ou, nas palavras de Nascimento (1991, p. 339), “Na relação de emprego, a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda”. Os fundamentos de um, justificam a existência do outro, portanto.

Assim, são relevantes ainda os apontamentos doutrinários de Moraes Filho (1982) a respeito da nota caracterizadora do contrato laboral, que o diferencia dos demais: a subordinação jurídica. Jurídica porque decorre de um direito que o empregador adquire por força do contrato de trabalho e que lhe confere o poder geral de dirigir a atividade do trabalhador. O autor explica:

Os autores italianos referem-se a uma espécie de *status subiectionis* do empregado diante do empregador, semelhante ao do cidadão perante a soberania estatal. Situação esta que não é meramente um estado de fato, e sim de direito, que se evidencia através da contratualidade existente entre as partes. É do próprio contrato, do vínculo jurídico que se celebrou, que se origina este estado de subordinação (MORAES FILHO, 1982, p. 211).

Não é, todavia, absoluto o dever de subordinação do empregado ao empregador, vez que limitado às obrigações relacionadas à execução dos serviços para os quais fora contratado. Melhor explicando a natureza da subordinação jurídica, tratar-se-ia de obrigação patrimonial de prestação pessoal, conforme aponta Von Tuhr, e deriva do fato de o empregador ser credor, e não senhor de trabalho, de acordo com Sinzheimer, ambos citados por Moraes Filho (1982). Mais clara ainda é a exposição feita pelo autor para explicar seu ponto de vista:

No estado da natureza, como observa *Sinzheimer*, o trabalho é função individual e social do trabalhador, pois a energia deste está inteiramente à sua disposição e é utilizada sem qualquer interferência. Egresso desse estado primitivo, o trabalhador perde essa faculdade de disposição, pela intromissão de um estranho entre ele e a coletividade, qual dirige a produção, aproveitando sua *força-trabalho*. Desde então, o trabalho torna-se *subordinado*. Entre o trabalhador e a pessoa interposta trava-se uma relação pela qual a energia daquele se desenvolve e atua sob a direção desta. Esta subordinação do trabalhador tem variado de forma e de intensidade, mas é um fato constante na história do trabalho até os nossos dias. Existiu ostensivamente na economia escravagista e na servil, e se verifica ainda, embora atenuadamente, na economia capitalista (grifos no original) (VON TUHR e SINZHEIMER *apud* MORAES FILHO, 1982, p. 212).

De acordo com Mendonça (1972), o direito disciplinar é uma sobrevivência feudal e se baseia no princípio da propriedade privada, “de onde exsurgem ou dimanam todos os poderes do mais forte, economicamente, colocando o Empregador em situação de invejável privilégio” (p. 239), haja vista a inexistência de correspondentes em favor dos empregados. Ainda de acordo com o autor:

A empresa “é uma espécie de Estado dentro do Estado, com seus particularismos, seu quantum despótico, suas funções distribuídas, seus encargos especificados e seus funcionários na execução de vários serviços”, e, para tanto, “Necessita de um governo e de auxiliares, prevalecendo uma gradação típica em relação a cada um cargo ou função” (MENDONÇA, 1972, p. 241-242, grifos no original). Esta configuração metodicamente organizada é, segundo Mendonça (1972), imprescindível para o cumprimento dos fins da empresa e, no contexto capitalista, para a conquista de mercado. E é exatamente por este motivo que se justifica o poder de mando, como mecanismo de conformação da atividade empresarial aos seus objetivos, conforme explica o autor:

A Empresa necessita de uma organização mais ou menos perfeita para realizar seus intentos. E essa ordem só poderia surgir com a adoção e sufrágio legal de um *poder de mando* do Patrão (no sentido mais amplo e moderno de sua significação) em face de um dever de subordinação às

ordens recebidas, com a óbvia aplicação de sanções, se esses mesmos deveres não forem cumpridos. Somente dessa maneira, na sociedade predominantemente capitalista seria possível um bloco de regulamentos nessas condições, mesmo que houvesse gritante e irremovível contradição entre ela e a liberdade de contratar, se outra fórmula de coopenetração não surgir. Por outro lado, se tais determinações fossem extintas, estaríamos diante do caos, visto que é sempre viável no meio proletário a inflorescência de movimentos de rebeldia e que tomariam uma feição violenta, comprometendo e até prejudicando o patrimônio da Empresa, ao mesmo tempo que arruinaria o próprio Estado em sua maquinaria administrativo-financeira (grifos no original) (MENDONÇA, 1972, p. 242).

Vê-se que, mesmo de modo sutil, Mendonça (1972) reconhece a contradição entre a declarada liberdade ínsita ao contrato de trabalho e a existência do poder de mando, embora o consinta como insuperável para manutenção da ordem.

Todo erro está, entretanto, na ausência de uma legalização ou juridicização desse poder absoluto dessa “justiça” unilateral, cujo pronunciamento está sempre do lado do mais forte e contra o fraco. Sim, porque, sejam quais forem as roupagens de que se revistam as sociedades ou empresas, nesse particular de aplicação do direito, é empre (sic) o *indivíduo* ou *patrão* quem o elabora e quem o exerce (grifos no original) (MENDONÇA, 1972, p. 242).

Nessa passagem o autor repele qualquer proposta teórica que conduza à conclusão acerca da possibilidade de empregadores e empregados compartilharem parcelas do poder de comando.

Interessante observar que Mendonça (1972) percebeu a incoerência contida no Institucionalismo prevalente na doutrina trabalhista, à época em que escreveu a obra, e, incomodado com tal contradição, propunha uma nova percepção do fenômeno do poder dentro da empresa. Ora, se a empresa representava instituição, cujos objetivos cumpriam-se no interesse da sociedade, porque motivo deveria o poder de dirigir a atividade empresarial recair exclusivamente nas mãos do empregador? E continua:

O que não aceitamos é essa propriedade material da própria Instituição (Emprêsa), da qual sòmente o Patrão ou ‘empreendedor’ desfruta um direito personalíssimo, unilateral, privativístico. Não podemos endossar a opinião dos que atribuem ao Patrão o direito de legislar e de aplicar a Lei em causa própria. Não compreendemos como se possa ser Juiz e parte ao mesmo tempo. Não justificamos que sòmente através de seus funcionários (empregados mais graduados) sejam as faltas dos mesmos empregados ou da coletividade obreira, apuradas. Não: nessa conjuntura, ainda é o *poder pessoal* quem vale e quem resolve tôdas as situações, dispensando-se acrescentar que são favoráveis ao Patrão, com o nome de Emprêsa. (grifos no original) (MENDONÇA, 1972, p. 243-244).

Para ele, com isso, estar-se-ia violando o pressuposto ético da justiça ao conferir à figura interessada na aplicação das normas regulamentares da empresa o

poder de aplica-las, de decidir pela conformação do trabalhador às referidas normas e, ainda, de puni-lo em caso contrário.

E concluímos por uma diferente maneira de pensar: sòmente com a intervenção do Estado, por meio de funcionários da Administração do Trabalho, interferindo na Emprêsa, conquanto respeitando a propriedade privada, seja possível um congraçamento de interêsses e aspirações, realizando a união entre Institucionalismo e Contratualismo. Essa mesma ligação, advogada entusiàsticamente por quantos aceitam e divulgam as excelências dêsse poder, de parte da Emprêsa, somente poderá realizar os seus objetivos em u'a comunidade onde haja a participação na direção bem como a participação no lucro da mesma Emprêsa, ou fórmula equivalente. Fora daí, toda e qualquer construção é suscetível de crítica, uma vez que é muito cômodo admitir-se aquela como u'a unidade ou instituição econômico-social, sòmente quando a mesma é visualizada através de seu organismo, sem qualquer valoração do braço trabalhador que se mantém submisso, apenas, ao Contrato. Interessante conúbio, do qual só há vantagens para o Patrão, emprestando-se valia ao trabalhador sòmente em função da execução do seu trabalho e do papel que êle representa em face da Economia Privada e Pública. Mas, no que toca a seus interêsses mais próximos, aos seus direitos-aí – não é possível falar-se de instituição [...] (MENDONÇA, 1972, p. 244).

Enquanto não houvesse efetiva participação dos empregados na gestão e nos lucros da empresa, para Mendonça (1972), a subordinação não poderia ter fundamento outro senão a propriedade privada e poder de comando que dela deriva. A pretensa comunhão entre o institucionalismo e o contratualismo, portanto, não seria uma realidade, se na construção da ordem da empresa resguardam-se somente os interesses privados do patrão. Em outras palavras, o autor não entende como se pode falar em instituição, se apenas prevalece o interesse de uma das partes, a despeito do papel que alega perseguir a instituição perante a sociedade.

Dissociado o plano fático do teórico, a realidade é que o poder diretivo – de dar ordens de natureza técnica – é exercido “em função do *interesse individual* onde não existe a participação em sua gestão, por intermédio de comités mistos” (grifos no original) (MENDONÇA, 1972, p. 255).

O poder disciplinar é decorrência do poder hierárquico e integra o poder geral de comando do empregador. Absolutamente necessário à existência e funcionamento da unidade empresarial, o poder disciplinar dá vida ao poder hierárquico, porque capaz de tornar efetivas as ordens patronais. “As suas origens são decorrentes do mesmo leito histórico da propriedade privada em seus primórdios”, “Todavia, sua evolução até hoje deixa-nos convictos de que, no sentido próximo, êle deflui do Institucionalismo e do Contratualismo. Ambos têm participação e há até um transfundimento de seus valores” (MENDONÇA, 1972, p. 256).

Em razão de tudo o que expôs Mendonça (1972), entende ele ser imprescindível “uma participação nesse poder, desde quando marchamos para uma codificação, da qual tomem parte empregados e empregadores. Somente assim poder-se-á falar na legitimidade das sanções”(p. 263).

Ainda de acordo com o autor, por meio do poder disciplinar o empregador põe “em evidência um *direito penal* que lhe é próprio” (MENDONÇA, 1972, p. 263) e acrescenta:

Fazer o possível para dizer-se que não é uma justiça privada, de parte do empregador, é um esforço inócuo. Existe mesmo, e muito acentuada, vez que ele é o juiz de tudo o que se ligue ao comportamento do empregado, na sua empresa, agravada a situação de ser parte, ao mesmo tempo (grifos no original) (MENDONÇA, 1972, p. 264).

É parte porque elabora e aplica as normas em seu interesse privado.

Observa Mendonça (1972) que não é possível extrair do contrato de trabalho o poder de aplicar as sanções. Explica ele que a demissão como sanção disciplinar não decorre exclusivamente do contrato de trabalho, porque constitui medida cabível a qualquer modalidade de compromisso contratual, frente a comportamento capaz de viciar o contrato. Não é, pois, uma prerrogativa do patrão.

Por seu turno, a ponderação na aplicação das outras sanções referidas (suspensão e multa) não pode merecer crédito se não é resultante de um órgão de uma associação ou de um poder jurisdicional competente. Por maiores que sejam as razões de parte do empregador não deixam de ser medidas de caráter exclusiva e absolutamente pessoal, refugindo a todo e qualquer critério de aferição de sua imparcialidade ou justeza (MENDONÇA, 1972, p. 265).

De acordo com Gomes (1979), o fenômeno da disseminação das sociedades anônimas proporcionou importantes mudanças na configuração das relações de produção, como a despersonalização da pessoa do empregador. Além disso, permitiu a:

Modificação mais incisiva através da dissociação entre propriedade e a administração. O patrão-proprietário a comanda. Seu poder de comando resulta do seu direito de propriedade. É chefe porque é proprietário. E, assim, enfeixa em suas mãos poder e comando. A situação é completamente diferente nas empresas que revestem a forma de sociedade anônima. A empresa não é propriedade de ninguém. Não há quem individualmente se possa apresentar como seu dono. O capital pulveriza-se entre dezenas, centenas e mesmo milhares de acionistas, cujo interesse se restringe ao recebimento de bons dividendos. Sua administração compete, assim, a um pequeno grupo ao qual cabe, verdadeiramente, o papel que, no regime da empresa individual, incumbe ao proprietário. É, portanto, aos administradores

ou gerentes que pertence o poder de comando. São eles os chefes da empresa. Mas, o seu poder não se funda no direito de propriedade. Não raro, falta-lhes até a condição de acionista. Demais, disso, ainda quando exerçam, de direito, a gestão da sociedade, em razão do número de ações que possuem, a alavanca de comando está nas mãos de técnicos, cuja autoridade provém da necessidade de sua ação. O divórcio entre propriedade e autoridade, entre poder e comando, aprofunda-se, desnudando o direito de propriedade daquela tradicional virtualidade que consistia em proporcionar ao proprietário não apenas um direito sobre a coisa, mas também, um poder sobre homens (GOMES, 1979, p. 40).

Divagando a respeito da natureza jurídica da subordinação, Romita (1979) fala que a orientação teórica corporativista foi

repudiada em face de mudanças políticas e substituída por uma concepção igualitária, segundo a qual a posição de supremacia do empregador é reduzida ao mínimo indispensável à existência e ao funcionamento da empresa (ROMITA, 1979, p. 73).

É de se observar que esta assertiva possui uma contradição em termos, ao afirmar a prevalência de uma “concepção igualitária” e qualificar seu conteúdo com uma posição de “supremacia do empregador”, mesmo que dentro dos limites do indispensável.

Com o contrato de trabalho, o empregador adquire o direito de determinar o conteúdo das prestações do trabalhador, “que o contrato e a qualificação profissional do obreiro só genericamente predeterminam” (ROMITA, 1979, p. 73). Ou seja, o fundamento jurídico da subordinação e do poder de comando – uma vez que o lado passivo do poder de comando é a subordinação ² (ROMITA, 1979) – reside no contrato, mas justifica-se em razão de constituir exigência necessária à sobrevivência da empresa.

Por assumir os riscos do empreendimento, o poder de comando cabe inteiramente ao empresário, responsável pela organização dos fatores de produção, no qual o trabalho se insere (ROMITA, 1979, p. 75). Tal conclusão também é assente nas seguintes palavras do autor:

Ao celebrar o contrato, o empregado se obriga a um *facere*, do qual, certamente, não emerge a subordinação. Não se pode supor que a vontade do trabalhador se dirija ao escopo de subordinação e à consequente

² É importante salientar que, embora se manifestem como fenômenos reflexos, a subordinação não pressupõe “a efetiva e constante atuação da vontade do empregador na esfera jurídica do empregado. Basta a possibilidade jurídica dessa atuação” (grifos no original) in ROMITA, Arion Sayon. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 84.

aceitação de todas as implicações que dela dimanam: na verdade, o querer consciente almeja a celebração de negócio comutativo, que se traduz na obrigação a um *facere* em troca do preço deste *facere* – o salário. A subordinação, portanto, não decorre do objeto dessa troca. Caberia, então, admitir que o *facere* subordinado é estranho à vontade do empregado, ou que se apresenta não no momento da formação do contrato e sim na fase subsequente, da execução tácito ajuste, ou seja, quando da inserção do trabalhador no objeto dessa troca (MAGANO, 1985, p. 196).

O autor define poder de comando como “a faculdade que lhe é reconhecida de determinar (por meio de comandos mais ou menos genéricos) o conteúdo das prestações de trabalho” (ROMITA, 1979, p. 73). Ressalta, ainda, a prevalência teórica do conceito objetivo de subordinação, haja vista o objeto do contrato de trabalho ser a atividade do trabalhador e não propriamente a pessoa do trabalhador. Assim ele explica:

Se, ao admitir o empregado, o empregador tem em vista a particular habilitação dele, e, portanto, visa mais ao trabalho do que à pessoa do obreiro, é indubitável que a atividade não se dissocia daquele que desempenha, a energia do trabalho não tem existência *per se* – é óbvio. Daí o relevo que assumem as qualidades *pessoais* do trabalhador no contrato de emprego. Na verdade, a relação de trabalho envolve obrigação patrimonial de prestação pessoal. A relação *imediata* é com o trabalho, mas há relação *mediata* com a pessoa do trabalhador (ROMITA, 1979, p. 82).

Daí, ele extrai importante conclusão: “Esta atividade é que cai sob o poder do empregador, não como poder de disposição, mas como direito patrimonial do credor de trabalho” (ROMITA 1979, p. 82).

O autor refuta, ainda, a perspectiva teórica que atribuíra à subordinação – e ao respectivo poder de comando – a natureza de um vínculo hierárquico. Tal orientação era própria do corporativismo e podia ser extraída do artigo 2086 do Código Civil italiano de 1942, que previa a dependência hierárquica de todos os colaboradores ao empresário, a quem incumbia o papel de chefe da empresa. Contra a percepção corporativista do fenômeno da subordinação e do poder no contexto trabalhista, o autor destaca ser a mesma inconciliável com os princípios da liberdade e igualdade, imperantes nas constituições mais modernas.

O vínculo hierárquico, ao revés, pressuporia uma “senhoria de superior para inferior, da qual o último não pode unilateralmente libertar-se” (ROMITA, 1979, p. 83).

Martins (2001) também menciona as correntes doutrinárias que tentam explicar o fundamento do poder de direção. Para ele, sua justificativa reside na propriedade, que confere ao empregador a prerrogativa de organizar o empreendimento. O poder

de direção, por meio do qual o empresário determina como a atividade do trabalhador lhe é prestada, também engloba o poder de controle e de disciplina. O poder regulamentar estaria inserido no conteúdo do poder de comando ou de organização.

O autor não esclarece em sua obra qual seria a natureza jurídica do poder de direção, mas afasta a corrente doutrinária que defende ser este poder um direito potestativo, pois seus limites estão estampados na própria legislação trabalhista (MARTINS, 2001).

Rangel (1976) fundamenta os poderes do empregador no fato de ele assumir os riscos do negócio e acrescenta que de seu adequado exercício depende o sucesso do empreendimento. O autor filia-se à corrente teórica que entende ser o contrato de trabalho a fonte do poder de direção, na medida em que, na celebração do contrato “o empregado adere às condições da própria empresa, através de um acordo expreso ou tácito correspondente à relação de emprego”. Somente com esta adesão é que “evidentemente o empregado se subordina, contratualmente, ao seu poder de comando” (RANGEL, 1976, p. 60).

Além do poder de comando, o empregador ainda exerce os poderes diretivo e disciplinar. Para Rangel (1976), o poder diretivo compreende a faculdade de fixar normas regulamentares para disciplinar as condições de trabalho, já o poder disciplinar corresponde ao poder de fiscalizar e aplicar sanções aos trabalhadores. Destaca, ainda, que esses poderes são limitados pela lei e pelo contrato, a fim de impedir que o empregador faça uso dos poderes que o contrato lhe confere de modo arbitrário.

No ponto de vista de Catharino (1981):

A empresa, como qualquer grupo social, pressupõe *hierarquia, direção e disciplina*, sem as quais sua existência far-se-ia impossível, destruída que seria pela anarquia. Todo grupo social somente se mantém como tal enquanto organizado, e sem autoridade, liberdade e responsabilidade qualquer um entra em crise, em agonia, e morre. Por isso, a liberdade de cada componente de grupo social, e de todos os que sejam deve estar assegurada pela autoridade, a quem cabe organizá-la, e, também, completando sua tarefa, coordená-la consigo própria. Tanto a licenciosidade como o autoritarismo são fatores negativos, de heterogeneidade e desagregadora (CATHARINO, 1981, p. 113-114).

Há, explica o autor, sob a perspectiva democrática, uma problemática na eleição do titular do poder. Na visão de Catharino (1981, p. 114) a despeito dos avanços obtidos, a fonte de poder no âmbito da empresa ainda é o capital, isto é, “a

autoridade empresária ainda está concentrada em função da propriedade, e não do trabalho³”.

O autor não concorda com a predominante orientação doutrinária de que o empregador seria titular de poderes hierárquico, disciplinar ou diretivo. “Poder” é a atribuição de uma função a alguém para atingir determinada finalidade, no interesse de outrem. Há, porém, evidente confusão de interesses entre o empresário e a empresa, de modo que o primeiro age, por meio de sua autoridade, em seu próprio interesse, em defesa de seu patrimônio, “logo, não nos parece correto dizer-se que o empregador-empresa tem *poder* hierárquico, diretivo ou disciplinar. Tem, sim, *direito* completo e integral” (CATHARINO, 1981, p. 114). Assim, ele refere-se em sua obra a direitos, e não poderes, disciplinar, hierárquico e diretivo.

O fundamento primeiro do “direito hierárquico” seria a propriedade privada, mediante o qual o empregador, conforme lhe pareça conveniente, estabelece uma “graduação funcional” do pessoal, em que poucos dão ordens a todos, outros mandam em poucos e alguns não mandam em ninguém. Por intermédio do contrato de trabalho o empregador acorda a hierarquia do empregado, por isso é apenas um instrumento de realização do “direito hierárquico”. A concepção institucionalista foi, porém, a que inspirou a legislação laboral brasileira, “mas de maneira moderada” (CATHARINO, 1981, p. 115).

O direito diretivo é sucedâneo do hierárquico e resulta da divisão da função de dirigir a prestação laboral. O contrato de trabalho também aparece, aqui, como instrumento por meio do qual o empregado assume o dever de se submeter às ordens do empregador ou de seus funcionários com alguma parcela de autoridade. A tal dever se opõe o que Catharino (1981) chama de direito subordinativo do empregador.

O “direito disciplinar” também tem por fundamento a propriedade e por instrumento de realização o contrato, por isso o empregador é seu único titular. É exigência para a manutenção da autoridade do empregador, o qual faz dele uso quando os trabalhadores descumprem o dever de se conformar às ordens que aquele dá (CATHARINO, 1981). No entanto:

Hoje até já se fala em direito disciplinar, inconfundível com o Direito Penal, como a *falta disciplinar* não se confunde com *delito*. A convergência entre

³ O autor cita, para exemplificar sua afirmação, o caso das sociedades anônimas por ação, em que cada ação corresponde a um voto, de forma que a medida do poder de decisão de cada acionista cresce proporcionalmente ao capital investido na sociedade empresária.

penalidade disciplinar e pena deve-se à finalidade comum de ambas: repressão a ato ou omissão, prejudicial a uma coletividade, maior ou menor. O Direito Penal reprime atentados contra a sociedade inteira; o disciplinar, os praticados contra grupos sociais, por seus respectivos integrantes (CATHARINO, 1981, p. 116).

Por fim, importante acrescentar que Catharino diz que a relação de emprego, por sua existência ser cogitável apenas no seio da sociedade e não fora, é, portanto, social. Entretanto, investigar os motivos que determinaram sua configuração – posição subordinada do trabalhador e subordinante do empregador – refogem ao propósito de sua obra, e acresce Catharino (1981, p. 206): “basta que se escreva uma frase: no regime capitalista, o domínio dos meios de produção explica a posição subordinante do empregador”.

Para Jeveaux, Cruz e Areosa (2002) poder é a capacidade de uma pessoa impor sua vontade unilateralmente, a despeito da resistência que encontra para fazê-la valer. Conjugando as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho que descrevem empregado e empregador, extrai-se o poder deste sobre aquele, a fim de alcançar as finalidades de seu empreendimento.

Tais dispositivos legais, porém, trazem uma “definição personalista e discricionária do poder patronal” (JEVEAUX, CRUZ e AREOSA, 2002, p. 207), porque vislumbram o fenômeno sob uma perspectiva subjetivista que posiciona o trabalhador no centro da relação de emprego, quando o correto seria tomar a prestação de serviços como tal. Por isso, “O critério mais acertado para explicar esse poder é o objetivista”, a partir do qual o trabalhador deve realizar suas atividades em conformidade com as diretivas fornecidas pelo patrão, obrigação esta que adquire por força do contrato de emprego.

É certo que a posição contratualista dos autores se depreende das observações anteriores, mas fica patente mais adiante em sua obra quando, depois de explicitar as três teorias que tentam explicar o fundamento do poder empregatício, concluem que “Tal poder diretivo, portanto, tem emanção exclusivamente contratualista” (JEVEAUX, CRUZ e AREOSA, 2002, p. 209). Eles esclarecem, ainda, que “da autonomia da vontade humana deriva para o empregado o estado de subordinação, e para o empregador o poder hierárquico” (JEVEAUX, CRUZ e AREOSA, 2002, p. 208).

Criticam a vertente patrimonialista porque tenta explicar um fenômeno essencialmente jurídico a partir de aspectos econômicos da relação de emprego.

Os autores afirmam, ainda, que o poder hierárquico pertence exclusivamente ao empregador, mas nada impede “que o poder diretivo patronal possa ser diluído e exercido com a colaboração de outros empregados, por imperiosa necessidade da divisão do trabalho” (JEVEAUX, CRUZ e AREOSA, 2002, p. 211). Eles confrontam essa titularidade com o fenômeno da despersonalização do empregador, o que determinou a distribuição do poder intraempresarial entre não proprietários; muitas vezes o empregado anui com o contrato de trabalho sem sequer ter conhecimento do empresário individual ou das pessoas físicas que compõem a sociedade empresária – por vezes elas sequer existem, quando se trata, por exemplo, em sociedades cujos sócios são outras sociedades.

Os autores citam o caso das terceirizações admitidas no ordenamento jurídico nacional ou pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cujo empregador é um, mas o exercício do poder diretivo não é exercido exclusivamente por ele, pois estes empregados também se submetem às orientações dos tomadores de serviço para executar suas atividades.

No poder hierárquico insere-se, além da prerrogativa de dirigir as atividades dos empregados, o poder de fixar normas internas de conduta, para orientar as atividades dos trabalhadores, e o poder disciplinar. Os autores também entendem que a adoção de medidas disciplinares para os empregados faltosos, ou seja, que descumprem os deveres contratuais de diligência, de obediência e de disciplina, são imprescindíveis para manter a ordem interna empresarial, e é consectário lógico do poder diretivo; sem o poder de aplicar sanções, este pereceria.

De acordo com Jeveaux, Cruz e Areosa (2002) a teoria contratualista, ao tentar explicar o poder disciplinar, assemelha-se com a teoria institucionalista, pois “ambas são assentes em confirmar que o empregador exerce o poder em nome da empresa, sendo esta uma organização para a exploração de atividade econômica” (p. 213). Embora tenham esclarecido sua posição contratualista, porque entendem o poder hierárquico como um fenômeno jurídico, que decorre da manifestação da vontade livre dos partícipes da relação, os autores acrescentam que este mesmo fenômeno, do ponto de vista político, tem outros fundamentos:

O postulado filosófico do liberalismo, capitaneado por Locke, era o de que, ao alcançarem os homens o estado de sociedade, estabeleciam eles um regime de propriedade consolidado no estado de natureza imediatamente anterior, em que a apropriação ocorria com o trabalho. Na medida em que, no uso da sua razão, o homem havia trabalhado sobre a terra, lhe adquiria a

propriedade. Em contrapartida, aqueles que não haviam trabalhado, não auferiam o mesmo direito, de modo que, ultrapassado o estado social para o de sociedade, àqueles que não se apropriaram restava apenas a força de trabalho que, então, podiam “vender aos legítimos proprietários. Retirado o detalhe de que o estado de natureza era apenas pressuposto (e não real, nunca havido), e que o estado de sociedade era não menos aquele que se pretendia manter, o que realmente justifica os poderes do empregador sobre os empregados, sob a ótica da teoria política, é mesmo a propriedade sobre os meios de produção, dentre os quais, o trabalho (JEVEAUX, CRUZ e AREOSA, 2002, p. 214).

Barros Jr. (*apud* MAGANO, 1985) define empregador como o sujeito dominante na relação contratual de emprego, na medida em que a lei lhe incumbe a responsabilidade de dirigir a prestação pessoal de serviços do empregador. Na sua opinião:

Se o contratante é uma pessoa jurídica, a noção de empregador já se torna resultado de uma abstração. Se for um grupo de empresa as dificuldades de identificar o empregador aumentam, pois o critério da autoridade sobre o assalariado se torna difuso. Esse critério pode até ser tido por obsoleto diante do fenômeno da concentração de empresas, suporte das economias capitalistas atuais. A concentração formada de sociedades, acompanhada da internacionalização do capital concretizada pela multiplicação das empresas multinacionais, acrescenta novas dificuldades, porque a determinação do empregador no plano internacional é também uma questão distinta daquela que se apresenta nos contratos de trabalho submetidos a uma única lei competente. Nas sociedades de capital descentralizado o empregador seria o dirigente da empresa ou o administrador da filial, quase sempre assalariado da empresa principal? (BARROS JR. *apud* MAGANO, 1985, p. 200).

Russomano (1991) afirma que a natureza da subordinação é hierárquica, eis que o empregado tem o dever de respeitar as ordens que o empregador dá em nome da organização empresarial; este é o poder diretivo, do qual é titular porque sobre ele repousa a propriedade dos meios de produção e, por conseguinte, assume os riscos do empreendimento.

Nesse sentido, importante transcrever suas palavras sobre o tema:

Não será excessivo, por certo, lembrar-se, por outro lado, que o poder diretivo atualmente exercido pelo empresário, correlato à subordinação hierárquica do empregado, se embasa na própria estrutura interna da empresa contemporânea. Esta obedece a um princípio necessário de organização interna, que repousa, simultaneamente, em um sistema de trabalho sistemático e disciplinado. Em nome da organização interna da empresa assim concebida, pode o empresário dar ordens legítimas e está o empregado compelido a cumprí-las (RUSSOMANO, 1991, p. 72).

Esta orientação teórica tem suas raízes nas ideias do liberalismo clássico, mas foi posteriormente amenizada com a compreensão de que o poder do empresário não

é ilimitado e somente pode ser legitimamente exercido se dentro dos limites da lei, normas coletivas, regulamentos intraempresariais e contratos individuais de trabalho (RUSSOMANO, 1991).

Citando Bernardes, Russomano Jr. (*apud* 1991 MAGANO, 1985, p. 236-237) afirma que “a par da identificação do contrato individual de trabalho como causa formal do poder diretivo do empregador, a determinação de sua causa primeira, isto é, a propriedade econômica e jurídica”.

Com isso, ele pretende demonstrar que a análise dos direitos e obrigações dos empregados e empregadores, embora derivem formalmente do contrato, depende da contextualização da relação laboral no modo de produção em que se desenvolve. Ele conclui pelo fundamento da propriedade porque esta é a base do sistema capitalista, em que os trabalhadores estão afastados da posse e propriedade dos meios de produção.

[...] uma conclusão apresenta-se irredutível: a separação completa dos empregados, no modo de produção capitalista, dos meios de produção, de sua propriedade e posse, formal ou técnica. Assertiva essa corroborada pela própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ao definir o empregado como assalariado e subordinado ao empregador, o qual assume não somente a direção da prestação pessoal dos serviços, mas, também inteiramente, os riscos da atividade econômica (arts. 2.º e 3.º). Essas definições constantes de dispositivos de lei, compreendidos no quadro do modo de produção capitalista, anteriormente caracterizado, colocam, com precisão e de imediato, a situação do empregado perante o empregador: subordinação absoluta, transferência ao empregador do produto do trabalho (há, unicamente, pagamento de salários) e dependência hierárquico-funcional e econômica (MAGANO, 1985, p. 236-237).

Leite (1996) trata o assunto bem resumidamente, relatando o conceito e os poderes que o compõem. Além disso, apenas descreve as teorias sobre os fundamentos do poder de direção e o disciplinar, sem, porém, assumir qualquer posição sobre o debate. Por fim, aborda o tema do ponto de vista legal.

Para conceituar o poder diretivo, Vilhena (1975) primeiro conceitua empresa, na medida em que este poder exsurge exatamente como instrumento de concretização de seus objetivos. Pois bem, explica o autor tratar-se de uma “unidade *técnico-econômica* de produção de bens e serviços” (p. 110) que se organiza internamente a fim de tornar possível a realização de suas finalidades. Organização é, portanto, requisito indispensável para coordenar todos os elementos que compõem a atividade produtiva empresarial, por sua natureza, heterogêneos e desagregados, a

fim de fazê-los confluir no mesmo sentido, sempre em direção à concretização dos fins a que se propôs a empresa.

Se a atividade empresarial pressupõe coordenação das diversas atividades que a compõe, e considerando pertencer ao empregador o preponderante papel de coordená-las, conclui-se que a direção “é um *poder*, mas um *poder-função*, isto é, que se acha adstrito a um campo certo de misteres e que tem por objeto o cumprimento de determinados fins, de natureza *técnica*” [...] Esse poder é, antes de tudo, *poder-função*: atividade sobre atividade. Em seguida, é teleológico: visa fins, como regular a prestação do trabalho e a garantia de sua continuidade. É *efetivo*, mas é, também, *expectante*, pois atua não só sobre a força-trabalho em desenvolvimento, como abarca momentos de aparente recesso na prestação de serviços (VILHENA, 1975, p. 110; 116).

Sob a perspectiva legal, a posse do poder diretivo caracteriza a figura do empregador; é ele que dirige a prestação pessoal das atividades do empregado e assume os riscos da atividade. Esta é, portanto, uma definição jurídica, que não apreende o sentido social do termo, considerando os casos de indivíduos que protagonizam o papel de dirigente da prestação de serviços dos funcionários que lhe são subordinados, sem, porém, poder ser caracterizado como empregador, porque também são empregados.

Somente é empregador aquele “que detém, *ultima ratio*, em uma unidade econômica de produção ou troca de bens e serviço, o *poder de direção*. É a pessoa detentora do negócio ou exploradora da atividade e que coincide com aquela que lhe colhe os resultados” (VILHENA, 1975, p. 109). A titularidade da empresa pode ser, portanto, uma pessoa física ou jurídica e, nesse último caso, qualquer um que exerça o poder de direção o fará por delegação desta.

Há, ainda, por parte do autor, repúdio à orientação subjetivista do poder hierárquico – ele usa as expressões poder hierárquico e diretivo indistintamente –, traduzido na concepção de senhoria, que importa poder do homem empregador sobre o homem empregado, acepção esta vinculada ao preconceito histórico que posiciona o homem como objeto de direito. Qualquer ideia relacionada à existência de um poder incondicional de um homem sobre outro não merece prosperar, na medida em que o poder de direção decorre de uma relação juridicamente estabelecida entre os contratantes e se exerce, pois, entre as esferas jurídicas de cada um deles, abrangidas no contrato.

Vilhena (1975) critica o argumento de que o trabalho e a pessoa do empregado estão necessariamente vinculados, quando utilizado para justificar os limites ao poder diretivo em respeito à dignidade da pessoa do trabalhador. Não lhe parece correto

porque, primeiro, implicaria subordinar o exercício do poder ao juízo ético, e, portanto, questionável, de seu titular; segundo, porque os limites à atuação do empregador enquanto dirigente da atividade empresarial são consectários da própria natureza daquele poder, isto é, se se trata de um poder-função instituído com o fim de coordenar as atividades da empresa, deve ser exercido dentro nos limites do necessário, para cumprir com a referida finalidade. Com base nestes fundamentos, conclui o autor:

Se o objeto do contrato de trabalho é o *trabalho*, importa, aqui, como elemento de vinculação na empresa a *atividade*, pois a empresa não passa de uma *soma de atividades*, que se distribuem por um sistema racional e organizado de desenvolvimento. *Ultima ratio*, o que se visa é a *regularidade*, a *continuidade* e a *segurança* dessa *atividade*. Esse é que é o limite de exercício do *poder diretivo*, que a ordem jurídica confere ao empresário. Está-se no plano das *esferas jurídicas*, porque jurídica é a estrutura, a rede de interações fundamentais, em que se entretence a vida empresária *interna corporis* entre *empregador e empregado* (grifos no original) (VILHENA, 1975, p. 113).

A conclusão seria, portanto, outra: porque não é possível dissociar a atividade do trabalhador de sua pessoa, o empregador exerce o poder diretivo sobre esta atividade, com o desiderato de alcançar a confluência de esforços para atingir a finalidade da empresa. Apenas nas hipóteses em que a atividade prestada pelo trabalhador, obrigação de natureza jurídica adquirida em razão do contrato de trabalho, rompe com a segurança e previsão necessária à regularidade das atividades empresariais é que pode o empregador lançar mão dos demais poderes associados ao poder diretivo, como, por exemplo, o disciplinar (VILHENA, 1975).

O trabalho de Pereira (1991) destina-se a comprovar que o objeto do contrato de trabalho não é a prestação de serviços e a correlata remuneração do trabalhador, conforme entendimento dominante na doutrina brasileira e estrangeira aponta.

Do ponto de vista do empregador, a subordinação é, ao lado do trabalho, a obrigação contratual mais importante, que justifica a celebração do contrato de emprego, independentemente da natureza que a ela se atribuir. Pereira (1991) não aceita, porém, conferir à subordinação a natureza de um dever, na medida em que nenhum poder ou dever provém do ajuste privado de vontades; seria, portanto, uma obrigação contratual que assume por força do contrato. E prossegue:

E não haveria, mesmo, como deixar de ser assim, dado o estágio atual da civilização, em que só pela via contratual se pode admitir, no relacionamento privado entre cidadãos, a sujeição de um às ordens de outro. Ao mesmo

tempo, aliás, em que constitui meio hábil para gerar a obrigação de tal sujeição, o contrato de emprego, mercê de sua inasfatável regulamentação constitucional, legal e convencional, também é, e principalmente, o instrumento poderoso da limitação dessa mesma obrigação. A tal ponto isso é verdadeiro, que mesmo aqueles que procuram, por louváveis razões de natureza humanitária, reduzir a importância da subordinação, na caracterização do vínculo empregatício, acabam tendo de admitir estarem tratando de mera hipótese, cujo advento histórico mostra-se distante e incerto (PEREIRA, 1991, p. 42).

O autor não concorda com a orientação teórica que define a subordinação como uma situação jurídica que decorre necessariamente do modo de produção capitalista. Ele entende a subordinação como uma exigência da organização produtiva, seja qual for o regime econômico em que se insere. Assim, se o trabalhador firma contrato de trabalho, ele assume a obrigação de prestar atividade subordinada a quem quer que a dirija, seja proprietário ou não dos meios de produção, porque seu trabalho estará inserido dentro de uma cadeia organizada e hierarquizada de produção.

O poder diretivo também poderia ser definido como a “prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos” (MARTINEZ, 2011, p. 187). Neste caso, os propósitos a que o autor se refere resultariam do papel institucional da empresa para a sociedade.

A empresa é uma instituição, destinada a cumprir um papel social em benefício do bem comum e, para tanto, é a titular exclusiva do poder diretivo. Nas palavras de Martinez (2011), “Esse ‘poder’ é da empresa – ou dos equiparados a esta –, e não de quem eventualmente comanda a empresa” (p. 188) tanto que “a existência do empreendimento não está condicionada à de nenhum de seus empreendedores, pessoas físicas” (p. 188). Nesse sentido, fica clara a posição institucionalista do autor. Fato, aliás, interessante, porque esta corrente foi já ultrapassada na doutrina majoritária, objeto de constante repúdio dos demais autores pesquisados. Para este autor:

Qualquer poder somente pode ser legitimamente exercido no contexto social contemporâneo se institucionalizado pelo Estado, como mecanismo de impor limites ao seu exercício. Por isso, o poder diretivo apenas tem fundamento quando inserido no contrato de trabalho; somente assim se justificaria “o domínio e a razão de ser da subordinação jurídica” (MARTINEZ, 2011, p. 188).

A respeito do poder disciplinar, Martinez (2011) discorre sobre temas pertinentes à dogmática jurídica, como as modalidades de sanções que o ordenamento jurídico nacional admite. Analisa, rapidamente, os fundamentos que o justificam, mas não esclarece sua posição, que ora se supõe identifica-se com aquela atribuída ao poder diretivo, do qual afirma aquele ser apenas uma variável.

O poder de direção, de acordo com Pinto, Martinez e Mannrich (2013), diz respeito à criação das normas internas que orientam a prestação de serviços. A ele é ínsita a ideia de hierarquia, no sentido de níveis graduais de autoridade dentro da organização empresarial: “A verdade é que o amálgama resultante da organização, direção, e hierarquia deságua na certeza quase axiomática de que não há empresa sem organização, nem organização sem direção, nem direção sem hierarquia” (PINTO, MARTINEZ e MANNRICH, 2013, p. 333).

O poder de fiscalização, por sua vez, decorre do poder de direção, sem o qual este não teria qualquer efetividade. Isto é, por meio do poder de fiscalizar o empregador confere se seus subordinados estão desenvolvendo suas atividades em cumprimento às normas internas de direção. É, assim, que o poder de fiscalização confere legitimidade ao poder disciplinar, de o patrão punir os trabalhadores que transgridem suas ordens (PINTO, MARTINEZ e MANNRICH, 2013).

De acordo com Pinto, Martinez e Mannrich (2013) ainda, o poder disciplinar “é a prerrogativa legalmente reconhecida de punir os empregados pela inobservância faltosa dos comandos relativos à ordem interna e das obrigações individuais do contrato” (p. 332).

O autor fala em fonte material subjetiva e objetiva: a primeira é o empregador, “porque encarna o poder original de criação da empresa”, isto é, o empregador é a figura que concretiza a ideia original, congregando para isso os elementos intelectuais e materiais; a segunda é a subordinação jurídica, “pressuposto da relação individual de emprego” (PINTO, MARTINEZ e MANNRICH, 2013, p. 332).

O poder disciplinar tem estrita relação com o Direito Penal, no que pertine aos fins, isto é, “repressivo (da transgressão), exemplar (do faltoso) e pedagógico (da comunidade)” (PINTO, MARTINEZ e MANNRICH, 2013, p. 332).

É de titularidade exclusiva do empregador – atributo soberano e unilateral, fala o autor –, embora possa ser objeto de delegação aos prepostos, junto com o poder de direção. A participação dos empregados restringe-se à possibilidade de negociar a

autolimitação do exercício deste poder, por meio de negociação coletiva e como fruto do processo de democratização da empresa.

Como nota Alves (2004), a subordinação clássica, tal qual descrita na grande maioria dos manuais e obras de direito do trabalho, “é fruto de um período histórico cujo centro de produção é o posto de trabalho nos moldes fordistas, em que o empregador tem total controle sobre o desenvolvimento da prestação laboral” (p. 78).

Adere coerentemente a esta assertiva a correlação tradicional entre subordinação e poderes de comando, tal qual faces de uma mesma moeda, porque um deve existir na exata medida em que o outro.

Entretanto, a sociedade do trabalho sofreu amplas modificações desde a concepção original de operário, ocupante de um posto na fábrica do século XVIII. Nas palavras do autor:

A crise do modelo taylorista-fordista de produção acarretou o surgimento e o desenvolvimento do sistema pós-fordista ou toyotista nas relações produtivas. Nesse modelo atual a subordinação é diluída. A fábrica mínima, estrutura ideal da produção pós-fordista, requer um novo perfil do trabalhador. Chefias e gerências são substituídas, sempre que possível, pela responsabilização de cada um dos trabalhadores pela tarefa a ser desenvolvida. A subordinação passa de um controle direto, presente, efetivo, para uma atribuição de responsabilidades sutil e frequentemente cobradas pelo empregador. O temor do desemprego – estrutural e a serviço, em muitos casos, do capital – age também como forma menos ostensiva de controle sobre a produtividade de cada trabalhador. A mudança nas relações de trabalho, no dia-a-dia do mercado, deve, sim, acarretar mudanças normativas no sistema protetivo juslaboral (ALVES, 2004, p. 78).

Nesse contexto, haveria o que o autor chama de “sutilização do comando”.

3.3 A visão dos autores latino-americanos

Segundo Rodriguez (1982), trata-se o poder de direção da prerrogativa de o empregador dirigir a prestação laborativa dos empregados, e decorre não da propriedade dos meios de produção nem de relação de superioridade hierárquica, mas pura e simplesmente da necessidade de organizar a atividade empresarial e, portanto, o trabalho a fim de propiciar “uma condução responsável e coerente” (p. 135).

Ao poder de direção do empregador, corresponde a obrigação de obediência para o trabalhador, imanente à própria natureza do contrato de trabalho, isto é, independe das condições especificamente pactuadas pelas partes. Observa

Rodriguez (1982), todavia, que as obrigações das partes no contrato de trabalho decorreriam menos do pacto formal de trabalho do que da relação trabalhista, porque presentes mesmo quando presente esta, mas ausente aquele. Nas palavras do autor:

Restam, portanto, por exclusão, as (obrigações) que derivam da natureza do contrato. Estas, aliás, são as que apresentam maior interesse, porquanto aparecem sempre, seja qual for a regulamentação e sejam quais forem as estipulações das partes. Paradoxalmente se tem observado, entretanto, que estas obrigações, que apresentamos como derivadas da natureza do contrato, emanam na realidade da relação trabalhista, de vez que aparecem mesmo quando não existe contrato ou quando o contrato for nulo (PLÁ RODIGUEZ, 1982, p. 128).

Rodriguez (1982) explica, ainda, que o atual conceito de subordinação opõe-se à ideia de submissão pessoal, por quatro razões:

1) Subordinação não é o mesmo que sujeição ou submissão, palavras que podem sugerir a noção de inferioridade. Pela própria origem etimológica, a expressão significa estar sob as ordens, ou seja: trabalho subordinado que dizer, simplesmente, trabalhar de acordo com as ordens que se recebem de outros. 2) O atual conceito de subordinação não supõe submissão pessoal porque se reduz à órbita do trabalho, sem estender-se ao resto da vida do trabalhador. Não há, portanto, nem a mais leve agressão à sua dignidade. 3) É uma relação de subordinação à qual se submete livremente o trabalhador que conta com a proteção do Estado para que sua debilidade econômica não o leve a aceitar por força esta relação. 4) supõe uma série de medidas protetoras e benéficas para o trabalhador, que operam como compensação (RODIGUEZ, 1982, p. 29).

A relação subordinação de trabalho existe mesmo quando o trabalhador não se submete concretamente a uma ordem do empregador, bastando, para isto, a possibilidade de este exercer seu poder de direção sobre aquele. São, portanto, aspectos correlatos: o poder de direção não seria eficaz se não lhe correspondesse a subordinação do empregado.

Rodriguez (1982, p. 31) justifica o poder de direção no fato de o empregador assumir os riscos financeiros da atividade empresarial.

3.4 A visão dos autores europeus

Santoro-Passarelli (1973) explica que o poder diretivo decorre da organização hierárquica da empresa, em cujo topo se situa o chefe, que pode ser o empresário ou

qualquer colaborador ou preposto, nomeado para exercer os poderes de direção delegados por aquele.

Seu conteúdo, conforme interpretação conferida a dispositivo legal que prevê o dever de obediência do trabalhador ⁴, é amplo e varia de acordo com “a categoria e qualificação do empregado” e com “o sistema de trabalho adotado e de remuneração” (SANTORO-PASSARELLI, 1973, p. 137). Há, portanto, uma relação hierárquica entre os diversos integrantes do organismo empresarial, cuja organização resulta, invariavelmente, numa relação de dependência entre os diversos níveis de poder.

De acordo com o autor italiano, são os mesmos os fundamentos do poder disciplinar, pois também retira seu pressuposto de validade na lei e lógico na organização empresarial (SANTORO-PASSARELLI, 1973, p. 137). A relação de trabalho produz para o trabalhador três deveres de comportamento: as obrigações de trabalho, de fidelidade de obediência.

Ao infringir qualquer desses deveres, nasce para o empregador o direito de impor uma sanção disciplinar, sempre proporcional à gravidade da falta cometida. Um dos pontos mais importantes e sensíveis da relação laboral seria, exatamente, a regulamentação das sanções disciplinares, tarefa, em regra, reservada às normas coletivas.

Para Santoro-Passarelli (1973), as sanções disciplinares têm natureza de penas privativas e não se confundem com a cláusula penal, sobretudo porque não possuem a função de ressarcir o empresário de eventuais prejuízos pecuniários que tenha sofrido com o comportamento faltoso do trabalhador. A razão precisa que justifica sua imposição, continua:

É que elas são indispensáveis para assegurar a continuidade da atividade da empresa, por serem adequadas às exigências desta, pela natureza das infrações, pela rapidez da sua aplicação, pela presteza e segurança de sua execução. As soluções do Direito Comum, aplicáveis somente às infrações mais graves, irreparáveis nas suas consequências, como a rescisão e como a condenação do empregado, talvez inexecutável, ao ressarcimento dos danos, por si não seriam suficientes (SANTORO-PASSARELLI, 1973, p. 137).

⁴ É dito, a propósito do dever de obediência: o trabalhador deve ‘observar as disposições estabelecidas para a execução e disciplina do trabalho pelo empresário e pelos colaboradores destes, dos quais hierarquicamente depende’ (art. 2104)” (SANTORO-PASSARELLI, 1973).

Semelhante é o modo como Sanseverino (1976) explica o mesmo fenômeno. De acordo com a autora italiana, o contrato de trabalho posiciona as partes na situação concomitante de credores e devedores. A origem do poder diretivo é, portanto, contratual e justifica-se diante da necessidade de organização do trabalho no interior da empresa. Para o empregado, há a obrigação principal de prestação de serviços e as complementares, dentre as quais se destaca a de subordinação às ordens que o empregador profere para determinar o conteúdo geral e específico de suas atividades. Nas suas palavras:

Do ponto de vista mais restrito, a subordinação não está desvinculada do contrato e não ultrapassa os limites gerais da relação obrigatória, da qual representa forma especial de manifestação (n.º 31 e n.º 161). Se o empregador tem direito de comando e o prestador de trabalho o dever de obediência, o primeiro comanda como credor, e não como patrão. Mais precisamente, o empregador comanda porque é titular de uma relação de obrigação na qual se projeta, também, sua qualidade de organizador responsável (SANSEVERINO, 1976, p. 204).

Sanseverino (1976) propõe diversos conceitos para o poder diretivo: “Faculdade, para o empregador, de determinar as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas, que o empregado deve observar”, instrumento por meio do qual o empregador “dá destinação concreta às energias de trabalho”, ou a “possível requisição de uma série de comportamentos no âmbito das funções convencionas” (SANSEVERINO, 1976, p. 207). Em todas, a autora deixa claro que o poder diretivo não é ilimitado, eis que circunstancialmente vinculado às atividades a que o trabalhador se obrigou por força do contrato de trabalho:

Em seguida, a origem contratual do poder diretivo legítima, com eventual colaboração da Comissão Interna ou, eventualmente, do sindicato de empresa pertinente, um certo controle sobre as ordens recebidas pelo trabalhador, enquanto elas podem estar em contradição com fundadas pretensões que derivam do que, objetiva e subjetivamente, pode ser a posição do interessado. O trabalhador investe-se, portanto, como titular de certi *ius resistentiae*; assim, os tribunais italianos têm considerado (também assim o fazem os tribunais brasileiros) que ele possa recusar-se a obedecer, quando o empregador exceda os limites legitimados pelas funções contratualmente ajustadas (SANSEVERINO, 1976, p. 208).

A autora apontava a tendência verificada no ordenamento jurídico italiano de restringir os poderes do empregador, contribuindo, para tanto, o reconhecimento do trabalhador como titular de “direitos especiais” (SANSEVERINO, 1976, p. 200) e a crescente interferência do poder sindical na elaboração de regulamentos

intraempresariais, resultando, também, na limitação do poder diretivo e de controle patronais.

Em segunda instância, o poder diretivo, que inicialmente se manifesta nas ordens individuais e gerais expedidas pelo empregador, passa a se realizar com o poder de controle, “pela vigilância sobre a efetiva e regular atuação, seja da organização do trabalho estabelecida, seja pelas funções confiadas a cada prestador individualmente” (SANSEVERINO, 1976, p. 207). Em último plano, do poder diretivo também emana o poder disciplinar.

Sobre esta última forma de manifestação do poder diretivo, a autora reserva itens específicos, destinados ao estudo do conceito, origem e fundamento, sanções disciplinares, estrutura, ordenamento jurídico correlato, procedimento e, por fim, investiga a necessidade de culpa do empregado para caracterização da falta disciplinar.

Partindo da premissa anteriormente exposta, acerca do necessário exercício do poder diretivo como instrumento idôneo a estabelecer e manter a organização empresarial, parece natural atribuir ao empregador, também, a faculdade de sancionar o trabalhador cujo comportamento mostrou-se desconforme com as regras de conduta previamente estabelecidas para dirigir a prestação de serviços. Assim como ocorre com o poder diretivo, o poder disciplinar tem fundamento no contrato, portanto, e corresponde à “harmônica responsabilidade” do trabalhador pelo inadimplemento das obrigações que assumiu contratualmente.

Se, sob o pretexto de manutenção da ordem intraempresarial, a disciplina de responsabilidade contratual do direito comum não se mostrou suficiente, foi preciso lançar mão das sanções disciplinares, que se caracterizam por visar, não meramente a restituição patrimonial, mas, atendendo especificamente aos fins a que se propõe o poder disciplinar, “salvaguardar determinada organização do trabalho na empresa” (SANSEVERINO, 1976, p. 211). O êxito que se alcança com a aplicação efetiva das penalidades de natureza disciplinar é devido, portanto, ao potencial específico de que estas são dotadas para reprimir comportamentos faltosos e evitar reincidências.

Como faculdade que é, o poder disciplinar constitui ato discricionário de titularidade do empregador, a cuja vontade deve o empregado se submeter, sem espaços para oposição – com as mesmas ressalvas feitas, pertinentes ao poder diretivo. Todavia, por dizer respeito diretamente ao comportamento do trabalhador e não, indiretamente, como ocorre com as ordens diretivas gerais e individuais

externadas pelo patrão, justificou-se ainda mais a preocupação com os limites àquela discricionariedade. Tais restrições foram assim resumidas por Sanseverino (1976):

Com fundamento na origem contratual do poder disciplinar deduz-se: 1.º) que é limitado pela matéria (infrações relativas às obrigações decorrentes da prestação de trabalho); 2.º) pelo tempo (período de validade e de execução de determinado contrato); e, finalmente, 3.º sobretudo, porque fica sujeito a condições relativas, seja à real existência da falta cometida pelo trabalhador, seja porque deve haver proporção entre a falta cometida e a sanção aplicada (SANSEVERINO, 1976, p. 212).

Ao tratar do tema “dependência”, Olea (1984) critica a insistência da doutrina em centralizar o debate na caracterização deste elemento, ao invés de discutir os crescentes limites que a ela vêm se impondo, porque esta é, inclusive, a tendência histórica do trabalho livre. A respeito do tema, são elucidativas as palavras do autor europeu:

A propósito, deve ser dito, desde logo – a despeito da expressão “dependência” ser imprópria, posto que sugere uma série de idéias com as quais, na realidade, não se corresponde, em boa medida, por seu anacronismo, deixando de sugerir outras que são necessárias para caracterizá-la –, que a dependência é uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiros. Os produtos, no trabalho por conta alheia, pertencem originariamente a pessoa distinta da que efetivamente trabalha; aquele se reserva um poder de direção ou de controle sobre os bens que devam ser produzidos, além de determinar como, quando e onde devam tais bens ser produzidos. No caso, hoje comum, de bens ou resultados complexos, provenientes de um trabalho conjunto, o poder de coordenar a produção de cada trabalhador com a dos demais é, também, reservado ao empresário. Fica, destarte, bem claro que a dependência é inconcebível sem a prestação de trabalho para terceiros – em extremo sem o ponto *a priori* de que os frutos do trabalho pertencerão a outro – e que, em consequência, o ponto básico a ser destacado na realidade social, quer em sua estruturação jurídica, quer sob o ponto de vista doutrinário, reside, não na dependência, mas no desvio da atividade para terceiros. De resto, a submissão a ordens é muito relativa em numerosos contratos de trabalho e, em alguns casos, quase inexistente, aparecendo mais como uma potencialidade que só atua em momentos críticos, não tendo, por isso mesmo, expressão objetiva. Na eventualidade de vir a concretizar-se, romperia até com a seqüência natural do trabalho e seu normal desenvolvimento. Em vista disso, a tendência hoje observada é conceber a dependência como um mero “estado”, dentro de um quadro orgânico de funções e de competências, dentro de um “círculo rector” ou de uma “esfera organizativa”, ligando-se, assim, com a idéia de trabalho prestado a organizações, de que se falará em seguida. Ademais, insistir sobre a dependência – especialmente sobre uma noção anacrônica da mesma –, e não sobre suas limitações, que são as que caracterizam o trabalho livre, é extremamente perturbadora e traz, como consequência, entre outras, a exclusão, ou a inclusão apenas parcial ou por extensão, no Direito do Trabalho, de atividades tipicamente prestadas a terceiros, como é o caso do trabalho a domicílio, que foi uma das primeiras manifestações históricas do contrato por conta alheia. Seria de boa índole indagar se a discussão, a esta altura, não está se tornando demasiadamente bizantina (OLEA, 1984, p. 31).

Seguramente, na opinião do autor, o critério mais acertado para caracterizar o objeto do Direito do Trabalho é a subordinação jurídica; sempre que se estiver diante da subordinação jurídica, isto é, trabalho prestado a outrem, sob a ordem e direção deste, estar-se-á diante da relação de trabalho e não de trabalho autônomo.

Da afirmação de que o trabalho prestado pelo empregado é essencialmente pessoal, isto é, não se dissocia o trabalho prestado da pessoa do prestador, Pinto extrai conclusão distinta: “A direcção da execução da prestação é sempre, e inelutavelmente, uma direcção sobre a pessoa do trabalhador, obviamente teleologicamente restrita à execução do trabalho” (PINTO, 1996, p. 76). Por isso, o autor entende que a subordinação jurídica do trabalhador é, também, pessoal, muito embora tenha feição funcional, porque existe como meio necessário a atingir finalidades econômicas, sociais e organizacionais.

Pinto (1996) destaca, ainda, que a estrutura jurídica da relação de trabalho subordinado tem correspondência com o modelo socioeconômico no qual está inserido, de onde é possível apurar uma “funcionalidade social-prática da relação de trabalho” (p. 77).

4 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS FINALIDADES DA PENA SEGUNDO A TEORIA CLÁSSICA

4.1 Contextualização do tema

Neste capítulo, o estudo reunirá as principais correntes relacionadas à doutrina penal, no que se refere aos Princípios do Direito Penal e às finalidades da pena. Quanto ao primeiro tema, serão abordados os princípios da legalidade e suas decorrências, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da culpabilidade e da humanidade, porque referidos em comum nas obras doutrinárias objeto de pesquisa. No tocante às teorias dos fins da pena, a análise será centrada nas principais propostas teóricas que tiveram por objetivo legitimar o uso e a titularidade da sanção penal.

4.2 Princípios de Direito Penal

4.2.1 Introdução

Reunir as duas disciplinas objeto de análise no presente trabalho, ao final do trabalho, não se poderá fazer sem estabelecer os pilares axiológicos e normativos de cada um dos ramos do Direito ora em estudo. Além disso, tais postulados funcionam como o melhor indicativo da orientação política eleita para fundamentar o “discurso” legitimador, e sob quais fundamentos está assentado. Nesse sentido, é ilustrativa a introdução ao tema que Bitencourt (2004) faz:

Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm hoje a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo*, e garantista (grifos no original) (BITENCOURT, 2004, p. 9-10).

4.2.2 Princípio da Legalidade

O Estado de Direito, que se inaugurou no Século XVIII como sequela e repúdio ao Estado absolutista, submete a atuação interventiva estatal aos estreitos enlaces

das normas jurídicas, na medida em que somente a lei tem aptidão para refletir legitimamente a vontade popular.

Com o objetivo de afastar arbitrariedades, considerando ainda que o exercício do Poder Punitivo pelo Estado repercute em direitos de alçada fundamental do cidadão, a imputação de um crime e a aplicação da respectiva pena pressupõem, necessariamente, prévia previsão legal, devendo esta ser, ainda, clara, precisa e específica. A gravidade de seus efeitos, que derivam da natureza dos mecanismos de que se utiliza para reprimir as condutas repudiadas em um ordenamento jurídico, conduz à conclusão exposta por Roxin (*et al.*, 1997, p. 137) de que “*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal*”.

Desse modo, o princípio da legalidade, somado aos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, compõem o aparato instrumental limitador do Poder Punitivo estatal (ROXIN *et al.*, 1997, p. 137), capaz de garantir seu exercício legítimo, no seio de um Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de “um imperativo que não admite desvio nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça” (BITENCOURT, 2004, p. 10).

A abrangência do preceito tem larga escala nos ordenamentos jurídicos nacionais, de modo que há

quem, a exemplo de Ferrajoli, considere que o princípio em sentido estrito compreende todas as demais garantias penais e processuais como condições necessárias à legalidade penal: proporcionalidade, devido processo legal etc. (QUEIROZ, 2013, p. 79).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da legalidade no artigo 5º, XXXIX: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal”.

Entretanto, em sua fórmula tal como hoje se entende, deita suas raízes no iluminismo do século XVIII (ROXIN *et al.*, 1997, p. 142), tendo derivado do pensamento liberal que justificou a reconfiguração das estruturas política e econômica europeias naquele contexto histórico.

As primeiras referências ao princípio da legalidade constam, exatamente, de documentos que surgiram naquele período, como em Constituições de alguns Estados norte-americanos, no Código Penal austríaco de 1787, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (ROXIN *et al.*, 1997) e na

Constituição Francesa de 1791 (MIR PUIG, 2003, p. 125). Antes de tais diplomas, é possível identificar menções ao princípio, mas sem a feição atual de garantia dirigida ao cidadão frente às arbitrariedades do governante, como é o caso da Carta Magna inglesa de 1215 e a *Constitutio Criminalis Carolingia* germânica, de 1532 (MIR PUIG, 2003).

Isso porque, com a conquista do poder político pela burguesia, que já dominava o cenário econômico europeu, mas que, na égide do Antigo Regime, via-se politicamente preterida, os filósofos do liberalismo teorizavam mecanismos aptos a expurgar de vez o arquétipo de governo arbitrário típico do absolutismo precedente. Sob a perspectiva do Estado liberal, portanto, o respeito aos comandos legais despontou como o mais adequado instrumento de realização da propalada liberdade do cidadão, de imposição de visíveis limites às intromissões estatais indesejáveis.

Nesse contexto, o Estado de Direito consagra-se como um dos fundamentos do Direito Penal subjetivo, isto é, confere o substrato político capaz de justificar a titularidade do *ius puniendi* nas mãos do Estado, de modo que o princípio da legalidade exsurge como derivativo lógico, impondo limites ao exercício legítimo do poder punitivo estatal.

É preciso, portanto, apreendê-lo como fruto da ideologia que delineou a construção deste modelo de Estado de Direito, resultado da conjugação das teorias liberais com as então consagradas teorias do contrato social, conforme idealizada por Jean-Jacques Rousseau, e da divisão dos poderes, concebida por Montesquieu. A respeito do tema, transcreve-se a explicativa lição de Mir Puig (2003):

El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto – contrato social – en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa – al menos teóricamente – al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular. Exigir que las penas se hallen previstas por la ley persigue, como se ve, que cuenten con el consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer las privaciones de derechos fundamentales que implican. El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de *seguridad* jurídica, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la *garantía* de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo (grifos no original) (MIR PUIG, 2003, p. 127).

O Poder Executivo estava, portanto, afastado da atividade punitiva estatal, uma vez que o judiciário tinha sua atuação pautada por estritos comandos legais pré-

definidos e somente o legislativo, legítimo representante do povo, capaz de refletir a vontade de seus representados, estava incumbido da prerrogativa de tipificar as condutas passíveis de punição penal. Esta era, afinal, uma exigência do princípio democrático, porque, ao depositar no povo a tarefa de eleger os comportamentos repudiados com mais veemência pela comunidade, legitimava a aplicação da sanção penal. É por isso que:

Quando el Estado se concebía como absoluto, tal interrogante poseía sólo un interés muy secundario. Por el contrario, el planteamiento liberal, al replantear la legitimidad y los límites del poder político frente al pueblo, concedió importancia nuclear a la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales (MIR PUIG, 2003, p. 103).

Estes são alguns dos fundamentos apontados pela doutrina para justificar a consagração do princípio da legalidade, (ROXIN *et al.*, 1997, p. 144) “*Y a pesar del cambio de las circunstancias jurídicopolíticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidade se remontan a esse punto de vista*”.

Roxin (1997 *et al.*, 1997) menciona que, além do liberalismo político e do princípio democrático, vinculado à divisão de poderes, conforme acima se elucidou, também são fundamentos a prevenção geral – como finalidade da pena –, e o princípio da culpabilidade. Explique-se.

Os adeptos da prevenção geral – o que se verá com mais atenção no tópico referente às finalidades da pena, adiante – entendem que a sanção penal cumpre a função de inibir potenciais delinquentes de praticar uma conduta abstratamente punida, a partir da coerção psicológica que tal punição exerce sobre toda a população.

Para alcançar este desiderato, todavia, a população deveria ter prévio conhecimento da norma penal e de seu preciso conteúdo, eis que, somente dessa forma, poderia guiar-se em conformidade com o comando legal, evitando a prática do comportamento tipificado como crime. A exigência de lei anterior atenderia, portanto, aos fins da pena de prevenir o delito.

Da mesma forma, ao adotar o princípio da culpabilidade – conforme será estudado mais à frente, o princípio remete à ideia de reprovabilidade da conduta como fundamento e limite para a aplicação da pena – para orientar a atividade punitiva estatal, impõe-se a obrigação de conferir ao indivíduo oportunidade de ter prévio conhecimento das condutas repudiadas na ordem jurídica.

O princípio da legalidade está consagrado na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por obra de Feuerbach, no início do Século XIX (BITENCOURT, 2004, p. 10). Materializa-se, portanto, em duas instâncias. Primeiro, determina que somente é delituosa uma conduta se, antes de o agente praticá-la, a lei a qualificou como tal.

Segundo, a pena incidente, seu modo e extensão quantitativa, também devem estar especificados na lei, previamente à execução do ato. Dessa forma, quando o indivíduo comete um ato criminoso, será punido de acordo com as normas de Direito Penal, desde que haja previsão legal genérica anterior imputando a qualidade de crime à sua conduta, bem como especificando a pena aplicável.

Por conseguinte, a despeito da gravidade do ato e das consequências nefastas que porventura venha a produzir, tanto para a vítima, quanto para a sociedade, o Estado está impedido de agir penalmente, caso negligente o legislador em tipificar a conduta como crime. Para Roxin (1997 *et al.*, p. 138) a impunidade é, todavia, o preço a ser pago “*por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica*”.

Roxin (1997 *et al.* 1997) enumera quatro consequências do princípio da legalidade.

A proibição de emprego da interpretação analógica, já que o Direito Penal opera com tipos legais, em sua grande maioria, fechados, que admitem apenas do intérprete sua subsunção restrita ao caso concreto (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Da mesma maneira, a punição do agente não pode ter por fundamento o Direito Consuetudinário, pois assim também não estaria preenchido o pressuposto da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) (ROXIN *et al.*, 1997, p. 141).

Observe-se que esses dois primeiros desdobramentos podem ser agrupados no suposto geral de que somente por lei em sentido estrito o Estado pode dispor a respeito de matéria penal, o que alguns autores chamam de princípio da reserva legal (QUEIROZ, 2008, p. 42).

Por outro lado, a lei apta a fundamentar o *jus puniendi* Estatal é a lei prévia, anterior ao cometimento do crime. Por isso, sob a égide do princípio da legalidade, fica proibida a retroatividade da lei para punir uma conduta anterior ou agravar pena já imposta – de classes diversas ou dentro da mesma classe (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Por fim, não basta a prévia previsão legal, é preciso ainda que a norma permita identificar com clareza quais as características da conduta punível, sendo

inadmissíveis as leis e penas indeterminadas, que submetem a escolha ao arbítrio do intérprete (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Esta última decorrência do princípio da legalidade também é conhecido por taxatividade da lei penal (QUEIROZ, 2008, p. 42).

4.2.3 Princípio da Intervenção Mínima (Subsidiariedade ou *Ultima Ratio*)

Conforme é possível inferir já do estudo sobre o princípio da legalidade, a preocupação com os princípios penais reside no controle do próprio exercício do poder punitivo pelo Estado, mecanismo de proteção da sociedade. Assim, como se viu anteriormente, o *jus puniendi* no Estado Democrático de Direito é legítimo, desde que obedeça aos preceitos fixados em lei em sentido estrito, anterior, escrita e certa.

Este condicionamento, todavia, isolado, não é suficiente para evitar abusos e arbitrariedades. É preciso, ainda, impor parâmetros de contenção dirigidos à atividade legislativa, para que esta direcione sua preocupação apenas aos comportamentos que violem bens jurídicos passíveis de proteção penal. Afinal, segundo Roxin (2004, p. 69) “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”.

Considerando que o Direito Penal não é o único meio jurídico de proteção social em face dos comportamentos contrários a ordem jurídica, e que por meio dele o Estado interfere com mais veemência nos direitos fundamentais do cidadão, causando também uma lesão, o recurso às sanções penais deve ser a última alternativa, quando falhem todas as demais.

Mir Puig (2003) ensina que, ao lado dos limites atrelados aos fundamentos políticos do Direito Penal, conforme estudado no tópico referente ao princípio da legalidade, existem os limites que decorrem dos fundamentos funcionais do *jus puniendi*.

Se o Estado está autorizado a incriminar condutas e punir os infratores com o objetivo de proteger a sociedade, então tais medidas apenas são legítimas quando necessárias a atingir tal desiderato. Assim, trata-se de postulado dirigido ao legislador, cuja atuação deve estar pautada dentro dos limites fixados pela necessidade, isto é, uma conduta somente é considerada crime quando outros remédios jurídicos não forem suficientes ou adequados para reprimi-la.

A subsidiariedade e fragmentariedade, conforme se verá no tópico adiante, caracterizam o Direito Penal, na medida em que este ramo do Direito só atua na proteção de alguns bens jurídicos, diante de específicas violações, e somente quando falhem outras medidas menos gravosas. São limitações, portanto, ao poder de punir estatal que derivam do princípio do Estado de Direito, do qual se extrai, por sua vez, o princípio da proporcionalidade, a orientar que a atuação punitiva do Estado violará o imperativo político-criminal proibitivo de excesso (QUEIROZ, 2008, p. 31) quando o bem jurídico pode ser protegido por outros mecanismos de pacificação social menos gravosos e igualmente, ou até mais, eficazes.

O Direito Penal, dessa forma, não protege todos os bens jurídicos. Todo o ordenamento deve cooperar, por meio de seus diferentes institutos, a fim de realizar os primados constitucionais; somente quando os demais meios de solução social não se mostram eficientes é que o Estado lança mão das sanções penais, pois corporificam a forma mais dura de intromissão na liberdade do indivíduo (ROXIN *et al.*, 1997).

Quando o Estado extrapola os limites da adequação e necessidade, sua atuação penal é ilegítima, porque desproporcional; entretanto, também viola a “subsidiariedade lógico-sistemática” (QUEIROZ, 2008, p. 32) decorrente da unidade lógica do ordenamento jurídico. Significa dizer que o direito protege uma gama de interesses, mas cada qual exige uma tutela específica que, na experiência, tenha se mostrado mais adequada.

Conforme exemplifica Queiroz (2008), a inviolabilidade da propriedade é assegurada no texto constitucional, mas diante das variadas formas de violação a que se sujeita, incumbe ao legislador infraconstitucional eleger os mecanismos de proteção que atuará em cada hipótese. Há, portanto, situações em que a intervenção do Direito Civil é suficiente – recurso a ações possessórias. Entretanto, há outros casos em que a proteção do bem jurídico demanda a interferência do Direito Penal – crimes contra o patrimônio.

Vê-se, pois, que o direito à propriedade, assim como diversos outros interesses, gozam de proteção no ordenamento jurídico de forma sistemática e coesa. O caráter subsidiário do Direito Penal também se deduz de tal lógica sistemática. Nesses termos, é possível concluir que, portanto, não é a qualidade dos interesses protegidos que o caracteriza, mas sim a qualidade da tutela (LISZT, 2003).

São meios alternativos de controle social as sanções civis e administrativas. Assim, por exemplo, o legislador poderia criar o crime de inadimplemento contratual. No entanto, sabe-se que tal conduta antijurídica é suficientemente tutelada por meio de regras de direito privado que preveem, inclusive, a responsabilidade civil contratual, com pagamento dos prejuízos que advierem da conduta irregular do contratante inadimplente. Tais regras são suficientes e mais adequadas a resolver o conflito.

Roxin (2004) acrescenta, ainda, no rol das medidas extrapenais, “um direito de contravenções especial, que preveria sanções pecuniárias em vez da pena” (ROXIN, 2004, p. 81). Mir Puig (2003), por sua vez, refere-se a “medios configuradores de una adecuada política social: piénsese en los ‘sustitutivos penales’ propugnados por FERRI” (p. 109), os quais deveriam preceder a adoção de mecanismos sancionatórios, penais ou extrapenais.

Conforme adverte Roxin (*et al.*, 1997, p. 67), “la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador”, a quem incumbe a tarefa de definir quais são os comportamentos que o Estado punirá por meio do Direito Penal.

Embora de antemão possa-se concluir que o legislador não está subsumido à necessidade de criar um preceito penal para todas as violações a bens jurídicos que se possam imaginar – porque inexistente um preceito constitucional que tão estreitamente vincule sua atuação (ROXIN *et al.*, 1997, p. 64) –, certo é que “*el legislador no puede renunciar por completo a la protección mediante el Derecho Penal*”, quando por outra alternativa jurídica não seja possível garantir a higidez do bem tutelado.

Por ello, el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación (ROXIN *et al.*, 1997, p. 67).

Neste sentido, o autor concorda com Mir Puig (2003). Ambos asseveram que os limites à atuação do Poder Legislativo resultam da finalidade que o Direito Penal tem no ordenamento jurídico. Para este, o objetivo constitui a adoção de medidas de segurança capazes de proteger a sociedade, e para Roxin (2004), de forma semelhante, trata-se de “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens” (p. 70).

É preciso, ainda, destacar a tendência que se verificou a partir da segunda década do século XIX de expansão da atividade penal do Estado, ampliando de modo significativo o rol de condutas tipificadas como crime, em desarmonia com o princípio da subsidiariedade (BITENCOURT, 2004). Seria o que Mir Puig (2003) chama de abuso do poder punitivo pelo Estado (p. 109).

É possível associar esta tendência à transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, deixando de lado o posto de mero árbitro das forças sociais, para assumir posição intervencionista, ocupando-se de esferas antes reservadas exclusivamente aos interesses privados.

Precisamente, en la nueva concepción social del Estado son mucho más numerosas las posibilidades de intervención *positivas*, distintas a la sola prohibición bajo sanción – ¡técnica característica del Estado liberal clásico! – . Podría afirmarse que la actual concepción del Estado permite, incluso, subrayar la necesidad de reservar la pena y la medida de seguridad como *ultima ratio*, como el último recurso entre los que ahora se atribuyen al Estado (Grifos no original) (MIR PUIG, 2003, p. 110).

Ainda assim, contudo, a legitimidade da atuação do Estado depende da inefetividade de outros mecanismos de controle.

4.2.4 Princípio da Fragmentariedade

Fragmentariedade opõe-se à ideia de linearidade. Em outras palavras, significa dizer que as normas penais realizam a proteção apenas de parte dos bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico, ficando a cargo de outros ramos do Direito a tutela dos interesses que não abrange. Vê-se, assim, que o princípio da fragmentariedade tem estreita relação com o princípio anteriormente estudado, de acordo com o qual o Direito Penal possui caráter subsidiário, na medida em que o Estado só exerce o *ius puniendi* quando outras esferas jurídicas não se apresentam adequadas ou suficientes. Se a tutela é subsidiária, nem todos os bens jurídicos são objeto de proteção, o que evidencia também sua índole fragmentária.

De acordo com Queiroz (2008, p. 32), “o direito penal seleciona e tipifica condutas atendendo à relevância do bem jurídico, e segundo a intensidade da lesão de que se trate, outorgando-lhes uma proteção relativa”.

É possível, assim, falar em fragmentariedade sob duas perspectivas. Uma, vincula-se à natureza do bem objeto de proteção Estatal, cuja relevância para sociedade constitui indicativo de grande importância para definir se integrará ou não

o rol de interesses assegurados no âmbito do Direito Penal. Outra, diz respeito à natureza da lesão ao bem, eis que as normas penais apenas se ocupam das lesões mais graves.

Assim, nem mesmo o direito à vida recebe proteção penal absoluta, pois, por exemplo, atos simplesmente preparatórios que visem a sua eliminação são como regra jurídico-penalmente irrelevantes; e ordinariamente só se reprime ações dolosas; aliás, o próprio direito penal tolera a morte quando autoriza o aborto necessário ou sentimental (CP, art. 228), ou seja, o bem jurídico vida recebe uma proteção apenas fragmentária (QUEIROZ, 2008, p. 33).

De acordo com Roxin, a definição das condutas a que o Estado está legitimado a punir constitui matéria afeta ao conceito material de delito (ROXIN *et al.*, 1997, p. 51).

Diferentemente do conceito formal de crime, pertinente ao contexto do Direito Penal positivado, o conceito material lhe é anterior e funciona como critério políticocriminal deferido ao legislador para distinguir as condutas puníveis daquelas que devem permanecer impunes, ao menos sob a perspectiva penal. Nesse sentido, Mir Puig (2003, p. 116) também esclarece que os bens jurídicos não são assim qualificados porque gozam de efetiva tutela penal do Estado, *“eso imperiría al bien jurídico servir de límite al derecho positivo –, sino del interés social en que se proteja jurídico-penalmente”*.

Há, porém, grande dificuldade doutrinária em definir o significado material de crime, porquanto o conceito prévio de bens jurídicos também é causa de dissenso entre os juristas que se ocupam do Direito Penal.

Roxin (*et al* 1997, p. 51-57) constrói definição que parte da própria tarefa da qual se incumbe o Direito Penal, que para o autor é a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Para ele, não se limitam a direitos individuais, porque há também proteção de diversos bens jurídicos coletivos; não se fundamentam na impossibilidade de proteger meras concepções valorativas ou sentimentos gerais, pois também há crimes definidos no Código Penal que as têm por objeto de tutela; por fim, não concorda com a concepção de que bens jurídicos são os bens anteriores ao Estado e puníveis, portanto, por sua essência⁵. Este último critério não seria suficiente a justificar, porque

⁵ Roxin explica que esta teoria serviu para separar a codificação penal da contravencional na Alemanha. Tudo aquilo que não fosse previamente dado – a vida, a integridade física, a propriedade, etc –, mas criado pela primeira vez pelo Estado – como as normas da Administração Pública, por exemplo – não

existem regras penais que se ocupam de tutelar regras criadas pelo Estado, de natureza meramente administrativa e, por outro lado, bens que considera preexistentes, mas que gozam de proteção apenas por normas extrapenais.

Ao buscar o significado de bem jurídico, o autor preocupa-se com a fixação de limites ao poder punitivo estatal, já que sem este conceito, o legislador possui uma ampla margem de liberdade para criar normas penais. Para tanto, investiga um conceito políticocriminal de bens jurídicos, partindo da perspectiva constitucional

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental (ROXIN *et al.*, 1997, p. 55).

E conclui:

Bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (ROXIN *et al.*, 1997, p. 56).

Com o conceito proposto, Roxin (*et al.*, 1997) pretendeu não o limitar aos bens preconcebidos, para abarcar também o cumprimento das normas criadas pelo Estado, ou seja, os bens jurídicos que devem ser protegidos na sociedade e limitam o poder punitivo estatal são prévios ao legislador, mas posteriores à Constituição.

As regulamentações sancionatórias estatais devem prestar reverência à sua tarefa de proteção e ordem, bem como aos direitos fundamentais, sem a qual não passarão de preceitos arbitrários, justamente por não proteger bem jurídico algum. Fora destes critérios, a atividade legislativa carece de legitimidade.

Mir Puig (2003) também vislumbra no conceito de bens jurídicos uma concepção limitadora do poder punitivo estatal. No entanto, critica a formulação de Roxin (*et al.*, 1997), atribuindo a ela um caráter excessivamente naturalista esclarecendo, com referência a Von Liszt, que sua natureza é essencialmente social, já que, *“sólo puede considerarse ‘bien jurídico’ como objeto merecedor de protección jurídico-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la sociedad”* MIR PUIG, 2003, p. 116).

se enquadraria no conceito material de delito e, por isso, só poderia ser punido por sanções não criminais (ROXIN *et al.*, 1997, p. 53).

Cumprе ressaltar, todavіa, que o debate acerca do conceito de bens jurídicos não será aprofundado no presente trabalho, uma vez que foge aos seus objetivos, sendo suficiente fixar que a Doutrina concebe, majoritariamente, a missão do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos. Esta constatação, porém, conforme destaca Roxin (*et al.*, 1997, p. 71), não repousa sobre fundamentos seguros, considerada a ampla divergência de opiniões doutrinárias quanto ao conteúdo e alcance do conteúdo pertinente ao conceito de bens jurídicos⁶.

4.2.5 Princípio da Culpabilidade

Mir Puig (2003) refere-se à exigência de culpabilidade como limite ao poder punitivo estatal que deriva de seus fundamentos políticos, especificamente do Estado Democrático de Direito, vinculando-se ao momento legislativo da atividade penal. Legislativo, porque o autor filia-se à corrente finalista, de acordo com a qual o dolo e a culpa afetam a antijuridicidade da conduta.

Explica o autor que, usualmente, sob a designação de princípio da culpabilidade, a doutrina inclui duas exigências limitadoras de natureza diversa.

A primeira diz respeito à necessidade de constatar a presença de dolo ou imprudência como condição necessária à punição do agente, afastando, portanto, as hipóteses de caso fortuito. Já de acordo com a segunda exigência, o Estado só está autorizado a punir o indivíduo quando o fato censurado puder ser a ele atribuído, como resultado de sua condição de ser humano dotado de autonomia e racionalidade, isto é, se ausentes as causas excludentes de culpabilidade.

Para a corrente doutrinária que entende o dolo e a culpa elementos que compõem a culpabilidade, o princípio abrange ambas as medidas restritivas da atuação penal do Estado, mas para a corrente finalista, somente se enquadra neste preceito a segunda exigência. Isso porque, quando a conduta do agente é desprovida

⁶ Nesse sentido, complementa o autor: “Así se caracteriza el bien jurídico como ‘bien vital’ reconocido socialmente como valioso (Sch/Sch/Lenckner, antes de los §§13 ss., nm.9), como ‘valor jurídico’ o ‘interés jurídico’ (Baumann/Weber, AT, §12 II3 a), como interés jurídicamente reconocido ‘en un determinado bien como tal en su manifestación general’ (Maurach/Zipf), como ‘la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida’ (Schmidhäuser), o como ‘unidad funcional valiosa’ (SK- Rudolphi). Y Kienapfel denomina bienes jurídicos a ‘valores, instituciones y estados jurídicopenalmente protegidos, que son imprescindibles para la ordenada convivencia humana’” (p. 70-71).

de dolo ou de culpa, sua punição se torna inútil do ponto de vista funcional; a pena perde seu caráter instrumental dirigido à prevenção, na medida em que mesmo os comportamentos desvinculados da vontade humana, imprevisíveis, portanto, passam a ser objeto de censura penal. Nesse sentido, também é a lição de Queiroz (2008):

Um direito penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo deve ser qualificado de arbitrário e disfuncional, haja vista que a norma penal carece de todo poder motivador e o castigo perderia toda a motivação (QUEIROZ, 2008, p. 57).

Por outro lado, quando se considera que o dolo e a culpa compõem a antijuridicidade, o conteúdo do princípio se reduz à possibilidade de atribuir o crime ao agente, pois aqueles elementos já foram verificados para caracterização da conduta antijurídica. Neste caso, sim, trata-se de limite que se vincula ao fundamento político da pena, porquanto conforme aponta Mir Puig (2003, p. 138), *“un derecho penal democrático tiene que respetar la dignidad humana del ciudadano y ésta impide que pueda ser castigado por un hecho quien no es culpable del mismo”*.

Tais distinções doutrinárias justificam-se pela adoção, no Direito Penal, de um “triplo sentido” (BITENCOURT, 2004, p. 14) para o conceito de culpabilidade: é **fundamento da pena**, porque apenas quando presentes os “elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade” é que o autor de um fato típico e antijurídico pode sofrer sanção penal; é **medida da pena**, atrelando-se a outros fatores para definir o grau de reprovabilidade da conduta; por fim, **impede a responsabilização objetiva**, ou seja, a produção de resultado não é suficiente para aplicação da pena, que pressupõe, necessariamente, a atuação do agente com dolo ou culpa.

No entanto, esclarecem Bianchini, Molina e Gomes (2009), que o conceito de culpabilidade, na qualidade de princípio limitador do *ius puniendi*, exclui tanto o sentido do termo como categoria dogmática – juízo de reprovação que recai sobre o autor –, quanto o sentido que o confunde com responsabilização subjetiva. Seria, então, o preceito de política criminal que determina a imposição de sanção apenas para os sujeitos aptos a se orientar em conformidade com a norma de conduta. Em outras palavras:

Em sentido amplo (ou seja: como conceito de Política Criminal) o princípio da culpabilidade deve expressar a base (o eixo ou o fundamento) a partir da qual irradiam-se todos os pressupostos necessários para poder responsabilizar alguém pelo evento que motiva a pena. Essa premissa reside precisamente

na capacidade de acesso do agente à proibição, ou seja, na sua capacidade de motivação (no sentido da norma). Culpabilidade, neste sentido, é a capacidade do agente de se motivar de acordo com a norma (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 376).

Por fim, é indispensável mencionar o papel da culpabilidade para a teoria da finalidade da pena, especialmente dirigida à prevenção geral, conforme melhor será analisado em tópico específico. Por ora, esclareça-se que a exigência de culpabilidade como pressuposto para sancionar o indivíduo impede que a pena tenha o fim exclusivo de motivar a população a agir em conformidade com a norma penal, transformando o apenado em exemplo para os demais. Sobre o tema, é esclarecedora a lição de Mir Puig (2003), à qual se recorre para compreensão liminar do tema, que será revisitado adiante:

Al limitar la pena al injusto culpable, la instrumentalización del delincuente encuentra, por lo menos, un importante paliativo: se hace recaer la pena en el delincuente sólo cuando éste ha decidido cometer el hecho con arreglo a su capacidad de autodirección normal, consciente de que el delinquir iba a suponerle el riesgo de ser castigado (MIR PUIG, 2003, p. 139).

A prevenção geral, portanto, não seria suficiente para atender ao princípio da culpabilidade. Deve-se acrescer, no mínimo, a fim de legitimar o poder punitivo do Estado, outra finalidade, que considere a qualidade do indivíduo como um fim em si e não apenas como instrumento a serviço do bem comum. Este tema será revisto adiante, no tópico 3.3.4.

4.2.6 Princípio da Humanidade

Proíbe a imposição de penas que, por sua natureza ou meios de execução, violem a dignidade humana do apenado, com tratamento cruel e incompatível com a valorização da condição humana como elemento central de proteção do Estado e ordenamento jurídico. Sua função informadora produz consequências, portanto, no momento da idealização das penas aplicáveis, limitando a atuação do legislador. Mas não é só.

O princípio da humanidade “é válido e informador de todo e qualquer tipo de intervenção penal no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa” (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 393) o que transcende a escolha das penas válidas e torna cogente

a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados (BITENCOURT, 2004, p. 15).

Antes da difusão dos ideais iluministas, predominava o uso abusivo do corpo humano para fins de castigo, com a submissão do criminoso a penas de morte e corporais, a exemplo das arbitrariedades medievais insertas na Codificação Filipina (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 393).

Somente após a Revolução Francesa é que, segundo Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 393) “começaram a aparecer as legislações liberais e, desse modo, paulatinamente as penas corporais foram sendo substituídas pela pena privativa de liberdade, que passou a constituir o eixo do sistema penal punitivo estatal”.

Isso porque o panorama ideológico do momento instava à valorização e centralidade do ser humano, por meio da criação de mecanismos seguros de proteção do indivíduo contra quaisquer formas de Estado arbitrário. Da mesma maneira, o predomínio da razão afastou as concepções medievais que viam na pena o castigo divino, estando, pois, sua legitimidade subordinada à precisa adequação dos meios aos fins.

Atualmente, o princípio da humanidade goza de amplo respaldo jurídico, constando de diversos diplomas internos, inclusive no texto constitucional (artigo 5º, III, XLVI, XLVII, e, e XLIX). Assim também ocorre no plano internacional, cuja base do preceito

Reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. V (*‘Ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes’*), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 10.1 (*‘Toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana’*), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 5º, 2 (*‘Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade inerente ao ser humano’*) (grifos no original) (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 393).

De acordo com Bianchini, Molina e Gomes (2009), ainda, o princípio da humanidade, atrelado aos estudos da criminologia e penologia na segunda metade do século XX, que puseram em xeque a efetividade da pena privativa de liberdade como instrumento de ressocialização, constituem os fundamentos teóricos da política criminal recente.

Explicam que, “ainda que a pena privativa de liberdade seja de largo uso no sistema penal, não se pode esquecer, no entanto, que desde o início do século XX nele se incorporaram vários institutos que acolhem o pensamento humanitário” (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 394). Os mesmos autores relatam em que consiste a reforma do sistema penal sob a ótica humanizante:

Descriminalização, é dizer, conversão de certos fatos puníveis a infrações administrativas, castigadas com multas; princípio de oportunidade, segundo o qual o Ministério Público pode deixar de promover a ação penal em alguns casos; adiamento da decisão sobre a imposição da pena, criando-se, assim, maior oportunidade de reparação do dano causado pelo delito; impunidade do aborto; liberdade vigiada; *pre-trial probation*; *probation*, em que se reconhece a culpabilidade porém não se fixa a pena; extenso uso da pena de multa; maior benefício ao réu quando ocorre a indenização à vítima; trabalhos para a comunidade e finalmente, em relação à criminalidade grave, como *ultima ratio*, em razão da necessidade de manutenção da prevenção geral, não há como deixar de aplicar a pena privativa de liberdade, o sistema da dupla via e da pena indeterminada (grifos no original) (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 395).

Assim, mesmo sob uma perspectiva mais moderna, as diretrizes iniciais do princípio da humanidade permanecem válidas, orientando que “nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social” (BITENCOURT, 2004, p. 18), além das demais implicações sobre a persecução penal e execução da pena.

Trata-se de instrumento de controle social que interfere de modo voraz a esfera jurídica do indivíduo apenado, na medida em que afeta direito de máxima relevância no contexto juspolítico contemporâneo: a liberdade. O preceito humanitário, portanto, impõe seja assegurado “o livre exercício dos direitos não atingidos pela privação de liberdade, sob pena de se tornarem inconstitucionais na sua execução”, de modo a minimizar os danos oriundos de tal medida.

4.3 Finalidades e justificação da pena – Principais Teorias

4.3.1 Introdução

Neste item o estudo passará a discorrer sobre as principais teorias sobre o fim e a justificação da pena. Objetiva estabelecer uma ligação com o capítulo anterior, a fim de que se possa ter uma visão estruturante sobre o objeto deste trabalho, ou seja,

uma visão teoricamente bem fundamentada sobre as relações do Direito do Trabalho com o Direito Penal.

Cumprе esclarecer, ainda, que as teorias sobre o fim da pena se ocupa de investigar quais os efeitos que a sanção penal deve produzir para o indivíduo e para a sociedade a fim efetivar a missão do Direito Penal. Trata-se de tema político, já que o Direito Penal constitui método de gestão dos conflitos sociais mais agudos (QUEIROZ, 2008) variando conforme o contexto sócio-político em que se insere. Sendo assim, a análise das diversas teorias que se desenvolveram com o objetivo de explicar o papel da pena criminal demanda a devida contextualização.

A compreensão da ideia que cada uma das teorias propõe para a pena se torna mais fácil de assimilar quando analisadas em conjunto o modelo de Estado em que se busca legitimá-la, dada a necessária coerência havida entre os fins de um e os fins de outro. A propósito, Mir Puig (1998) adverte a respeito da importância deste enlace:

El examen de las teorías de la pena pone de manifiesto una amplia gama de opiniones en torno de la función de la pena. Si, como es frecuente, se estudia el tema sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No es este el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho Penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de *la pena*, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena *en* el Derecho Penal propio de un determinado modelo de Estado (grifos no original) (MIR PUIG, 1998, p. 195).

As teorias da pena encerram, portanto, além de corresponderem às mais variadas respostas teóricas para explicar as funções que a pena desempenha na ordem jurídica, o debate quanto à finalidade do Direito Penal e, em última análise, dos fins do próprio Estado.

De acordo com Roxin (1997, p. 81), as discussões a respeito da teoria da pena não são recentes e, desde a antiguidade até hoje, abrangem três interpretações fundamentais a respeito de seus fins: teoria da retribuição – da justiça, da expiação – , teoria da prevenção especial e teoria da prevenção geral. Também há outra classificação doutrinária que as divide em teorias absolutas e teorias relativas e, ainda, entre teorias monistas e teorias ecléticas ou unificadoras. Mais outra forma de classificar o tema consiste na divisão entre as teorias legitimadoras e as deslegitimadoras, reconhecendo, as primeiras, seja por qual fundamento for, o *ius puniendi* estatal, que é negado pelas segundas.

Esta última classificação será objeto de análise no capítulo seguinte. O estudo do tema no presente tópico dar-se-á em conformidade com as três primeiras classificações, como mais comumente se faz na doutrina penal.

4.3.2 Teorias da Retribuição

Vislumbra na pena um mal necessário à realização da justiça, que somente se alcança quando a pena é imposta na medida e de acordo com a gravidade do delito. Ao agir em desconformidade a com norma de conduta o agente provoca um mal que só a imposição de outro mal, representado pela pena, é capaz de compensar.

Dessa forma, sua razão de existir está assentada, única e exclusivamente, na prática do crime e o seu fundamento “está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto” (BITENCOURT, 2004, p. 74).

As teorias retributivas são conhecidas desde a antiguidade e, mesmo após o advento das teorias relativas e unificadoras, permaneceram válidas (ROXIN *et al.*, 1997, p. 82-83).

Um dos fatores que contribuiu para a predominância e perenidade de sua influência foi a justificação teórica que o idealismo alemão de Kant e Hegel lhes prestou, o primeiro sob fundamentos de ordem ética e o segundo de natureza jurídica. A ética cristã também exerceu forte influência para justificação das teorias retributivas (BITENCOURT, 2004), na medida em que a via como consequência inelutável da violação de leis divinas, único meio de expiar o pecado. Outros doutrinadores também desenvolveram teses retribucionistas, como Francesco Carrara, Karl Binding, Edmund Mezger, Welzel, todos citados por Bitencourt (2004).

A pena, assim, cumpria os fins dos Estados teocráticos e absolutistas, em que a vontade do governante se confundia com a vontade divina e, com esses fundamentos, a imposição do castigo carecia de maiores razões legitimadoras.

Se “*en el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino*” (MIR PUIG, 1998, p. 195), “No regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se, também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus” (BITENCOURT, 2004, p. 73). Com o mercantilismo, a burguesia prospera economicamente e também

demanda por proteção política e jurídica de seus interesses. Para tanto, surgem como pano de fundo as teorias do contrato social e da divisão dos poderes.

Nesse quadro, “o indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social” (BITENCOURT, 2004, p. 73), devendo, por isso, ser punido como forma de compensar a culpa.

Compreendem as teorias absolutas da pena, porque nela vislumbram finalidade desvinculada dos efeitos sociais que, eventualmente, venha a provocar: se com a imposição merecida de um mal, “*retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido*” (ROXIN *et al.*, 1997, p. 82), a pena cumpriu o seu papel, promoveu a justiça. Ou seja, constitui um fim em si mesmo, e não instrumento para realização de outros objetivos, sob a perspectiva intersocial.

A retribuição contrapõe-se, portanto, à ideia de pena como persecução de algo socialmente útil, porque a preocupação de seus defensores era produzir os efeitos merecidos exclusivamente ao apenado, em face de sua conduta violadora. Há, inclusive, que se referir à ideia de Hegel (*apud* BITENCOURT, 2004, p. 79) quanto ao fato de a pena constituir não apenas um mal imposto ao indivíduo que descumpra a norma para o restabelecimento da ordem jurídica, mas também um direito que lhe cabe, de ser tratado como ser “racional” e “livre”.

De acordo com Roxin (*et al.*, 1997), a teoria da retribuição tem dois méritos: o impacto psicossocial sobre o agente e sua . Apresenta-se, pois, como um limite concreto ao poder punitivo estatal, instrumento de proteção da liberdade dos indivíduos. E é exatamente nesta última acepção que permanece válida e cumprem importante desiderato no Estado contemporâneo, sem, contudo, desprezar suas funções preventivas.

Por outro lado, o mesmo autor destaca que a execução da pena sob o princípio da imputação de um mal já não poderia mais se sustentar, se se considera a função do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, a retribuição do mal causado, desvinculado de qualquer finalidade social, não apenas seria incapaz de cumprir a finalidade do Estado, de proteger a convivência humana em paz e harmonia, como também nega a legitimidade da pena, ao fazê-la incidir sobre determinadas situações em que a efetiva proteção do bem jurídico não a demanda.

Refuta, ainda, que a teoria da retribuição possa se sustentar exclusivamente na culpabilidade individual, pois sua existência está ligada segundo Roxin (*et al.*, 1997,

p. 84) “*a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemonstrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales*”.

Do ponto de vista da política criminal, acrescenta que a pena, simplesmente como retribuição ao mal causado, não combate a delinquência de forma adequada, uma vez que não é capaz de reparar efetivamente os danos causados pelo crime à socialização. Por fim, o autor combate a ideia de expiação da culpabilidade por meio da retribuição penal, por entendê-la como um ato de assimilação, pelo agente, da capacidade de a pena imposta compensar sua culpa e restituir sua integridade humana e social. Entretanto, embora desejável, este é um ato moral autônomo, íntimo, que não pode ser imposto pela força, mas apenas sugerido e estimulado.

4.3.3 Teoria da Prevenção Especial

De acordo com a teoria da prevenção especial, a pena teria natureza precipuamente terapêutica, pois sua finalidade é conduzir o infrator a um futuro sem crimes, inibindo-o da prática delituosa. A personalidade do criminoso constituía, assim, elemento fundamental para a incidência da sanção. Em primeiro plano, atuaria sobre os indivíduos recuperáveis à convivência harmoniosa na sociedade, intimidando-os para não reincidir e promovendo sua ressocialização. Por outro lado, determinaria o encarceramento daqueles reincidentes, cuja prática delitiva habitual comprovaria a inviabilidade de reinserção social.

Desse modo, a pena cumpriria com exatidão os fins do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, tanto do ponto de vista do indivíduo, para o qual garantia o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e respeito à dignidade humana, quanto sob a perspectiva comunitária, protegida de crimes que futuramente poderiam ser executados pelo apenado (ROXIN *et al.*, 1997).

A teoria da prevenção especial tem, assim como a teoria da retribuição, referências na antiguidade, tendo apenas perdido espaço para a teoria da retribuição, que melhor respondia ao contexto histórico que subsistiu até o Estado Liberal. Foi reavivada pela escola jurídico-penal sociológica, cujo mais reconhecido representante foi Liszt (ROXIN *et al.*, 1997).

O retorno à teoria da prevenção especial se deu, fundamentalmente, com o surgimento do intervencionismo do Estado Social. A crise do Estado Liberal significou o abandono da postura de mero expectador das forças sociais e a assunção de uma

postura ativa na distribuição e organização de tais forças. Estas transformações se refletiram na política criminal, cujos esforços passaram a priorizar o combate à delinquência. Por isso, não era mais suficiente atribuir à pena o papel de retribuição do mal causado pelo crime, porque, assim, não se estavam cumprindo as finalidades reservadas ao Direito Penal e ao próprio Estado no novo contexto sócio-político.

De acordó com Mir Puig (2003)

La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: a) Frente al *delincuente de ocasión* necesitado de corrección, la pena constituye un “recordatorio” (*Denkzettel*) que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al *delincuente de estado* (*Zustandsverbrecher*) corregible, deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al *delincuente habitual incorregible*, la pena ha de conseguir la inculcación a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo (MIR PUIG, 2003, p. 57).

As formulações da prevenção especial, ainda, harmonizavam-se “*extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal*” e “*mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado Social*” (ROXIN et al., 1997, p. 86) porque legitimavam a interferência do Estado na esfera jurídica do cidadão, na proporção de sua periculosidade. Mas não só. Evidenciava o caráter assistencial do Estado, que, instituído com a finalidade de, a um só tempo, proteger sociedade e cidadão, à medida que auxiliava este, impondo-lhe a sanção penal, realizava seu fim perante aquela. O contexto sócio-político que propiciou a difusão das ideias preventivo-especiais pode ser resumido nas seguintes palavras:

A fines del siglo XIX el positivismo criminológico podía acusar a la escuela clásica, como representante de este derecho penal *liberal*, de haber permitido el aumento considerable de la delincuencia y, en especial, de la reincidencia a lo largo del pasado siglo. Esta crítica respondía a una evolución empezada a operar en la segunda parte del siglo XIX; el paso del Estado liberal clásico al Estado *social* de derecho. De una filosofía del Estado como mero *guardián* del orden jurídico, no legitimado para invadir activamente la configuración positiva de la sociedad, que se considera exclusiva competencia de los particulares, se ha pasado a una concepción *intervencionista* del Estado, el cual no sólo se considera facultado, sino incluso obligado a incidir en la organización de lo social. Se han desbordado las barreras que separaban sociedad y Estado. Desde la nueva perspectiva el fundamento de la facultad punitiva del Estado permite – y obliga – a éste a ejercerla no sólo en defensa de las garantías del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de los bienes jurídicos: como medio al servicio de la “política criminal” (grifos no original) (MIR PUIG, 2003, p. 104-105).

A teoria da prevenção especial, contudo, também apresentou problemas que comprometeram sua ampla aceitação.

Para atingir seus fins, a pena deve dispor de mecanismos capazes de conduzir à ressocialização do indivíduo, o que, todavia, não a instrumentaliza para a adequada medição da pena. Tal deficiência tem por inconveniente a produção de graves distorções, como a imposição de uma pena duradoura ao indivíduo que demonstre grande potencialidade de reincidir, mas cujo crime não tem significância suficiente a justificar a consequência. Ao revés, se o autor cometeu crime envolvido por circunstâncias atípicas que amenizam sua periculosidade ou mesmo revelem sua inexistência, independente da gravidade do delito, sequer se justifica a imposição da pena.

Exemplo ilustrativo, citado por Mir Puig (2003, p. 58), é o dos vigilantes dos campos de concentração do regime nazista, *“Pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política dejaron, en su mayor parte, de encerrar peligrosidad criminal, condicionada al régimen que potenció su actividad criminal”*.

E, só por este fato, seria legítimo isentá-los de pena? A prevenção especial não responde a tal questionamento.

A teoria da prevenção especial ainda esbarraria na proibição da educação forçada, por ofender o núcleo básico dos direitos da personalidade. Conforme assevera Queiroz (2008), poder-se-ia falar, no máximo, em direito do apenado à ressocialização e reintegração social, mas jamais em finalidade precípua da pena sem, com isso, ofender a dignidade da pessoa humana (QUEIROZ, 2008, p. 93).

Por fim, no pós-guerra instaurou-se, na política criminal internacional, a tendência de combate às penas de duração indeterminada – admitidas na prevenção especial, já que a privação de liberdade deveria durar o tempo necessário à ressocialização do infrator – e o tratamento forçado. Entretanto, o fato que mais contribuiu negativamente com a teoria foi a frustração generalizada de seus fins, em razão da ineficácia das medidas de ressocialização implementadas para aplicação da pena. Afinal

Educar para a liberdade em condições de não-liberdade é, como afirma **Muñoz Conde**, não só difícil de realização como constitui uma utopia irrealizável nas atuais condições de vida nas prisões, cujos nocivos efeitos são amplamente conhecidos (QUEIROZ, 2008, p. 93).

4.3.4 Teoria da Prevenção Geral

Assim como a teoria da prevenção especial, tem por fundamento a ameaça que as penas exercem, agora não sobre os indivíduos especialmente, mas sobre toda a comunidade de maneira geral, ora no momento de sua execução, ora com a simples tipificação legal.

Determinista em sua natureza, eis que parte do pressuposto de que todas as pessoas são potencialmente criminosas (ROXIN, *et al.*, 1997), teve em Feuerbach o grande representante de sua concepção mais moderna. De acordo com seus defensores, as imputações penais funcionariam como um meio de coação psicológica sobre toda a comunidade, ao contribuir para resistência individual aos impulsos delituosos.

Antes de delinquir, o indivíduo levaria em consideração o inevitável resultado jurídico-penal de sua conduta e constataria que dele advirá um mal maior do que o desprazer propiciado pela negativa ao impulso. Nesse contexto, a intimidação ocorre no momento abstrato de tipificação, ao passo em que a aplicação e execução da pena seriam necessárias simplesmente para reafirmar a efetividade da ameaça geral.

Segundo a prevenção geral, extraem-se dois aspectos do modo como a pena atua sobre a sociedade (ROXIN, *et al.*, 1997): primeiro, o aspecto negativo, de acordo com o qual a ameaça penal cumpre o papel de intimidar as pessoas com potencial de praticar delitos semelhantes àquele que se pune; segundo, o aspecto positivo, por meio de que o ordenamento jurídico penal reforça sua autoridade, pois fica garantida a confiança em suas disposições em face da efetividade na execução das medidas protetivas ali impostas.

Roxin (*et al.*, 1997, p. 92-93) aponta diversas vantagens da teoria da prevenção geral, em contraste com a retribuição e a prevenção especial.

A prática, afirma, comprova que a pena cumpre as finalidades de prevenção geral, pois, a despeito de a prática isolada de um crime parecer dizer o contrário, a maior parte da população age de acordo com o ordenamento jurídico. Para ele, apesar de não se ter obtido êxito na demonstração empírica de que a atuação punitiva estatal é determinante para este fato, sua influência dificilmente poderia ser rechaçada.

Acrescenta que cumpre exatamente a finalidade do Direito Penal de prevenção subsidiária dos bens jurídicos, além que de poder reconhecer a prevenção especial sem que, com isso, perca seu sentido. Ao revés, corrige alguns defeitos desta, porque

acredita ser politicamente desejável, sob a perspectiva da criminologia, prevenir a prática de delitos desde sua origem, de forma geral sobre a sociedade e não apenas sobre indivíduos isolados.

Diferentemente da teoria da prevenção especial, dispensa-se o esforço para descrever o tipo penal com prognósticos a respeito da periculosidade do agente e probabilidade de vir a delinquir novamente. Para Roxin (*et al.*, 1997), esta era uma tarefa extremamente arriscada, mediante a necessária utilização de conceitos vagos para cumprir tal intento.

A prevenção geral, ao revés, pressupõe o uso de tipos claros, pois se dirigia à coletividade, cuja abstenção do comportamento proibido dependia de sua exata compreensão. Ademais, aplicar a pena sob o fundamento da ameaça, para reprimir a repetição da conduta pelo indivíduo esbarrava na necessidade de constatar propensão para a prática delitiva, sem a qual a punição não se justificaria.

Tal não ocorria se a finalidade da pena fosse a prevenção geral, na medida em que *“la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan la imitación”* (ROXIN *et al.*, 1997, p. 92).

Contudo, a teoria da prevenção geral também é alvo de críticas por suas deficiências. O próprio autor acima destaca duas: primeiro, assim como a prevenção especial, não há parâmetros para escalonar a pena; segundo, sua imposição com fins exclusivamente punitivos, direcionados não ao agente, mas à sociedade, encontra forte resistência na defesa da dignidade humana.

A doutrina tece, ainda, outras objeções.

A teoria da prevenção geral confia na influência que a ameaça pena exerce na psicologia dos indivíduos, atuando como fator de motivação para agir em conformidade com as prescrições legais.

A pretenciosa fórmula, todavia, “não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto” (BITENCOURT, 2004, p. 83). Além disso, rechaça-se a existência do homem racional que, antes de toda ação, pondera as vantagens e desvantagens dela advindas, desprezando os casos, por exemplo, da delinquência habitual e dos impulsos violentos. Não bastasse, no contexto de uma sociedade em que a dignidade humana ocupa o epicentro da ordem jurídica e do Estado:

Ficam também proscritas as penas exemplificadoras, porque se prescindirmos das concretas exigências preventivas especiais e passarmos

a operar com critérios de prevenção geral puramente, o delinquente deixa de ser um fim em si mesmo para se converter num meio para se obter efeitos sobre os outros, convertendo a pena individualizada em inumana e degradante (QUEIROZ, 2008, p. 56).

4.3.5 Teorias Unificadoras (Mistas, Ecléticas ou da União)

São as teorias dominantes na doutrina para, atualmente, explicar as finalidades da pena. Como se viu, as teorias monistas, que reúnem tanto as teorias absolutas (retributivas), quanto as relativas (da prevenção geral e da prevenção especial), foram alvo de duras críticas doutrinárias, revelando-se, no mais das vezes, insuficientes a explicar a pena como instituto legítimo de controle social.

Conforme observa Mir Puig (2003, p. 59), tais objeções “se dirigen casi siempre a combatir la exclusividad de cada una de estas concepciones”.

Assim, com a finalidade de superar as acusações de incompletude, houve um natural esforço doutrinário para elaborar propostas ecléticas, com a união das diferentes funções atribuídas à pena por cada uma das teorias anteriormente estudadas.

Defendia-se um modelo pluridimensional da pena, cujos objetivos não se esgotam nos efeitos esperados apenas em face do indivíduo, mas também em razão do mundo circundante. Os estudiosos passaram a enxergar na pena como um fenômeno complexo, com diferentes fins a cumprir. Para tanto, as teorias mistas tiveram que reunir justiça e utilidade (QUEIROZ, 2008), ou seja, os pressupostos de legitimidade da pena consistiam, a um só tempo, na satisfação dos ideais de justiça e na verificação de sua utilidade, isto é, (QUEIROZ, 2008, p. 94) “a pena, ainda que justa, não será legítima se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa”.

Com esta nova abordagem, equilibrando a autoridade das diferentes teorias englobadas e considerando os intentos de retribuir e prevenir, as teorias unificadoras passaram a ocupar uma posição de domínio nas tentativas de explicar os fins da pena.

No entanto, quando se fala em teorias unificadoras da pena, refere-se a um grupo de propostas teóricas que, além de se identificarem em razão dos elementos acima destacados, também coincidem:

En concebir la función del derecho penal como *protección de la sociedad*. Una vez admitido que la retribución, por mucho que no pueda ser sobrepasada, constituye medio de lucha contra el delito y no fin en sí misma,

se ha abandonado ya el planteamiento que subyace a las teorías absolutas: que la función del derecho penal se agota en la realización de la justicia sobre la tierra (MIR PUIG, 2003, p. 60).

No próximo tópico, serão objeto de análise as teorias unificadoras retributivas e as teorias unificadoras preventivas, representando a divergência doutrinária no que tange à qualidade das funções retributiva e preventiva enquanto fundamento da sanção penal. Tal fato, porém, não afasta a conclusão a que se chegou anteriormente, quanto à existência de elementos convergentes entre elas.

Destaque-se, ainda, que, conquanto admita o mérito de reunir as teorias da pena até então desenvolvidas, pois assim se reconhece a impossibilidade de, isoladas, desvendarem o conteúdo e limites da atuação punitiva estatal, Roxin (*et al.*, 1997) tece dura crítica contra a inconcretude das teorias unificadoras, desprovidas de real fundamento teórico. Para ele a mera união das teorias penais, do modo como foi feito, justapondo as diferentes explicações, tem o inconveniente de congregar também as deficiências de cada uma, e o resultado é *“un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social”* (ROXIN *et al.*, 1997, p. 94-95).

3.3.5.1 Teorias Unificadoras (Mistas ou Ecléticas) Retributivas

De acordo com os defensores destas teorias, a pena teria, conjuntamente, as finalidades de retribuir, compensando a culpabilidade do agente, sua ressocialização e a prevenção. A retribuição seria a finalidade prioritária das sanções penais e, somente em segundo plano, situavam-se os fins preventivos, seja pela recuperação do criminoso, seja por meio da proteção geral da sociedade contra o cometimento de novas infrações penais.

Esta é a posição defendida pela corrente conservadora dos defensores das teorias ecléticas.

Assim como na teoria da retribuição, a expiação do responsável pela conduta criminosa permaneceria como fundamento prioritário para aplicar a pena, enquanto a prevenção figurava como um mero complemento. Ou seja, embora a pena desempenhasse a função de prevenir a prática de delitos, tal somente se dava como consequência da realização de justiça.

Sob tal perspectiva, as mesmas críticas tecidas contra a teoria da retribuição podem ser aplicadas a esta, somado ao fato de que, consoante alerta Roxin (*et al.*, 1997), a ideia de expiação seria ainda mais inadequada e insustentável no contexto social do Século XX.

3.3.5.2 Teorias Unificadoras (Mistas ou Ecléticas) Preventivas

A corrente progressista inverteu os termos propostos na teoria eclética retributiva, realocando a prevenção para ocupar a posição de fundamento da pena, ao passo em que a retribuição teria, unicamente, a finalidade de limitar sua aplicação.

Em outras palavras, significa dizer que a “función del derecho penal es sólo la protección de bienes jurídicos, y la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor constituyen únicamente el límite del ejercicio de esa función” (MIR PUIG, 2003, p. 60).

Com estes pressupostos, Claus Roxin propôs Teoria Dialética Unificadora, de acordo com a qual a finalidade precípua da pena é a prevenção geral, atuando, assim, negativa e positivamente, na proteção subsidiária dos bens jurídicos.

Unificadora, porque, embora a pena desempenhe esta atribuição primordial de prevenir a prática de delitos, nela também está presente a finalidade retributiva. No entanto, as distintas funções se fazem cumprir em três momentos diferentes: na cominação legal da pena, in abstracto, portanto; na individualização judicial da pena; e na sua execução.

De acordo com Mir Puig (2003), aliás, tratou-se de importante giro na perspectiva de abordagem dos fins da sanção criminal; de uma concepção unitária, que desconsidera o fato de a pena operar em distintos momentos, para um entendimento diferenciador, que explica as funções da sanção penal de acordo com cada um daqueles momentos.

A proposta teórica de Roxin (*et al.*, 1997), no entanto, não foi a única a adotar a concepção diferenciadora da pena. É possível, ainda, mencionar a formulação de Schmidhäuser, que a dividiu em teoria da pena geral, na tentativa de explicar sua finalidade e sentido, de modo geral, e na teoria da pena em razão das variadas

funções que desempenha, a depender dos sujeitos intervenientes na vida da pena, tendo, para cada um deles, um sentido próprio⁷.

No entanto, a teoria de Roxin (et al., 1997) teve o mérito de vincular “entre sí con claridad las funciones propias de cada momento de la pena, de modo que se consigue dar unidad a todo el conjunto” (MIR PUIG, 2003, p. 61). Esta unidade decorre do fato de que o cumprimento de cada uma das finalidades antes expostas pressupõe o cumprimento da função da pena no momento anterior, afastando o risco de “atomización de la problemática de los fines de la pena” (MIR PUIG, 2003, p. 61). E aqui reside a dialeticidade da proposição teórica de Roxin (et al., 1997).

De acordo com o Roxin (et al., 1997), se a norma penal deve ter por escopo assegurar a liberdade individual e uma ordem social que esteja a serviço desta, a única finalidade justificável da pena poderia ser a prevenção de delitos, cuja tolerância vai de encontro àquele propósito de proteção. Por isso, Roxin (et al., 1997) defende que a pena reúne em seus fins a prevenção especial e a prevenção geral, conjunta e exclusivamente, porquanto ambas são instrumentos idôneos a repelir delitos e cumprir validamente o desiderato do Direito Penal.

Para ele, não existem maiores dificuldades práticas na incidência de duas finalidades distintas sobre a pena, na medida em que, aplicada concretamente, ela tem aptidão para desempenhar tanto a prevenção especial quanto a geral. Desse modo, supondo-se uma situação em que apenas uma ou outra se fizesse necessária, o fim preventivo sempre subsiste. A única situação em que os fins específicos põem-se em choque ocorre quando, para cumprir com seus respectivos propósitos, exigem a aplicação da pena em diferentes medidas, de modo que, imposta na extensão em que a ressocialização assim o exige, prejudica a finalidade de intimidação voltada à

⁷A propósito, Mir Puig explica a “para el legislador, la pena sirve ante todo a la *defensa de la colectividad*, aunque también debe tener en cuenta la *justicia* en la fijación de las penas; los órganos encargados de la persecución del delito (policía y ministerio fiscal), deben cumplir la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales guiados por el principio de *igualdad* (justicia); el juez debe perseguir en primer lugar la pena *justa*, teniendo en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas, pero dentro del marco de la pena justa debe considerar también la *prevención especial*; los funcionarios de prisiones habrán de otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de *ayudar* al condenado a aprovechar el tiempo de cumplimiento o, al menos, si ello no es posible, la de *prevención especial* por medio de la resocialización; por último, la sociedad -el resto de los ciudadanos- puede también encontrar en el proceso de la punición un sentido referido a su comportamiento, *reconciliándose* con el que ha cumplido una pena y aceptándole de nuevo en su seno” in MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 63. Momento.

sociedade. Assim acontece, por exemplo, quando a culpabilidade do agente indica aplicação de uma pena extremamente reduzida ou excessivamente extensa.

O conflito, porém, não fica sem solução.

Em tais situações, os fins preventivos especiais e gerais são contrapostos e posicionados em ordem de predileção. Para isso, Roxin (*et al*, 1997) esclarece a regra básica: a prevenção especial deve sempre ter prioridade em relação à prevenção geral.

Primeiro, porque a ressocialização do indivíduo atende ao direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade, direito este consentâneo ao princípio da dignidade humana.

Segundo, conquanto seja verdade que, priorizando a prevenção geral, correm-se sérios riscos de negar os efeitos da ressocialização, o mesmo não pode ser dito da situação inversa, pois, ainda quando é preciso reduzir a pena para recuperar o indivíduo, não se abre mão, de todo, à prevenção geral. Isso acontece porque a pena satisfaz a finalidade de prevenção geral até o ponto em que a coletividade mantém a confiança no ordenamento jurídico e as normas penais mantêm sua autoridade, força intimidadora, o suficiente a repelir que os comportamentos punidos sejam imitados (prevenção geral negativa). Este é, portanto, o limite até onde a prevenção especial tem prioridade.

O autor alemão ainda observa que uma teoria unificadora da pena com fundamentos consistentes pressupõe a reunião equilibrada dos fins de prevenção geral e especial. Não há, portanto, espaço para a repressão enquanto finalidade da pena. Mesmo quando esta parece ser a única forma de justificar a punição de uma conduta, como no caso dos crimes cometidos durante o nazismo, cujos autores, após a ruína do regime, já não mais representavam perigo algum à sociedade, a prevenção geral permanece suficiente para fundamentar a imposição de pena, pois a impunidade trabalha contra a integridade do ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).

Roxin (*et al.*, 1997) rebate o argumento de que a retribuição seria a essência da pena, pois, além de ser uma interferência coercitiva do Estado sobre a liberdade do condenado, para este teria sempre que se tratar de um fardo. Diz o autor que não se pode conceber a essência desvinculada dos fins e, por isso, estes determinam aquela.

Desse modo, se os fins são preventivos, há diversos meios de alcançá-los sem necessariamente impor um mal, desde que o meio empregado seja hábil a conduzir o

infrator à ressocialização e capaz de intimidar a coletividade, impelindo-a ao estrito cumprimento das normas penais.

Explica que não se cumprem tais intentos se, por exemplo, em reprimenda contra uma conduta criminosa, conceda-se a ordem de o condenado desfrutar de férias em Maiorca – paradisíaca ilha situada ao norte da Espanha. Há, porém, penas terapêuticas que não podem ser classificadas propriamente como um mal, no entanto, possuem aptidão para recuperar o indivíduo e trazê-lo novamente ao pacífico convívio social.

O castigo representa uma crítica social contra o comportamento delituoso e este caráter não deve ser apreendido sob o ponto de vista da retribuição ou imposição de um mal. A carga de censura contida na pena é apenas mais uma forma de evitar a repetição do ato, seja pelo próprio apenado, seja por outras pessoas, pois será tomada como mais uma influência ressocializadora.

No entanto, a teoria proposta, em princípio, contém o mesmo defeito de que padecem todas as teorias da pena baseadas na prevenção, isto é, a falta de critérios objetivos para limitar o poder sancionador estatal, porque não possuem instrumentos de escalonamento da pena a ser aplicada no caso concreto. Por isso, Roxin (*et al.*, 1997) propõe o transplante de um dos elementos essenciais da teoria da retribuição: a culpabilidade. A pena será legítima e cumprirá os fins de prevenção, tanto especial quanto geral, se corresponder à culpabilidade do agente, como modo de salvaguardar a liberdade individual e o respeito à dignidade do homem.

5 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS FINALIDADES DA PENA SEGUNDO A TEORIA CRÍTICA

5.1 Contextualização do tema

O presente capítulo se destina à análise dos temas abordados no capítulo precedente, no entanto, sob a ótica de autores que compõem o pensamento crítico da teoria criminológica da pena. A retomada do assunto, porém, dar-se-á com as objeções de autoria desta corrente do pensamento crítico, tanto no que diz respeito aos princípios – da legalidade, da subsidiariedade e fragmentariedade, da culpabilidade e da humanidade –, quando às principais teorias da pena – da retribuição, da prevenção especial, da prevenção geral e unificadoras.

Ademais, neste capítulo também serão expostas as propostas teóricas que compõem o discurso crítico da pena – teoria agnóstica/negativa e teoria materialista/dialética.

5.2 Princípios de Direito Penal

5.2.1 Introdução

Conforme elucida Batista (2007), o Direito Penal possui um núcleo básico de princípios, dotado de acentuada homogeneidade nos sistemas jurídico-penais do tronco romano-germânico.

Isso se deve porque tais postulados encerraram um conteúdo axiomático e uma aparência de “opiniões acreditadas e verossímeis [...] que os habilita a funcionar como premissas arbitrariamente tomadas” (BATISTA, 2007, p. 63).

Arbitrárias, de acordo com o autor, pois correspondem a disposições prescritivas originárias de processos dedutivos, que, embora não possam ser extraídos logicamente de outros postulados, conferem inquestionável lógica aos trabalhos do legislador, ao construir a norma, e do intérprete, ao aplicá-la.

Por isso, também, é possível pensar em um sistema penal que não adote este núcleo básico; será, porém, contrário aos critérios determinantes à decisão política de construir o Direito Penal conforme os contornos atuais, quais sejam a conveniência

política e a densidade moral daqueles postulados, (BATISTA, 2007, p. 63) “amplamente aceitas tanto pelo homem comum quanto pelo especialista”.

Não apenas são proposições lógicas, mas também, e sobretudo, desempenham a função legitimadora, respaldando a titularidade e a necessidade do exercício do poder punitivo do estado. Entretanto:

Se por um lado, os princípios constituem limites à intervenção do Estado (função de garantia), por outro, funcionam como critérios de justificação da intervenção penal (função legitimadora), razão pela qual tanto servem à legitimação quanto à deslegitimação do sistema penal (QUEIROZ, 2013, p. 76).

5.2.2 Princípio da Legalidade

Conforme se viu no capítulo antecedente, remonta a Anselmo Feuerbach as fórmulas amplamente difundidas por meio das quais se reconhece o princípio da legalidade na seara penal, quais sejam “nulla poena sine lege”, “nullum crimen sine poena legalis” e “nulla poena (legalis) sine crimine”. Assim, as minúcias relativas ao princípio da legalidade, do ponto de vista da posição clássica da doutrina, já foram objeto de análise no capítulo antecedente.

Sem embargo, pertinentes algumas observações críticas sobre o tema.

Inicialmente, Batista (2007) explica que tal concepção assentava-se em quatro pilares. Primeiro, decorreria em coerência com a finalidade preventiva-geral que Feuerbach atribuía à pena: se o tipo descrito na norma tinha objetivava coagir a população contra a prática do crime por meio da ameaça penal, o desrespeito àquela norma deveria ser punido de acordo com a pena abstratamente prevista.

Em segundo lugar, encerrava plena conformidade com os ideais liberais, pois desempenhava um inegável papel de garantia do cidadão contra o poder punitivo desmesurado do Estado, ao passo que limitava a este, exclusivamente, a tarefa de tipificar condutas a aplicar penas. Por último, Nilo Batista cita a concepção contratualista e a sistemática de divisão dos poderes como fundamentos do princípio da legalidade, pois somente ao legislativo, legítimo representante da sociedade, seria dado o poder de criminalizar específicas condutas e atribuir penas em abstrato.

Não é dispendioso asseverar que o princípio da legalidade não constitui patrimônio exclusivo do direito penal, originário dos movimentos sociais burgueses para afirmar a ordem jurídica do Estado de Direito que se inaugurava em

contraposição ao poder absolutista ilimitado. Assim, na esfera penal, o princípio da legalidade foi declarado como direito humano fundamental, por alicerçar a segurança jurídica e servir de instrumento de garantia pessoal do cidadão que, ao mesmo tempo em que detém prévio conhecimento das condutas penalmente proibidas e das penas impostas em caso de desrespeito ao comando legal, sabe também que a atuação do *ius puniendi* estatal está limitado ao previsto em lei.

Duas são as funções do princípio da legalidade no âmbito penal. Primeiro, desempenha a relevante, na opinião de Batista (2007), mais importante, função constitutiva, na medida em que, ao descrever a conduta criminosa, a lei penal dá origem ao delito. Este é, afinal, o conceito formal de crime: só é crime o comportamento assim previsto em lei, a cujo cometimento a mesma norma atribui uma pena. Antes, portanto, de a lei penal descrevê-la, não se pode falar em conduta criminosa.

A outra função do princípio da legalidade é a de garantia que, de uma forma geral, preserva as pessoas das penas ilegais, em desconformidade com a ordem jurídico-penal. Para melhor explicar esta segunda função do preceito ora em estudo, mais complexa, Batista (2007) desdobra tal papel em quatro outros mais específicos: proibição da retroatividade da lei penal, proibição de instituir crimes e penas pelo costume, proibição do emprego da analogia para criar crimes ou cominar penas e, por fim, imposição direcionada ao legislador, ao criar as normas penais, para elaborar tipos suficientemente claros a possibilitar a compreensão inequívoca pelos cidadãos da conduta que se pretende incriminar, evitando-se, portanto, conceitos vagos, imprecisos e ambíguos.

5.2.3 Princípios da Subsidiariedade e da Fragmentariedade

Assim como o princípio da legalidade, tais preceitos tiveram seu nascedouro com as ideias iluministas do século XVIII, a exemplo da imposição contida no artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão ao legislador, no sentido de limitar a atribuição de penas a restritas situações e apenas quando a medida se fizesse absolutamente necessária (BATISTA, 2007).

O princípio da intervenção mínima, ao qual se associam as ideias de subsidiariedade e fragmentariedade, orienta o legislador a recorrer ao Direito Penal

somente no último caso, quando outros ramos do direito não oferecem a adequada proteção ao bem jurídico tutelado, por isso dizer que o direito penal é a ultima ratio.

Assim, o direito penal se distingue dos outros ramos do direito, não por perseguir a segurança jurídica, mas em razão do meio que emprega para realizar este fim. Nem todos os bens jurídicos são objeto de específica tutela penal, pois somente quando os mecanismos ordinários de proteção, os quais lançam mão os outros subsistemas jurídicos, não são suficientes a garantir a segurança, a coerção penal passa a interferir, com o caráter próprio e particular da prevenção e reparação (ZAFFARONI, e PIERANGELI, 2011).

De acordo com Batista (2007), não está legalmente expresso no ordenamento jurídico, mas seu fundamento reside na orientação política do constituinte, que elegeu os Direitos Humanos como centro de proteção da ordem legal e elencou a proteção do bem comum e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivos a serem perseguidos na sociedade.

Fala-se em subsidiariedade, assim, para se referir à intervenção excepcional do Direito Penal, necessário apenas quando outras formas menos gravosas de proteção não são suficientes.

Por outro lado, a legislação e interpretação da norma jurídica penal não têm por finalidade preencher lacunas ou alcançar a integralidade do sistema normativo penal. A rígida seleção, não apenas dos bens jurídicos que serão objeto de tutela penal, mas também a escolha das modalidades de ofensas que serão repudiadas, por serem formas mais graves de violação – e aqui reside o caráter fragmentário –, guarda estrita consonância com os fins a que se propõe o Direito Penal.

Assim, explica Batista (2007), a inteireza normativa harmonizar-se-ia com as propostas meramente retributivas, em que qualquer tipo de ofensa deve ser repudiada, já que se busca simplesmente “fazer justiça”. Ao revés, predomina modernamente a concepção preventiva do Direito Penal: pune-se com o desiderato de prevenir novas práticas delitivas. Para tanto, é preciso observar medidas de política criminal, investigar em que situações deve o Estado intervir, utilizando-se do ius puniendi, com a estrita finalidade, todavia, de coibir futuros crimes.

Ainda de acordo com Batista (2007), na opinião da doutrina prevalecente no Brasil, o Direito Penal tem por objetivo a proteção de bens jurídicos. Todavia, para o autor, o conceito de bem jurídico está intrincado, ou melhor, inter-relacionado, com os conceitos de valor e interesse e, se pensado dentro de uma sociedade de classes,

não podem estes conceitos dela se desvincular por, inevitavelmente, refletir os valores e interesses da classe dominante.

O fim do direito penal, portanto, é, neste aspecto concordando com a opinião doutrinária dominante, a proteção de bens jurídicos, tomada esta expressão, porém, sob o significado crítico que se apreende de uma sociedade não unitária e homogênea, cujo objetivo será por em salvaguarda as “relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações” (BATISTA, 2007, p. 96).

Batista (2007) reconhece a dificuldade doutrinária em conceituar a expressão, haja vista as inúmeras tentativas, bastante discrepantes em seus resultados. Para ele, o entrave decorre da “diversidade categorial dos bens jurídicos”. Os bens jurídicos não são, defende, realidades fáticas dadas ao legislador para que este os reconheça e, assim, defira a eles tratamento de proteção mais rígido perante a ordem jurídica. Não são, portanto, anteriores ao crime em sentido formal, pois “resulta(m) da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta)” (BATISTA, 2007, p. 96).

Conclui-se, portanto, que os bens protegidos em determinada ordem jurídica decorrem de escolha política do legislador, ao definir quais os comportamentos serão concebidos como delitos. Por isso, afirma Batista (2007) que o conceito de bens jurídicos “guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador”. Por esta razão também seria equivocado dizer que os bens jurídicos são realidades imutáveis. No contexto de uma sociedade estratificada, todavia, dividida em classes sociais:

Os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais (BATISTA, 2007, p. 96).

O arbítrio do legislador, porém, esbarra nos limites impostos pelo texto constitucional, cujas valorações positivas ou negativas em relação a certos comportamentos devem ser observadas, sob pena de destituir-se da legitimidade que o discurso oficial sobre os fins da pena lhe confere.

5.2.4 Princípio da Culpabilidade

O indivíduo somente pode sofrer a coerção penal do Estado quando sua conduta intervém no resultado, repelindo-se, pois, a responsabilidade objetiva. Ainda, mesmo quando haja concorrido com a produção do resultado, necessário aferir a reprovabilidade de seu comportamento.

No contexto da doutrina crítica, destaca-se a noção de co-culpabilidade, que orienta os órgãos aplicadores da pena a considerar, para fins de avaliação do grau de reprovabilidade da conduta delitiva, as circunstâncias socioeconômicas experimentadas pelo agente em sua vida e que condicionaram (ou não) sua formação individual. Em outras palavras:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar nos bancos dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, como queria Ernst Bloch (BATISTA, , 2007, p. 104).

5.2.5 Princípio da Humanidade

As penas devem se pautar pela racionalidade e proporcionalidade. Sob o prisma da racionalidade, as penas não podem constituir um fim em si mesmo, objetivarem o sofrimento do agente. Devem ser coerentes com seus fins, daí a proscrição de penas de tortura, cruéis, de morte, de banimento e de trabalhos forçados no ordenamento jurídico pátrio.

Zaffaroni e Pierangeli (2011) propõem uma nova perspectiva do princípio da humanidade. É certo que a pena não pode ser cruel em abstrato, isto é, em sua tipificação legal, mas também não pode no plano concreto. De acordo com os autores:

O princípio da humanidade das penas têm vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa – o geral – como a ação judicial – particular –, o que indicaria que o juiz deve ter o cuidado de não violá-lo. Comprovados os extremos fáticos que conduziram a uma violação de tal princípio no caso concreto, entendemos que a sentença, como ato que “diz o direito” (“jurisdicional”, de *juris dicere*”, não pode dizer o antijurídico, ou seja, não pode violar o princípio da humanidade (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 161).

5.3 Finalidades e justificação da pena

5.3.1 Introdução

A teoria criminológica da pena se ocupa de investigar as funções reais/latentes da pena e, atrelada à criminologia crítica, investiga o papel do direito penal na sociedade estratificada.

De acordo com Santos (2005), poder-se-ia definir Política Criminal como o programa oficial de governo voltado ao controle do crime e da criminalidade. Dentre as medidas recomendadas, incluem-se as políticas públicas que se destinam primordialmente a combater os fatores nos quais se localizam as raízes da criminalidade, que atuam como “determinações estruturantes”. No entanto:

No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a *política criminal* do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania (SANTOS, 2005, p. 1).

Nestes contextos, o único instrumento às mãos do Estado para executar a política criminal é o Direito Penal, com a tipificação das condutas criminosas, cominação e aplicação das penas, do que se deduz, portanto, que o Direito Penal desempenha, por intermédio da pena, os programas de controle do crime e da criminalidade.

A finalidade da pena, todavia, embora seja identificada com os fins do próprio Direito Penal pela doutrina majoritária, desempenharia papéis próprios e específicos.

Batista (2007) entende que, a análise acurada dos fins de um e de outro produz reflexões discrepantes, que os situam em patamares diversos na relação estabelecida entre a pena, a sociedade e o sujeito que comete delito.

Ao investigar suas missões, o autor assevera que o “direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas)” (BATISTA, 2007, p. 111, grifos no original), do que se depreende uma preocupação essencial com o indivíduo antes do cometimento do crime e, portanto, revela aspectos sociais essencialmente positivos.

Diversamente da conclusão extraída dos fins do Direito Penal, os fins da pena manifestam caracteres negativos, pois atua sobre sujeito ou sobre a sociedade após a ocorrência do crime e, a depender da teoria adotada para lhe explicar as finalidades:

Ou bem apenas *retribuirá* (mediante a *privação* de bens jurídicos imposta ao criminoso) o mal do crime com seu próprio *mal*, *restaurando* assim a justiça, ou bem *intimidar*á a todos (pela *ameaça* de sua cominação e pela *execução exemplar*) para que não se cometam (mais) crimes, ou tratará de *conter* e *tratar* o criminoso” (grifos no original) (BATISTA, 2007, p. 112).

Esta divergência de metas e resultados, continua, permite inferir que, por algum motivo, ao Direito Penal e à pena não correspondem, concretamente, fins coincidentes. Batista (2007) aponta duas explicações para o fato: ou, de fato, cada um aspira a finalidades diferentes, “ou este é o ponto mais densamente turvo, do ponto de vista ideológico, do discurso jurídico-penal” (p. 112).

Logo em seguida, porém, o próprio autor esclarece:

Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem (BATISTA, 2007, p. 112).

São exatamente as teorias da pena que legitimam o discurso oficial, por meio do qual fica justificada a implantação da política criminal vigente. Por isso, a compreensão deste pressupõe o estudo das funções declaradas/manifestas da pena. Tal análise foi realizada, com minúcia, no capítulo antecedente, no qual se esclareceram as bases teóricas fundantes das principais teorias legitimadoras da sanção penal, sem perder de vista o importante aspecto da contextualização histórica que deu ensejo ao desenvolvimento de cada uma das propostas.

Alguns pontos daquelas proposições legitimadoras da pena serão ora retomados, no entanto, sob a perspectiva dos teóricos críticos. Tal se faz necessário, porque, além de representar pesquisa imprescindível à compreensão da teoria crítica, funcionam como subsídio para delas depreender o conteúdo real da política criminológica que se implementou.

Conforme adverte Santos (2005), é preciso apreender a pena criminal em todas as suas dimensões, inclusive, os motivos não declarados (reais/latentes) de sua existência, como mais um, adianta, meio ideológico de controle que tem a função de

reproduzir a realidade (p. 2), tema este que será objeto de abordagem nos tópicos adiante.

5.3.2 Teorias da retribuição

Sinônimo de expiação da culpabilidade ou justa retribuição, pela imposição de um mal justo em resposta a um mal injusto, a retribuição é o papel mais antigo que se atribuiu à pena e sua sobrevivência histórica é dada por três fatores: 1) De base antropológica, ligada à influência que a lei de talião exerce na psicologia popular, “mecanismo comum dos seres zoológicos e, por isso, atitude generalizada do homem, esse *zoon politikon*”; 2) de base social, que se constituiu através da poderosa força cultural da tradição religiosa judaico-cristã que incutiu na sociedade ocidental a imagem da justiça dívida como “retributivo-vingativa”; 3) De base filosófica, em vista de a filosofia idealista ocidental ser essencialmente retributiva, seja com base na ideia de retribuição sob um fundamento ético, conforme Kant concebeu, seja sob um fundamento jurídico, de acordo com Hegel; 4) Por fim, cabe ressaltar que há ainda um fator jurídico determinante, de base dogmática, uma vez que há comando normativo expresso no Código Penal brasileiro que impõe ao aplicador do direito a aplicação da pena com fundamento na retribuição. Tal dispositivo é o artigo 59, de cujo conteúdo se extrai a determinação do legislador ao juiz para que este estabeleça a pena em conformidade com o grau de culpabilidade do agente, bem como em atenção à reprovação, de modo necessário e suficiente, do crime (SANTOS, 2005, p. 3-5).

Em que pese a inegável subsistência do caráter retributivo da pena, que se explica pelos fatores anteriormente relatados, a teoria da retribuição já era alvo de crítica pelos defensores da prevenção, pois, como argumento extraído de concepção religiosa e cultural que era, carecia de índole científica e, mais, encerrava um conteúdo antidemocrático, na medida em que representava a vontade de Deus e não do povo.

5.3.3 Teoria da Prevenção Especial

O objetivo da pena é evitar que o criminoso pratique mais crimes no futuro e, para tanto, o Estado atua sobre ele em dois momentos: na aplicação da pena, quando o órgão jurisdicional faz sua individualização e define o quantum e o tipo de pena necessários à prevenção de novos delitos, e na execução da pena, quando entram

em cena os profissionais habilitados a promover a ressocialização do executado. Por isso, diz-se que a prevenção especial possui uma dimensão positiva e outra negativa.

Por meio da dimensão negativa, a prevenção do crime se perfaz com a inocuização do criminoso, que ficará encarcerado e, assim, durante o cumprimento da pena, não representará perigo à sociedade, de forma que é possível falar em segurança social. A neutralização do criminoso é, portanto, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, uma das funções declaradas da pena. Já na dimensão positiva, realiza-se a finalidade última da prevenção especial, isto é, a ressocialização o agente (SANTOS, 2005).

As críticas à teoria da prevenção especiais quem aponta é Santos (2005). Primeiro, argumenta que “o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios” (SANTOS, 2005, p. 8). A ressocialização apenas seria legítima se harmonizada com o desejo espontâneo do indivíduo de se submeter aos métodos de “melhoria terapêutica” que o Estado faz uso com aquela finalidade. Por outro lado, a teoria da prevenção especial encontra um duro argumento contrário quando confrontado com a constatação de sua ineficácia na realidade.

Tal constatação decorre dos estudos produzidos pela moderna teoria crítica criminológica, cujas conclusões podem ser reunidas nos seguintes pontos:

a) Privação da liberdade produz maior reincidência – e, portanto, maior criminalidade –, ou pelos reais efeitos nocivos da prisão, ou pela seletividade desencadeada pela mera *prognose negativa* da condenação anterior; b) a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante *desclassificação social* objetiva, com redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva de uma *auto-imagem* de criminoso – portanto, habituado à punição; c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima *desintegração social* do condenado, com a perda do lugar no trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado; d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas; e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da *prognose negativa* de futuras reinserções no sistema de controle; f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a *subcultura da prisão*, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach* (SANTOS, 2005, p. 25-26).

5.3.4 Teoria da Prevenção Geral

Assim como na prevenção especial, o objetivo da pena, de acordo com a teoria da prevenção geral, também é coibir a prática de novos crimes. Seus pilares, porém, são diversos.

Comporta, igualmente, uma dimensão negativa que, segundo Santos (2005) é antiga, fundada na imposição da pena como ameaça direcionada a toda a sociedade. A dimensão positiva, ao revés, caracteriza-se por comportar um posicionamento doutrinário pós-moderno, expresso no final do século XX e representado, sobretudo, por Claus Roxin e Jackobs.

Para Roxin (et al., 1997), a pena tem por fundamento de validade a proteção dos bens jurídicos, realizada de forma subsidiária e fragmentária, consoante se esclareceu anteriormente. Quanto aos efeitos políticos-criminais desejados e produzidos, defende a existência de três: a demonstração da inviolabilidade do Direito por meio do exercício da fidelidade jurídica, o aumento da confiança do cidadão no ordenamento e a pacificação social, alcançada com a imposição da pena como solução do conflito estabelecido com a prática do crime.

A prevenção geral, porém, tem natureza relativa, pois coexiste junto a outras funções declaradas da pena. Por isso, sua posição doutrinária enquadra-se com mais adequação às correntes teóricas unificadoras.

Já para Jakobs (apud SANTOS, 2005), que rechaça a ideia de bens jurídicos como objeto de proteção do Direito Penal, a pena tem por finalidade única e exclusivamente a afirmação de validade da norma jurídico-penal, esta sim, objeto de proteção do Direito Penal. A função positiva da pena, portanto, desdobrar-se-ia também em três: reforço ao exercício de confiança na norma, fidelidade jurídica e aceitação das consequências.

Partindo da concepção segundo a qual a teoria da prevenção geral baseia-se na ameaça dirigida à sociedade – pune-se o infrator da norma penal para que sirva de exemplo aos demais membros da comunidade –, Zaffaroni e Pierangeli (2011) defendem que esta teoria encerra um conteúdo irracional, incompatível com o objetivo do Estado de Direito, cujo objetivo é a formação de cidadãos responsáveis e conscientes. Explicam:

A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu:

que se privou do que o outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 99).

Dessa forma, a crítica dos autores tem fundamento em argumentos psicológicos e sociais. A crítica sociológica orienta a considerar a existência de grupos dominantes e de grupos marginalizados na sociedade, de modo que a prevenção geral serve de instrumento à contenção destes por aqueles, sob o argumento de que o Direito Penal atua de modo seletivo, reprimindo as condutas violadoras de “bens jurídicos”.

Entretanto, importante perceber que negar a função jurídica de prevenção geral à pena, não significa negar também que esta seja um resultado social decorrente da imposição da sanção penal sobre o criminoso. Quer-se dizer que, se da aplicação da pena, sempre na forma de privação de bens jurídicos do apenado, decorre como uma de suas consequências a prevenção geral, este é um resultado social e não jurídico, atinente ao âmbito de estudo dos sociólogos.

O que os autores repelem é que a pena seja imposta com a finalidade precípua de retribuir mal causado e, por conseguinte, atingir reflexamente a população, compelindo-a a se comportar em conformidade com o ordenamento jurídico. Este é um mecanismo que serviria a regimes autoritários, como se viu, na medida em que se transveste em argumento de contenção da parcela da sociedade mais humilde e, portanto, mais vulnerável.

5.3.5 Teorias Unificadoras

Para Santos (2005), as teorias unificadas representam a:

Síntese moderna de uma antiga *posição de compromisso* entre partidários das *teorias da retribuição*, como BINDING (1841-1920) e defensores das *teorias da prevenção*, como LISZT (1851-1919), que encerrou a famosa controvérsia entre as *Escolas Penais* clássica e positivista do primeiro quarto do Século XX (SANTOS, 2005, p. 22).

Em que pese tal constatação, as teorias unificadas, que reúnem as finalidades da pena defendidas pelas teorias da retribuição e da prevenção, especial e geral, predominam tanto na legislação quanto na literatura penal. Conforme já se elucidou,

o código penal brasileiro, inclusive, possui dispositivo que faz clara alusão à pena como retribuição e como prevenção.

Ainda sob a perspectiva das teorias unificadas, mas de acordo com outro viés, leciona-se que os níveis de realização do Direito Penal corresponderiam às funções manifestas da pena propugnadas pela retribuição e prevenção: ao cominar a pena na norma penal o Estado exerce a ameaça penal direcionada a sociedade, ou seja, materializa a prevenção geral negativa; ao passo em que os órgãos judiciais aplicam a pena a um caso concreto, é levada a cabo a função de retribuir ao criminoso o mal causado, além de produzir todos aqueles efeitos de reforço de confiança no ordenamento e fidelidade jurídica como resultado da prevenção geral positiva. Por fim, a execução da pena realiza os fins de prevenção especial, vocacionada, primeiro, a inocuizar o delinquente durante sua recuperação, e segundo, a trazê-lo de volta ao convívio harmônico em sociedade, conforme Foucault (apud SANTOS, 2005, p. 7), através do trabalho dos ortopedistas da moral.

5.3.6 Discurso crítico da teoria criminológica da pena

De acordo com as teorias tradicionais, a pena cumpre a função delegada ao Direito Penal de proteger os bens passíveis de proteção jurídica. Para tanto, o contexto social, histórico, político e cultural em que a pena desenvolve seu ciclo de existência tem influência determinante para aferição dos fundamentos e funções que a transvestem. Em um primeiro aspecto, porque interfere na eleição dos direitos e interesses passíveis de proteção da ordem jurídica e, ainda, de intervenção do poder punitivo estatal. Segundo, porque funcionam de aparato ideológico a orientar as razões legitimadoras da titularidade e oportunidade de exercício do *ius puniendi*.

Na prática, identificar as finalidades da sanção penal em um ordenamento jurídico específico consiste em simplesmente confrontar as normas penais aos modelos teóricos absolutos ou relativos e, daí, extrair a identificação. Batista (2007) cita como exemplo a passagem contida no artigo 1º da Lei de Execuções Penais, do qual é possível extrair que o Brasil teria adotado a teoria da prevenção especial, por fixar como objetivo do cumprimento da pena a “harmônica integração social do condenado e do internado” (BATISTA, 2007, p. 113)

A tarefa de investigar os fins da pena e do direito penal, todavia, não se esgota com o reconhecimento das “funções aparentes da pena” ou

“declaradas”, pois a ela está atrelado o que um grupo de penalistas de perspectiva crítica vem chamando de “funções ocultas ou não declaradas da pena” (BATISTA, 2007, p. 113, grifos no original).

Parte-se, assim, da constatação fática de que o discurso do Direito Penal diverge da função social que efetivamente cumpre na sociedade. A par de tal constatação, Zaffaroni e Pierangeli (2011) destacam a importância de investigar os fins da legislação penal, não apenas como recurso deslegitimador do poder punitivo, mas também a fim de subsidiar os legisladores, para reformas legais, e os operadores do direito, para interpretação o texto vigente, de modo a aproximar cada vez mais a lei positiva àqueles objetivos.

As teorias tradicionais da pena, ao conceitua-la ou ao descrever seus objetivos, partem de um contexto histórico específico e, sem considerar as peculiaridades de cada realidade social em que a pena é aplicada, quais os instrumentos escolhidos para sua execução e os interesses e ideologia que tais elementos refletem, produzem conceitos altamente abstratos. A consequência de tamanha generalização é que as funções efetivamente desempenhadas pela pena na sociedade permanecem ocultas, ofuscadas pelo idealismo das finalidades declaradas. Este idealismo desempenha importante papel a serviço do discurso formal, pois dificulta a missão reveladora/desmistificadora da teoria crítica do direito penal (BATISTA, 2007).

Citado por Batista (2007):

Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico-social (funções de reprodução da criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e esforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do status quo, controle sobre as classes sociais dominadas e controle de opositores políticos)” (BATISTA, 2007, p. 114-115).

Para os fins do presente estudo, no entanto, apresenta-se a classificação proposta por Santos (2005) para sintetizar as posições doutrinárias críticas do discurso oficial legitimador da pena.

São duas, pois, as teorias principais: a teoria agnóstica/negativa da pena e a teoria materialista/dialética, com a finalidade comum de negar as funções declaradas da pena. Diferenciam-se, todavia, em razão do fato de a teoria agnóstica não avançar para investigar os desideratos reais, enquanto a teoria materialista se funda exatamente na dialética entre as funções reais e ilusórias.

a) Teoria agnóstica/negativa:

Consoante explica Santos (2005), diz-se negativa porque repele as funções declaradas da pena, isto é, nega os objetivos manifestos no discurso oficial do Estado para justificar sua imposição.

Por outro lado, é agnóstica porquanto revela desinteresse científico ao conhecimento dos objetivos então reais ou ocultos, sob o argumento de serem “múltiplos e heterogêneos” (SANTOS, 2005, p. 14-17).

Dela são representantes o jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni e o brasileiro Nilo Batista.

Sob o fundamento da democratização do sistema punitivo, a teoria agnóstica tem por objetivo ampliar a segurança jurídica da população, por meio da redução do jus puniendi e da correspondente ampliação do Estado de Direito. Exatamente por carregar em sua essência/conteúdo tais caracteres, é uma teoria crítica e humanista, compondo o quadro de teses doutrinárias lançadas com o objetivo de repelir a tradição penal de justificar a pena “com o discurso de lei e ordem”.

Conforme explicam Santos (2005), a teoria agnóstica tem por fundamento a relação dicotômica e excludente entre modelos ideais de Estado de Polícia e Estado de Direito. No primeiro, predomina o exercício vertical e autoritário do poder, em que o método de supressão dos conflitos humanos consiste na aplicação da pena criminal, fundada nas funções manifestas de retribuição e prevenção.

A justiça distribuída é substancialista, composta por direitos “meta-humanos paternalistas”, e dependente da vontade hegemônica do grupo social no poder. O Estado de Direito ideal caracteriza-se pelo exercício horizontal e democrático do poder, em que o método de supressão dos conflitos humanos consiste na aplicação de regras estabelecidas de modo democrático, com a limitação do poder punitivo do Estado de Polícia. A justiça distribuída é procedimental da maioria, integrada por direitos humanos fraternos.

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2011), à indagação a respeito dos objetivos da legislação penal há duas respostas mais comuns. Primeiro, defendem os partidários da prevenção geral que o Direito Penal tem por finalidade proporcionar segurança jurídica e é, portanto, dirigido à sociedade e não, propriamente, ao autor do delito. Nesse quadro, reúnem-se as noções de prevenção geral e retribuição, pois

a pena deve incidir sobre o criminoso para “devolver ao delinquente o mal que este causou socialmente” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 89), servindo, ainda, como exemplo a toda a coletividade.

Por outro lado, há quem vislumbre na legislação penal o fim de proteger a sociedade do indivíduo que já delinuiu, promovendo sua reeducação ou ressocialização, para que não volte a cometer crimes. Nesse caso, o Direito Penal objetivaria a defesa social.

Os autores repelem a consistência teórica de tais opiniões, sobretudo quando analisadas em contraponto, isto é, de modo excludente. Para eles, é inadmissível pensar em outra finalidade para o Direito que não a segurança jurídica, cuja função é proteger bens jurídicos, aqui compreendidos como entes considerados necessários à coexistência humana.

As penas, contraditoriamente, correspondem à ingerência sobre bens jurídicos dos indivíduos, necessária a assegurar a integridade de outros bens jurídicos, objeto de ofensa pelo apenado, mas que não pertencem homogeneamente a toda a sociedade. É exatamente por este motivo que os limites da pena são imprescindíveis à preservação do sentimento de segurança jurídica; as penas que excedem tais limites, sempre culturalmente determinados e, portanto, jamais fixas (imutáveis) ao longo da história, produzem efeitos contrários aos seus fins.

Argumenta-se que os delitos afetam o sentimento de segurança jurídica da sociedade de forma heterogênea e, portanto, o Direito Penal tutelaria mais os bens jurídicos de determinados setores da sociedade, em detrimento de outros. Para repelir tal constatação fática, Zaffaroni e Pierangeli (2011) esclarecem que o grau de realização de uma meta não é objeção à própria meta, muito pelo contrário, serve a adequá-la, corrigir os defeitos.

Significa dizer que, efetivamente, é possível extrair da realidade e existência de graus diferenciados de afetação da segurança jurídica. Decorre daí que alguns crimes afetam mais gravemente uma parcela da sociedade e menos outras, enquanto outros afetam pouco uma determinada parcela em detrimento de outra. Seria possível dizer – com base nesta concepção – que o Direito Penal, sob o argumento da seletividade, ofertará maior proteção às camadas privilegiadas da sociedade, reprimindo os crimes que mais lhes afetam e negando ou abrandando a proteção penal das condutas que pouco lhes atinjam ou mesmo as beneficiem.

Nesses termos:

O objetivo do direito penal é uma meta política: ainda que sempre se tutelem mais os bens de uns que de outros, o direito penal deve tender a diminuir estas diferenças e procurar a igualação das tutelas; ainda que o 'sentimento de segurança jurídica' seja grupal e se dilua na pluralidade de grupos diferentes e antagônicos, o direito penal deve contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social seja mais justa (maior grau de justiça social) e, em consequência, cada homem sinta que é maior o espaço social de que dispõe e a comunidade lhe garante ou, ao menos, deve procurar não aumentar os antagonismos e as contradições" (grifos no original) (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 91).

O Direito como um todo possui uma aspiração ética, que corresponde à função formadora de cidadãos, pois regula o comportamento dos homens em sociedade, para que se adequem aos valores ético partilhados, aqui entendida a ética como o conjunto de normas de conduta construídas pela comunidade. Assim, a pena tem por finalidade proteger os cidadãos de qualquer afetação dos bens jurídicos tutelados, sendo esta também a razão e o fim da aspiração ética do direito. Por este motivo, o direito penal não pode pretender tutelar uma conduta desvinculada de qualquer resultado ou, inversamente, um resultado de uma conduta.

Cabe esclarecer que, em geral, quando se pretende desvalorar uma conduta prescindindo do resultado ou, ao menos, minimizando o resultado, acentuando o desvalor "ético" da mesma, o que frequentemente se dissimula com o argumento de "perigo", difusamente manipulado, o direito penal sai de seu território e se presta a ser um simples servo de grupos de poder. Isso acontece porque, em tais casos, a conduta assume um valor simbólico para tais grupos (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 95).

Os penalistas repelem a adoção de tal postura para exercício do poder punitivo, pois segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 95) "o direito penal de um Estado de Direito não pode transformar-se em instrumento de uma guerra de símbolos grupais, se o que realmente tem como meta é a segurança jurídica".

Com efeito, todo o ordenamento jurídico, na opinião dos autores, exerce as funções preventiva e retributiva ordinárias, tendo por desiderato promover a segurança jurídica por meio da formação de cidadãos responsáveis. O conjunto de regras jurídicas não-penais cumpre o papel de prevenir a sociedade de comportamentos inadequados, que violem os bens jurídicos considerados essenciais à coexistência em sociedade.

Por isso, é possível falar em função reparadora propriamente no âmbito, por exemplo, das sanções administrativas ou civis: se uma pessoa provoca um dano no

patrimônio de outrem, fica ele obrigado a responder pelo ato ilícito, na exata medida do prejuízo que causou. Com isso, existe a consciência social de que descumprir o ordenamento jurídico tem consequências jurídicas correspondentes. O Direito Penal, por sua vez, faz-se necessário quando a proteção de algum bem jurídico depende de uma prevenção especial, vez que a prevenção e reparação ordinárias não se apresentam como medidas suficientes a garantir a segurança jurídica (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011).

Por todos estes motivos, na prevenção especial deve consistir o objetivo da pena. No entanto, Zaffaroni e Pierangeli (2011) defendem a prevenção especial sob a acepção de ressocializar o criminoso, trazê-lo novamente ao convívio pacífico em sociedade, sempre com a última finalidade de promover o sentimento de segurança jurídica. Entretanto, o processo de ressocialização defendido pelos autores obedece a uma série de limitações, afastando do sentido que ele emprega ao termo outras conotações, segundo ele, equivocadas, as quais põem em questão o respeito aos direitos humanos.

Somente age dentro dos direitos humanos, quando se busca a prevenção especial por meio de instrumentos capazes de propiciar a tomada de consciência pelo criminoso, de forma independente e responsável. Significa dizer que quaisquer meios arbitrários, que condicionem o indivíduo pelo medo, por exemplo, negam os preceitos basilares de um Estado de Direito assentado sobre a liberdade e dignidade inerentes a todos os homens.

Por isso, não se harmonizam com a perspectiva penal proposta pelos autores as penas que produzam constrangimento físico ao agente, imponham uma reeducação ou tratamento ao criminoso, como se este fosse um ser humano destituído de capacidade jurídica e moral, necessitado de tutela especial. Dada a pluralidade de conflitos que dão origem às condutas criminosas, é preciso, ainda, atender às peculiaridades de cada situação concreta, de modo que a prevenção especial deve atender a diversos objetivos específicos e, por conseguinte, tem em mãos uma diversidade de soluções, capazes de adequar suas finalidades às especificidades do conflito que se pretende solucionar.

b) Teoria materialista/dialética

Conforme se viu, a teoria dialética também pretende negar a validade dos fins declarados da pena, assim como também o faz a teoria agnóstica de Eunenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, mas vai além. Propõe-se a esclarecer as finalidades reais ou latentes das sanções criminais.

Para tanto, Santos (2005) propõe a análise de cada uma das funções que o discurso oficial atribui à pena.

De acordo com o autor, a pena como retribuição ao crime subsistiu ao longo da história, despeito das alterações em seus aspectos justificadores, não como expiação, retribuição ou medida da culpabilidade, mas, sobretudo, porque reflete o traço característico das relações de produção típicas da sociedade capitalista. Neste sentido, esclarece a formulação proposta por Rusche e Kirchheimer:

Todo sistema de produção tende a descobrir a punição que corresponde às suas relações produtivas, demonstrando a relação mercado de trabalho / sistema de punição, determinada pela seguinte lógica: se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de preservação da forma de trabalho; se a força de trabalho excede as necessidades do mercado, o sistema penal adota métodos punitivos de destruição da força de trabalho (RUSCHE e KIRCHHEIMER *apud* SANTOS 2005, p. 20).

lém dos referidos autores, também trouxeram contribuições para a proposta teórica crítica Foucault (1987), Melossi e Pavarini (1977) e Baratta (1999), todos defensores da concepção que vislumbra no Direito Penal a principal instituição de controle social, por meio da qual se busca a manutenção e reprodução as relações de dominação entre o capital e o trabalho.

retribuição equivalente é, pois, o critério de troca que orienta todas as relações firmadas sob a égide da sociedade capitalista que se consolidou no século XVIII. Assim como o salário constitui a equivalente retribuição da força de trabalho despendida, o preço é o valor de troca da mercadoria e a pena é a retribuição equivalente ao delito, medida pelo tempo de liberdade que se suprime, em conformidade com a gravidade da conduta. Em todos os casos, o argumento de respeito à igualdade obscurece as relações de dominação e exploração em que estão assentadas estas premissas. Isto é, no caso da pena:

Como *retribuição equivalente* representa o momento jurídico de *igualdade formal*, que oculta a submissão total da instituição carcerária, como aparelho disciplinar exaustivo para produzir sujeitos *dóceis* e *úteis*, que configura o cárcere como *fábrica* de proletários; por outro lado, o salário como *retribuição equivalente* do trabalho, na relação jurídica entre sujeitos “livres” e “iguais” no

mercado, oculta a desigualdade real do processo de produção, em que a expropriação da *mais-valia* significa *retribuição desigual* e a subordinação do trabalhador ao capitalista significa *dependência real*, determinada pela *coação* das necessidades econômicas, que configuram a fábrica como *cárcere* do operário (SANTOS, 2005, p. 22-23).

A função declarada de prevenção especial, por outro lado, não consegue cumprir seus fins negativos de incapacitação seletiva – obstar a reincidência –, haja vista as falhas de que padece e que já foram objeto de estudo 8. Também fracassou a prevenção especial positiva – ressocialização do indivíduo –, destinada à reinserir o indivíduo, agora corrigido, ao mercado de trabalho.

Em reforço, Santos (2005) se reporta a uma dupla crise que afetou o sistema técnico-corretivo central do sistema punitivo da modernidade, que é a prisão: a crise na aplicação e a crise na execução da pena. No primeiro caso, o discurso do devido processo legal, apoiado na dogmática como critério de racionalidade, obscurece o exercício seletivo do poder de punir, com:

[...] a concentração da repressão penal em setores sociais marginalizados ou subalternos, ou na área de drogas, ou do patrimônio, por exemplo – e não nos crimes contra a economia, a ordem tributária, a ecologia etc., próprios das elites de poder econômico e político da sociedade (SANTOS, 2005, p. 28).

A crise na execução decorre do duplo processo a que induz o sistema prisional no condenado: de desculturação, à medida que o indivíduo vai deixando de lado os valores e normas do convívio social, e de aculturação, com a apreensão dos valores e normas necessárias à sobrevivência na prisão.

Por fim, no que tange à prevenção geral, figuraria mais como instrumento de legitimação do discurso oficial, se consideradas as modernas conclusões da criminologia quanto à ineficácia da ameaça penal nos crimes impulsivos, característicos da criminalidade comum. Poderiam até produzir efeitos sobre os crimes de reflexão, mas estes são próprios do Direito Penal simbólico – como é o caso dos crimes contra a ordem econômica, tributária, contra o meio ambiente etc. –, com pouca função instrumental e mais eficácia retórica à legitimar o poder de punir sobre o imaginário popular.

A conclusão a que chega o Santos (2005) é, portanto, de permanência do modelo retributivo da pena, tal qual hoje se encontra assente na doutrina e positivado

⁸ Ver item 4.3.3

nos ordenamentos jurídicos, enquanto se mantiver o sistema capitalista de produção, sendo aquela a forma de punição própria deste.

Quanto à prevenção especial e geral, a constatação fática de seus fracassos revela o sucesso das funções latentes (SANTOS, 2005, p. 29) “de controle seletivo da criminalidade, fundado em indicadores sociais negativos, e de garantia de relações sociais desiguais, fundadas na relação capital/trabalho assalariado”.

Baratta (2004, p. 328) propõe um direito penal mínimo, orientado segundo o princípio geral de prevenção. O conteúdo deste preceito corresponderia à progressiva substituição das formas de controle repressivo pelas modalidades de controle preventivo, fazendo do foco da política criminal os mecanismos sociais que atuam na produção dos conflitos.

Para ele, esta não seria apenas uma estratégia alternativa, mas a única alternativa democrática de política criminal que se compassa à realização de justiça social e defesa eficaz dos direitos humanos, ou melhor, um Direito Penal que tenha estes por objeto e limite.

6 O PODER PUNITIVO, DISCIPLINAR OU DE COMANDO E SUAS RELAÇÕES COM AS TEORIAS E AS FINALIDADES DA PENA

6.1 Contextualização do Tema

Reunindo todos os elementos que foram objeto de pesquisa até o presente momento, este capítulo propõe o enfrentamento entre as concepções teóricas que legitimam o poder punitivo estatal, por meio da aplicação de penas criminais, e os fundamentos do poder disciplinar intraempresarial.

Para tanto, analisar-se-ão, primeiro, os direitos e deveres que advêm do contrato de trabalho, cujo descumprimento dá ensejo à aplicação de sanções disciplinares aos trabalhadores pelo patrão. Como a justa causa é a punição mais grave admitida no âmbito das relações de trabalho, será a partir de seus requisitos e limites que se extraíram os elementos comuns entre o discurso que legitima o poder punitivo dentro e fora da empresa.

Por fim, também se mostra imprescindível traçar o panorama da tutela penal em vigência no ordenamento jurídico nacional, com a finalidade de evidenciar as deficiências do sistema de proteção das relações de trabalho, em desacordo com os padrões de justiça social.

6.2 As Relações do Poder Punitivo com o Direito Penal a partir dos deveres e dos direitos do empregador e do empregado

A doutrina costuma diferenciar os deveres das obrigações de acordo com a fonte relacional dos quais emanam.

Assim, “quando uma relação jurídica gera *poder e sujeição*, falamos de *deveres*; *quando implica prestações e pretensões*, falamos em *obrigações*” (VIANA, 1996, p. 107). A lição é dada por Magano (1985) e, com base em tal distinção, o autor argumenta que a prestação de trabalho seria obrigação, enquanto a sujeição do trabalhador ao poder diretivo empresarial tratar-se-ia de dever do obreiro. Para Viana (1996), não há como, haja vista as peculiaridades do contrato de trabalho, contrapor os deveres das obrigações, pois:

Não vemos como possa haver uma obrigação de trabalhar, *diferente e isolada* do dever de se sujeitar ao comando. O que há é uma obrigação de trabalhar

conforme o comando. Também por isso, não nos parece que haja obrigações *destacadas* de obediência, de fidelidade e de diligência, convivendo lado a lado com a obrigação de trabalhar; o que há é a *obrigação de trabalhar com obediência, fidelidade e diligência, pois assim exige o comando* (VIANA, 1996, p. 107).

No entanto, considerando que a subordinação constitui o traço característico do contrato de emprego, mesmo quando as “obrigações” emanam da atividade, exsurgem, em última análise, na qualidade de deveres imanentes à relação de poder em que se assenta.

Isso porque o pacto intersubjetivo, por meio do qual uma pessoa se obriga trabalhar de forma pessoal, subordinada e onerosa, tem o “binômio sujeito/subordinação ou poder/domínio como elemento caracterizador, historicamente, e não numa relação débito/crédito” (COUTINHO, 1999, p. 198), própria dos contratos.

De fato, pouco da natureza contratual é apreendida pelos trabalhadores no dia-a-dia da execução laborativa⁹, na medida em que alienam sua força de trabalho sob permanente coação, subjacente à índole potestativa do direito de o empregador rescindir o contrato a qualquer tempo e sem maiores justificativas.

A doutrina tradicional juslaboralista leciona que, do contrato de trabalho, como ato jurídico complexo que é, emanam diversos efeitos, os quais podem ser divididos em próprios, porque decorrem da própria natureza e objeto do contrato de emprego, compondo sua essência, e em conexos, quando se vinculam ao pacto laboral por relações de acessoriedade ou de conexão.

A peculiaridade do contrato de trabalho reside, exatamente, em seu objeto e modo de execução. Os principais efeitos dele resultantes correspondem às recíprocas obrigações de prestar serviço, pelo empregado, e de pagar o salário ou o direito do trabalhador de auferir a remuneração pelo serviço que presta. Como compõem a natureza do contrato, são estes efeitos próprios.

De uma forma geral, como o contrato de trabalho tem caráter bilateral, os direitos e deveres são recíprocos, conforme se exemplificou anteriormente: à obrigação de prestar serviços corresponde o dever de remunerar o trabalhador.

⁹ De acordo com Marcio Túlio Viana, em entrevista a trabalhadores, estes, respondendo ao questionamento acerca do motivo pelo qual se submetiam às alterações de função determinadas pelo empregador, respondiam “porque todo empregado tem que obedecer ao patrão”, sendo esta a resposta repetida em diversas outras perguntas, acerca das alterações unilaterais promovidas pelo patrão, mesmo quando inobservadas as normas de proteção ao trabalhador. *In Direito de Resistência. Possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 174.

No entanto, a relação contratual produz conjuntos de deveres para cada uma das partes com conteúdo diametralmente oposto, separados por um traço de extrema relevância e consequências. É que, embora resguarдем as partes a prerrogativa de exigir do outro contratante a prestação acordada, o conteúdo dos deveres dos trabalhadores é marcado pela imprecisão, enquanto as obrigações dos empregadores são muito mais detalhadas.

Outro efeito próprio essencial à relação de emprego é o poder empregatício, que, em sua concepção tradicional, compõe-se, segundo Delgado (2008, p. 607), de um “conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviço pactuada”. Seu contraponto é a subordinação jurídica a que se submete o trabalhador quando celebra o pacto laboral, obrigando-se a observar todas as instruções do empregador, desde que relacionadas ao trabalho e revistam-se de licitude. Significa dizer que “do exercício do poder diretivo do empregador, portanto, surge para o empregado o dever de obediência a ordens ou recomendações lícitas” (grifo no original) (BARROS, 2013, p. 483).

O dever de obediência consiste na obrigação que tem o trabalhador de orientar-se segundo as ordens gerais e pessoais dadas pelo empregador, seja diretamente ou através de seus prepostos, dirigidas à organização das atividades empresariais, sob pena de incorrer em justa causa, respectivamente, de indisciplina e insubordinação.

Conforme ressalta Barros (2013, p. 486), todavia, não basta que o obreiro limite-se a executar os serviços conforme as diretrizes do patrão; também constitui seu dever fazê-lo com diligência, isto é, com “atenção, cuidado, dedicação, assiduidade e pontualidade” (GARCIA, 2014, p. 168).

O contrato de trabalho, portanto, também gera efeitos de cunho não patrimonial, relacionados ao aspecto ético que envolve todas as relações negociais.

Trata-se do dever de fidelidade, o qual veda o empregado promover concorrência desleal ao empregador; ao revés, compele-o a contribuir com as finalidades do negócio, uma vez que a relação entre as partes estabeleceu-se com base na fidúcia.

As outras manifestações negativas do dever de fidelidade destinam-se a coibir comportamentos do empregado capazes de prejudicar o empregador, mas podem ser desdobradas em específicas obrigações, como aponta Barros (2013, p. 487) “não ocasionar danos, não divulgar segredos, não se deixar subornar”. Por outro lado, o

dever de fidelidade gera obrigações positivas, sob a perspectiva de contribuição do trabalhador para o sucesso e harmonia da organização empresarial que integra, como “comunicar ao empregador perigos e anormalidades no local em que se desenvolvem as atividades, bem como relatar-lhe as deficiências no material e nos instrumentos de trabalho” (BARROS, 2013, p. 487).

Da mesma forma, não tem índole patrimonial o dever de probidade, dirigido a ambas as partes, determinando que suas condutas sejam pautadas conforme os ditames da boa-fé.

Viana (1996) questiona a validade de alguns desses deveres do trabalhador, sobretudo quando inseridos no contexto de empresas autocráticas como o são as organizações modernas. O dever de fidelidade, por exemplo, encerra uma forte carga ideológica, na medida em que confere substrato teórico para legitimação do poder diretivo e, por conseguinte, fortalece a dominação do empregador sobre o operário. Outro exemplo é caso de improbidade do trabalhador, considerando que pela leitura fria do texto legal se extrai certa “desigualdade de tratamento entre empregador e empregador, permitindo a ruptura não indenizada do contrato, por faltas praticadas pelo empregado fora do trabalho” (VIANA, 1996, p. 174).

Sabe-se que, ao infringir qualquer dos deveres acima descritos, nasce para o empregador o direito de impor uma sanção. O poder disciplinar constitui, portanto, na visão da doutrina clássica do Direito do Trabalho, uma faculdade conferida ao empregador a fim de que este tutele seus interesses, sempre que o empregado descumprir as obrigações assumidas por força do contrato. O poder punitivo teria índole eminentemente instrumental, porque objetiva tornar efetivos os poderes diretivo e regulamentar, garantindo a obediência e disciplina intraempresariais.

Conforme foi analisado no capítulo 2, a doutrina tradicional justralhista, para explicar os fundamentos do poder diretivo, adota, basicamente, três teorias distintas: da propriedade, da instituição e do contrato. Sem pretender, por ora, refutar cada uma das propostas teóricas acima, tal é a conclusão que se faz imprescindível: a investigação pelos fundamentos de um instituto traduz o esforço teórico em busca de legitimidade, ao passo em que “a questão da legitimidade está assentada na qualidade do título que justifica o exercício” (COUTINHO, 1999, p. 99), no caso, do poder empregatício.

A doutrina majoritária, como visto, defende que os fundamentos do poder empregatício residem no contrato e, sendo o poder disciplinar uma das manifestações

deste – ou instrumento de realização dos demais poderes –, por lógico, também encontraria respaldo no acordo de vontade das partes. No entanto, esta mesma doutrina parece, por vezes, ceder à corrente institucionalista para justificar o poder de o empregador impor sanções disciplinares, recorrendo ao argumento do interesse social na manutenção da ordem e organização da atividade.

Referindo-se a Luiz José de Mesquita, Viana (1996) ressalta o aspecto que diferencia esta modalidade de exercício de poder intraempresarial, em face de outras formas:

Em vários outros grupos – funcionários públicos, médicos inscritos em seus corpos profissionais, internados em instituições carcerárias, etc. – existe um poder sancionador. Apenas no caso da empresa é que a doutrina, *inexplicavelmente*, entende que as penalidades têm a mesma natureza das sanções civis [...] Na visão do mesmo autor, o empresário comanda ora como *contratante*, ora como *chefe da empresa*. Embora no primeiro caso *também possa aplicar sanções*, só no último exercita o poder disciplinar. Daí ser preciso distinguir as faltas *contratuais* das *disciplinares* (MESQUITA *apud* VIANA, 1996, p. 166).

Sob o ponto de vista contratual, parece mais coerente, de fato, argumentar pela impossibilidade de exercício do poder punitivo pelo empregador, considerando que, na relação oriunda de um contrato, pressupõe-se a autonomia privada e a igualdade das partes, hipótese em que ficaria afastada qualquer possibilidade de supremacia disciplinar de uma sobre a outra.

Este fato fica evidente diante da ausência de legitimidade que o contrato, na realidade da execução, confere a tal expressão do poder, conforme evidenciou a pesquisa realizada por Viana (1996). De acordo com o autor, em entrevista a trabalhadores, estes, respondendo ao questionamento acerca do motivo pelo qual se submetiam às alterações de função determinadas pelo empregador, respondiam “porque todo empregado tem que obedecer ao patrão” (p. 171). Nesses termos:

No dia-a-dia da relação de emprego, o fundamento *contratual* das ordens recebidas como que se esvai, se rarefaz: o empregado se sente não como alguém que se obrigou, mas como alguém que *está sendo obrigado*, no sentido vulgar do termo [...] É assim que se vê como a justificativa contratual para o poder disciplinar – e, de resto, para a relação de emprego – encerra certa dose de artificialismo, na medida em que o empregado não tem, virtualmente, outra escolha a fazer (grifos no original) (VIANA, 1996, 171).

Sob o ponto de vista institucionalista, o poder disciplinar busca justificativa no interesse comunitário, obliterando a relação conflitual própria e imanente ao trabalho

subordinado, inserido na ordem produtiva baseada na propriedade do capital versus força de trabalho. No contexto da instituição, o poder punitivo intraempresarial seria

Um *Direito penal das instituições*, dotado, inclusive, de autonomia. *Crime e falta disciplinar* não se identificam, mas se assemelham: são ambos *fatores de desorganização de uma coletividade*. Entre a pena criminal e a disciplinar, há também pontos de contato: ambas podem prever a *multa*; a *reclusão* equivale à *suspensão*; a *pena de morte* lembra a *despedida*... (VIANA, 1996, p. 172-173).

Em um ou em outro caso – teoria contratualista e institucionalista –, o que se observa é que a ideia de poder como fenômeno inerente à relação de emprego não está presente apenas na percepção dos trabalhadores, como também na própria doutrina, que, justificando-o sob diferentes fundamentos, trata a “noção de poder como uma fatalidade” (MELHADO, 2003, p. 13).

O argumento mais comum é a necessidade técnico-organizacional, que demanda do patrão o emprego de sua autoridade para a consecução dos fins empresariais. Tal concepção, porém, não merece guarida, consoante explica Melhado (2003):

Se o mero concatenamento da diversidade de ações individuais justificasse a ascendência de algum tipo de autoridade, a relação entre os sujeitos seria de *coordenação* e não de *mando* e *sujeição*. O poder não é uma vulgar necessidade de ativação técnica do processo produtivo; as formas disciplinares, ao seu turno, cumprem um papel muitíssimo mais sofisticado que essa simples coordenação técnica. Em realidade, elas são imprescindíveis à especificidade à forma capitalista de produção, decidindo o jogo de interesses antinômicos entre capital e trabalho em favor do capitalista, razão pela qual implica dominação política e social do capital sobre o trabalho (MELHADO, 2003, p. 216).

Vê-se, assim, que o discurso justificador do poder de punir do empregador se assemelha à lógica do discurso oficial que fundamenta e explica o próprio *jus puniendi* estatal.

Como visto no capítulo 3, há íntima imbricação entre os esforços teóricos dirigidos à explicação das finalidades da pena com a busca por legitimidade do exercício do poder em um dado contexto histórico. São elementos de uma mesma relação, coerentemente interligados.

Quando advieram as ideias iluministas do século XVIII e a consolidação do Estado Liberal, predominava a concepção de pena como retribuição, isto é, de um mal necessário à realização da justiça. Sob a égide da razão, contudo, o fundamento

religioso ou puramente moral não era mais suficiente para justificá-la. Por isso, a sanção penal deixa de ser instrumento de expiação do pecado, para funcionar como retribuição à perturbação da ordem jurídica, ou “à expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens” (RAMÍREZ e MALARÉE apud BITENCOURT, 2004, p. 9-10). O substrato filosófico desta concepção situa-se na filosofia idealista de Hegel, que “define crime como *negação do direito* e pena como *negação da negação* e, portanto, reafirmação do direito” (SANTOS, 2005, p. 463).

Sem embargo das inúmeras críticas que lhe dirigem a doutrina clássica, enquanto modelo teórico monista para justificar o complexo e multifacetário fenómeno da pena, trata-se, sob a ótica da teoria crítica do Direito Penal, de proposição que integra o discurso oficial, formulado com o fim de encobrir suas finalidades reais ou latentes.

De acordo com as funções declaradas, a retribuição permaneceu na teoria jurídica da pena, ora como fundamento, ora como limite à atividade punitiva, como critério indicativo da culpabilidade do infrator. No entanto, conforme explica Santos (2005, p. 19), a “teoria criminológica *materialista/dialética* mostra a emergência histórica da *retribuição equivalente* como fenómeno sócio-estrutural específico das sociedades capitalistas”, fundadas na dualidade primordial entre o capital e o trabalho, mas que se repete nos mais diversos espaços sociais:

Do *trabalho* pelo *salário* na produção social de bens ou serviços – apesar da expropriação de mais-valia; da *mercadoria* pelo *preço* na distribuição social de bens ou serviços – não obstante o lucro etc. Logo, as formas jurídicas da formação social capitalista instituem a *retribuição equivalente*, no âmbito da responsabilidade civil, por exemplo, sob a forma do *contrato*, da *indenização* etc; no âmbito da responsabilidade penal, a retribuição equivalente é instituída sob a forma de pena *privativa de liberdade*, como *valor de troca* do crime medido pelo *tempo* de liberdade suprimida (SANTOS, 2005, p. 21).

A nova ordem institucional tinha seus pilares na liberdade, na igualdade e na propriedade. Assim, a autonomia da vontade é o caractere fomentador da formação de relações contratuais de conteúdo patrimonial.

Mas, se, por um lado, o Direito do Trabalho se consagra no século XIX como sendo o ramo jurídico dedicado ao estudo, bem como à regulamentação, do trabalho livre e subordinado, por outro, sob a égide do contratualismo liberalista do século anterior, liberdade e igualdade eram proclamadas como os elementos capazes de garantir

que o contrato seria o fator de equilíbrio dos interesses contraditórios dos agentes sociais, concorrendo, pois, para seu justo equacionamento. Fazia-se uma desmedida previsão de que esse instrumento, qual lei que disciplina a relação social subjacente, fosse capaz de garantir a justiça social (*qui dit contractuel dit juste*). Todavia, não tardou a constatação de que o contrato, construído sobre a autonomia da vontade das partes, não ensejava o alcance desse objetivo, notadamente nas relações de trabalho, em consequência da disparidade de forças entre os pactuantes, o que importava na prevalência da vontade de um sobre a do outro. Tornou-se, pois, instrumento de exploração dos empresários sobre seus operários (SOARES FILHO, 2007, p. 1).

A despeito da constatação fática da disparidade de condições sociais, econômicas e políticas das partes que compunham a relação trabalhista, que acabou se evidenciando no seio das indústrias fabris e culminou com as revoluções sociais do século XIX, permaneceu válida sua natureza contratual, consoante afirma reiteradamente a ampla maioria da doutrina justrabalhista.

Assim, repetindo a dualidade entre crime e a pena privativa de liberdade, a violação do contrato dá ensejo à reparação dos termos contratados; violados os deveres que o trabalhador assume por força do pacto empregatício, fica obrigado a reparar sua falta, como ocorre nas demais espécies contratuais.

A via de reparação, nesse caso, seria a indenização pecuniária, de modo que a parte inadimplente sujeita-se ao pagamento das perdas e danos ocasionados ao outro contratante. Esta solução, todavia, não era adequada ao contrato de trabalho, pelas razões expostas por Zaffaroni, as mesmas que justificaram a adoção, no Direito Penal, das penas privativas de liberdade:

Quando un ciudadano no paga una indemnización debida como resultado de la violación de un contrato, se le secuestra y ejecuta (se le expropia algo de valor) pero los hombres de la masa criminalizada por ese control social era desposeídos. ¿Qué se les expropiaba? Pues lo único que podían ofrecer en el mercado: su capacidad de trabajo, su libertad (Zaffaroni *apud* COUTINHO, 1999, p. 176).

Os fins latentes da punição, assim, condicionaram a substituição da sanção penal na qualidade de castigo ao apenado, pela correção dos indivíduos “ou, como quer Foucault, passa do corpo à alma, estabelecendo um controle disciplinar das massas, para garantir a acumulação do capital produtivo” (COUTINHO, 1999, p. 176).

Com base em todas as premissas articuladas nos parágrafos anteriores, é possível afirmar que:

O poder disciplinar permanece para salvaguardar o direito de propriedade e a empresa e revela juridicamente uma desigualdade a partir do reconhecimento de um poder de aplicação de penas ou, como ainda querem alguns, castigar, que o direito do trabalho, sob o manto de uma proteção, pretende mascarar sob a ideologia do contrato de trabalho subordinado. A pena, que é um mal em si para quem se conduz mal, é um bem, sob o ponto de vista da instituição (COUTINHO, 1999, p. 176).

6.3 As Relações do Poder Punitivo com o Direito Penal a partir das configurações das justas causas do empregado e do empregador

6.3.1 Justas causas e a Legitimação do Poder Disciplinar

Diante do comportamento faltoso do trabalhador, a justa causa é a sanção mais grave cujo uso a ordem jurídico-trabalhista admite. Emana, pois, do poder punitivo intraempresarial e determina, precisamente, a exclusão definitiva do sujeito irrecuperável – noção esta que, na dinâmica juslaboral, está atrelada ao rompimento da fidedignidade necessária à manutenção do contrato – da sociedade do trabalho.

Assim como ocorre com penas criminais, o grau de interferência na esfera jurídica do apenado e a gravidade dos efeitos que produz na vida do trabalhador subordina a validade da aplicação das justas causas ao preenchimento de uma série de requisitos e pressupostos, observados, ainda, princípios específicos, orientadores da proteção ao obreiro.

Fala-se, inicialmente, que a ingerência do empregador, embora incida indiretamente na pessoa do trabalhador, diretamente se dirige ao controle e fiscalização da força de trabalho, a qual é alienada através do contrato de trabalho e constituiria, de fato, o objeto da relação entre ambos.

Seria este, então, o primeiro limite ao exercício do poder diretivo: não pode desbordar as estritas margens das obrigações e deveres oriundos do contrato de emprego, sob pena de atuação abusiva do empregador, porque destituído de razões legítimas a justifica-lo.

Se há, consoante afirma a doutrina majoritária, entre o poder de direção e o poder disciplinar correlação instrumental, sendo, pois, este a arma com a qual a ordem jurídica municiou o empregador para tornar eficaz a organização e o controle intraempresarial, somente a inobservância dos direitos e deveres que derivem, estritamente, do pacto laboral daria ensejo à aplicação de punição.

Se, ao contrário, o poder punitivo é *autônomo* em relação ao poder diretivo, independentemente de qualquer comando ou ordem expedida pelo empregador, poder-se-ia aplicar uma punição pela desconformidade com uma obrigação genérica de conduta e de disciplina na empresa, independentemente, inclusive, da própria execução das tarefas estabelecidas em face do contrato de trabalho. Condutas realizadas fora do local de trabalho, além da jornada de trabalho, dizendo respeito à vida do trabalhador, seriam observáveis, controladas e puníveis (COUTINHO, 1999, p. 88).

Não obstante asseverarem os doutrinadores clássicos que o empregador não pode interferir na vida privada do empregado, imiscuindo-se em assuntos alheios à prestação laboral, o fato é que a sistemática legal positivada tipifica, sim, condutas que “não dizem respeito exclusivamente ao desatendimento dos comandos diretos e limitativos, mas voltam-se ao trabalhador em relação ao seu conduzir-se como integrante de uma sociedade” (COUTINHO, 1999, p. 88).

Coutinho (1999) refere-se, na passagem antes transcrita, às figuras típicas da embriaguez habitual e da prática constante de jogos de azar, previstas, respectivamente, nas alíneas *f* e *l* do art. 482 da CLT. A propósito, Melhado (2003) também faz a mesma referência para evidenciar a extracontratualidade do poder disciplinar, e acrescenta a hipótese do parágrafo único do mesmo dispositivo legal – introduzida na CLT nos primeiros anos do regime militar no Brasil – que autorizava a justa demissão do trabalhador em razão da prática de atos atentatórios à segurança nacional.

A norma da alínea *f* prevê como motivo suficiente a justificar a demissão por justa causa do obreiro a embriaguez habitual ou em serviço. Esta figura abrange duas situações distintas.

A embriaguez habitual pode ser descrita como a ingestão contumaz de álcool ou de outra substância entorpecente, não necessariamente no ambiente de trabalho, mas capaz de afetá-lo negativamente.

A doutrina tradicional mais recente vem destacando a necessidade de o comportamento do trabalhador prejudicar o desempenho de suas atividades ou a dinâmica do ambiente laboral; sem tal requisito, o empregador não disporia de poderes para censurá-lo, conforme explica Delgado (2012):

Mesmo que habitual o estado etílico do empregado, *se restrito ao período posterior à prestação laborativa, sem repercussões no contrato*, não pode ser considerado causa de resolução do pacto empregatício, sob pena de estar-se admitindo interferência abusiva no vínculo de emprego na vida pessoal, familiar e comunitária do indivíduo. Esta situação hipotética trazida pela CLT (embriaguez habitual) somente é apta a propiciar justa causa se produzir

influência maléfica ao cumprimento do contrato de trabalho; não havendo esta contaminação contratual, descabe falar em resolução culposa desse contrato (DELGADO, 2012, p. 1220).

Seria preciso, assim, considerar os limites do poder empregatício, de modo que, não havendo reflexos da conduta obreira no contrato empregatício, o recorrente estado de embriaguez não autorizaria a aplicação da justa causa.

Há divergência doutrinária quanto à aplicabilidade do dispositivo nos casos em que a embriaguez habitual deriva da dependência patológica do álcool, definida pela Organização Mundial da Saúde como uma “síndrome com um contínuo de gravidade” (MARQUES, 2001, p. 74) e, em 1977, foi incluída no rol da Classificação Internacional de Doenças.

A síndrome da dependência do álcool e de outras drogas psicoativas tem, hoje, o reconhecimento científico da amplitude de suas causas e consequências na vida do enfermo, em razão da qual a eficiência de seu combate depende de uma atuação interdisciplinar. O Direito do Trabalho, portanto, não pode ignorar o fato de se tratar de “problema dos mais graves enfrentados pela sociedade hodierna, com repercussões negativas tanto na esfera individual como familiar e social, atingindo o emprego das pessoas” (NASCIMENTO e MASSONI, 2013, p. 1288).

Com base em tais premissas, parte da doutrina¹⁰ nega legitimidade ao exercício do poder disciplinar do empregador em face do trabalhador acometido da enfermidade e entende, como medida adequada e de responsabilidade social, o encaminhamento do obreiro aos serviços de saúde do Estado e à Previdência Social, com a respectiva suspensão de seu contrato de trabalho.

A outra corrente doutrinária, assumindo postura legalista, orienta-se no sentido de entender que, conforme aponta Martins (2002, p. 340), “a embriaguez é justa causa porque a lei assim dispõe, pois o fato de que o empregado se apresenta embriagado poderá causar prejuízo à empresa e a seus clientes”, de acordo com Barros (2013, p. 714), assim, seria “tarefa do Estado assumir o cidadão alcoólatra, tratando-o, para que possa recompor-se e retornar ao ambiente de trabalho¹¹”. Esta orientação ainda encontra respaldo na legislação nacional, que impede o internamento compulsório do

¹⁰ Nesse sentido, Amador Paes, Lamarca, Amauri Mascaro Nascimento, Rodrigues Pinto e João Regis, de acordo com Vólia Bomfim Cassar *in* **Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 1070.

¹¹ De acordo com Vólia Bomfim Cassar, também se orientam assim Amador Paes de Almeida, Russomano, Süsskind e Dorval Lacerda. *In* **Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 1071.

enfermo, inviabilizando, assim, a suspensão do contrato para recebimento de auxílio previdenciário.

A despeito do apego à disciplina legal, importante a ressalva de Wagner Giglio quanto ao tema:

Na verdade não poderia subsistir o contrato de trabalho sendo o empregado ébrio contumaz. Diante da lei posta, não há o que cogitar: a embriaguez crônica, de características marcantes, constitui justa causa para o despedimento. É até o caso em que se tornam mais flagrantes todas as razões fundamentais da existência da justa causa. Parece-nos, entretanto, que a lei deverá ser modificada, no futuro, para excluir a embriaguez patológica do rol de justas causas. O viciado é um doente e como tal deverá ser tratado. Essa conclusão é inelutável e temos certeza de que vingará, no porvir, superando a resistência dos retrógrados, no campo do Direito do Trabalho, da mesma forma como superou a má vontade dos estudiosos da ciência médica, que relutaram, durante muito tempo, em considerar como moléstia a embriaguez crônica. Assim, esperamos ver o dia em que o empregador, ao invés de despedir o empregado viciado, será constrangido por lei a encaminhá-lo ao Instituto, para tratamento e recuperação (GIGLIO, 1981, p. 156).

O texto do artigo 482, f, da CLT menciona, ainda, outra situação hábil a justificar a extinção do contrato de trabalho sem ônus para o empregador. Trata-se da embriaguez em serviço, que não pressupõe habitualidade, sequer repetição da conduta. Basta o trabalhador comparecer uma única vez ao posto de trabalho ou ser surpreendido durante a execução de suas tarefas sob os efeitos de drogas ou outras substâncias afins, que estará caracterizada a justa causa ¹². Isso porque

O empregador não teria como confiar no ébrio, pois este não tem como desempenhar suas atribuições com cuidado, diligência e rendimento necessários, podendo inclusive causar prejuízos ou situações constrangedoras ao empregador (GARCIA, 2012, p. 640).

A outra figura típica que Coutinho (1999) cita para demonstrar a autonomia do poder disciplinar em face dos poderes diretivos, já que desvinculada à prestação laborativa obreira no âmbito do contrato de trabalho, é a conduta do trabalhador que

¹² Maurício Godinho Delgado reconhece a possibilidade de exercício gradativo do poder disciplinar, quando a falta não for grave o suficiente a justificar aplicação da justa causa de imediato, *in* **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1220. Para tanto, a incidência do tipo legal pressuporia a avaliação circunstancial e subjetiva da infração cometida pelo trabalhador. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni destacam “o aspecto da proporcionalidade na aplicação de justa causa a empregado que comparece embriagado em serviço” e, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, advertem que “Já se concluiu que o estado de embriaguez, em um *único* dia, uma *única* vez, não seria motivo bastante para configurar falta grave”, *in* **Exames toxicológicos no ambiente de trabalho**. Revista LTr, vol. 77, nº 11, novembro de 2013, p. 1300.

se dedica, de modo habitual, à prática de jogos de azar, conforme prevê o art. 482, I, da CLT. A doutrina trabalhista resgatou o conceito da expressão “jogos de azar” na dogmática penal, isto é, conforme estabelece o artigo 50, §3º, da Lei das Contravenções Penais (DEL 3.688/41): “o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte” (BRASIL, 1941).

Os motivos que justificaram a inclusão da figura no rol de causas de resolução do contrato por culpa do trabalhador vinculam-se, sobretudo, a fatores de ordem moral, consoante melhor elucida Lacerda (1976):

O jogo, praticado com habitualidade, determina, como é sabido, distúrbios gravíssimos de natureza econômica, gera paixões ruins e acarreta, via de regra, a perda do sentimento moral. Não são raros os desfalques, os suicídios, o esquecimento da família, a perda da respeitabilidade, trazidos por tal vício, que, ainda mais, faz do jogador presa fácil para a prática dos demais atos faltos, tais como especialmente a improbidade, a incontinência de conduta (e o jogo habitual já incide, por si mesmo, no conceito geral desta falta), a embriaguez habitual, etc. A inclusão, pois, do ato faltoso em estudo, na lei, foi uma medida de defesa que esta concedeu ao empregador a fim de poder livrar-se de empregado de periculosidade em potencial (LACERDA, 1976, p. 237).

Igualmente, Giglio (1981) justifica a postura do legislador:

Não se poderia negar ao empregador o direito de proteger seus bens, diante do risco oferecido pelo jogador. O empregado que se dedica, constantemente, à prática de jogos de azar, destrói a *confiança* que lhe votava o empregador, essencial à manutenção do vínculo empregatício: sem ela, não subsiste o contrato de trabalho (GIGLIO, 1981, p. 294).

Os mesmos autores ressaltam que a prática constante de jogos de azar com o objetivo de lucro só pode configurar justa causa para resolução do pacto laboral quando dela puderem surtir efeitos maléficos na vida funcional do trabalhador. Sendo assim, pressupõe a análise das atribuições do obreiro na empresa e a interferência do comportamento desmedido na confiança necessária à manutenção do vínculo, que varia conforme o cargo que ocupa na organização hierárquica intraempresarial. A exigência de que o jogo tenha a finalidade lucro, implique ganhos ou perdas financeiras, deriva, pois, deste fundamento, já que os riscos específicos vinculados à conduta decorrem, exatamente, do aspecto econômico.

Há na doutrina quem entenda não recepcionada pela Constituição da República de 1988 a dispensa do empregado por justa causa nestas circunstâncias, isto é, quando sua aplicação repousa em justificativas puramente morais. É o caso de Delgado (2006), para o qual:

O que importa à infração trabalhista arrolada pela CLT tem de ser, é claro, a circunstância de ela *afetar o contrato de trabalho, a prestação laborativa, ou o ambiente do estabelecimento ou da empresa, por culpa do empregado*. A conduta do trabalhador, distante do âmbito laborativo, que não atinja, efetivamente, o contrato ou o ambiente de labor, não pode ser interpretada como infração trabalhista. Nesta linha, pode-se concluir que a prática constante de jogos de azar no âmbito laboral tende a afetar, sem dúvida, injustificadamente, regra geral, o ambiente de prestação de serviços, *ainda que sejam lícitos os jogos* (DELGADO, 2006, p. 1224).

Vê-se, assim, que a censura deve dirigir-se ao comportamento incompatível com a própria execução das atividades laborais, porque importa, do ponto de vista material, a impossibilidade de empenho nas atribuições para as quais o trabalhador foi contratado. No caso, fala-se em envolvimento em jogos, lícitos ou ilícitos, lucrativos ou gratuitos, mas poderia se tratar de qualquer atividade recreativa que atrapalhasse ou inviabilizasse o labor ¹³.

Cumpra salientar que os limites anunciados na doutrina ao exercício do poder empregatício – e seus consectários – não estão previstos na legislação; derivam de obra doutrinária e jurisprudencial, através da fixação de regras e princípios para contingenciar tais prerrogativas empresariais, na tentativa de harmonizá-las à ordem constitucional de 1988, em que a dignidade humana passou a ocupar o epicentro da proteção jurídica e estatal.

Sob tal perspectiva, muito das disposições legais acima fica, de fato, questionável. No entanto, servem a evidenciar a orientação ideológica que justificou a criação de tais dispositivos legais, ou, nas palavras de Melhado (2003, p. 50), a demonstrar “uma importante insígnia do uso político da disciplina de trabalho”.

Não significa, porém, que a extensão dos poderes intraempresariais para além dos limites do contrato de emprego não subsista ainda nos dias atuais, porque, sob novas e sofisticadas justificativas, permanece viva e pode ser extraída em algumas situações do cotidiano trabalhista.

¹³ Há, inclusive, projeto de lei que tramita na Câmara de Deputados, sob o número 5662/2013, propondo a revogação da alínea I do artigo 482 da CLT, afastando a prática de jogos de azar como causa para extinção do contrato de trabalho. Prevalecerá, assim, a infração consistente em indisciplina ou mau procedimento, nas hipóteses em que o comportamento do trabalhador interferir diretamente na execução do pacto de emprego, desde que preenchidos os requisitos para caracterização de cada uma dessas figuras típicas. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=27B36558A15B729AE652663A15042CF0.proposicoesWeb2?codteor=1093486&filename=PL+5662/2013. Acesso em 26 de julho de 2014.

Um exemplo ilustrativo são as *company-towns*, cidades construídas para habitação dos empregados de uma empresa, a qual detém o monopólio dos serviços prestados. De cunho paternalista, estruturam-se de modo a promover um alto padrão na qualidade de vida para seus habitantes, mas que acabam por se sujeitar a um regime, em termos práticos, de isolamento. Sua lógica e funcionamento precisos quem explica é Jean-Paul de Gaudemar:

Em determinados períodos históricos houve preeminência do que designa disciplinamento *extensivo*, um modelo de interiorização das regras de ordem do processo produtivo baseado no controle social do trabalhador coletivo. Esta disciplina fabril extramuros se evidencia fortemente no conceito de *company-tow* (sic). Aparecem unidades residenciais e alojamento para os operários e suas famílias no entorno da planta industrial, não raros fornecidos gratuitamente. A empresa cria estabelecimentos de ensino direcionados aos filhos dos trabalhadores. Subsidiem-se alimentos e nascem os planos privados de aposentadoria, os sistemas de seguro-saúde, os convênios com farmácias, supermercados etc. Não raro o grupo econômico titular da fábrica é também proprietário do hospital, de meios de comunicação, de empresas de transporte. A autoridade do empresário realiza-se então à imagem e semelhança da autoridade paterna. Proíbem-se os jogos de azar e o consumo de bebidas; exigem-se determinadas condutas, vedam-se outras. Mais que “contratar” a prestação de determinado tempo de serviço, o trabalhador convencionou uma postura de obediência, de respeito, de uma certa moralidade (GAUDEMAR *apud* MELHADO, 2003, p. 19-20).

Muitas vezes imperceptível aos olhos do trabalhador, no cotidiano da prestação laboral, o patrão exerce domínio sobre aspectos de sua vida alheios aos elementos dos serviços pactuados. A doutrina justralhista, aliás, corrobora esta conclusão, quando menciona, sem maiores questionamentos, outras condutas do obreiro que justificariam o exercício do poder punitivo do empregador, com a aplicação da pena mais grave da realidade trabalhista: a demissão por justa causa. Assim ocorre, por exemplo, com as situações tipificadas nas alíneas c e g (negociação habitual e violação de segredo da empresa, respectivamente).

A legislação veda a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço, porque tal conduta viola os deveres de lealdade e fidelidade, sendo estas consequências do princípio da boa-fé (BARROS, 2013).

Martins (2002) vislumbra apenas uma figura típica na norma. Para o autor, constitui o apenamento para aquele empregado que pratica concorrência desleal, em prejuízo do serviço. Seria o caso do trabalhador que, utilizando-se da clientela de seu

patrão, fornece o mesmo produto diretamente, às escusas, sem o consentimento da empresa com a qual mantém vínculo de emprego.

Entendimento diverso possui Delgado (2012), que, ao se referir à infração contida no artigo 482, c, da Consolidação das Leis do Trabalho, vislumbra dois tipos legais. No primeiro, o objetivo é repudiar a conduta inidônea do trabalhador que resulta em concorrência desleal para a empresa empregadora, enquanto no segundo caso, a finalidade consiste em vedar a negociação habitual capaz de prejudicar o ambiente laborativo e a execução regular das atribuições do trabalhador.

Em havendo apenas uma conduta infracional na norma em apreço, a doutrina aponta como necessários para caracterização da falta três requisitos fundamentais: habitualidade, que a negociação se realize sem a permissão do empregador e que a prática seja maléfica ao serviço, seja porque prejudica o desempenho do obreiro, seja porque resultará em prejuízo econômico à empresa.

Se, porém, considera-se haver mais de uma figura típica, distintas, há pressupostos também distintos. O primeiro comportamento faltoso só é apto a caracterizar a concorrência desleal caso “afronte expressamente o contrato, ou agrida o pacto inequivocamente implícito entre as partes, ou, por fim, derive, naturalmente, da dinâmica própria do empreendimento e do trabalho” (DELGADO, 2012, p. 1217-1218).

A segunda conduta que o dispositivo legal censura somente se caracteriza se a atividade do trabalhador de negociar habitualmente, mesmo que não configure concorrência desleal, de fato, resultar em prejuízo ao serviço que presta ao empregador (DELGADO, 2012). Sem tais elementos, não haveria conduta típica para os efeitos do artigo 482 da CLT.

Já a violação de segredo da empresa (Art. 482, g, da CLT) ocorre quando o trabalhador, sem o consentimento do empregador, revela informação sigilosa, de que tem conhecimento por força do contrato de trabalho, mas cuja ciência por terceiros põe em risco a atividade empresarial. Trata-se, por exemplo, da divulgação de marcas e patentes, métodos de produção e trabalho, segredos de fabricação, fórmulas, informações comerciais e administrativas, etc. (MARTINS, 2002; BARROS, 2013). Por isso, argumenta a doutrina que a conduta do obreiro que propala o segredo deve implicar prejuízo potencial e iminente ao patrão, evidenciado e agravado, pois, quando a informação dirige-se a empresa concorrente.

Ao agir de tal maneira, o trabalhador também violaria o dever de fidelidade e lealdade, bem como a boa-fé que deve permear as relações contratuais, pois sua conduta, além de ser apta a provocar prejuízos ao empregador, rompe a fidúcia necessária à manutenção do pacto laboral.

Vê-se, assim, que no concreto conflito de interesses prevaleceria o princípio da livre iniciativa, desde que se ponham a salvo os direitos fundamentais do trabalhador enquanto tal e enquanto cidadão; isto é, se respeitadas suas liberdades, prepondera o objeto de proteção das normas, que é, em última análise, os interesses empresariais. Desta forma:

É possível que um empregado tenha desempenhado de forma absolutamente satisfatória as suas funções, conforme comando do empregador, sendo assíduo, pontual e diligente e, entretanto, ser punido por ter cometido uma falta disciplinar ao violar um segredo da empresa ou fazer-lhe concorrência durante as férias. O que se quer, então, é garantir o capital, ainda que seja necessário aviltar o direito ao trabalho e à vida (COUTINHO, p. 91).

A propósito das justas causas do empregado, Andrade (2010) escreveu um trabalho específico sobre este tema, em que fica patente a diferença de sua análise, quando comparada à posição da doutrina dominante.

Tome-se, como primeiro exemplo, a visão daquele autor sobre a justa causa correspondente à prática constante de jogos de azar. Enquanto as obras clássicas da doutrina brasileira justificam a figura em análise no perigo que o jogador inveterado representa aos interesses patronais, conforme se viu anteriormente, entende aquele autor que considerar justa causa do empregado a prática constante de jogo de azar corresponde a admitir-se uma punição por prevenção, o que, em sua análise, seria absurdo. Seria, ainda, absolutamente desnecessária, ainda que o jogo fosse praticado na empresa, pois já existem as faltas correspondentes ao mau procedimento, à indisciplina e à insubordinação e, finalmente, à desídia.

Embora a falta atribuída diretamente ao bancário – falta contumaz de dívidas legalmente exigíveis –, prevista no revogado art. 508 da CLT, não tenha mais vigência no ordenamento jurídico pátrio, ao articulá-la com a recusa do ferroviário à execução de jornada extraordinária (art. 240, parágrafo único da CLT), bem como à incapacidade total e permanente, resultante de idade avançada, enfermidade ou lesão

orgânica do camponês 14, Andrade (2010) aponta injustiça e insensatez da norma, ao atribuir justas causas para determinadas categorias profissionais. Seria o caso, para ele, de se ter que criar um código específico de infrações e punições para todas as categorias profissionais.

Apresenta, ainda, severas críticas às justas causas atribuídas ao ferroviário, quando dele se exige o cumprimento de jornada de trabalho, “a qualquer número de horas”, nos casos de urgência. Quanto à falta atribuída ao camponês, tipificada como “incapacidade total ou permanente, resultante de idade avançada, enfermidade ou lesão orgânica, comprovada mediante perícia a cargo da Delegacia Regional do Trabalho”, respondeu:

O que dizer de um enunciado dessa Natureza? [...] A velha doutrina ainda permanece reproduzindo alguns aforismos, do tipo: “a lei não contém palavra inútil”. Aqui foram constatadas e relatadas várias inutilidades e absurdos. Em relação a este último, não merece ele maiores comentários, mas repulsa, por comprometer a historiografia legislativa brasileira (ANDRADE, 2010, p. 153).

6.3.2 Unilateralidade do exercício do poder punitivo

Importante crítica que se faz é a opção do direito brasileiro de negar caráter mais democrático ao exercício do poder punitivo intraempresarial, que ainda é praticado de modo unilateral. Não há previsão de procedimento especial que assegure a defesa do apenado, nem mecanismos de controle intraempresariais que garantam a participação dos trabalhadores no momento da aplicação da falta.

A despeito do esforço inovador da Constituição Federal de 1988 de prestigiar a atuação coletiva dos trabalhadores e os direitos da personalidade, há relativa inércia na doutrina, jurisprudência e no Poder Legislativo em se adequar às exigências de um Estado verdadeiramente democrático (DELGADO, 2012).

Embora a estrutura de poder que justifica a aplicação de penalidades aos trabalhadores constitua elemento integrante das organizações empresariais autoritárias, hierarquicamente organizadas, próprio do sistema de produção capitalista, é possível atenuar seus efeitos mesmo dentro desta ordem produtiva.

Coutinho (1999) atribui, exatamente, aos mecanismos de participação dos atores sociais presentes na relação de emprego a via de escape para tanto.

¹⁴ Falta prevista no art. 23, parágrafo único do Decreto nº 73.626 de 12 de fevereiro de 1974, que regulamenta a Lei nº 5.889 de 8 de junho de 1973.

Nas palavras de Viana (1996):

A co-gestão é o *inimigo número um* do poder diretivo patronal, não apenas porque *limita* – mas, principalmente, porque *desloca*. Da esfera jurídica do empregador, *migra* para a esfera jurídica coletiva, *fragmentando-se* e, por isso, mesmo, *democratizando-se* (VIANA, 1996, 145).

Melhado (2003), no mesmo sentido, explica que

O trabalho coletivo somente é possível a partir de uma decisão elementar: trabalhadores de diversos setores devem comparecer na fábrica e executar suas funções em determinados horários e segundo uma dada disciplina. Sujeitam-se, portanto, ao cumprimento desse horário, que via de regra é estabelecido unilateralmente pela direção da empresa. Em tese, sem embargo, os horários de trabalho também poderiam ser fixados pelos próprios empregados, por exemplo através do voto direto e majoritário, num ou noutro caso – definido pelo empregador ou pelos trabalhadores – haveria uma decisão de autoridade e a respectiva da sujeição dos operários a ela. Ocorreriam duas formas de distintas de exercício de autoridade, mas em essência seguiria existindo uma relação de poder em seu sentido substantivo. Vale dizer: para que a atividade produtiva se realize, é necessária a subordinação dos seus autores a uma determinada ordem – isto é, a um conjunto de normas –, mas a questão a ser ponderada é sobre qual desses atores pode estabelecer esta ordem e em que condições. (MELHADO, 2003, p. 14).

Assim também a posição de Gaudemar:

O fundamental para o enfrentamento do problema consiste em *não partir da premissa de que* o poder nas relações de trabalho é um fenômeno inelutável, ao menos sob a forma e com a natureza em que ele se expressa no interior do modo capitalista de produção. Consiste em pressupor, ao contrário, que a produção material da sociedade, malgrado requeira algum nível de coordenação na atividade coletiva, pode estabelecer um *outro paradigma* de exercício do poder inclusive no âmbito da unidade produtiva que hoje conhecemos como empresa, mediante diferentes sistemas de adjudicação da autoridade entre os sujeitos do processo de produção. Pressupor, enfim, que o poder disciplinar, tal como se reveste na realidade do capitalismo, não é a forma natural e necessária de organização da divisão social do trabalho, mas apenas uma forma historicamente colocada, e por isso mesmo secular, transitória e contingente (GAUDEMAR *apud* MELHADO, 2003, p. 19-20).

Aquelas premissas partem da análise da sanção e do poder como duas faces de uma mesma moeda, que se instituem em relação de circularidade. Ou seja:

O poder garante a eficácia da sanção e a sanção garante a eficácia e a manutenção do poder. Sanção filtra, pela punição, as condutas lesivas ou destruidoras do poder, as que possam destruí-lo, mantendo-o, docilizando o trabalhador, como ressalta *Foucault*. Essa função é primordial, à medida que se sabe que todo poder é, por natureza, tendente à transitoriedade e é necessário garantir a sua permanência (COUTINHO, 1999, p. 90).

A concentração do poder no dono da empresa é, pois, fator de afirmação e fortalecimento da submissão dos trabalhadores. As propostas dirigidas à democratização das instâncias decisórias, conforme será mais bem detalhado no capítulo 6, exsurtem enquanto meio alternativo de libertação obreira, para inserir-se em um novo perfil de empresa que tem na democracia e na participação os instrumentos de canalização dos interesses conflitantes das partes envolvidas. Sobretudo, quando se vislumbram as propostas alternativas de atividades econômicas que não estão vinculadas à submissão da força do trabalho ao capital – como ocorre na hipótese do trabalho livre/subordinado, escolhido pelo próprio Direito do Trabalho como seu objeto.

6.4 Crimes contra a organização do trabalho

O fundamento para a prestação de tutela penal no âmbito das relações obreiras assenta-se na exaltação do trabalho como condição da dignidade humana, na proteção da liberdade do homem trabalhador e no interesse da coletividade, quando se trata, nesse último caso, dos crimes cujo bem jurídico tutelado corresponde à organização coletiva laboral e a ordem social.

Assim, os diplomas legais passaram a tipificar as condutas que violavam tais postulados, fazendo uso do caráter sancionatório de que dispõe o Direito Penal, a fim de realizar “com maior energia e profundidade aquilo que as outras espécies jurídicas não puderam alcançar ou não dispuseram de meios ao seu alcance para realizar” (CALÓN *apud* MORAES FILHO, 1991. p. 43-45).

As novas figuras delituosas que surgiram com a industrialização e, por conseguinte, com a consagração do trabalho subordinado como paradigma da produção nas grandes indústrias, passaram a sofrer reprimendas veementes do Estado, sujeitando seus infratores a penas de multa e até privativas de liberdade. Nesse contexto é que se desenvolve a proteção subsidiária do Direito Penal, tipificando as condutas ofensivas aos interesses próprios da sociedade capitalista industrializada. Basta, para tanto, conferir o rol de crimes inserto no Código Penal brasileiro e seus respectivos objetos de proteção.

Entretanto, a passagem do modelo de acumulação Fordista/Taylorista para o modelo de Acumulação Flexível não somente aprofundou as contradições inerentes ao próprio paradigma de Sociedade de Trabalho, senão contribuiu também para escancará-las. De um lado, colocou em destaque as mazelas decorrentes da estrutura excludente do sistema capitalista industrial e, em seguida, financeiro; de outra face, protagonizou uma ruptura paradigmática, na qual se testemunha a transformação da relação de trabalho subordinado e o surgimento de novas formas de contratação que fogem, em absoluto, aos critérios firmados pela doutrina tradicional – trabalho de tempo parcial, o trabalho clandestino e as mais variadas e novas formas de exploração, que passam também a conviver com o chamado Desemprego Estrutural.

Veja-se, por exemplo, que a doutrina tradicional costuma relacionar os crimes contra a organização do trabalho às relações empregatícias ¹⁵, colocando de lado as inúmeras outras possibilidades de realização do labor humano – cooperativas de trabalho, terceirização, trabalhador autônomo, liberal, clandestino, de tempo parcial, dentre outras –, que hoje correspondem a significativo percentual das formas como o trabalho humano é prestado na sociedade. E, como já foi anunciado, todas elas coexistindo, como afirma Antunes (2006), com o Desemprego Estrutural ¹⁶.

Não é, pois, por outro motivo que Feliciano (2010) propõe a refundação do Direito Penal do Trabalho, na medida em que vislumbra nele um quadro de ineficiência e inaptidão para cumprimento de seu desiderato. Para ele, a análise dos institutos integrantes da tutela penal das relações laborais revela, sobretudo, um panorama de anacronismo e resistência ideológica.

No âmbito das relações individuais de trabalho, constata-se, na atualidade, a inexistência de efetiva tutela no que diz respeito aos problemas enfrentados pelos

¹⁵ Nesse sentido, Altamiro José dos Santos diz que “É exatamente o conflito que constrói a conduta punível. Se esta decorrer da relação de emprego, presente o Direito Penal do Trabalho, para discipliná-la, desde que em sintonia com a tipicidade, antijuridicidade, a inimputabilidade e a isenção de penalização; ocorrendo, então, o crime ou a contravenção penal específicos deste ramo jurídico”. *In Direito Penal do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1997, p. 83.

¹⁶ Refere-se ele às evidências empíricas, presentes em várias pesquisas, para admitir que o mundo do trabalho sofreu, como resultados das transformações e metamorfoses em curso nas últimas décadas, um processo de desproletarização do trabalho industrial, fabril, que se traduz, de um lado, na diminuição da classe operária tradicional e, do outro, numa significativa subproletarização do trabalho, decorrente “das formas diversas de trabalho parcial, precário, terceirizado, subcontratado, vinculado à economia informal, ao setor de serviços, etc.”. Verificou-se uma “heterogenização, complexificação e fragmentação do trabalho”. Para ele, há um múltiplo processo que envolve a desproletarização da classe-que-vive-do-trabalho e uma subproletarização do trabalho, convivendo, ambas, com o desemprego estrutural.

empregados assalariados na modernidade. Para tanto, é necessária a identificação dos abusos cometidos pelos patrões contra os trabalhadores subordinados e em que medida a atuação sancionatória do Direito Penal seria imprescindível a garantir o eficaz cumprimento das medidas protetivas instituídas em seu benefício.

Os arrojados instrumentos de controle de jornada, que permitem ao empregador monitorar o funcionário ainda quando ausente do estabelecimento físico de trabalho e a invasão à intimidade por meio da informática e *internet* são apenas dois exemplos de condutas que excedem o poder diretivo, mas que correspondem a práticas corriqueiras no cotidiano das grandes empresas. Suas graves repercussões sobre o trabalhador e, ainda, sobre toda a sociedade constituem importante critério para definir a conveniência ou não da intervenção penal.

No âmbito do Direito Sindical ou Coletivo do Trabalho, é possível notar que a doutrina jurídico-trabalhista clássica negligencia, quando exclui os movimentos sociais emancipatórios de suas preocupações teóricas, quando se sabe, ao se analisar as propostas apresentadas pelas chamadas teorias dos movimentos sociais, que, no âmbito das relações coletivas e historicamente, sempre se privilegiou as lutas e insurgências dirigidas à emancipação social.

E mais. É lamentável o retrocesso doutrinário e jurisprudencial que vêm acontecendo, por exemplo, nos julgamentos das greves, em que os tribunais têm invariavelmente julgado os movimentos abusivos e ainda impondo aos sindicatos multas absurdas¹⁷. É comum ver também a presença de fortes aparatos policiais que surgem, quase sempre, “em nome” da paz social, mas que se destinam a “preservar” os direitos da classe econômica envolvida.

Sem se inverter essa perspectiva teórica, uma greve deflagrada contra o desmatamento na Amazônia – um patrimônio da humanidade –; contra o ultraliberalismo global, que espalha miséria, injustiças e patologias sociais, não teriam legitimidade. Ao contrário, poderiam ser tipificadas pela lei penal como crime.

Ademais, outro caso de lacunosidade identificável na tutela penal das relações trabalhistas consiste na inexistência de dispositivos que coíbam condutas

¹⁷ Não é desta maneira, criminalizando os movimentos sociais e não reconhecendo a sua natureza política, que a professora Fernanda Barreto Lira enquadra a greve, no contexto dos movimentos emancipatórios, para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT. LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve e os Novos Movimentos Sociais**. Para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT. São Paulo: LTr, 2009.

antissindicais, haja vista a elevação da liberdade de associação/sindical à qualidade de direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

Embora o art. 199 do CP tenha a liberdade associativa por objeto de proteção, tal tutela é parcial, limitada e meramente ilusória¹⁸. Além disso, é insuficiente para proteger a organização coletiva do trabalho em face dos variados tipos de ameaça que sofre hoje. Como contraponto:

Toma-se por padrão internacional, hoje, o caso francês, cuja legislação contempla uma larga tipificação do chamado *délit d'entrave*, pela qual se sancionam penalmente diversos comportamentos patronais tendentes a obstruir o funcionamento normal das instituições representativas dos empregados ou o legítimo exercício da ação sindical. Aliás, o direito francês é dos mais desenvolvidos em matéria penal-laboral, a ponto de tipificar delitos de *travail dissimulé* (seja *par dissimulation d'activité*, seja ainda *par dissimulation d'emploi salarié*, nos termos dos arts. L. 324-10 e L 324-11 do *Code du Travail* de 1973 e dos arts. L. 8221-3 e L. 8221-5 do *Code* de 2007-2008) [...] (FELICIANO, 2010, p. 105-106).

Segundo Lira (2009), torna-se imprescindível, ainda, redefinir os fundamentos para o exercício do Direito de Greve. Neste sentido, aponta para os seguintes pressupostos:

a) Ter em mente que tal ajuntamento coletivo se dará em termos políticos, enquanto força contra-hegemônica dirigida à desqualificação da teoria neoliberal e à globalização excludente; b) ter consciência do fato de que a força do capitalismo hegemônico é global, enquanto a luta coletiva deverá estabelecer-se nos terrenos locais, transnacionais e globais; c) enquanto movimento coletivo de caráter político, não poderá estar circunscrito à velha centralidade do mundo do trabalho subordinado; d) seguindo a tradição e a evolução histórica do movimento operário, torna-se um instrumento de luta dirigido à negociação coletiva – não tradicional – em busca de consenso, além de estabelecer a ponte entre a democracia representativa e a democracia participativa; e) para a consecução de tais objetivos, deve-se reunir a sociedade do trabalho como um todo – empregado, clandestinos, desempregados, integrantes de empresas de economia social ou solidária, trabalhadores autônomos, trabalhadores do conhecimento, instituições não governamentais; articular-se com outros movimentos coletivos organizados, os ‘foruns’ sociais, etc. (LIRA, 2009, p. 152).

A propósito, Baratta (2004) em artigo intitulado “*principios de derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley*

¹⁸ Conforme esclarece Guilherme Guimarães Feliciano, a liberdade de associação que a CF/88 garante no art. 8º, V, e reforçada pelo preceito do art. 199 do CP é meramente formal. Trata-se de um discurso incoerente, na medida em que o Estado protege aquela liberdade em face da sociedade civil (“ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”), mas não isenta os cidadãos dos efeitos oblíquos da associação compulsória, como o pagamento do imposto sindical e, também, pela manutenção do princípio da unicidade sindical. In **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações = Rediscovering labor criminal law: first approaches**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 37, p. 86-127, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41962>>. Acesso em: 15 set. 2011, p. 102-103.

penal”, defende o princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais. Para ele, não é possível falar em mudanças na política criminal sem que os sujeitos assumam uma posição ativa na definição dos conflitos que integram e na tomada de soluções que se conformem a suas reais necessidades. Nas palavras do criminologista:

Ningún cambio democrático en la política del control social puede ser realizable si los sujetos de necesidades y derechos humanos no logran pasar de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la contricción de las formas y de los instrumentos de intervención institucional y comunitaria idóneos para resolverlos según sus propias necesidades reales (BARATTA, 2004, p. 329).

7 A VISÃO DA TEORIA JURÍDICO-TRABALHISTA CRÍTICA ACERCA DO PODER PUNITIVO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

7.1 A gênese do Poder Punitivo. O trabalho livre/subordinado como objeto do Direito do Trabalho. A visão do Professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade

Do ponto de vista da teoria jurídico-trabalhista crítica, a gênese do poder punitivo, no âmbito das relações de trabalho e em que desencadeia a sua visceral intimidade com o Direito Penal Clássico, encontra-se exatamente no próprio objeto do Direito do Trabalho, ou seja, no trabalho livre/subordinado.

Examinando-se a trilogia composta pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade¹⁹, verifica-se que o mesmo se propõe, a partir de novas pautas hermenêuticas, a avançar nas pesquisas, bem como nas formulações teórico-filosóficas direcionadas ao trabalho e suas dimensões. O objetivo que persegue este jurista é, primeiro, problematizar e desconstruir a versão consolidada neste campo do conhecimento jurídico, que elegeu, como a priori de suas teorizações, uma das formas ou alternativas de trabalho ou de labor: o trabalho livre/subordinado.

Ele deixa claro que não pretende aprofundar a distinção apresentada por Arendt (1993) – entre labor e trabalho –, muito menos concordar com a aludida filósofa, quando a mesma estabelece uma crítica à compreensão marxiana sobre o labor. Reconhece, no entanto, que houve, em todas as fases históricas vividas antes do advento do capitalismo, um claro desprezo pelo labor, se comparado às atividades políticas, artísticas filosóficas, etc. Admite, por outro lado, que esta visão começa a se alterar na fase pré-capitalista e segue até os dias presentes, na medida em que o trabalho abstrato foi uniformizado, universalizado e recepcionado pela teoria jurídico-trabalhista e seu corpo de doutrinas. Uniformização/universalização que foi a

¹⁹ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-modernidade. Fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho. Fundamentos teórico-filosóficos**. São Paulo: LTr, 2008; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, Prelo. A autora desta dissertação teve acesso aos originais desta última obra. As observações aqui lançadas foram extraídas também do texto: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. Brasília: Revista do TST, Vol. 78, n. 3, julho/setembro 2012, pp. 32-63.

responsável pelo o aparecimento de uma legislação específica voltada exatamente para disciplinar um tipo particular de relação jurídica e, também, para resolver os seus conflitos – a relação de trabalho livre/subordinado.

O Direito do Trabalho só adquiriu autonomia, no quadro geral do conhecimento jurídico, na medida em que foi capaz de formular os seus princípios e fundamentos, um corpo de doutrinas, um arcabouço legislativo e uma autonomia didática. Esta estrutura teórico-dogmática parte de um único objeto: o trabalho livre/subordinado/assalariado e, assim, encontra-se centrado no labor – na expressão de Arendt - com pretensões de expressar a própria humanidade do homem.

Ao prosseguir na sua investigação e admitindo que toda ciência se apropria do seu objeto e não rima com dogmas; permanece válida ou se desqualifica, no momento em que segue um mandamento da Filosofia da Ciência, ou seja, o binômio confirmação/refutabilidade, passa a indagar:

Demarcado o momento histórico e as razões pelas quais o trabalho livre/subordinado passou a ser considerado o *ethos* fundamental da convivência das pessoas em sociedade e *a priori* das teorizações para diversos ramos das chamadas ciências sociais; diante das evidências empíricas e analíticas que compõem o presente estudo, é possível considerar como válido este tipo de trabalho como objeto deste campo do direito? Por que, diante de tantas alternativas de trabalho e de tantas variáveis teóricas e filosóficas que desqualificam aquela opção, foi exatamente esta que se uniformizou, se universalizou e possibilitou a construção de um sistema normativo-coercitivo específico que até hoje perdura? (ANDRADE, 2012, p. 38).

Andrade deixa transparecer, de início, que esta mesma doutrina clássica, sobretudo, aquela que aparece estampada nos manuais sequer se submete a esta indagação. Por isso, reproduz, há mais de cem anos, os mesmos argumentos, para afirmar que:

Antigamente, havia trabalho escravo/servil; agora, trabalho livre/subordinado. A partir da glorificação, da evangelização desta modalidade de trabalho, diz que este ramo do conhecimento jurídico promoveu uma verdadeira revolução no campo do Direito Privado, especificamente, na esfera da autonomia da vontade. Na medida em que, ao contrário do Direito Privado – centrado na liberdade e na igualdade dos sujeitos da relação jurídica –, reconhece haver uma assimetria entre os sujeitos, no âmbito daquela relação jurídica especial – capital e trabalho, empregador e empregado –, o Direito do Trabalho passou a erigir fundamentos capazes de conceder superioridade jurídica àquele que aparece nessa relação – o empregado –, na condição de inferioridade econômica – em relação à outra parte – o empregador. Daí foi possível elaborar um dos seus princípios nucleares: o *Princípio da Proteção* (ANDRADE, 2012, p. 39).

Com o objetivo de questionar a ideia segundo a qual o Direito do Trabalho e seus fundamentos desencadearam realmente uma revolução, no campo do Direito Privado, afirma que ele próprio – O Direito do Trabalho – foi indispensável para legitimar os modelos de Estado e de sociedade que surgiram depois da queda do Absolutismo Monárquico – em que os poderes se encontravam nas mãos do clero e da nobreza –, permitindo a ascensão da burguesia nascente ao poder e dando “origem ao Estado Liberal – centrado no individualismo contratualista, na supremacia do trabalho vendido, comprado, separado da vida e no racionalismo instrumental a serviço da produção capitalista” (ANDRADE, 2012, p. 39).

Para ele, esta mesma doutrina majoritária não foi capaz de superar uma contradição que se encontra no centro de seus próprios argumentos, exatamente porque não conseguiu eliminar a assimetria, a desigualdade entre aqueles dois sujeitos – empregador e empregado. É que, de um lado, encontra-se aquele que admite, assalaria, dirige e disciplina a prestação pessoal de serviços – o empregador – e, do outro, aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado ao empregador – o empregado. Daí conclui:

Como eliminá-la se, em virtude dessa desigualdade, aparece uma coação jurídica, econômica e psicológica subjacente e que existe em potência? É no centro deste mesmo argumento que se pode identificar também uma aporia: trabalho livre e, ao mesmo tempo, subordinado (ANDRADE, 2012, p. 40).

Sobretudo no último livro que compõe a sua trilogia, Andrade (2012) aprofunda sua análise acerca do Espírito das Luzes e as Razões do Iluminismo. Exibe, primeiro, os seus defensores, em seguida, os argumentos de vários matizes e ideologias que se contrapõem ao pensamento iluminista.

No rastro dos pós-modernistas, especialmente de Zygmunt Bauman, chega aos fundamentos ideológicos do trabalho livre/subordinado, que foi quinado à categoria de *a priori* das teorizações e à categoria fundante da sociabilidade moderna, quando passou a integrar a regulamentação normativo-coercitiva e os absolutos universais da ética moderna – formulados pela filosofia e legitimada pelos juristas. Foram eles os responsáveis pela tentativa de uniformizar, controlar e disciplinar a moralidade, que se daria pela evangelização/glorificação do trabalho vendido, comprado, separado da vida.

Aponta ainda a versão marxista para afirmar que a filosofia se apresenta como ciência das condições *a priori*

com o objetivo de superar as contradições da sociedade dividida em classes, por meio do binômio ideologia/hegemonia e fazer com que as classes dominadas absorvam e recepcionem os valores das classes dominantes (ANDRADE, 2012, p. 40).

No caso, para introduzir o trabalho livre/subordinado como um valor a ser perseguido e conquistado. Já a microfísica do poder, em Michael Foucault, mostra o Direito como instrumento posto a serviço da dominação, bem como a legitimação do poder no discurso da soberania e nas práticas e instituições sociais.

Estas ideias vão se completar com a exposição dos argumentos centrados na fascinação e na sedução do poder, segundo Enriquez (2007). Há, em meio a toda essa discussão, uma crítica à Dialética do Esclarecimento – Adorno e Horkheimer (1985) – e as versões emancipatórias da modernidade capitalista – Kurz (2010). Conclui a sua vasta exposição sobre a supremacia ideológica do trabalho abstrato invocando os fundamentos do Poder Simbólico desenvolvido por Bourdieu (2010) e às impressões e críticas formuladas por três professores pernambucanos de Filosofia do Direito – João Maurício Adeodato, Enoque Feitosa e Stéfano Toscano.

Um esforço intelectual que se dirige a identificar a confluência destas versões filosóficas, no sentido de desmitificar a ideologia do trabalho livre/subordinado e demonstrar que o trabalho propriamente livre passou, na modernidade, à categoria de preguiça e previsto nas leis penais como crime de vagabundagem.

Utilizando-se de um método marcadamente dedutivo, passa a atacar a doutrina liberal de raiz utilitarista, a fim de apontar os seus dilemas e as suas contradições, em especial aquela que se concentra na defesa do “trabalho livre”. Uma vez traçada esta linha teórico-filosófica, esta ligação entre as diversas correntes do pensamento filosófico e as diversas correntes da chamada ciência social crítica, passa a identificar os sentidos do trabalho na cultura e no poder das organizações e os sentidos do trabalho para além da cultura e do poder nas organizações.

Exatamente neste ponto procura demonstrar que a universalidade e a fundamentação do Direito do Trabalho – centradas no trabalho livre/subordinado – estão respaldadas no pensamento ético moderno e nas práticas legislativas dele resultantes “ou, como querem os defensores do iluminismo, no iluminismo institucionalizado – que se apresenta como uma deformação do próprio iluminismo” (ANDRADE, 2012, p. 40).

Com o objetivo de deslocar o seu objeto do Direito do Trabalho, ou seja, o trabalho livre/subordinado –, lança mão de duas propostas:

A primeira encontra-se mais vinculada ao campo socialista – a *Economia Social ou Solidária* –; a segunda, à neo-social-democracia – taxaço do capital financeiro e criação de uma *Renda Universal Garantida*. A primeira, como contraponto às teorias liberais; a segunda, como um beco sem saída, porque a filosofia liberal não aceita “patrocinar” a vida fora dos padrões do trabalho vendido, comprado, separado da vida (ANDRADE, 2012, p. 40).

Deve-se registrar que o referido autor, no tocante àquelas duas propostas, está respaldado nos estudos desenvolvidos pelas professoras Juliana Texeira Esteves e Isabele de Moraes D’Ângelo, consoante será tratado com mais minúcia nos tópicos seguintes.

Se, por um lado, as evidências empíricas apontam para uma radical diminuição da classe tradicional que vive do trabalho assalariado e um aumento dos clandestinizados de todo o gênero; por outro, o sistema de acumulação flexível volta-se para os “mercados flexíveis”, às organizações e administrações flexíveis, aos mercados e às relações de trabalho flexíveis.

Aqui aparece outro complicador. Conforme registra Gorz: “em lugar da exploração entram a autoexploração e a autocomercialização do EU S/A” (GORZ, 2007, p. 10) ou os chamados empreendedores que, além de explorados, assumem os riscos dos seus próprios negócios e de si mesmos – impostos, seguro social, etc.

Mas, se as propostas lançadas pelas duas professoras vão ao encontro dos trabalhadores clandestinos e daqueles atingidos pelo desemprego estrutural, teria sentido buscar no interior das atividades produtivas tradicionais – desde a versão fordista/taylorista às novas visões advindas da Reengenharia, da Reestruturação Produtiva, do Onhismo/toyotismo, do Programa de Controle de Qualidade Total, da substituição da tradicional produção em série ou just-in-case para o modelo centrado nos fluxos de matérias e de informações ou just-in-time, até chegar-se às mais sofisticadas formas de gestão que apreendem a alma, a criatividade e o saber, para que sejam elas também vendidas e compradas pelas organizações hiper-modernas – alternativas de gestão que não estivessem centradas naquilo que, como se verá mais adiante, encontra-se vinculado ao binômio castigo/recompensa típico da versão gerencialista e do modelo organizacional conservador?

Eis aqui uma proposta da autora desta dissertação que deverá reunir-se àquelas apresentadas pelas citadas professoras Juliana Teixeira Esteves e Isabele de Moraes D'Ângelo.

É que, segundo este estudo, se a sociedade centrada na subordinação da força do trabalho ao capital não será eliminada de um dia para o outro, deve-se procurar alternativas organizacionais que eliminem aqueles rituais de sofrimento e a morte lenta do trabalho quem vêm sendo difundidas por aquilo que o professor Everaldo Gaspar chama de Teoria Organizacional Conservadora.

Neste sentido, propõe-se que seja acrescentada a versão organizacional defendida pela filósofa espanhola Adela Cortina, a fim de que os valores da empresa pós-taylorista estejam centrados naquilo que a mesma passou a chamar de uma Ética Cívica. Neste contexto, haveria uma inversão de perspectiva, pois, segundo Santos (2011), deve-se buscar a redescoberta democrática do trabalho, como exigência sine qua non da construção da economia enquanto alternativa de sociabilidade democrática. Por isso, segundo ele, no contexto da pós-modernidade, não é o trabalho que deve sustentar a cidadania. Hoje, o que se torna inadiável é que a cidadania redescubra as potencialidades democráticas do trabalho.

7.2 A Superação do Poder Punitivo por meio da Renda Universal Garantida. A Visão de Juliana Teixeira Esteves

Segundo a aludida professora, o surgimento do Estado do Bem-Estar-Social somente se tornou possível porque existia o Pleno Emprego, em que empregador e empregado contribuía simultaneamente para manter este modelo de Estado e de Sociedade. Com o advento da Era Thatcher/Reagan começa a se desmoronar o Estado Providência, para dar entrada ao ultraliberalismo global centrado no capitalismo financeiro internacional.

É exatamente neste período que aparece a proposta substituidora do Estado Providência, em face da crise do sistema arrecadativo que mantinha este modelo estatal, o seja, o sistema contributivo proveniente da arrecadação simultânea de empregador e de empregado. Crise esta que se instala a partir do chamado Desemprego Estrutural e pelas alternativas de trabalho e rendas que passaram a imperar a partir deste período, sobretudo, a prevalência do trabalho clandestino. A proposição concentrava-se no investimento desencadeado pelas chamadas

Previdências Privadas e os Fundos de Pensão, proposta que ainda perdura, sob a liderança do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e do sistema financeiro internacional.

A professora da Universidade Federal de Pernambuco Juliana Teixeira Esteves procura demonstrar que, se existe uma crise estrutural que envolve as relações sociais centradas no trabalho subordinado, não é possível manter o sistema contributivo/previdenciário de natureza privada, uma vez que a maioria da população economicamente ativa, estando na clandestinidade ou alcançada pelo desemprego estrutural, não teria como contribuir para este novo sistema.

A introdução de novas tecnologias, aproximando as fronteiras e conferindo uma nova aparência ao processo de globalização, o fluxo livre do capital entre os Estados, todos esses elementos, em conjunto, reforçaram a concentração de renda, porque elevaram drasticamente os lucros dos investidores e especuladores – custos mínimos – em detrimento da população trabalhadora. O panorama assustador da distribuição da renda no mundo pode ser retratado a partir das seguintes passagens de Santos (2011), em “Os processos da globalização”:

É evidente que a iniquidade da distribuição da riqueza mundial se agravou nas duas últimas décadas: 54 dos 84 países menos desenvolvidos viram o seu PNB *per capita* decrescer nos anos 80; em 14 deles a diminuição rondou os 35%; segundos as estimativas das Nações Unidas, cerca de 1 bilhão e meio de pessoas (1/4 da população mundial) vivem na pobreza absoluta, ou seja, com rendimento inferior a um dólar por dia e outros 2 bilhões vivem com apenas o dobro deste rendimento. Segundo o Relatório do Desenvolvimento do Banco Mundial de 1995, o conjunto de países pobres, onde vive 85,2% da população mundial, detém apenas 21,5% do rendimento mundial, enquanto o conjunto dos países ricos, com 14,8% da população mundial, detém 78,5% do rendimento mundial (SANTOS, 2011, p. 33-34).

Ainda de acordo com as informações do autor, contidas no Relatório do Desenvolvimento Humano do PNUD do ano de 1999, enquanto 20% da população mundial que vivia nos países mais ricos detinham 86% do Produto Bruto Mundial, os 20% da população mais pobre detinha apenas 1% deste mesmo produto! E continua:

Nos últimos trinta anos a desigualdade na distribuição de rendimentos entre países aumentou dramaticamente. A diferença de rendimento entre o quinto mais rico e o quinto mais pobre era, em 1960, de 30 para 1, em 1990, de 60 para 1 e, em 1997, de 74 para 1. As 200 pessoas mais ricas do mundo aumentaram para mais do dobro a sua riqueza entre 1994 e 1998. Os valores dos três mais ricos bilionários do mundo excedem a soma do produto interno bruto de todos os países menos desenvolvidos do mundo onde vivem 600 milhões de pessoas (SANTOS, 2011, p. 34).

Nesse cenário, o crescimento da produtividade já não mais depende da força de trabalho, mas do emprego da tecnologia, de forma modo a proporcionar um crescimento econômico sem a proporcional geração de empregos.

O capitalismo financeirizado, a tecnologia, as máquinas inteligentes e a internet transformam o dinheiro em algo virtual; transformaram a economia mundial e a vida de seus habitantes tornando alguns milionários e outros paupérrimos. Permitiu que o dinheiro pudesse agora circular em esfera global sem quaisquer limites físicos e que transitam nos mercados financeiros em alguns minutos, segundos, em prol da melhor valorização do capital investido (ESTEVEES, 2010, p. 118).

A instituição de uma renda mínima universal surge, pois, em resposta aos novos padrões de acumulação de capital, em que

o dinheiro troca de mãos, sem observar os danos causados por sua atuação indiscriminada. Ele entra e sai de nações, países, sem maiores ônus, contribuindo apenas para o fortalecimento do sistema financeiro local e supranacional e para desencadear o enriquecimento de poucos (ESTEVEES, 2010, p. 118).

Na sua tese de doutorado, a professora Juliana Teixeira Esteves cataloga historicamente, com base na obra de Vanderborght e Van Parijs (2006), diversos planos para garantia de renda mínima implantados em países da Europa e da América, mas ressalta que, na maioria, existia “uma concepção de assistência, em troca de três condições: a situação familiar do necessitado, a comprovação de renda e a disposição para o trabalho” (ESTEVEES, 2010, p. 98).

Ainda de acordo com a aludida professora, porém, a primeira proposta de uma renda mínima universal sem tal feição foi feita pelo pensador belga Joseph Charlier, em 1848, contestando a injustiça da propriedade privada e o direito de participação de todos na fruição dos elementos que a natureza colocou à disposição dos homens.

Sob a perspectiva da neo-social-democracia, e baseada na doutrina dos teóricos políticos da esquerda, como Van Parijs (1994), Bresson (1993), Offe (1991), Raventós (1999) e Gorz (2005), procura-se construir um novo paradigma de proteção humana, baseada na distribuição de renda e reconstrução da dignidade, em que se admite a intervenção estatal para assegurar um rol mínimos de direitos ao indivíduo.

É neste contexto que exsurge, enquanto alternativa para reforçar a distribuição equânime das riquezas, a taxação do capital improdutivo. Afinal,

não é justo nem viável economicamente promover essa distribuição de rendas e de riquezas sem afetar e comprometer os seus verdadeiros responsáveis: o capitalismo financeiro internacional, as corporações

multinacionais e seus poderes econômicos e políticos (ESTEVES, 2010, p. 129).

Importa sobrelevar, porém, que a pobreza e a miséria não são fenômenos locais, porque se atrelam de modo consequencial ao modo de produção capitalista, nos moldes em que se desenvolveu nos últimos séculos e atingiram, nas últimas décadas, sua forma mais perversa, com a prevalência do capital financeiro sobre o capital produtivo. Por isso, aponta para a superação das soluções marcadas essencialmente pelo assistencialismo, a fim de incorporar aquelas desvinculadas de propostas macroeconômicas que objetivem superar, de modo universal e globalizado, os padrões impostos pelo ultraliberalismo econômico.

A movimentação do capital, acima das fronteiras, em dimensão mundial, põe em evidência, assim, que “ele tem que ser atacado e re-configurado a partir desse dessa compreensão e por meio de lutas que devem ser desencadeadas simultaneamente por dentro e além espaços geopolíticos locais” (ESTEVES, 2010, p. 128).

Esteves (2010) adverte, ainda, que a proposição que não exclui a seguridade social, porque esta tem fundamento na relação empregatícia, aplica-se o princípio da solidariedade entre os assalariados, excluindo os indivíduos que se situam à margem do mercado de trabalho, sem condições de empregabilidade. A renda mínima, ao revés, tem índole universal.

7.3 A Superação do Poder Punitivo por meio da Economia Social ou Solidária.

A visão de Isabele de Moraes D'Ângelo

Corresponde ao conjunto de proposições dirigidas à desburocratização e desmercantilização do trabalho humano, através da associação dos trabalhadores para criar organizações produtivas autogeridas.

As primeiras associações com este perfil surgem em resposta às repercussões sociais nefastas das sucessivas crises econômicas que se arrastaram entre os séculos XIX e XX. Com isso, as classes trabalhadoras, de um lado, foram submetidas a péssimas condições de trabalho e, de outro, colocadas à margem da empregabilidade.

Como saída, sobretudo para os trabalhadores excluídos do mercado formal de trabalho, apareceram, como alternativas, as primeiras cooperativas e empresas geridas pelos próprios empregados.

A proposição teórica de Isabele Moraes D'Ângelo, como alternativa para superar as contradições intrínsecas ao de gestão organizacional opressora, que tem a relação de trabalho subordinado como paradigma, apresenta, como foco, portanto, fornecer subsídios à disseminação de modelos de organização econômicas que se baseiam em processos mais democráticos de decisões.

No cooperativismo, por exemplo, não há patrão. Ao menos na qualidade de figura vinculada ao dono do negócio, detentor dos meios de produção e centralizador das instâncias decisórias. Ao revés, o que há são relações horizontalizadas, em que predomina o desenvolvimento equitativo, o comunitarismo, a solidariedade, o voluntarismo, o ecologismo e o mutualismo. Conforme elucida Terezinha Libono, citada por Isabele D'Ângelo, as empresas autogestacionárias possuem como principais características:

Controle totalmente exercido pelos trabalhadores; supressão da estrutura hierárquica de cargos, do parcelamento de tarefas, da desigualdade de vencimentos por tempo de trabalho, da separação entre concepção e execução, descentralização de decisões e participação direta dos agentes sociais implicados; valorização dos membros, proporcionando ambiente de segurança; o lucro deve servir ao desenvolvimento da empresa para que esta possa servir aos que nela trabalham bem como à coletividade; primazia das pessoas e do trabalho sobre o capital na distribuição de lucros (D'ÂNGELO, 2010, p. 94.).

Com estes pilares, também se amplia o alcance do princípio protetor – expansionismo tão propugnado pela doutrina clássica *juslaboral* –, porquanto não fica limitado apenas às relações de trabalho construídas sob a égide do binômio poder diretivo/subordinação, indo além para conferir o substrato garantidor de respeito aos princípios básicos da Justiça Social também a todas as outras modalidades de trabalho e renda.

Mas não é só. Os métodos e princípios orientadores da economia social ou solidária também expandem seus efeitos benéficos às associações sindicais, delineando novos caminhos para superar a crise de identidade de que padecem os sindicatos nos tempos de hoje. Isto é, a partir de novos contornos, a classe trabalhadora, mesmo quando não se adapte à concepção clássica de empregado-empregador, fornecerá novos horizontes à luta sindical.

Nesse sentido,

O cooperativismo demonstra ser o intermédio viável entre a empresa neoliberal e as economias centralizadas. Com efeito, as cooperativas estão organizadas seguindo uma estrutura de atuação não capitalista, contudo opera na economia de mercado (D'ÂNGELO, 2010, p. 102).

Afasta-se da organização autoritária, a partir da promoção de mecanismos que garantem mais participação e envolvimento dos trabalhadores na gestão dos negócios, com redução dos custos que uma empresa comum que destina muito recurso, por exemplo, para manter vigilância e alcançar a adesão e cooperação dos empregados com seus fins.

Com base na tese sustentada por Santos (2011), a aludida professora enquadra a Economia Social e Solidária na perspectiva do produzir para viver ou nos caminhos da produção não capitalista para, adotando a hermenêutica das emergências, interpretar de modo abrangente a forma como “determinadas organizações, movimentos e comunidades resistem à força hegemônica do capitalismo e recepcionam alternativas econômicas baseadas em princípios não capitalista” (D'ÂNGELO, 2010, p. 118).

Busca, por outro lado, ampliar as esferas que os intercâmbios voltem-se para a reciprocidade e não para os ganhos monetários e procurem a diminuição da dependência das pessoas em relação ao trabalho assalariado, alternativa que implica também uma remuneração igualitária dos trabalhadores-donos das empresas cooperativas, “ao mesmo tempo em que cria formas de sociabilidade também solidárias e baseadas no trabalho colaborativo e na participação democrática na tomada de decisões sobre as empresas” (D'ÂNGELO, 2010, p. 118).

Em resumo, procura reordenar ou redefinir os sentidos da exploração crescente dos recursos naturais: que vem se instituindo em nível global, em virtude da competitividade, do modelo de produção e “dos parâmetros de consumo instituídos nessa mesma dimensão que ameaçam esgotar esses mesmos recursos naturais e que tem permitido esse tipo desastroso de produção e de consumo” (D'ÂNGELO, 2010, p. 118).

7.4 O Poder Punitivo na Teoria Organizacional Crítica. Para Desvendar a Ideologia Contida da Versão Gerencialista Típica da Teoria Organizacional Conservadora

A civilização industrial, que se instituiu como paradigma do liberalismo e da racionalidade humana e conheceu seu apogeu no século XIX, é também a civilização do trabalho subordinado (ANDRADE, 2005, p. 43), cujo conceito ocupou o espaço central das interações sociais e, por esse mesmo motivo, “dito conceito foi absorvido pelos sistemas e subsistemas jurídicos dos países industrializados e se converteu em pressupostos das teorias jurídico-trabalhistas”(ANDRADE, 2005, p. 28).

A universalização e a uniformização do trabalho livre/subordinado, com a consolidação do modo de produção capitalista, também atingiu outros ramos dos saberes sociais, a exemplo das teorias organizacionais, cujas primeiras produções científicas orientavam a sociedade do trabalho a adequar-se à lógica do mercado e aos interesses empresariais.

Aos poucos, todavia, as promessas de progresso e desenvolvimento econômico e social que legitimaram a implementação do modelo de produção em que trabalho e capital ocupavam o ponto central foram sendo frustradas. Ao revés, o que se verificou foi o alastramento e a intensificação das grandes mazelas decorrentes do sistema implantado pelo capitalismo industrial, denunciadas por meio das lutas sociais dirigidas à melhora das condições precárias de trabalho.

Embora representem a minoria, existem correntes teóricas que, a partir da segunda metade do século XX, passaram a se ocupar da investigação da cultura do poder nas organizações, na tentativa de evidenciar a ideologia por trás das experiências organizacionais voltadas à racionalidade e eficiência da produção, com o fomento ao trabalho militarizado nas organizações modernas.

A primeira pesquisa científica com o propósito de revelar como funcionavam os mecanismos de dominação foi lançada em 1987 por Pagès (*et al.*, 1987). O estudo demonstrou, relacionando aspectos econômicos, políticos, ideológicos e psicológicos, que as organizações hipermodernas difundiam sua ideologia por meio das políticas dos recursos humanos, centradas em incutir nos trabalhadores a relação de dependência para com elas.

Conforme explica, Gaulejac (2007, p. 217), a incerteza, mais do que um recurso à disposição do sistema gerencialista, constitui uma ameaça, que se opõe ao “medo de perder o amor do ser amado”, traduzindo-se este medo na relação de dependência entre trabalhador e empresa. A incerteza consiste, assim, em:

Não saber se lhe concederão os meios requeridos, se a superação de orçamento será aceita, se a promoção esperada será concedida. Os quadros

e os empregados têm o sentimento de não mais controlar seu ambiente de trabalho e seu futuro. A ameaça consiste principalmente em não mais saber sobre quais critérios repousam as recompensas e as sanções. Como os sucessos e os fracassos não são mais objetiváveis a partir de elementos concretos, a incerteza encobre o medo de ser desaprovado e ficar visado (GAULEJAC, 2007, p. 215).

Outro teórico que se ocupou da desmitificação dos interesses escusos nas ciências da organização das empresas foi Enriquez (2007). Sua contribuição para a teoria crítica se deu com a realização de estudo dos métodos e instrumentos de que se utilizavam as teorias tradicionais para se formar e disseminar, pondo em evidência a formação ideológica dos administradores de empresas. Por fim, também centrou suas pesquisas nas patologias mentais da vida cotidiana, como resultado do trabalho subordinado, a partir da reunião dos elementos organização do trabalho, saúde e subjetividade.

Também Dejours (1992) estabeleceu a relação consequencial entre as estratégias tradicionais da organização intraempresarial com as psicopatologias que afligem modernamente a sociedade do trabalho. De acordo com Dejours (1992), os métodos organizacionais provocam o isolamento e a solidão, resultando na exacerbação do individualismo, da competitividade e na destruição do convívio. Todos esses elementos, em conjunto, produzem o ambiente adequado à deterioração da saúde mental dos trabalhadores inseridos na política de pressão produtiva.

Marx, já em 1875, tecia críticas ao Programa do Partido Operário Alemão, buscando desvendar o sistema de trabalho assalariado através de sua comparação com um sistema de escravidão.

Segundo ele, vai ficando ainda mais duro à medida que se desenvolvem as forças sociais produtivas do trabalho “seja qual for o salário, bom ou mal, que o operário recebe” (MARX, 2004, p. 143).

Conforme explicam Marx & Engels (1953), a grande fábrica do industrial capitalista é fruto da transformação da pequena oficina dos antes mestres da corporação patriarcal, em que os operários amontoam-se e são militarmente organizados: são soldados da indústria moderna submetidos a controle hierárquico e vigilância ostensiva e permanente de oficiais e suboficiais. De acordo com os autores, a escravidão dos trabalhadores não é apenas em face da burguesia, mas também em razão daquela que sofre diariamente e em todo instante na execução de seu labor em face da máquina, do dono da fábrica e de seus prepostos.

Sob estratégias cada vez mais elaboradas, a vigilância constante permanece como métodos de organização no interior da fábrica. Para Foucault, citado por Barbrook (2009), o esquema disciplinar que se empregou mais tarde nas fábricas fordistas para controlar os trabalhadores inspirou-se no panóptico – modelo de prisão projetado no século XVIII que permitia manter os prisioneiros em constante vigilância do observador.

Também Gorz (1996) explica que o despotismo na fábrica não é fenômeno recente, na medida em que é contemporâneo ao próprio capitalismo industrial enquanto modelo consolidado de produção, uma vez que constitui instrumento à realização de seus fins. Assim, os métodos produtivos e de organização empresarial objetivam a maximização produtiva, conduzem o trabalhador ao maior rendimento possível em favor do capitalista.

Para Sennett (2006), foi Weber quem analisou a militarização da sociedade civil no fim do século XIX, quando as instituições organizavam-se tal qual exércitos, em que todos os indivíduos possuíam um lugar e uma função específica e bem definida. Ainda de acordo com o autor:

Na Alemanha de Otto Von Bismark este modelo militar começou a ser aplicado às empresas e instituições da sociedade civil, sobretudo, do ponto de vista de Bismark, em nome da paz e da preservação da revolução. Por mais pobre que seja o trabalhador, que sabe que ocupa uma posição bem estabelecida, estará menos propenso a se revoltar que aquele que não tem uma noção clara de sua posição na sociedade. Em estes os fundamentos da política do capitalismo social (SENNETT, 2006, p. 27-28).

O novo tipo de vigilância que se opera nas grandes fábricas é, pois, intenso e contínuo, diferentemente do modo como se realizava o controle da produção nas manufaturas do exterior pelos inspetores, cuja incumbência era de fazer aplicar os regulamentos.

Trata-se de controle mais amplo e mais intenso, porque atua sobre toda a execução laborativa, atingindo não apenas o resultado da produção, mas também como aponta Foucault (1987, p. 157) “a atividade dos homens, seu conhecimento técnico, a maneira de como fazê-lo, sua rapidez, seu zelo, seu comportamento”.

Com o crescimento da produção em importância e em complexidade, somada à elevação do número de operários e, ainda, maior divisão do trabalho, ao passo em que controlar se torna uma tarefa mais difícil, também passa a ser ainda mais necessária. Para atender a esta nova configuração do trabalho nas fábricas, portanto,

a vigilância assume uma feição difusa e integra-se ao próprio processo produtivo, realizando-se através de um pessoal especializado, distinto dos operários e cuja presença é contínua e indispensável.

Nesse contexto, adesão aos interesses do capital na produção não poderia advir do “apelo aos trabalhadores, nem à sua consciência profissional, nem tampouco ao espírito de cooperação” (GORZ, 2007, p. 49), mas sim através da coerção, punido as condutas contrárias à afirmação do trabalho subordinado, e do que Gorz (2007) chama de “reguladores prescritivos” e “reguladores incitativos”. Os primeiros seriam regras que se impunham imperativamente no ambiente intraempresarial, como as normas de horários e técnicas procedimentais. Já os segundos seriam diretrizes destinadas à motivação dos trabalhadores, tornando as regras coercitivas mais maleáveis, com a apresentação “de bom grado a um trabalho cuja natureza, ritmo e duração são programados de antemão pela organização da fábrica ou do escritório, um trabalho que é impossível gostar” (GORZ, 2007, p. 49).

7.5 Os valores da empresa pós-taylorista centrada numa Ética Cívica. A Visão de Adela Cortina

No contexto da ética discursiva, a filósofa espanhola Cortina (1993) propõe, no sentido de redefinir os padrões de gestão e de administração das empresas pós-tayloristas, a substituição do princípio da punição pelo princípio da responsabilidade.

Aqui, o objetivo não é a refutação dos elementos que compõem a substância do modo de produção capitalista. Entretanto, a proposta da filósofa parte da crítica aos métodos de gestão organizacional e de recursos humanos baseados na estruturação hierarquizada e autoritária que se estabelecem no interior das empresas. Baseada nessas premissas, conclui que tais práticas somente conseguem a adesão dos trabalhadores em razão da coação, o que contraria os princípios éticos que devem permear a sociedade.

Assim, os pressupostos éticos de um novo arranjo social não são compatíveis com a manutenção das relações entre trabalhadores e empresas baseadas na subordinação, de um lado, e no poder disciplinar, de outro. A alternativa residiria, exatamente, na superação deste binômio, com o afastamento da autoridade disciplinadora e de acordo com Andrade (2012, p. 52) a adoção da “autoridade animadora – um modelo de management que privilegiaria não somente o princípio da

inovação permanente dos produtos, mas, também, a inovação moral da comunicação”.

Para tanto, Cortina (1993) parte da aparente discordância entre a economia e a ética, já que, para alguns especialistas, a economia não poderia se contaminar por valores morais, enquanto a ética, por outro lado, não poderia se deixar influenciar por considerações econômicas. A primeira, axiologicamente sustentada no valor eficiência e a segunda na equidade.

A filósofa explica que esta dicotomia decorre da história da modernidade ocidental, de acordo com a perspectiva weberiana, que sempre privilegiou a tomada de decisões segundo padrões de racionalidade econômica – a qual passou a representar o próprio paradigma de racionalidade – em detrimento das decisões tomadas a partir de critérios éticos – em geral, relegadas ao âmbito das decisões subjetivas.

Isso porque, *“según Weber, en el proceso de racionalización occidental, son las acciones racional-teleológicas las que han ido ganando terreno en detrimento de las acciones guiadas por valores”* (CORTINA, 1993, p. 263).

Então, em conformidade com este paradigma de racionalidade, uma ação será maximamente racional quando, realizada num ambiente axiológico bem articulado, elegem-se os meios mais adequados a atingir os fins, mas levando-se em consideração as consequências que deles decorrerão. Por isso, reveste-se de maior objetividade, na medida em que permite aferir a adequação dos meios utilizados aos fins, a partir, exatamente, das consequências.

Por outro lado, a ação racional-axiológica enfrenta maiores dificuldades de objetivação, considerando que *“los valores son objeto de creencia y la creencia es una cuestión subjetiva”* (CORTINA, 1993, p. 264). Como cada homem tem sua própria hierarquia de valores, cada um estabelece o axioma último que, não se sustentando em nenhum outro, deve ser aceito como fé e sobre o qual não cabem discussões ou acordo; devem ser simplesmente aceitos. Esta seria a razão do politeísmo axiológico professado no mundo democrata-liberal e no âmbito da racionalidade, em que a razão teleológica que impera.

Tais premissas, porém, não levariam em consideração três fatores, de acordo com Cortina (1993):

a) Que a moral também é racional, se se entende a racionalidade como o que a filósofa chama de “faculdade do intersubjetivo”, ou seja, a faculdade que permite

aos indivíduos argumentar e chegar a acordos. Esta constatação pode ser retirada, inclusive, da história da ética ocidental, da qual se depreendem exemplos de racionalidade moral que se utiliza de métodos bastante semelhantes aos da racionalidade econômica – como é o caso da racionalidade utilitarista.

b) Que, ao menos nos países liberais, a intersubjetividade moral é um fato hoje, na medida em que há certos valores compartilhados entre os indivíduos – direitos humanos, liberdade, igualdade e solidariedade, tolerância e pluralismo.

c) Que a racionalidade econômica não é amoral; em suas aplicações concretas, os modelos econômicos podem ser morais ou imorais, mas nunca amorais.

Cortina (1993) ainda explica que, de fato, a diferenciação promovida no processo de modernização entre os diferentes âmbitos da vida social – política, economia e moral – poderia conduzir à conclusão de que a política e a economia não poderiam sofrer valorização moral, já que cada uma possui um fim próprio e específico. Tal assertiva, porém, refuta-se com as denúncias de imoralidade na vida econômica, política e empresarial, o que permite, pois, que também sejam julgados moralmente. Assim sendo:

La mirada no puede dirigirse sino al interior de cada uno de los ámbitos para captar el *sentido* y *fin* de cada uno de ellos para la vida social desde la que se legitiman sus actividades. Por este procedimiento descubriremos que la economía no es moralmente neutral, como no lo es ninguna de las actividades humanas que tienen incidencia social, porque todas ellas tienen un *sentido social* que deben satisfacer, unas metas por las que cobren legitimidad social, y desde ellas es posible descubrir valores y principios peculiares (CORTINA, 1993, p. 265).

Seu arcabouço axiológico estaria sustentado nos seguintes valores: equidade, eficiência, qualidade, competitividade e solidariedade. Com base nesses princípios, a filósofa traça duas premissas:

1. A atividade econômica é indissociável da moralidade, porque é uma dimensão de uma teoria da sociedade. Sendo assim, ela não se desenvolve isoladamente, desconectada das demais tarefas sociais, mas, ao revés compõe junto a elas a dimensão social. Considerando, portanto, o grau de desenvolvimento da consciência moral que se alcançou nos dias de hoje, o progresso econômico não deve ser técnico e social, mas fundado na melhoria das condições materiais de vida e em regulações de cooperação produtiva, dirigidas à realização dos ideais de liberdade, justiça, igualdade e paz.

2. Necessidade de uma teoria compartilhada de justiça distributiva, a fim de fazer das sociedades sistemas de cooperação e não de conflito, harmonizando os indivíduos delas integrantes.

Surge, portanto, como alternativa, dentro dos padrões produtivos próprios do capitalismo, para a superação do modelo clássico de dominação no interior da empresa, fugindo aos mecanismos de controle que os métodos de gestão fundados na hierarquia intraempresarial propõem, com todas as repercussões negativas na vida do trabalhador.

As seções que compõem este capítulo procuraram demonstrar que, para encontrar os vínculos do Direito do Trabalho com o Direito Penal, não basta apenas uma análise dogmática tão comum à doutrina trabalhista clássica, sobretudo aquela encontrada nos manuais. Torna-se imprescindível revelar a universalidade e a fundamentação forjadas na modernidade enquanto bases de todos os sistemas e subsistemas jurídicos modernos e, em especial, destes dois subsistemas, em particular, ambos centrados no binômio vigiar/punir.

Em resumo e para concluir, o estudo ratifica as impressões deixadas pelo professor Andrade (2012), quando ele se reporta ao professor Toscano (2010) - da Universidade Católica de Pernambuco - e, especificamente, à análise que este professor faz sobre o Direito como instrumento a serviço da dominação ou à legitimação do poder no discurso da soberania e nas práticas dos aparelhos e instituições sociais.

8 CONCLUSÕES

Os estudos empreendidos ao longo da história desta disciplina têm demonstrado a importância dada pelos juslaboralistas ao tema pertinente às relações do Direito do Trabalho com o Direito Penal.

Embora não se possa encontrar uma vasta bibliografia específica sobre o tema, já que são poucos os livros e trabalhos acadêmicos a ele exclusivamente dedicados, ele aparece, com frequência, sobretudo nos manuais.

Sua identificação pode ser constada na parte referente à Teoria Geral do Direito do Trabalho e, mais especificamente, quando os doutrinadores tratam das relações do Direito do Trabalho com os demais campos da ciência jurídica e da ciência em geral; quando fazem uma análise sobre o descumprimento das normas gerais e especiais de tutela de trabalho; os direitos e deveres das partes e, finalmente, quando da análise das justas causas.

Mas é, do ponto de vista dedutivo, a partir do próprio conceito de Direito do Trabalho e, exatamente, no elemento subordinação que se deve ter como iniciado o vínculo dogmático entre os dois subsistemas jurídicos.

O estudo identificou, ainda, a versão comparativa que parte das análises entre estes ramos do direito e os seus respectivos subsistemas, quando os autores enfrentam os crimes contra organização do trabalho nas vertentes - Direito Individual e Direito Sindical ou Coletivo de Trabalho.

Das detalhadas análises realizadas, logo se conclui que os estudos existentes se circunscrevem e se reduzem a uma perspectiva dogmática, em que se busca uma hermenêutica legalista para aplicação de normas trabalhistas ou de regras jurídicas que tenham natureza punitiva. Em sua maioria, a serem aplicadas ao empregado.

Demonstra-se, por outro lado, a limitação bibliográfica quando se trata de relacionar o Poder Punitivo com a própria natureza da relação empregatícia centrada no trabalho livre/subordinado, em que aparecem como sujeitos desta relação ontologicamente desigual, assimétrica, de um lado, aquele que admite, assalaria, dirige e detém o Poder Disciplinar – o empregador –; do outro, aquele fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado, dependente – o empregado.

Ainda menos identificável é a relação que se estabelece entre o Poder Disciplinar, a relação de trabalho subordinado e as Justas Causas, enquanto elo jurídico que se institui por meio de um arcabouço político e ideológico ainda mais

importante: o poder e a dominação que vêm para reger um modelo de sociedade centrada na subordinação da força do trabalho ao capital.

Este desvendamento passa a ser fundamental e ocorre na medida em que a dissertação coloca frente a frente, estabelecendo uma comparação, as teorias jurídico-trabalhistas clássicas e as teorias jurídico-trabalhistas críticas; entre as teorias da pena clássicas e as teorias da pena de natureza crítica.

Se, de um lado, foi possível rechaçar as finalidades declaradas da sanção criminal e expor quais seriam seus fins escusos, latentes, por meio das teorias agnóstica/negativa e materialista/dialética da pena; por outro, fica patente, seguido o rastro da doutrina trabalhista clássica, o elo entre o chamado Poder Punitivo, Disciplinar ou de Comando e as teorias que legitimam o poder punitivo estatal, na medida em que se expõem os caracteres das penas criminais e das penas disciplinares que se instituem no interior das organizações – que vão desde a advertência, à suspensão e à pena de morte do contrato de emprego.

Adotando uma hermenêutica estruturante, típica dos estudos desenvolvidos neste Programa de Pós-graduação para esta área de pesquisa, foi possível identificar as raízes do poder punitivo que envolve estes dois ramos do conhecimento jurídico e que se instituiu por meio do Direito Dogmaticamente Organizado pelo Estado Moderno.

Foi exatamente o Estado Moderno, que substituiu o Estado Absolutista Monárquico – em que os poderes se encontravam nas mãos do clero e da nobreza – e colocou no poder a burguesia nascente, quem institui a uniformidade/legitimidade/universalidade das sanções como pressuposto disciplinador da nova sociabilidade.

Este perfil dogmático está centrado numa ética onicompreensiva e unitária que pressupõe o individualismo contratualista como centro de referência das relações sociais, centrado num código coeso de regras morais difundidas pelos filósofos e legitimadas pelos legisladores.

Cabia, pois, ao Estado, em nome da tarefa de legislar a ordem e reprimir o caos, estabelecer alguma forma de coação. Ela tinha que entrar em jogo para suprimir os instintos, tornar as pessoas dóceis e fazer valer as faculdades racionais. Assim, na prática dos legisladores, tais fundamentações significavam os poderes coercitivos que tornavam a obediência às regras uma expectativa sensata.

A esta altura, o estudo pode reunir os sentidos do poder coercitivo à esfera da dominação, que se irradia a partir do poder punitivo do Estado e penetra de forma horizontal e vertical nas demais instituições públicas e privadas, para alcançar todas as camadas e estratificações sociais.

Apresenta a Teoria Organizacional Conservadora e seus matizes – desde o sistema fordista ao sistema de acumulação flexível – como o veículo ideológico por excelência e responsável por uma transubstanciação, em que as classes dominadas recepcionam os valores das classes dominantes e incorporam como um valor o trabalho vendido, comprado, separado da vida – o trabalho contraditoriamente livre/subordinado – e o elege como centro de referência de sua vida.

Não é por acaso que a doutrina clássica, quando enaltece a aporia trabalho livre/subordinado, fá-lo a partir da comparação que estabelece entre ele e o trabalho escravo/servil. Mas, as evidências analíticas demonstram claramente que o trabalho propriamente livre – que não interessava à produção capitalista nascente – passou a ser considerado como sinônimo de vagabundagem e previsto nas leis penas como crime.

Ao contraditar a Teoria Organizacional Conservadora com a Teoria Organizacional Crítica, desvenda aquele mistério e põe em relevo a assimetria que existe entre os dois sujeitos – empregado e empregador –, revela a contradição deste discurso e demonstra os efeitos e as consequências da subordinação da força do trabalho ao capital, como a morte lenta e os rituais do sofrimento.

Esta visão analítica não fica apenas nas problematizações, revelações ou denúncias, mas apresenta três propostas dirigidas a refutação da supremacia do trabalho dependente como pressuposto das teorizações no âmbito do Direito do Trabalho e centro catalisador da convivência das pessoas na sociedade em geral, e na sociedade do trabalho, em particular.

Daí, para refazer os sentidos das relações entre o Direito do trabalho e o Direito Penal; para inverter a perspectiva e desencadear o corte epistemológico, adota as seguintes experiências:

- a) a prevalência da Economia Social ou Solidária;
- b) a taxaço do capital improdutivo internacional, para que seja criada uma Renda Universal Garantida;
- c) um modelo de gestão a ser implantado no interior das organizaçoes que se afaste daquele centrado no princípio da puniço/recompensa ou por meio de adesão,

coação burocrática e manipulação, que substitua o princípio da obediência pelo princípio da responsabilidade.

A autora, quando procurou formular o seu Projeto de Pesquisa, mesmo já havendo consultado uma bibliografia razoável sobre as relações entre esses dois importantes campo do conhecimento jurídico, não tinha ainda consciência da magnitude, da grandeza e da complexidade que o tema sugeria.

Depois de concluída esta tarefa, está convicta da sua importância. Sobretudo, porque fê-la enxergar que o Poder Punitivo não é algo que se possa vislumbrar como pertencente a um campo específico do conhecimento jurídico, embora esteja ele mais entranhado no Direito Penal e, no campo do Direito Privado, mais fortemente, no Direito do Trabalho.

Do ponto de vista analítico, dedutivo, deixo transparecer agora que as relações de dominação são relações de poder, na medida em que as relações de poder são relações de força. Logo, o direito aparece como um instrumento posto a serviço da dominação; que a Teoria Organizacional Conservadora é a responsável pela manutenção da supremacia da relação de poder entre empregador e empregado e, portanto, posta a serviço da dominação; que o Direito do Trabalho não deve mais centrar-se numa relação jurídica assimétrica e pautada na dependência, na subordinação – jurídica, econômica e psicológica – que envolve um dos sujeitos – o empregado.

Depois de percorrer este largo caminho, chego, no seu final, fortalecida, sabendo que o meu olhar para o trabalho humano não será mais o mesmo e que tenho o dever ético, profissional e acadêmico de perseguir um modelo de sociedade que não esteja mais centrado na compra e venda da força de trabalho; mas que o trabalho apareça como ontologia do ser social, que possibilite ao gênero humano buscar, por meio do trabalho livre, a sua realização plena, em seu mundo histórico.

Quando chegar este momento, esta fase histórica – que já se iniciou –, nem o Direito do Trabalho será o mesmo, nem mesma será a sua relação com os outros ramos do conhecimento jurídico, especialmente, com o Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed, 1985.

ALMEIDA, Isis de. **Curso de Legislação do Trabalho**, 4ª Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2004.

ALVES, Ivan Rodrigues. **Teoria e Prática do Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 1995.

_____; MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **Você conhece Direito do Trabalho?** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. p. 37-63. *In* Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 78, n. 3 (jul/set 2012). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 2012.

_____. **As Justas Causas do Empregado**. Questões em aberto na dogmática jurídica. Belém: Revista do TRT 8ª. Região. Vol. 43, n. 84, janeiro/junho 2010.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho**. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008;

_____. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, Prelo.

ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. Perdizes, SP: Boitempo, 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BARATA SILVA, Carlos Alberto. **Compêndio de Direito do Trabalho: parte geral e contrato individual de trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 1983.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Principios de derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal, *in* **criminología y sistema penal** (compilación *in memoriam*). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, pp. 299-333.

BARBROOK, Richard. **Futuros Imaginários**: das máquinas pensantes à aldeia global. São Paulo: Peirópolis, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciências criminais; v. 1/ coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTIJA, Eugênio Perez. **Derecho del Trabajo**, 6ª Ed., Madrid: Tecnos S.A., 1960.

BRASIL, **Lei das Contravenções Penais**, Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm Acesso em Julho de 2014.

BRESSON, Yoland. **L'après salariat. une nouvelle approche de l'économie**. 2 ed. Paris: Economica, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

CERQUEIRA, João da Gama. **Sistema de Direito do Trabalho**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

CORTINA, Adela. **Ética aplicada y democracia radical**. Madrid: Tecnos, 1993.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A subordinação da força de trabalho ao capital: para ampliar os cânones da proteção e o objeto do Direito do Trabalho, a partir da economia social ou solidária**. Recife: Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Texto avulso, 2010.

DÄUBLER, Wolfgang. **Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha**. Trad. Alfred Keller; revisor técnico Antônio Álvares da Silva. São Paulo: LTr, 1997.

DEJOURS, C. **A Loucura do Trabalho**: Estudo de Psicopatologia do Trabalho. São Paulo: Cortez. 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1220.

DEVEALI, Mario L. **El Derecho del Trabajo**: en su aplicación y sus tendencias, Tomo I, Buenos Aires: Astrea, 1983.

DONATO, Messias Pereira. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ENRIQUEZ, Eugène. **Da horda ao Estado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

_____. **As figuras do poder**. São Paulo: Via Lettera, 2007.

ESTEVES, Juliana Teixeira. **A seguridade social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo**. Recife: Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPe, junho de 2010. Texto Avulso.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações = Rediscovering labor criminal law: first approaches**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 37, p. 86-127, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41962>>. Acesso em: 15 set. 2011.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do Trabalho**, 10ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

FERRARI, Francisco de. **Derecho del Trabajo**, Vol. I. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1976.

FORMICA, Gualdo Amaury. **Legislação Social**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão Como Doença Social**. Ideologia, Poder Gerencialista e Fragmentação Social. São Paulo: Idéias & Letras, 2007.

GIGLIO, Wagner. **Justa Causa**: teoria, prática e jurisprudência: dos arts. 482 e 483 da CLT. São Paulo: LTr, 1981.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito do trabalho**: estudos. São Paulo: LTr, 1979.

GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho**: crítica da razão econômica. São Paulo: Annablume, 2007.

_____. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: Annablume, 2005.

_____. **Crítica à Divisão do Trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GUIMARÃES, Benito Nazareno Sciarra. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982.

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de Direito do Trabalho**. Trad. De Rita de Asdine Bozacian. São Paulo: LTr, 1988.

JEVEAUX, Geovany; PINTO DA CRUZ, Marcos; AREOSA, Ricardo. **Manual do Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KURZ, Robert. **Razão sangrenta**. Ensaio sobre a crítica emancipatória da modernidade capitalista e de seus valores ocidentais. São Paulo: Hedra, 2010.

LACERDA, Dorval. **A Falta Grave no Direito do Trabalho**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1976.

LA CUEVA, Mario de. **El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**: historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales. 5ª Ed. México: Editorial Porrúa, 1978.

LANDRIAN, Francisco Guillen; ESPINOSA, Elia Santiago; GUILBEAUX, Eulalia Viamontes; SANCHEZ, Antonio Raudillo Martin. **Derecho Laboral**: parte geral. Ciudad de la Habana: Universidad de la Habana, 1985.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do Trabalho**: primeiras linhas. Curitiba: Juruá, 1996.

LE GOFF, Jacques. **Droit du travail et société**. 1 – les relations individuelles de travail. Laval: Presses Universitaire de Rennes, 2001.

LEÑERO, José Pérez. **Teoría General del Derecho Español de Trabajo**. Madrid: Espasa-Calpe, S. A., 1948.

LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve e os Novos Movimentos Sociais**. São Paulo; LTr, 2009.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução e comentários: José Higino Duarte Pereira. Tomo I. 1º edição. Campinas: Russell, 2003.

LÓPEZ, Manuel-Carlos Palomeque; LA ROSA, Manuel Álvarez de. **Derecho del Trabajo**. 5ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1997.

MAGANO, Octávio Bueno (org.). **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MANCINI, Jorge Rodríguez. **Curso de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social**. 5ª Ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, Ana Cecilia Petta Roselli. **O uso do alcool e a evolucao do conceito de dependencia de alcool e outras drogas e tratamento**. Revista IMESC n. 3, 2001, p. 74. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br>>.

MARTINÉZ. Juan Manuel Ramírez. **Curso Básico de Derecho del Trabajo**: para titulaciones no jurídicas. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho.. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Fernando Teixeira. Liames, **Princípios e Aplicação do Direito do Trabalho**, 45-75, p. 45, in VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (coord.). Curso de Direito do Trabalho: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARX, Karl. **Crítica ao programa de gotha**. In: ANTUNES. Ricardo (Org.). A dialética do Trabalho. Escritos de MARX e Engels. São Paulo: Expressão popular, 2004.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Obras escolhidas, vol. I. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1953.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição**. Os fundamentos da relação de poder entre o capital e o trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **The prison and the factory**: origins of the penitentiary system. trad. Glynis Cousin. London: Macmillan, 1981.

PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Coleção Pensamento Criminológico, 11.

MENDONÇA, Gentil. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol. III. Recife: Editora Universitária, 1972.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**, Recife: Imprensa Universitária, 1965.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

_____. Revisión de la teoría del delito em um Estado social y democrático de Derecho. In **Libro Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**. Tomo 2. Compiladores: Carlos Simón Bello Rengifo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998, 195-217.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 1982.

_____. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 1956.

_____. **Anteprojeto de Código de Trabalho**. Rio de Janeiro: 1963.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução do direito do trabalho**. 5ª Ed. Ver. e atual. São Paulo: LTr, 1991.

NÁPOLI, Rodolfo A. **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. 2ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 1971.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1991.

_____. **Compêndio de Direito Sindical**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 26ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. **Exames toxicológicos no ambiente de trabalho**. Revista LTr, vol. 77, nº 11, novembro de 2013.

NOGUEIRA, Marcelo de Almeida. **Os Crimes Contra a Organização do Trabalho**, 601-619, p. 602, in VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (coord.). Curso de Direito do Trabalho: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OFFE, Claus. **Algumas contradições do Estado Social Moderno**. Trabalho & Sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho, vol. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. (tradução de C. A. Barata Silva, em colaboração com Darci Rodrigues de Oliveira Santana). 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1984.

OLEA, Manuel Afonso; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. **Derecho del Trabajo**, 15ª Ed. Madrid: Civitas S.A., 1997.

ORTEGA, Jesús Garcia; PESET, José María Goerlich; ORIHUEL, Francisco Pérez de los Cobos; MARTINÉZ, Juan Manuel Ramírez; FRANCO, Tomás Sala. **Curso de Derecho del Trabajo**: Fuentes. Derecho Sindical. Contrato de Trabajo. Seguridad Social. Proceso Laboral. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PAGÈS, Max; BONETTI, Michel; GAULEJAC, Vicent; DESCENDRE, Daniel. **O poder das organizações: a dominação das multinacionais sobre os indivíduos**. São Paulo: Atlas, 1987.

PÉREZ, Benito. **Derecho del Trabajo**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1983.

PEREZ, Jose Luis Monereo. **Introduccion al Nuevo Derecho del Trabajo**: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia: tirant lo Blanch, 1996.

PEREIRA, Adilson Bassalho. **A Subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1991.

PIMENTA, Joaquim. **Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do Direito Individual. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1995.

PINTO, Mário. **Direito do Trabalho**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.

RODIGUEZ, Américo Plá. **Curso de direito do trabalho**: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, Vol. I. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil.** São Paulo: LTr, 2012.

RANGEL, Francisco de Mattos. **Lições de Direito do Trabalho.** 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

PINTO, José Augusto Rodrigues; MARTINEZ, Luciano; MANNRICH, Nelson (coordenadores). **Dicionário brasileiro de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2013.

ROMITA, Arion Sayão (coord.). **Curso de Direito Constitucional do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.

_____. **A subordinação no contrato de trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos.** La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal.

_____. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?** Sobre a legitimação das proibições penais. p. 69. *In* Revista Jurídica 317, março/2004, Doutrina Penal, 69-81. Tradução de Luís Grego.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho.** 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 1995.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 1991, p. 72.

_____. **O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro.** 5ª Ed. São Paulo: LTr, 1976.

SACOGNAMIGLIO, Renato. **Diritto del Lavoro.** 4ª Ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997.

SALÉM NETO, José. **Direito do Trabalho.** Campinas: Copola, 1999.

SANSERVINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho;** tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de Direito do Trabalho.** Trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: LTr, 1973.

SANTOS, Altamiro José dos. **Direito Penal do Trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** Curitiba: Lumen Juris, 2005.

_____. **Teoria da Pena:** Fundamentos políticos e Aplicação judicial. Curitiba: Icp; Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização.** In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as Ciências Sociais.* 4ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011. pp. 25-102. P. 33-34

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo.** Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. **Direito Constitucional do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1977.

SOARES FILHO, José. **A crise do Direito do Trabalho: diagnósticos e perspectivas de superação.** Revista da Anamatra VI, nº 27, abril/2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4225/A_CRISE_DO_DIREITO_DO_TRABALHO__DIAGNOSTICO_E_PERSPECTIVAS_DE_SUPERACAO1>. Acesso em: 28 de jun. de 2012

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direito Constitucional do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho.** Vol. I. 21ª Ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Instituições de direito do trabalho.** 18ª Ed. São Paulo: LTr, 1999.

VALVAERDE, Antonio Martín; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. **Derecho del Trabajo.** 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1997.

VANDERBORGHT, Yannick; VAN PARIJS, Philippe. **Renda Básica de Cidadania:** argumentos éticos e econômicos. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

VAN PARIJS, Philippe. **A renda básica:** Por que, como e quando nos países dos hemisférios norte e sul? Revista Econômica, v. 4, n. 1, p. 75-93, junho 2002 - Impressa em outubro 2003. Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2003. VIALARD, Antonio Vazquez. **Derecho del trabajo y de la seguridad social.** Buenos Aires: Astrea, 1991.

VIANA, Marcio Túlio. **Direito de Resistência.** Possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: Estrutura Legal e Supostos. São Paulo: Saraiva, 1975.

VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (coord.). **Curso de Direito do Trabalho**: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WANTIEZ, Claude. **Introduction au Droit Social**. 4^a Ed. Bruxelas: De Boeck Université, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. **Manual de Direito Penal brasileiro: volume I: Parte Geral**. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.