

ALDACY RACHID COUTINHO

PODER PUNITIVO TRABALHISTA

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Professor João Régis Fassbender Teixeira

Curitiba

1997

BANCA EXAMINADORA



PROF. JOÃO RÉGIS FASSBENDER TEIXEIRA



PROF. JOAQUIN HERRERA FLORES



PROF. CARLOS MARIA CARCOVA



PROF. ANTONIO CARLOS WOLKMER



PROF. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

APRESENTAÇÃO

O trabalho não é uma pena a ser cumprida, um fardo que os homens devem, numa visão imanentista do mundo, carregar, como um castigo infligido num relampejo da ira divina, ainda que permaneça, sob algum aspecto, inafastavelmente atrelado à idéia de fadiga, de dificuldade, de uma tarefa custosa.

Muito para além de consubstanciar-se numa obrigação, numa responsabilidade, numa tarefa, a força humana empregada no exercício de uma atividade ou criação, visa um fim multifacetário, de realização própria e de outrem, no aspecto íntimo e econômico e, ainda, na garantia de reconhecimento de uma posição social e jurídica, revelada num espaço de conquista e exercício da cidadania.

O trabalhador, para além de ser um restrito partícipe passivo num processo produtivo é, antes, um sujeito de direitos; aqui reside o campo no qual, direta e imediatamente, é possível realizar-se e impor-se ante o poder e a autoridade.

O direito do trabalho nasceu, no século passado, com a difícil missão de dentro do mundo de estrutura capitalista e por meio da disciplina das relações de emprego, assegurar com medidas ditas de proteção ao empregado, uma forma a minimizar uma desigualdade real diante do poder econômico do empregador, por um sistema de regras jurídicas. Como meio de garantir o melhor desempenho das funções a que se propunha, a tutela se manifestava tanto por meio de um Estado intervencionista, como por organizações sindicais, em um primeiro suspiro de interesses coletivos reconhecidos.

Hodiernamente, pode-se vislumbrar um direito do trabalho em crise, em crise de identidade. O sistema não superou ainda o conflito capital-trabalho e pretende a coordenação; protegeu e não superou as desigualdades; regulamentou e não conquistou para

o trabalhador o suporte econômico que necessitava; entreviu e não garantiu o emprego; afirmou a dignidade do homem e do seu labor mas nunca atingiu a justiça social. A crise, em verdade, reflete as mazelas do direito, da sociedade e da economia.

É necessário indagar que modelo de Estado, que estrutura de sociedade, que perfil de empresa, que organização coletiva, que trabalhador protegemos, de sorte que se possa pretender renovar e reviver um direito do trabalho, ideologicamente comprometido com a questão social, mais do que com o econômico, como instrumento de luta para a consecução das aspirações desta cidadania.

Volta-se, então, para uma tentativa de resgate dos excluídos, dos fora do mercado, com políticas de garantia de emprego, num sempre crescente expansionismo. Fala-se em necessidades desregulamentantes e flexibilizadoras; admite-se um direito do trabalho de crise ou de emergência. É preciso, entretanto, repassar o saber acumulado para rompendo com o passado, comprometer-se com o futuro.

O que se pretende é uma releitura crítica dentro do campo do direito do trabalho, através do questionamento da possibilidade, fundamentos e limites do poder sancionador, como manifestação do poder de direção, levantando a questão do poder e da obediência, o domínio do homem pelo homem, a necessidade de disciplina e a punição. A tese não visa um desmonte ou estabelecimento de um novo “modelo para armar” de direito do trabalho, senão trazer aportes novos, para uma questão ainda aberta, na qual tem-se como assentada uma imprescindibilidade de um poder punitivo privado, que se constituiria como um dos pilares sobre os quais se estrutura a empresa moderna.

Não está nos objetivos deste trabalho uma apreciação quer das hipóteses de justa causa, numa apreciação individualizada

de cada uma, quer numa verificação da sua aplicação prática, mediante avaliação das decisões judiciais.

O objetivo primordial é reavaliar os pressupostos do direito do trabalho a partir do campo disciplinar; uma (re) visão do direito de propriedade, do contrato, da subordinação, do poder, para questionar a base e a eficácia da manutenção de um sistema punitivo/disciplinar dentro da relação de emprego.

SUMÁRIO

I. APRESENTAÇÃO	iii
II. PODER	5
III. PUNIÇÃO	95
IV. SUPERAÇÃO DO CASTIGO	206
V. CONCLUSÃO	283
VI. BIBLIOGRAFIA	286
VII. ÍNDICE	297

CAPÍTULO I

EMPRESA COMO CENTRO DE PODER

*"Citoyens dans la cité,
les travailleurs doivent l'être aussi
dans l'entreprise"*

Rapport Aroux, France

A empresa desponta, por excelência, como centro de poder,¹ exteriorizando a tendência de fragmentação, reificação e pureza.² Sobretudo a partir do Séc. XVIII, com a transformação e complexidade da sociedade em uma crescente industrialização, mediante processos de especialização de funções a serem desempenhadas de forma coordenada e integrada, tais organizações se constituem hierarquicamente, distribuindo racionalmente o trabalho.

Neste ponto de encontro e intermediação entre a economia, a política e a ética, a estabilidade das relações de autoridade e a manutenção da subordinação a preestabelecidos fins são diretrizes reconhecidas e normatizadas pelo direito. O poder na empresa é revelado, juridicamente, por um poder de organização, passando pela

¹ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 31.

² " [...] enquanto da sociedade medieval até o grande Leviatã observa-se um processo de concentração do poder, de estatização da sociedade, com o advento da sociedade industrial está acontecendo um processo inverso, com fragmentação do poder central, explosão da sociedade civil e posterior socialização do Estado". BOBBIO, Norberto. *As ideologias...*, p. 17.

direção ou comando, regulamentação, fiscalização e, enfim, um poder sancionador ou punitivo.

Não existe, todavia, uma unanimidade em relação à posição em que se encontram todas as manifestações de poder no âmbito da empresa, alguns indicando que o poder de organização não é laboral,³ outros colocando o poder diretivo, sinônimo de controle e comando, como gênero e o regulamentador e fiscalizador como espécies, outros ainda, aleatoriamente, sustentando todas as formas de revelação como equivalentes em importância e autonomia. Mas há sempre poder e, qualquer identificação é mero desdobramento de um todo, incindível. São revelações e facetas.⁴

Não está a questão, de qualquer sorte, umbilicalmente ligada à estrutura de uma dada empresa capitalista de propriedade privada, voltada ao lucro como remuneração do capital. Existem formas jurídicas e econômicas de organização e desempenho de uma atividade econômica ou criação de empresas nas quais ou inexiste o lucro ou, ainda, está distribuído diretamente aos trabalhadores ou à coletividade, como na empresa pública ou socializada ou, ainda, na cooperativa de trabalhadores,⁵ na instituição filantrópica.⁶ Em nenhuma situação se poderia vislumbrar a superação de um poder de comando, organização ou direção, ainda que não esteja sendo exercido pelo proprietário do capital. Em todas as formas argumenta-se a favor de um poder de punir.

Neste sentido, a preocupação está focalizada na instituição e seu poder. Não se pretende identificar ou constituir um espaço

³ Posição sustentada por Ramalho. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, 495 p.

⁴ Por tal motivo, a apreciação não levará em conta outras formas de manifestação ou dimensões, senão a partir da necessidade de se correlacionar com o todo, o poder, ou uma faceta, o punitivo.

⁵ O. Von Gierke advertia que a necessidade de poder não se restringe à forma capitalista de empresa. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 361.

⁶ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 44.

empresarial de não-poder,⁷ mas a busca da realização de uma prática trabalhista democrática,⁸ que leve em conta que em dita relação de poder, todo trabalhador é um cidadão, uma pessoa, um sujeito de direitos realizáveis e oponíveis e não só uma força de trabalho inserida na atividade produtiva, coisificada. O trabalhador é, também, na relação um titular de contra-poderes. Outrossim, o direito do trabalho dever estar, de forma permanente, comprometido ideologicamente com o trabalho, muito embora se pudesse imaginar tal como puro mito, máxime diante de parca ingerência jurídica no tocante ao poder do empregador.

O poder exercido pela empresa, inicialmente de características monárquicas e absolutistas, vem evoluindo e avançando em prol desta democratização, interagindo, assim como ocorrera com o poder político no seio das sociedades. É perceptível a preocupação de uma série de juristas com esta revelação do poder no seio da empresa, postulando como querem Rivero et Savatier, citando o Rapport Arroux, um conjunto de reformas para as empresas e não tão-só uma reforma da empresa. *“Le problème essentiel est peut-être de déterminer la mesure dans laquelle les données techniques et économiques de la production moderne d’une part, les constantes psychologiques et humaines d’autre part, peuvent s’accomoder d’un desserrement de l’autorité hiérarchique au profit d’une gestion démocratique [...]”*.⁹

A relação empregatícia, como uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder nas sociedades modernas, deve levar em conta o seu papel no avanço e na solidificação deste processo

⁷ A mecânica do poder se expande por toda a sociedade, em uma rede de relações de poder, exercidos em níveis variados e pontos diferentes na malha social, não localizados em um ponto específico; nada está isento de poder: “[...] o poder deve ser analisado como algo que circula [...]”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica...*, p. 183 e segs.

⁸ Democrático entendido como forma de organização do poder levando em conta o reconhecimento do Outro. LAFER, Celso. Apresentação da obra Poder e legitimidade. FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 11.

⁹ RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p.191.

democrático.¹⁰ Afinal, o poder continua sendo a prática que vem se imiscuir na gestão do capital e do trabalho. O trabalhador, controlado nas suas ações, fornece o seu corpo e sua mente para ser utilizado, ao máximo; coloca a sua capacidade em benefício da atividade empresarial, em nome da própria sobrevivência.¹¹

Alguns modelos de estrutura de poder levam em consideração a violência, determinando que a manutenção da ordem dentro da organização é necessariamente obtida por meio da força ou da coerção, partindo-se de um suposto estado do conflito.

A racionalização deste poder condigno, notado por Weber,¹² determinaria que a violência não necessariamente é arbitrária, mas se manifesta por uma *sanção* ou *pena*, legitimada pelo ordenamento e apoiada pelo emprego da força, ainda que o consenso esteja assentado no próprio temor dos que submetem. Tal consenso surgiria da escolha entre um mal ou outro.

Existem, porém, modelos de equilíbrio, persuasão e decisão, que partem diretamente do consenso, expurgando a violência.¹³ Seria o agir em conjunto de Hannah Arendt. Ou na passagem, segundo Max Weber,¹⁴ do nível externo da violência para o interno da obediência, que encontra outros instrumentos necessários para a submissão, buscados nas relações entre condutas sociais e valores condicionados. Nem toda manifestação de poder carrega o estigma da violência como forma de exteriorização a fim de obter a planeada obediência.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 117.

¹¹ Acerca do tema, ver Foucault. FOUCAULT, Michel. *Vigiar...*, p. 125 e segs.

¹² WEBER, Max. *Conceitos...*, p. 107 e segs.

¹³ Muito embora, para Deutsch, a política seja uma manipulação do comportamento dos homens, mediante uma relação combinada de ameaça de sanção e hábitos de obediência". FARIA, Jcsé Eduardo. *Poder...*, p. 39.

I - PODER

Certa vez já afirmara Galbraith que uma economia divorciada da reflexão sobre o poder e seu exercício carece de qualquer sentido e resulta absolutamente sem nenhuma importância.¹⁵ Poder-se-ia agregar que qualquer indagação acerca do fenômeno trabalho e seu direito, tanto pelo que envolve as questões jurídicas quanto as econômicas e que descure do poder, resulta num vácuo cognitivo, já que neste campo, sobremaneira, defrontam-se ditas concepções.

O poder está em tudo, por todos. A maior dificuldade reside exatamente neste espargir do fenômeno poder na sociedade: todos sobre ele tecem considerações; não há quem não exerça uma parcela; todos a ele se submetem. Seu sentido, entretanto, não é unívoco e vem sempre subentendido. Em geral, em torno do poder gravitam idéias de força, de consenso, de obediência e submissão, de influência.¹⁶ Pouco questionada, pelo direito, é a fonte ou o mecanismo pelo qual a vontade é imposta e as pessoas obedecem.

De qualquer sorte, deve-se partir de alguma noção conceitual de poder, de um lugar comum aceito e, para tanto, cumpre invocar a definição simples, de um fenômeno altamente complexo, enunciada por Max Weber, para quem poder é "*a oportunidade existente dentro de um relação social que permite a alguém impor a sua própria vontade mesmo contra a resistência e independentemente da base na qual esta oportunidade se fundamenta*".¹⁷ Poder é a situação ou capacidade de dirigir a conduta de outros, fazer com que ajam de determinada maneira.

¹⁴ Max Weber identifica um nível de violência monopolizada enquanto instrumento identificador do Estado.

¹⁵ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. XVI.

¹⁶ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 1.

¹⁷ WEBER, Max. *Conceitos...*, p. 107.

Poder, para Voltaire, "*consiste em fazer os outros agirem como eu quiser*".¹⁸ A essência do poder está na eficiência da ordem, na aceitação do comando, no "*mandar e ser obedecido*".¹⁹ O comando é voltado sempre a um determinado comportamento. Obedecer é comportar-se tal como comandado; agir ou não agir. Está disseminado na sociedade de forma desigual entre os homens que alguns comandam e muitos obedecem.²⁰ Uma mesma pessoa, em distintas situações, é revelação de poder e de submissão.

Não há como se pensar no homem e em suas relações dentro da sociedade,²¹ sem perpassar pelos meandros do poder: "*Dos infinitos desejos do homem, os principais são os desejos de poder e de glória*".²²

A busca ao poder é menos uma revelação altruísta do ser e mais a procura de si mesmo. A finalidade do poder reside sempre em algo relacionado no seu detentor, assim como a obediência no que se submete. O amor ao poder acaba por se manifestar enquanto o amor a si mesmo,²³ por consideração, recompensas emocionais e materiais em virtude do seu exercício.

Não obstante, o poder é sempre de Um sobre o Outro, pressupondo alteridade, uma relação. Só há poder de Um, se alguém a ele se submete. A submissão é um labirinto atravessando por razões despercebidas, às vezes sequer imaginadas e que, entretanto, precisam ser desvendadas, tanto no dominante como no dominado.

É tarefa menos árdua a indicação das motivações do poder. Mas a questão tormentosa e central está na obediência, na submissão.

¹⁸ Citado por Arendt. ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 117.

¹⁹ ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 117.

²⁰ " [...] *la principal característica de todas las sociedades, y no sólo de las industriales, cual es la desigual distribución del poder*". KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 48.

²¹ Como adverte Roberto Aguiar, o poder é, antes de mais nada, uma relação entre homens. AGUIAR, Roberto A.R. *Direito...*, p. 50.

²² RUSSEL, Bertrand. *Power...*, p.11. Apud GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 1.

²³ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 10.

Tem sido aceito, como dado, o conhecimento de que na empresa há um espaço de poder;²⁴ e, assim, um campo no qual relações de submissão e obediência são estabelecidas. Tal qual referido por Poulantzas acerca do Estado, é "*um lugar e um centro de exercício do poder, mas que não possui poder próprio*".²⁵

O empregador detém o poder, porquanto é o proprietário dos meios de produção; porquanto é autoridade naquela instituição; porquanto pactuou num contrato; porquanto controla juridicamente o conjunto da estrutura empresarial; porquanto assumiu os riscos da atividade empresarial; porquanto ...

Mas, por que obedece o trabalhador ? Em nome de que se submete ao poder e aceita ser castigado por seu empregador ? A única resposta encontrada nos manuais trabalhistas: porque é assim que tem que ser; porque assim sempre foi e sempre será.

Impossível tratar de qualquer assunto em seara trabalhista, com propriedade, sem ter de adentrar nos percalços desta apreciação acerca do poder - ou da ausência daquele poder - e da existência de um contrapoder e, por conseguinte, da obediência do empregado, na relação de emprego.

Relação de emprego, não é, como quer Kahn-Freund, necessariamente um vínculo jurídico entre "*a bearer of power and one who is not a bearer of power*".²⁶ Se tal vem sendo aceito, apreender o poder é estudar o empregador, e compreender a obediência é conter em si o empregado, negando-o na relação. Trata-se de uma relação apresentada como naturalmente desigual pela dominação e subordinação, na qual sempre há um poder para o empregador e um espaço de submissão ao empregado.

²⁴ Afinal, "[...] o poder surge como componente essencial da experiência humana". DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 117.

²⁵ POULANTZAS, Nicos. *O estado...*, p. 169.

²⁶ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 52.

Ora, como ressalta Foucault,²⁷ o poder não é um instrumento que alguns detêm e outros carecem, ou como quer Poulantzas,²⁸ não é uma qualidade imanente a uma determinada classe, uma grandeza quantificável, mas a capacidade de uma determinada classe social de conquistar os seus interesses. Certamente toma sentido a partir dos lugares na relação jurídica, em que os ocupantes conquistam seus interesses específicos. Por tal motivo o poder está delimitado pelo lugar ou espaço de sumissão do Outro na relação, em especial na divisão social do trabalho. O campo do poder é um espaço relacional e, assim, de um lugar de conflito e de resistência que se busca mascarar sob argumento de uma colaboração, estando determinada em face da sua posição e da estratégia.

Nesta relação, bem alertou Carcova, o dominador não poderá destruir o dominado, porém deverá mantê-lo enquanto tal, caso contrário, termina com a própria relação de poder. Assim: *"[...] necesita negociar y reformular permanentemente esa relación, la que juega en un sentido progresivo o en un sentido conservatista y retardatário, de acuerdo a la forma en que históricamente ella se materializa, al interior de una formación social determinada"*.²⁹ Tal relação se dá no âmbito jurídico e no econômico.

A avaliação do poder punitivo do empregador é empreendida a partir da compreensão da própria gênese do poder, dos instrumentos de que vale o detentor para submeter a todos, numa acatada obediência, ultrapassando as questões meramente laborais e adentrando nos meandros da política, da sociologia, da economia e de questões psicanalíticas. Algumas idéias e questões pertinentes à empresa também não podem ser descuradas e são lançadas à crítica, enquanto centro de poder.

²⁷ "[...] não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos.". FOUCAULT, Michel. *Microfísica...*, p. 183.

²⁸ POULANTZAS, Nikos. *O estado...*, p. 168.

Ainda que seja emergente proceder a um estudo interdisciplinar, a indagação está limitada ao escopo último que é o direito trabalho; a dissecação do poder - que é coletivo e social, mais do que jurídico³⁰ - é realizada para demonstrar como o direito do trabalho lida e se estrutura em um sistema que tenta dar conta de uma contradição: proteção do hipossuficiente, detentor do trabalho e proteção do mais forte, detentor do capital. Afinal, o direito do trabalho encobre o poder e mascara a subordinação com o manto contratual,³¹ projetando a emergência para a empresa, enquanto organização.

Toda argumentação e conhecimento fora do campo do direito é mero instrumento, de trabalho.

1 - INSTRUMENTOS

A imposição da vontade de Um sobre Outro, um outro ou todos os demais, que se submetem, tem sido avaliada a partir de diversos pontos de vista enquanto revelação ora por uma posse, ora decorrente de uma relação de força, ora por uma mera sujeição, ora de consenso.

Na relação de poder há sempre dominação e resistência, em um vínculo "[...] *mutable, dialéctico, histórico*", que denota a existência de "*los conflictos, las tensiones y también los acuerdos*", em uma relação de forças.³²

²⁹ CARCOVA, Carlos María. *Teorias...*, p. 85.

³⁰ Nesse sentido, KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 48.

³¹ Nesse sentido já salientara Kahn-Freund que "*Se origina como un acto de submisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y la subordinación puedan se disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por <contrato de trabajo>*". KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 52.

³² CARCOVA, Carlos María. *Derecho...*, p. 52.

Sempre presente em uma triade que poderia classificar o poder como **condigno**, **compensatório** e ou **condicionado**, segundo as expressões criadas por Galbraith.³³

A força do poder - não o poder pela força - se apóia em determinado resultado ou efeito que se apresenta **reificado** como um mal, ou **purificado** como um bem ou, então, por meio de um **condicionamento** que leva a um real ou suposto consenso.

O poder pode ser imposto a partir de uma força coercitiva interna ou externa, revelada pela violência, pela capacidade de imposição pela ameaça de um mal suficientemente doloroso ou desagradável, moral, pecuniário, físico, que leva o indivíduo ou o grupo a abandonarem a sua própria vontade e se submeterem, de um modo real, potencial ou imaginário. É a força multifacetária, apresentando-se como força jurídica, sempre porém ligada à represália.

Neste sentido, o poder não decorre de uma sociabilidade do homem, senão necessariamente do jugo por intermédio de uma conquista.³⁴ Alerta Burdeau que o poder é uma força a serviço de uma idéia.³⁵

Pode haver um consenso na gênese do poder, mas a força determinaria a sua manutenção. A partir da necessidade de segurança e defesa e por ser propenso à paz, o homem sai do estado de natureza, que é um estado potencial de guerra contra todos, e renunciando junto com os demais homens à força de autodeterminar-se, confia o poder de mando a Um, de forma a que instituindo esse espaço de poder, atue em nome de todos e todos a ele se submetam, por medo do castigo. É "[...] o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária das paixões naturais do homem, quando não há um poder visível capaz de manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao

³³ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 4.

³⁴ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 2.

³⁵ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris : LGDJ, 1966, t.1, p. 406.

cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis da natureza [...]" que leva a um contrato social.³⁶ E porque pactuam esse grande acordo, todos devem obediência. É como se cada homem dissesse ao seu semelhante: *"Cedo e transfiro meu direito de governar-se a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações"*.³⁷ O soberano não pode abrir mão do seu poder, renunciar, alienar, transferir, porquanto não atua em nome próprio, mas é todo súdito personificado em Um.³⁸

A revelação de um poder condigno concentra-se na força coercitiva de uma ameaça de uma punição, sendo absolutamente despiciendo ser real, possível ou imaginária, decorrente de uma vontade criadora do poder ou poder imposto. Quem detém a força do comando, detém ainda a força da represália, na hipótese de desobediência.³⁹

Mao Tse-Tung chegou ao extremo ao afirmar que *"Todo o poder nasce do cano de um fuzil"*,⁴⁰ identificando a legitimidade do poder na própria eficiência da ordem. *"Tout Etat est fondé sur la force"*, afirmou Trotsky à Brest-Litovsk.

O Estado, neste espectro, é identificado como o próprio espaço de constituição do poder condigno: *"[...] l'Etat consiste en un rapport de 'domination' de l'homme sur l'homme fondé sur le moyen de la violence légitime (c'est-à-dire sur la violence qui est considérée comme légitime). L'Etat ne peut donc exister qu'à la condition que les hommes dominés se soumettent à l'autorité revendiquée chaque fois par les dominateurs"*, segundo Max Weber.⁴¹

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*..., p. 104.

³⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*..., p. 105.

³⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*..., p. 122.

³⁹ AGUIAR, Roberto A R. *Direito*..., p.51.

⁴⁰ *"A violência sempre pode destruir o poder [...] O que nunca pode nascer daí é o poder"*. ARENDT, Hannah. *Crises*..., p. 100 e 130 e segs.

⁴¹ BOUTHOU, Gaston. *L'Art de la politique*. Vichy : Seghers, 1969, p. 625.

A sociedade moderna não condena, em si mesmo, todo poder condigno, mas canaliza para uma atuação de *imperium* do Estado que é, assim, detentor em monopólio do direito de punir ou do uso da força. Assim é com o sistema punitivo penal ou com a força coercitiva das decisões judiciais. Muito embora, numa estrutura de Estado Democrático de Direito, o poder não esteja baseado exclusivamente na violência, senão precipuamente num conjunto de normativas e valores que racionalmente são estabelecidas para disciplinar a relação comando/obediência.

Jouvenel refuta tal idéia de contrato social e de um estado da natureza anterior à constituição da sociedade política e vislumbra o homem unido aos seus semelhantes por uma questão natural, de defesa e autopreservação.⁴² O homem é, como já ressaltara Aristóteles, um ser eminentemente político, que procura instintivamente a companhia dos seus semelhantes. A sociedade não é uma formação artificial, senão natural, pelo que identifica alguns elementos justificadores, de distanciamento, simbólicos, no qual se assenta o poder. Se há um instinto natural de dominação, é ideologicamente neutro e não pode ser valorado ou sequer apreciado a partir de uma suposta (in)justiça. É o auge da reificação.

Diversas, por exemplo, são as figuras do súdito e do escravo. O súdito participou deste contrato social, de livre vontade e, assim, a vontade do soberano é a vontade de todos. O escravo obedece, porquanto pode ser punido pelo senhor, que manifesta a vontade em nome próprio e não aderiu à vontade que constitui o poder: é efetivamente punido, pode ser eventualmente castigado, ou imagina que o será. É de todo indiferente.

Ante tal situação Hobbes aceita que o escravo pode se insurgir contra o poder; mas o súdito, este, deve sempre obedecer. De

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito*..., p. 32.

qualquer sorte, há sempre o medo, como quer Hobbes; o pavor daquele que toma o poder à força - *Estado por aquisição* - ou o medo uns dos outros, que leva a todos escolherem Um - *Estado por instituição*.⁴³

Há, à evidência, uma enorme e importante diferença, moral, entre a escravidão e a situação do trabalhador livre. Porém, como ressalta Galbraith, “*deve ser atribuída mais ao desenvolvimento econômico do que a um maior esclarecimento social. Na sociedade pobre, a diferença entre a coerção condigna e a compensatória é pequena [...] Quando a pobreza era geral, os trabalhadores livres labutavam sob o medo da fome [...] O escravo exauria-se de medo do açoite [...] privação econômica que, por vezes, não deve ter sido menos compulsiva que os temores do escravo*”.⁴⁴ É a escravidão vem ainda dissimulada na liberdade, na liberdade de ganhar um salário mínimo.

É interessante, neste campo, ressaltar o trabalho de Robert W. Fogel, ao sustentar que a situação do trabalhador escravo não era muito diversa da do trabalhador livre nos anos anteriores à guerra, em sua obra *Time on the cross*. Acrescenta Galbraith⁴⁵ que nos Estados Unidos a divergência entre a situação do homem livre e do escravo tornou a escravidão economicamente impraticável. Os escravocratas teriam oferecido recompensas pecuniárias aos escravos para que permanecessem fiéis, superando o poder mediante punição condigna.

Na Grécia, havia dois tipos de escravidão, uma doméstica, decrescente de importância a partir da revolução econômica e mercantil no séc. VII e uma população escrava que servia como força de trabalho barata. Enquanto que 2/3 a 3/4 da população grega não possuía escravos domésticos, o Estado e, principalmente, as empresas corporativas utilizavam quase só mão-de-obra escrava que, não obstante, recebiam remuneração: “*Às vezes, um escravo dessa categoria*

⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*..., p. 122.

⁴⁴ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia*..., p. 18.

⁴⁵ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia*..., p. 21.

podia viver por conta própria, apenas juridicamente subordinado ao senhor. Seria obrigado a entregar este o lucro financeiro do seu trabalho, mas às vezes era-lhe permitido conservar uma parcela, pequena ou grande, segundo a vontade do senhor”. “[...] um deles, Pasion, no século IV, chegou a montar negócio próprio, tornando-se milionário; Atenas achou que o exemplo era por demais paradoxal, mesmo para os padrões da época, e concedeu-lhe a liberdade”.⁴⁶

Por outro lado, embora mantivesse a escravidão, Aristóteles na sua *Política*, ao tratar da relação entre escravo e senhor, propõe uma amizade real e comunhão de mentes: “*O mau exercício de seu domínio por parte do Senhor é algo que se torna desvantajoso tanto para o senhor quanto para o escravo [...] Há uma comunhão de interesse, e uma relação de amizade, entre senhor e escravo, quando ambos naturalmente merecem a posição que se encontram. Mas o reverso é verdadeiro quando as coisas são diferentes e a escravidão repousa tão-somente na sanção legal e no poderio superior*”.⁴⁷ O senhor não deveria apenas comandar o seu escravo, mas raciocinar com ele, dando-lhe a esperança de emancipação.⁴⁸

O poder compensatório já é mais argumentativo e insuperavelmente sedutor. Obtém a obediência pela recompensa positiva. É mais digno, garantindo o mesmo resultado. Neste manejo do poder é identificada a submissão mediante o pagamento em dinheiro por serviços prestados. O senhorio obtém a terra lavrada pelo vassalo em troca de proteção e dinheiro; o trabalhador livre submete a sua personalidade individual à do empregador em troca do salário. E ainda obtém do senhor uma garantia de vida, de sobrevida, de sobrevivência.

A distinção entre o poder condigno e o compensatório é de antinomia na motivação: aceita-se por ameaça de um mal ou pela

⁴⁶ MORRAL, John B. *Aristóteles...*, p. 50-1.

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Política*, I, vi, 1255. Apud MORRAL, John B. *Aristóteles...*, p. 50-1.

⁴⁸ ROSS, Sir David. *Aristóteles...*, p. 247.

possibilidade de se obter um bem, pela promessa ou realidade de um castigo⁴⁹ ou de um benefício. Assim, visualiza-se um grande avanço humanitário a caminho do respeito da dignidade na superação do poder condigno, em prol do compensador. O direito do trabalho mantém-se na dualidade, tanto premia como pune.

O estudo do poder, aos poucos, vem abandonando a idéia da violência para procurar sustento em um consenso, chegando a revelar que não há dominação sem consentimento. Obtido por uma opacidade, no sentido de que mascara a realidade das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, para legitimar e reconduzir, como quer Carcova, un sistema de hegemonia. Hegemonia, no sentido de dirigir, *hacer hacer* como fruto de uma ideologia. "[...] *Para que outro haga lo que se desea que haga, es necesario "convercerlo", esto es, "educarlo" o forjar su ideologia*".⁵⁰

É o que Fabio Ulhoa Coelho denomina de *purificação do poder*. O poder está assentado em si mesmo, com um discurso dissimulador.

Hannah Arendt contrapondo-se à idéia de que o poder sustenta-se sempre na violência, enquanto coação, ressalta que o caráter instrumental da violência gera mais violência, multiplicando a força, jamais criando um verdadeiro espaço de poder. Onde há força física desaparece o poder, permanecem senão meios de subjugar o outro. O poder pressupõe uma ascendência, uma autoridade, ou seja, a racionalização em conformidade com referências normativas, condicionado ao *agir conjunto* e à *obtenção de consenso*.⁵¹ No momento em que o agir em conjunto desaparecer, desconstitui o poder, mantém-se o jugo. Portanto, somente metaforicamente se poderia falar do poder de Um, como atributo pessoal, descartado do grupo ao qual pertence.

⁴⁹ Galbraith emprega a expressão em sentido amplo, incluindo a multa, a repreensão verbal, a condenação ostensiva, expropriação. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 16.

⁵⁰ CORREA, Oscar. *La eficacia...*, p. 39.

Luhman⁵² vislumbra dois sistemas coexistentes, o homem e a sociedade; embora o homem não possa prescindir da sociedade, estaria fora dela. A sociedade não é um agrupamento de homens, mas um conjunto de ações com significados. As ações se apresentam em uma multiplicidade de possibilidades, gerando a complexidade das relações humanas uma contingência. Inexiste a ação certa; senão uma opção entre um leque, gerando uma inafastável angústia da eleição; eis a problemática da sociedade.

A complexidade vem minimizada pelas expectativas em relação a si e aos outros, máxime as frustradas, que determinam a escolha da ação específica. A segurança das expectativas dos outros sobre as expectativas de um é mais importante na sociedade complexa.

O controle da frustração das expectativas, na dimensão temporal, principalmente as auto-evidentes, não leva à superação da expectativa em si, mas tem uma resposta normalizada. Em relação às não auto-evidentes, ora determina a revisão da expectativa - *cognitiva* -, ora a mantém intacta - *normativa*, contornando-se a expectativa, na dimensão social, para uma ação mais eficiente, em um complexo mecanismo que denominou de *institucionalização de expectativas comportamentais*, em uma pressuposição de consenso. Na dimensão prática, a redução da complexidade se dá com padrões de ação, identificadas na comunicação em um sentido único.

Não existe um consenso efetivo, à medida que quem emite a sua vontade, concordando, está participando da decisão e, assim, do poder e não mais se submetendo a ele.⁵³ Há um consenso presumido pela submissão, suposto a partir da concordância das pessoas acerca das expectativas dos outros em torno de uma instituição. Há, um

⁵¹ Apud FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 21.

⁵² LUHMANN, Niklas. *Poder...*, 121 p.

⁵³ Embora Roberto Aguiar mencione um consenso verdadeiro, quando o poder se torna aceito por suas qualidades de consonância ideológica e econômicas, pelos grupos de devem segui-lo. AGUIAR, Roberto A R. *Direito...*, p.53.

compartilhar de um mesmo código, estabelecido por um condicionamento. Há um espaço imaginário em que as pessoas supõem que a sua vontade conte.

Ora, a própria existência de uma instituição leva o comportamento das pessoas a seguirem uma determinada direção, eliminando parte das variáveis; quem tem uma expectativa desconforme às auto-evidentes da instituição, tem contra si todos os riscos da frustração.⁵⁴ Não é que a instituição seja uma aglutinação de expectativas uniformes, senão que imagina-se que a realidade seja tal. *"Enquanto quase todos supõem que quase todos concordam ou, até mesmo, quase todos supõem que quase todos supõem que quase todos concordam, a instituição protege as expectativas correspondentes em relação aos desapontamentos".*⁵⁵

Contrapor-se ao poder sancionador da empresa é estar contra todo o sistema, é suportar um fardo; é, na realidade, ficar à margem da possibilidade de manter um vínculo empregatício. Todos, afinal, supõem, que todos supõem, que todos concordam com o poder punitivo.

O direito, como sistema social que garante congruência à generalização das expectativas comportamentais, não abre mão da força física, em Luhmann. Aliás, a força física releva a existência do direito. Apenas que nas sociedades mais complexas é simbolizado. O poder se apresenta, então, como meio de comunicação.

A comunicação neutraliza a vontade, influencia, controla, mas não a destrói. Procede, então, a um condicionamento. A autoridade é a forma assumida de generalização deste poder, neutralizando as diferenças: *"a seletividade do receptor é orientada pela idéia de que sempre se procede da forma por ele escolhida".*⁵⁶

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 42.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 33.

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 48.

O poder condicionado, elaborado, não pressupõe consciência e aglutinação de vontades sabidas, está na ordem da crença, da convicção, ou no desejo de estar no poder, reproduzindo-o. É subjetivo, interno, invisível, condicionado.

As ordens são emanadas como "[...] *propostas e contrapropostas, inferindo-se serem de sua área a negociação e o compromisso*".⁵⁷

O obediente crê que assim deve proceder, levado quer por mecanismos de condicionamento, quer pelo próprio inconsciente. Há uma submissão certa e convicta, condicionada, desnecessária de justificação. "*Parece natural, apropriado ou correto [...]*" e é "*fundamental [...] para o funcionamento da economia e do governo nos tempos atuais, tanto nos países capitalistas como nos socialistas*",⁵⁸ é necessário ao bom funcionamento da empresa. As expectativas ou são mantidas ou se tornam frustradas, mas o poder permanece, purificado, projetado para um lugar neutro, inatingível, que o mantém inatacável.

Qualquer que seja a manifestação do poder, se está diante de uma reificação ideológica, na qual se mascara a existência de relações humanas e se tem como algo prévio e anterior, (pre)suposto e inatacável. Da mesma forma como Marx tratou da *reificação das mercadorias*,⁵⁹ num processo de impessoalização,⁶⁰ mediante o qual a relação social é pasteurizada, retirando-lhe o caráter humano que a rege, "[...] *despida, aos olhos dos seus partícipes, do caráter humano que possui para assumir a aparência de algo totalmente independente de sua*

⁵⁷ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 6.

⁵⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 6.

⁵⁹ Reificação que segundo Lukács, marca todas as manifestações da consciência humana. Apud COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 12.

⁶⁰ Nas sociedades mais complexas, uma das características mais marcantes é a despersonalização, ainda quando se trate de um "culto de personalidade", conforme Roberto Aguiar. AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 54.

vontade [...];⁶¹ se dá a reificação do poder e a reificação da empresa que detém o poder.

O mecanismo legitimador é o que Weber notou como racional, sustentando-se num ordenamento estabelecido e num direito de *mando* e *disciplinar*. Quem obedece, não se submete ao outro, senão à empresa e ao direito, de forma impessoal, reificada e pura de elementos de violência física. Este outro que personifica o poder age como se fosse a empresa, o empregador vem despersonalizado, em geral estruturado em uma organização hierárquica, descentralizada, cada vez mais especializada e burocrática.

O condicionamento se manifesta ora pela autoridade, ora pela liderança, ora pela reputação, ora pela influência. No exercício da autoridade tem-se um suposto lugar simbólico, distanciado, aceito ou negado, rejeitada ou confirmada a expectativa, mas nunca desconstituído o poder: nega-se a existência de uma causalidade entre a falta e a sanção aplicada pelo empregador, mas ninguém se contrapõe ao poder de aplicá-la.⁶²

Diversamente ocorre no poder pela reputação, quando é assumido a-criticamente; aceita-se a possibilidade de desconstituição, porém toma-se uma atitude favorável. Na liderança, há a influência de que todos procedem da mesma forma. "*A seletividade dele é orientada pela idéia de que todos ou quase todos agem em conformidade com a sua escolha, ainda que este fato concretamente não exista ou não possa ser verificado*".⁶³

⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 10.

⁶² Nesse sentido, por exemplo, Delgado aduz que não se trata de negar de modo absoluto a existência de um poder disciplinar ao empregador, enquanto autotutela dos interesses, assim como a greve para os trabalhadores, porquanto não seria prática democrática, mas as exigências civilizatórias e culturais determinam que se restrinja legislativamente ou via negocial coletiva. DELGADO, Maurício Godinho. *O poder...*, p.7-9. Aliás, Gonçalves, palmilhando os trilhos de Magano, assenta o poder punitivo do empregador exatamente num suposto **pluralismo democrático**, pois a sociedade é composta por vários centros de poder e a participação dos membros varia conforme sua influência na realização dos valores colimados. Os mais influentes decidem, os menos se submetem. GONÇALVES, Emilio. *Poder...*, p. 66.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 49.

Assim como é possível coexistir um espaço de poder condicionado associado com o condigno, permanece a autoridade em conjunção com mecanismos de liderança. É o que ocorre na empresa, instituição à qual o poder de direção vem agregado com o sancionador e à autoridade às vezes acompanha a liderança.

A identificação de uma reificação e pureza do poder, no caso de aplicação de punições, pode levar a uma ausência de questionamento e levante. Ainda que se aceite não haver um vácuo de poder nas relações sociais e que existe na relação de emprego uma direção acerca de como a obrigação deva ser executada, não se pode esquecer que se está diante de uma relação entre seres humanos e que, no âmbito do direito privado é inconcebível imaginar-se um poder sobre a pessoa, mantido sob ameaça de uma punição ou castigo.

Quem detém e exerce o poder está respaldado em algum instrumento, para que tal situação seja aceita. As fontes do poder, reveladas enquanto atributos ou instituições podem estar constituídos pela personalidade, propriedade ou a organização.

A personalidade revela uma especial qualidade pessoal, física, intelectual, moral e pode estar ligada tanto ao poder condigno, assentado na força e castigo, bem como no poder condicionado. Trata-se da liderança carismática, como quer Max Weber.⁶⁴

A propriedade fundiária, todavia, que já foi título para exercício de um poder condigno, como a escravidão, no mundo moderno perdeu força e autoridade. Como o sistema capitalista, há uma troca do poder condigno para um poder compensatório, embasado na valorização do capital e propriedade industrial e, mais recentemente, no poder do conhecimento.⁶⁵

⁶⁴ Sobre a validade da autoridade legítima, ver WEBER, Max. *Conceitos...*, p. 67 e segs.

⁶⁵ Nesse sentido, ver a obra de Alvin Tofler: " [...] o poder da mais alta qualidade, no entanto, vem da aplicação do conhecimento [...] O poder de alta qualidade não é apenas eficiência. Não é apenas a capacidade de se conseguir o que se quer, de fazer com que outros façam o que você

A ordem jurídica do primeiro capitalismo estava assentada na garantia da propriedade e do contrato.⁶⁶ A propriedade revela a possibilidade de câmbio em uma estrutura compensatória de poder, embora possa relevar um aspecto do poder condicionado ante a representação de riqueza que emana. Especialmente para os socialistas, a propriedade é a fonte decisiva de poder. Os comunistas, assim, pregam a própria abolição da propriedade privada.

Com a evolução do capitalismo, a ordem jurídica também sofre uma transformação, com a adoção de princípios fundamentais de cada setor econômico, de programas, de regulamentações mais detalhadas dos fenômenos econômicos, dentre os quais o próprio direito empresarial e o direito do trabalho.⁶⁷

A organização, ainda não desligada totalmente da propriedade, presente nas sociedades modernas como a fonte por excelência, está associada quase sempre com o poder condicionado, podendo ainda, dos elementos que a constitui, exsurgir um poder compensatório ou, ainda, condigno. Há uma ligação indissociável entre a organização e o poder que leva quase sempre à crença de que o exercício do poder é imprescindível em uma estrutura organizativa. Sustenta-se, inclusive, que é a organização “[...] a fonte última de todo poder”.⁶⁸

Não raras vezes as três fontes do poder se inter-relacionam de forma combinada para dentro de uma estrutura complexa, revelar a gênese do poder, tal como ocorre na empresa. Há autoridade, há propriedade dos meios de produção, há organização hierárquica que se manifestam punindo, preminando e condicionando a obediência

quer, embora prefiram fazer o contrário [...] O conhecimento também serve como um multiplicador de riqueza e força”. TOFFLER, Alvin. *Powershift...*, p. 40.

⁶⁶ MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 12.

⁶⁷ MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 13.

⁶⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 58.

O grande mérito de Foucault reside na sua apreciação de uma microfísica do poder, alertando para o espargir do poder em todas as relações. A concentração do poder econômico, entretanto, permanece nas grandes organizações, mitificada num processo alienador que deifica o mercado como *dissolvente do poder*⁶⁹ como o único espaço de poder na relação de emprego. Ao empregado só há campo aberto para obediência e submissão.

2 - OBEDIÊNCIA

É aceita com plena unanimidade, a posição de que o direito do trabalho é orientado por um princípio protetor como critério fundamental, "[...] ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador [...] el fundamento, [...] la propia razón de ser del derecho del trabajo".⁷⁰

A desigualdade econômica, ante a sujeição do trabalhador ao poderio econômico, é transposta também para o direito, porém ao inverso, indicando a necessidade de se manter, para contrabalançar, uma desigualdade jurídica.

Numa aparente contradição, o direito que se apresenta como decorrência de uma necessidade de proteção, para minimizar a disparidade econômica entre empregado e empregador, erigindo-o como idéia unificadora do sistema jurídico, aponta exatamente para o dever de obediência às ordens do empregador como o "*primeiro dever do trabalhador*".⁷¹

⁶⁹ A expressão é de Galbraith. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 186.

⁷⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Americo. *Los principios...*, p. 23-5.

⁷¹ Nesse sentido, MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 327. Russomano, entretanto, apresenta como dever principal o de prestar pessoalmente os serviços combinados conforme contrato de trabalho e, como dever secundário, além de outros, respeito e obediência. RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 124-5.

Não há igualdade no campo econômico; não há também igualdade no âmbito jurídico. Muito embora seja tutelado pelo direito, que o protege para minimizar as agruras econômicas, o empregado deve juridicamente **obediência** e **fidelidade** ao seu empregador, ou seja, está em um estado de submissão da sua vontade à determinação do empregador que detém o poder de dirigi-lo, controlá-lo, fiscalizar a sua conduta e vida e, por conseguinte, puni-lo no próprio interesse.

A subordinação ressalta este estado pessoal de sujeição ao poder de direção, que é um estado jurídico, criado ou revelado pelo contrato de trabalho; um modo de ser do sujeito, do qual decorrem deveres e obrigações; dentre estes deveres, o de fidelidade, obediência e disciplina.⁷²

As regras jurídicas laborais disciplinam este *status subiectionis*. "Così la subordinazione non è nè un diritto, nè un fascio di diritti (o rapporti giuridici), ma il loro presupposto. L'operaio, insomma, <è> un dipendente dall'azienda: non è che <abbia diritto> di dipendere dalla ditta".⁷³ A desigualdade jurídica e o dever de obediência são tratados como questões jurídicas, nunca econômicas ou éticas.

Perez Botija,⁷⁴ quase que isolado, afirma ter o conteúdo do contrato de trabalho um perfil ético; a relação de trabalho não seria um negócio circunstancial ou uma fugaz transação mercantil, senão um vínculo sociológico pessoal e permanente, ainda que originado em um fato econômico. Agrega o autor que não se poderia condensar o conteúdo do contrato de trabalho ao fenômeno puramente jurídico de direitos e deveres patrimoniais, desde que envolvem vínculos de ordem moral e espiritual que, "en una moderna acepción del trabajo, no debemos desconocer". Assim, a apreciação da obediência perpassa pelos

⁷² DE LITALA, Luigi. *Il contratto*..., p. 244.

⁷³ BARASSI, Lodovico. *Il diritto*..., p. 291.

⁷⁴ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso*..., p. 190.

meandros das questões éticas e não se restringe ao dever jurídico de atendimento das determinações.

É uma tentativa de *humanização* da relação de emprego impessoalizada, ainda que não prescindindo do aspecto patrimonialista e econômico do contrato de trabalho.⁷⁵

O dever de obediência, de qualquer sorte, é sempre apresentado, inicialmente, como pressuposto lógico necessário da existência de uma relação de emprego, ainda, como dever jurídico específico decorrente do negócio jurídico realizado. Neste sentido, aduz Magano que "[...] *da obediência não se pode dizer que seja dever distinto da subordinação. Ao contrário, trata-se da própria subordinação em ato*".⁷⁶ Toda a avaliação que se faz, então, é empreendida a partir de uma visão jurídica, embora toda a fundamentação por certo decorre de pressupostos outros, econômicos e sociológicos.⁷⁷

Fernandes chega a negar a obediência como um dever autônomo. Seria a expressão imediata da subordinação, incindível da obrigação de trabalho, que não é a realização de uma atividade, mas se traduz por um compromisso de disponibilidade para realização.⁷⁸

Obediência é verbete que no vernáculo significa tanto uma ação, como conduta ou ato de obedecer, executando os comandos, como o seu resultado, isto é, a conduta adequada ao comando, quanto uma situação de submissão à autoridade, ou seja, um estado de

⁷⁵ "[...] el recíproco deber de lealtad 'es la idea que sirve de base espiritual a todo el complejo de derechos y deberes del nuevo contenido de la relación de trabajo'. Conforme GARRIGUES. *Tres conferencias sobre el fuero del trabajo*. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 190.

⁷⁶ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 198.

⁷⁷ Perez Botija resta solitário ao vislumbrar a obediência como um elemento ético fundamental da relação de trabalho que vem justificada a partir de um ponto de vista político-social, enquanto consequência da responsabilidade que tem a Empresa em relação ao Estado, bem como pelo poder de mando que detém na organização da atividade econômica. A desobediência é inescusável, saivo se implícito está um delito ou uma falta. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 192.

⁷⁸ Por tal argumentação, a desobediência, para o autor, é inexecução da prestação a que se obrigou o empregado, via contrato. FERNANDES, Antonio Monteiro. *Inexecução...*, p. 50-1.

sujeição.⁷⁹ Obediente é, assim, o sujeito que realiza conduta, abraçando qualificações de estado como vassalo, humilde, submisso.⁸⁰

No senso comum, é possível vislumbrar uma conotação positiva de realização ou negativa de omissão, eis que diz-se de quem obedece que é um cumpridor dos seus deveres de fazer ou não fazer. Assim, dever e obediência revelam-se, quase sempre, como correlativos.

Neste teor, evidentemente, menciona o direito do trabalho que o empregado **deve obediência**. O empregado tem *deveres jurídicos* e deve obediência conduzindo-se sempre conforme o esperado. É obediente quando acata as ordens e, ainda, quando é fiel e diligente.⁸¹

O poder de direção, decorrente do poder de organização, é o poder de emitir comandos, instruções ou ordens, gerais ou individuais, a respeito da execução da atividade laborativa contratada, bem como orientar os subalternos.⁸² O dever de obediência, assim, deveria estar adstrito aos comandos específicos do empregador em relação à atividade a ser desempenhada.⁸³

Porém, a obediência do empregado diz respeito a um comportamento compatível com o bom andamento da empresa que vai além do cumprimento da obrigação principal, de colocar a sua força de trabalho à disposição do empregador, imiscuindo-se numa genérica e ampla **conduta omissiva**, consubstanciada em não praticar quaisquer atos faltosos que afetem os interesses da empresa, respeitando a autoridade. Obediência seria, como indicou Ardaù, “[...] *il momentaneo adattamento del próprio volere a quello di un altro, [...] la momentanea compressione della volontà propria per sostituirvi l’espressione legittima*

⁷⁹ CALDAS AULETE. *Dicionário...*, v.4, p. 3513.

⁸⁰ BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. *Dicionário...*, p. 460

⁸¹ MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 74.

⁸² CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 3.

⁸³ Embora Hueck & Nipperdey afirmem que “[...] si el trabajador há sido acogido en la comunidad doméstica u hogar, el empleador puede darle órdenes incluso respecto a la adaptación en la misma”. HUECK, A. & NIPPERDEY, H.C. *Compendio...*, p. 119.

di quella altrui”,⁸⁴ presente por um dever de “[...] *sottoporsi all’autorità del datore [...]*”.⁸⁵ Manifesta-se, ainda, como **conduta comissiva**, de realizar todas as determinações, dando atendimento aos comandos dos superiores hierárquicos.

Cumprir o contrato de trabalho significa obedecer ao empregador e adequar-se aos interesses da empresa. Vem conceituado, então, como a “[...] *piena osservanza degli ordini da esso impartiti a suo riguardo circa l’esecuzione del lavoro*”.⁸⁶ Se não for *obediente*, estará descumprindo com um dever, além de restar inadimplente contratualmente, podendo sofrer a aplicação de uma sanção punitiva ou castigo.

A violação do dever de obediência é indicada, no campo trabalhista, desde a forma mais leve até a forma mais grave. A forma mais grave implica o descumprimento do contrato que inviabiliza a sua continuidade, revelado em especial pelas figuras genéricas da *insubordinação* e da *indisciplina*,⁸⁷ quer se trate de ato singular dirigido pessoal e individualmente ao empregado ou a ordem genérica emanada e dirigida a todos os empregados da empresa ou de um setor, quer diretamente pelo empregador ou preposto,⁸⁸ levando à cessação do contrato. A perda do emprego é tida pelo direito tanto como castigo ou pena, bem como decorrência lógica e necessária da existência de um pacto bilateral de trato sucessivo, quanto um dos sujeitos não mais tem interesse em mantê-lo.

De qualquer sorte, a obediência é indicada não somente como o resultado de uma negociação ou objeto de um acordo bilateral de vontade das partes contratantes - *uma espécie de contrato social do trabalho, no estilo hobbesiano* - , eis que alguns deveres do empregado

⁸⁴ ARDAU, Giorgio. *Corso...*, p. 200.

⁸⁵ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 286.

⁸⁶ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 286.

⁸⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 125.

⁸⁸ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 198-9.

ultrapassam o conteúdo do contrato de trabalho⁸⁹ e chegam a atingir a vida privada dos trabalhadores. Por tal, Marcelo Caetano vislumbra faltas profissionais e faltas referentes à vida privada,⁹⁰ ou Cabanellas indica as obrigações do empregador, relativas ao trabalhador e as relativas ao trabalho e obrigações do empregado,⁹¹ ou ainda, Magano obrigações e deveres, nas quais são incluídas condutas referentes à vida privada dos trabalhadores.⁹²

Obediência diz respeito à necessidade de o empregador manter na vida *uma conduta inatacável*: "*[...] dentro e fora da empresa, nas horas de serviço e de descanso, a conduta do trabalhador deve ser boa, sob pena de ser impossível, no ambiente de trabalho, a existência do clima de moralidade que pode ser exigido tanto pelo empregador, quando pelos outros empregados*".⁹³

É, portanto, dessumida para além das fontes das normas trabalhistas, dentro de uma estrutura capitalista na qual se insere o direito do trabalho, a partir da participação do empregado em uma organização, posteriormente projetada no contrato, para ali gerar seus efeitos. Muito embora não se pudesse imaginar que por meio de um contrato o empregado colocasse a sua vida à disposição.

Porém, não seria propriamente uma *opção* dos sujeitos do contrato ou da categoria, mas uma necessidade inafastável e inerente ao modo de produção em que se insere o trabalho.⁹⁴ Segundo De Litala "*[...] ben si comprende quando si pensi che ogni qual volta vi è un gruppo speciale unitariamente organizzato, non si può prescindere*

⁸⁹ Os deveres e obrigações da partes decorrem do contrato, da lei, dos instrumentos normativos da categoria, do regulamento de empresa. RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 120.

⁹⁰ CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 59.

⁹¹ CABANELLAS, Guillermo. *Compendio...*, p. 341 e segs.

⁹² MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 190 e segs.

⁹³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 124-5.

⁹⁴ "*Che una subordinazione, di carattere funzionale, sia necessaria in ogni organismo preordinato ad un fine, si evince anche nell'ambito del diritto privato, pur essendo tale ramo del diritto tendenzialmente ispirato a principi paritari: l'art. 2096 C.Civ., infatti, prevede la subordinazione come tratto caratteristico del rapporto del lavoro*". ZACCARIA, Francesco. *Obbedienza...*, p. 534.

dall'assoggettamento ad una volontà centrale organizzatrice, prechè i fini del gruppo possano essere raggiunti".⁹⁵

Há, por um lado, o direito do empregador em obter e empregar a força do trabalho como fator de produção em favor do empreendimento e, destarte, do outro lado, um dever do empregado de se deixar dirigir e comandar, assegurando uma uniformidade e coordenação com as ações de outros empregados, de tal sorte que se atinja o escopo pretendido na atividade econômica desenvolvida⁹⁶ e, individualmente, não atentando ao bom nome da empresa, para que esta possa atuar no mercado.

Exterioriza, a bem da verdade, uma submissão absoluta do trabalho ao capital,⁹⁷ como garantia do atingimento da finalidade econômica produtiva. A obediência externa o direito assegurando o econômico.

Vem sempre revelada de forma conexa, ainda quando a teoria acolhida é a contratualista, a partir de um perfil institucional, à medida que se insere como emergência de uma estrutura hierárquica da empresa, eis que nem sempre as categorias jurídicas podem dar conta de tais justificações.

Somente se poderia falar em obediência dentro de uma estrutura hierárquica na qual o poder de comando e de mando estivesse reconhecido, projetando-se para algo impessoal, daí porque imprescindível a direção; no âmbito do direito público, por exemplo, inexistente obediência na magistratura, embora esteja presente uma organização e distribuição legal de funções jurisdicionais a serem desempenhadas conforme a competência.⁹⁸

O contrato de trabalho seria apenas o mecanismo jurídico mediante o qual se estabeleceria uma determinada vinculação jurídica

⁹⁵ DE LITALA, Luigi. *Il contratto...*, p. 244.

⁹⁶ MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 54. ZACCARIA, Francesco. *Obbedienza...* p. 534.

⁹⁷ GENRO, Tarso. *Direito...*, p. 99.

entre empregador e empregado, colocando este último num estado de sujeição (ou subordinação) dentro da estrutura já existente, razão pela qual deve executar os comandos.⁹⁹

O contrato não cria, mesmo porquanto não poderia sequer negá-la, mas revela a obediência a partir do exercício de um poder de direção no seio da empresa. É irrenunciável e indisponível,¹⁰⁰ pelo empregador, este seu poder diretivo do qual decorre a obediência e, assim, não poderia se constituir objeto negociável a subordinação.

O dever de obediência não diz respeito a um conteúdo preciso pactuado no negócio encetado, nem ao menos vem relacionado diretamente à figura do empregador, embora atue o empresário em nome da empresa, personificando-a e, assim, exercendo o poder diretivo. A subordinação é o elemento jurídico que caracteriza a relação de emprego; negá-lo seria desconstituir a própria identidade.

O poder de direção é da *empresa*, enquanto organização estruturada hierarquicamente, para atingir os seus fins, e em seu nome é exercida. Há uma projeção a um terceiro, não personificado: a empresa, uma organização, porquanto comanda e controla a atividade dos inferiores hierárquicos pelos superiores, requer¹⁰¹ a obediência na execução do trabalho e na conduta do empregado dentro e fora da empresa, para garantir a realização do escopo produtivo.

Mas sempre retorna a questão central do poder e de seu exercício, exteriorizada na demanda weberiana: por que deve o

⁹⁸ ZACCARIA, Francesco. *Obbedienza...*, p. 535.

⁹⁹ “Lo scopo del contratto di lavoro è infatti quello di ammettere il lavoratore nell’azienda e nella organizzazione di lavoro relativa, di determinare l’applicazione individuale di una situazione istituzionale, di precisare la durata dell’appartenenza all’impresa, di completare le norme che sono inerenti ad essa”. MAZZONI, Giuliano. *Manuale...*, p. 51.

¹⁰⁰ “[...] irrinunziabili, nel senso che si estinguono soltanto con la completa estinzione dell’azienda; e indisponibili, nel senso che l’imprenditore non può non usarne [...]”. ARDAU, Giorgio. *Corso...*, p. 82.

¹⁰¹ Para Mario de La Cueva, o poder disciplinador corresponde, em princípio, ao empregador. DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 616.

trabalhador obedecer ? ¹⁰² Por que um igual se submete a outro igual, aceitando seus comandos ? Há efetiva ou virtual possibilidade de consenso, em uma estrutura complexa de sociedade¹⁰³ ou sempre decorre do medo de ser punido, ou da possibilidade de advento de uma vantagem ?

Os fundamentos apontados, como a subordinação jurídica enquanto elemento caracterizador, as necessidades econômicas da empresa, a inserção em uma estrutura organizacional hierárquica, são justificativas apresentadas.

Para Faria, a questão da legitimidade é sempre aberta, sem possibilidade de se encontrar no Direito ou na Política uma resposta com validade histórica universal.¹⁰⁴

Poder-se-ia pensar que o empregado obedece por medo, ou seja, pelo uso da força. É o que se afirma quando da sustentação do poder punitivo. Se a obediência decorre necessariamente de um temor, do medo de ser punido, então seria necessária a manutenção do poder punitivo do empregador. Porém, se há atendimento aos comandos do empregador sem violência ou temor, então o poder de aplicação de punições poderia estar superado pelo condicionamento.

Pavor de perder o posto de trabalho, receio de ser punido com o fim do pacto laboral: sucumbência ante a força da autoridade que o ameaça com um mal iminente, eis o *leit motiv* da obediência ? Toda a disciplina do poder punitivo estaria assentada na sua necessidade enquanto mecanismo revelador da sanção, como instrumento de força e coerção emanado da autoridade, de forma que a obediência se torne realidade. Alega-se; então, que sem ameaça de um

¹⁰² Ou, como questiona Faria: *por que, e em que condições, os homens se submetem?* FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 16.

¹⁰³ “Antes de tudo, uma constatação de fato: nossa sociedades são sociedades complexas. Nelas se formaram esferas particulares relativamente autônomas, desde os sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não-organizados, etc.”. BOBBIO, Norberto. *As ideologias...*, p. 16.

¹⁰⁴ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 17.

mal ou uma pena, o comando e a direção do emprego da força de trabalho não seriam factíveis. É somente a possibilidade da aplicação da sanção pelo descumprimento de uma ordem que torna o trabalhador obediente, cumpridor de um dever.

Poder-se-ia imaginar que se obedece para obter uma vantagem: pecuniária, enquanto remuneração, ou jurídica, pela manutenção da titularidade do próprio posto de trabalho.

No entanto, a todo instante pode o empregador perder seu posto de trabalho, não como pena, mas como reconhecimento ao empregador de um direito potestativo de rescindir o contrato, ainda que nenhuma conduta desviante pratique.

Poder-se-ia, ainda, entender que seria absolutamente legítimo o exercício da autoridade em si: haveria então um consenso, a partir do convencimento, que pressupõe ausência de conflito ou da persuasão racional ou, ainda de um condicionamento, ou seja, a aceitação.

Há uma preocupação moderna, desde a constituição das sociedades complexas industrializadas, pela impossibilidade da obtenção de um consenso por manifestação direta, em estabelecer mecanismos de objetivação do poder em um regime aberto. Nesta linha, Hauriou e Burdeau, por exemplo, buscam a lealdade às normas de maior positividade e da formação do consenso para atingir a eficácia da Constituição.¹⁰⁵

Há uma *crise de consenso*, na busca de se descobrir a *melhor maneira de agir em conjunto*. Agrega-se a tal crise a impossibilidade de uma absoluta consciência da subordinação pelos mecanismo do poder condicionado, ou seja, seu sistema de referências. Inexiste uma “*ação totalmente livre e absoluta*”¹⁰⁶ de escolha.

¹⁰⁵ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 53.

¹⁰⁶ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 74.

Esse consenso é obtido a partir de argumentos comuns ou opiniões favoráveis, cujo detentor do poder conseguiu canalizar e dar a necessária correspondência e atenção, sobretudo pela comunicação.¹⁰⁷

Segundo Perez Botija, a faculdade que tem uma pessoa sobre outra não decorre de uma outorga da comunidade, senão radica a obediência na própria vontade do empregado que a entrega.¹⁰⁸ Surge de uma relação bilateral, na qual se identifica uma unidade de vontade.

Max Weber, menciona um processo de desvinculação política, emancipação do trabalhador. O homem, ao adquirir plena disponibilidade de seu próprio corpo, reconhecida a liberdade, segue trabalhando por sua própria vontade, com quem quer e quando quer. Tendo pleno domínio de si mesmo e, no campo do contrato, aceita trabalhar por conta e sob direção alheia.¹⁰⁹

Entretanto, não é possível identificar uma emissão de vontade plenamente desvinculada dos condicionamentos sociais e econômicos; exatamente por tal motivo o consentimento no âmbito trabalhista é uma questão fechada, não questionado e sempre dessumido da aceitação fática do trabalho sob comando alheio.

Segundo Jouvenel, os homens, todos, são desde sempre e em essência egoístas, movidos pela incessante busca do poder: "[...] mandar e ser obedecido, [...] um desejo natural do homem".¹¹⁰

Calligaris, em suas notas de um psicalista europeu viajando ao Brasil, lembra que em um *"texto dos Escritos (não incluídos na edição portuguesa), 'A criminalidade em psicanálise', Jacques Lacan recorre a uma citação de Marcel Mauss. Em suas 'Notas sobre delinquência' (in: Le trimestre psychanalytique, n° 3, 1988, Paris), Charles Melman, psicanalista francês, faz referência à citação de Lacan. Neste percurso a citação inicial sofre algumas modificações. A versão que me interessa é:*

¹⁰⁷ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 83.

¹⁰⁸ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 32.

¹⁰⁹ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 32.

*'Quando os laços são reais, os atos devem ser simbólicos; quando os laços são simbólicos, os atos podem ser reais.(...) Entendo-a assim: quando os laços sociais - quer dizer, os laços que deveriam outorgar a um sujeito o seu lugar, por exemplo, de filho ou de cidadão" - e aqui pode-se incluir trabalhador - "são reais, ou seja, simbolicamente pouco consistentes, então os atos do sujeito devem ser simbólicos. Ou seja: o sujeito vai ter que esperar de seus atos que eles ganhem para ele algum lugar simbólico que os laços não lhe garantem. Tomemos um exemplo no quadro familiar, que é o espaço dos laços sociais básicos. Um pai pode se sustentar como pai pela via da violência real (você me obedece porque eu sou mais forte e você apanha) ou então pela via simbólica (você me obedece porque sou o seu pai). No segundo caso, reconhecer a autoridade paterna é ao mesmo tempo ganhar o lugar de filho. No primeiro, se submeter à violência exercida não significa ganhar lugar nenhum, a não ser o da espera de poder - crescendo - prevalecer um dia pela mesma violência."*¹¹¹ Assim, somente uma obediência sem violência ou temor de um mal, porquanto se reconheceria o empregado como sujeito trabalhador, integrante de uma relação jurídica de emprego, é que constituiria laços sociais simbólicos. Porém, reconhecer esse espaço, é não somente identificar uma autoridade em si, que é até desejável para o capitalismo, mas constituir o trabalhador como um sujeito que toma um simbólico lugar e, assim, deve ser reconhecido, não somente numa situação - estado - mas numa constituição, vir-a-ser, dotado de contrapoder, de direitos; é aceitar o possível conflito, a admissível luta.

Poder-se-ia imaginar que jamais um trabalhador fosse aceitar tal situação de submissão, espontaneamente, senão porquanto é coagido a tal pelo medo ou pelo castigo.

La Boétie, nos idos do século XVI, então um jovem filósofo francês, após uma derrota do povo da Guyenne contra um novo imposto

¹¹⁰ JOUVENEL, Bertrand de. *O Poder*. Apud COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 33.

sobre o sal,¹¹² questionou¹¹³ acerca dos motivos pelos quais às vezes toda uma nação, ou todos os povos de todas as nações, se submetem à vontade de um só.¹¹⁴ Afinal, o tirano é um semelhante. A natureza nos fez iguais para que nos mirássemos uns nos outros.¹¹⁵

Embora iguais, Um é poderoso.¹¹⁶ Seu poder, os mil olhos e mil ouvidos para espionar, as mil bocas para enganar, mil mãos para esganar, mil pés para pisotear, foi o próprio povo que concedeu, voluntariamente.¹¹⁷

Por quê o povo abre mão da sua liberdade, inerente à sua natureza, para outorgar poder a Um, a quem se submeterá? Na resposta, rejeitou a mais simplória das explicações, o temor ou a força: “[...] *non pas par contrains par une plus grande force, mais aucunement (e semble) enchantés et charmes par le nom seul n’un [...]*”.¹¹⁸

Visualizou na sociedade uma estrutura piramidal e hierárquica na qual os homens se relacionam entre si mantendo sempre vinculações de poder/obediência, ou tirania/submissão, que estão dispersas na sociedade, se reproduzindo em cada nova relação humana.

¹¹¹ CALLIGARIS, Contardo. *Hello...*, p. 109-10

¹¹² A revolta da “gabelle”, ocorrida em 1548, findou com um massacre dos revoltosos; embora se faça uma ligação entre a obra de La Boétie, supostamente escrita em 1552 ou 1553, conforme assevera Marilena Chauí, não é possível afirmar categoricamente ter a luta contra o fisco sido o embrião do discurso. CHAUI, Marilena. *Amizade...*, p. 178.

¹¹³ O manuscrito original foi entregue pelo autor a Montaigne, seu amigo, tendo se perdido. Duas cópias foram parar nas mãos dos amigos de Montaigne, De Mesmes e Dupuy, traduzido por Laymet Garcia dos Santos e publicado em edição bilingüe. LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso...* Uma primeira edição completa foi editada em uma compilação de panfletos e libelos, sob o nome de *Mesmoires des Etats de France sous Charles le Neuviesme*, em 1577. Op. cit., p. 7.

¹¹⁴ “*Pour ce coup je ne voudrois sinon entendre comm’il se peut faire que tant d’hommes; tant de bourgs, tant de villes, tant des nations endurent quelquer fois un tyran seul, qui n’a puissance que celle qu’ils luy donnent; qui n’a pouvoir de leur nuire, sinon tant qu’ils ont voulu de l’endurer; qui ne scauroit leur faire mal aucun, sinon lors qu’ils aiment mieulx le souffrir que lui contredire*”. LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso...*, p. 40.

¹¹⁵ CHAUI, Marilena. *Amizade...*, p. 186.

¹¹⁶ La Boétie, em seu discurso, não distingue entre o poder legítimo ou não, entre o bom ou mau tirano, mas apreciar o poder em si, a-histórico, a-temporal. A saída de um tirano serve apenas para realocação de outro no poder: após o lamento *Le roi est mort !*, o grito triunfante de *Vive le roi!*, afinal, o Rei nunca morre. CHAUI, Marilena. *Amizade...*, p. 197.

¹¹⁷ “*Ce sont doc les peuples mesmes qui se laissent ou plustost se font gourmander [...] c’est le peuple qui s’asservit, qui se coupe la gorge, qui aiant le choix ou d’estre serf ou d’estre libre quitte sa franchise et prend le joug: qui consent a son mal ou plustost le pourchasse*”. LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso...*, p. 40.

¹¹⁸ LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso...*, p. 40.

Neste sentido, mais tarde, Raymond Aron vem ressaltar que a sociedade comportaria uma multiplicidade de relações de comando/obediência, na qual todos estão simultaneamente em um papel de comando e de submissão, não somente pela hierarquia inerente às organizações complexas, mas ainda em face da multiplicidade dos sistemas sociais a que todos e cada um pertence.¹¹⁹

O poder de Um só sobre todos, o Outro, foi outorgado ao tirano, afirma La Boétie, pelo **desejo** de todos de serem também tiranos. Claude Lefort, ao apreciar La Boétie, assevera que “*não há como hesitar: o segredo, a força da dominação consiste no desejo - em cada um, seja qual for o escalão que ocupe na hierarquia - de identificar-se com o tirano tornando-o senhor de um outro [...]*”.

Igualmente Arendt, citando Fanon, questiona: “*Quem jamais duvidou que o violado sonha com a violência, que o oprimido 'sonha', pelo menos uma vez ao dia, em colocar-se' no lugar do opressor, que o pobre sonha com as posses do rico, o perseguido em trocar 'o papel de caça pelo de caçador', e os últimos do reino onde 'os últimos serão os primeiros e os primeiros serão os últimos'?*”¹²⁰

Assim, a tirania perpassa por toda a estrutura social, não sendo uma manifestação de classe, senão de estrutura do próprio homem. A servidão “*de todos está ligada ao desejo de cada um de portar o nome de Um perante o outro. O fantasma do Um não é só o do povo reunido, nomeado, é simultaneamente o de cada homem, tiranete, na sociedade*”.¹²¹ E a sua força está na dispersão do povo que impede a comunicação e, conseqüentemente, a amizade, como contraposição. O contra-poder é mais forte quando vem acompanhado de manifestações coletivas do que individualmente exteriorizado.

¹¹⁹ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 74.

¹²⁰ ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 108.

¹²¹ LEFORT, Claude. *O nome...*, p. 166.

Interessante como Simone Weil, a partir de tais idéias, encontra na fragmentação da vida social, o comando da divisão social e do processo do trabalho.¹²²

O desejo de ser tirano, a vontade servil repartida entre tiranos e tiranizados,¹²³ está na ambição, no amor do ganho, no desejo de ter bens, riquezas, de ser reconhecido como proprietário;¹²⁴ o desejo de ser proprietário está no desprezo pela própria liberdade. No momento em que o homem troca a liberdade pela propriedade se instala uma servidão voluntária. O mecanismo, a indiscernibilidade da vontade e da liberdade; a vontade conta como razão e a liberdade como o desejo; ser livre e desejar ser livre não se diferencia; a vontade, pela razão, engendra a ilusão de liberdade como poder de mando; e o poder, afinal, está disperso.

A solução proposta por La Boétie estaria ligada diretamente à conscientização da pessoa, negando-se então a colaborar com o tirano. Bastaria negar ao tirano o que ele deseja, não trocar a consciência e a liberdade pelo desejo de mando: “*Decidi não mais servir e sereis livre*”.¹²⁵ Decidi não mais desejar o lugar do Outro e sereis livre.

É necessário que os atos sejam simbólicos e não reais, como na escravidão e, então, o trabalhador se reconhecerá como sujeito ocupando aquele espaço na relação de poder e será factível, a partir do seu lugar, a busca do respeito a sua cidadania. O poder de punir, enquanto violência jurídica, vela a existência de um sujeito, passando a ser exclusivamente um mecanismo dentro do processo econômico que deverá estar adequado aos interesses da empresa para que esta possa

¹²² WEIL, Simone. *Méditation sur l'obéissance et la liberté*. Apud CHAUÍ, Marilena. *Amizade...*, p. 182.

¹²³ CHAUÍ, Marilena. *Amizade...*, p. 193.

¹²⁴ “*Mais ils veulent servir pour avoir des biens comme s'ils pouvoient rien gagner qui frust a eus, puis qu'ils ne peuvent pas dire de soy qu'ils soient a eusmesmes; et comme si aucun pouvoir avoir rien de propre sous un tiran, ils veulent faire que les biens soient a eus, et ne se souviennent pas que ce sont eus qui lui donnent la force pour oster tous a tous, et ne laisser rien qu'on puisse dire estre a personne*”. LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso...*, p. 63.

¹²⁵ CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 408.

atingir os seus fins. Afinal, é preciso resguardar o capital e a propriedade.

3 - PROPRIEDADE

1. O domínio pelos homens sobre os bens, de forma a garantir suas necessidades a partir da apropriação e alteração da natureza, para além de revelar uma relação de poder/sujeição, regrada pela ordem jurídica, demonstra o caráter ideológico na valoração e disciplina das relações humanas.

A propriedade enquanto importante fonte de poder está sempre presente como espaço no qual as mais diversas tendências de degladiam.

A doutrina socialista, reconhecendo esta fonte de poder, propugnava que a todo indivíduo era permitido em uma quantidade mínima; por segurança, a propriedade deveria estar nas mãos do Estado, para garantir acesso e gozo a toda comunidade. Já os não socialistas vislumbram a propriedade como a própria revelação do indivíduo e, por tal, fonte de poder de contraposição ao próprio Estado, não devendo estar concentrada senão nas mãos dos particulares, cabendo ao poder público o seu reconhecimento e resguardo. Discutem-se, então, os limites da intervenção estatal na garantia da distribuição da propriedade.

Uma apreciação histórica da evolução da propriedade interessa sobremaneira, porquanto identifica bases sobre as quais está assentado o sistema capitalista. "*A expressão jurídica primeira do sistema capitalista é a propriedade [...]*".¹²⁶

O capitalismo vem entendido enquanto um modo de produção, cujo fundamento reside na separação entre quem produz -

¹²⁶ MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 28.

trabalhadores, despossuídos da propriedade - e os meios e instrumentos da produção, objetivados na propriedade - condições objetivas de trabalho.¹²⁷ Procedendo a uma percuciente observação, pode-se asseverar que o produto social, enquanto apropriação privada, implica em rendimentos sem trabalho, como rendas do capital, lucros, juros. A direção da atividade é exercida não por quem detém a força de trabalho, senão pelos proprietários dos meios de produção, que visam exatamente ao lucro, ao aumento e à acumulação do capital. Ainda que se saiba que parte é reinvestida na própria atividade, tratando-se de uma economia de mercado, na qual a produção vem a ser cambiada mercantilmente em seu valor, esse é seu fim último, permanecendo o produtor enquanto mecanismo ou meio no processo. Na produção capitalista o trabalho passa a ser comprado e vendido pelo seu valor no mercado.¹²⁸

A propriedade comunitária, quer pela família, clã, aldeia, cidade, era encontrada nos direitos germânicos, porém presente de alguma forma até os nossos dias. A propriedade dividida ocorrera na época da Idade Média.

A propriedade individualista volta-se ao reconhecimento de um direito absoluto ou quase absoluto. Era encontrada principalmente no direito romano clássico, foi retomada pelo direito moderno, a partir do *Code Civil* francês de 1804, e está presente atualmente, embora com menor força como nascedouro do poder.

A propriedade coletivista ou pública, de titularidade quer da grande coletividade, quer de um ente público, é também hoje presente.

E, enfim, indica-se uma propriedade social que, ainda que permaneça no campo individualista - ou público - não permite de

¹²⁷ MOREIRA, Vital, *A ordem...*, p. 28.

¹²⁸ "No capitalismo, o trabalho é tratado no mesmo nível que qualquer outro produto, como algo a ser comprado e vendido no mercado. Mas aquilo que o trabalhador vende, na verdade, é a sua força de trabalho, uma capacidade econômica, que pode ser quantificada e avaliada em termos

forma alguma a utilização egoística e absoluta, estando sempre subordinada ao atendimento do interesse social.

Muito embora exista uma tendência natural em identificar cada um dos tipos de propriedade dentro de uma estrutura social e política historicamente delimitada e estática, é absolutamente verdadeiro que elas podem e não raro coexistem na dinamicidade das estruturas sociais. Isto porquanto não necessariamente pressupõem uma superação de um modelo a outro,¹²⁹ mesmo porquanto tal evolução não se faz da noite para o dia, num rompimento total com o passado, senão numa evolução prolongada e lenta, bem como não são contraditórias em si, podendo coexistir.

Igualmente não se pode identificar o sistema capitalista exclusivamente com a propriedade privada, porquanto a pública não necessariamente o exclui. Basta que esteja presente a separação entre trabalhadores e os meios de produção.¹³⁰

A propriedade representou no passado a própria expressão de um poder condigno, quando o homem escravizou ou submeteu ao seu jugo o seu semelhante. Era o título de domínio sobre o outro que outorgava o direito de comandar e aplicar penalidades, e o dever do escravo - "res" ou vassalo, em obedecer. Veja-se, por exemplo, na Idade Média, as lutas travadas entre os senhores feudais em busca da obtenção de novas e melhores terras, que lhe assegurariam mais

de um padrão monetário, ao lado dos produtos materiais de seu trabalho". GIDDENS, Anthony. *A estrutura...*, p. 37-8.

¹²⁹ Para Fustel de Coulanges, em *Cidade Antiga*, a propriedade na antiguidade iniciou como domínio doméstico, passando ao individualismo; para Engels, ao contrário, inicia como propriedade comunitária, do clã, para aldeia e, então, para a familiar e individual. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 132.

¹³⁰ "[...] a propriedade coletiva, sendo pressuposto necessário, não é condição suficiente, pois o socialismo como < superação positiva > do capitalismo implica um efetivo controlo - seja a nível de empresa, seja a nível da economia global - de todos os trabalhadores sobre a produção". MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 29.

vassalos e, mais poder e riqueza.¹³¹ Hoje, detêm a repulsa da humanidade.

A propriedade representou, ainda, na Idade Média, a revelação de um poder compensatório, à medida que o dono da terra, autoridade, em troca da proteção, entregava-a para os vassalos que, em troca, lhe pagavam tributos e lhe deviam obediência e fidelidade; a recompensa era, ainda, em proteção sua e de sua família.

Até o século XIX, segundo Veblen, era tão acentuada a força e o prestígio dos proprietários de terras que era despicienda qualquer compensação efetiva para o reconhecimento da autoridade; detinham um *“acesso automático ao poder compensatório e ao poder condicionado”*.¹³² Quem tem prestígio domina, manifestando sua força.¹³³

A riqueza, então representada pela propriedade de terras, sustentava um reconhecido poder que se espargia em vários domínios, realimentando por outras fontes o poder, tal como a influência.¹³⁴ O dono da terra era ainda o dono do jornal, ou o político. A importância dos senhores de engenho, dos cafeicultores, por exemplo, projetava-se na sociedade, na política e economia nacionais.

Atualmente, a terra tem um papel social diminuído, máxime diante do avanço tecnológico, que determina não só a demanda de um número reduzido de empregados rurais, mas até a sua desnecessidade para a atividade produtiva.¹³⁵ O que de forma alguma significa a sua total superação ou anulação, mas com o capitalismo mercantil e industrial, a propriedade industrial e o capital toma o lugar da terra na estrutura feudal.

¹³¹ Havia também a busca da terra enquanto poder no propósito religioso, como na Primeira Cruzada, em 1095, quando Urbano II ressaltou que após o resgate da Terra Santa, inúmeras boas propriedades rurais se tornariam disponíveis. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 101.

¹³² GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 51.

¹³³ Para Aguiar o prestígio é uma manifestação de força. AGUIAR, Roberto A R. *Direito...*, p.51.

¹³⁴ A influência, como o prestígio, para Aguiar são manifestações de força.

A propriedade como fonte ilimitada de poder cede lugar como importância às organizações, que “*substituiu a propriedade (e a personalidade) como derradeiro locus do poder nas grandes empresas modernas*”,¹³⁶ e os mecanismos passam quase sempre por um poder condicionado, conquistado pela mídia, pela tecnologia ou pela política, pelo conhecimento.

É importante notar que a história da propriedade revela a própria evolução da sociedade e das idéias. A evolução histórica da propriedade vem desvelar como há um processo de perda do poder enquanto elemento justificador, pelo que o próprio poder no direito do trabalho não se sustenta mais na sua titulação. Exerceu um papel extremamente importante como aparato de contraposição ao poder absoluto dos governantes, enquanto mecanismo de apoio do liberalismo e individualismo, dando a base para o domínio de um sistema econômico capitalista, ora instalado que, então, vai buscar em outros referenciais os instrumentos de perpetuação da dominação.

A propriedade esteve sempre assentada na sua estruturação entre objetos móveis e imóveis, a partir de uma identificação entre o que é necessário para uso pessoal, familiar e o que é destinado à produção e, assim, sobrevivência de todos. Os primeiros desde sempre foram reconhecidos como propriedade privada e os últimos, variavam da comunitária à individual, e ainda à pública.

O importante sempre foi a identificação dessas condições produtivas. Como asseverou Marx, os seres humanos caracterizam-se mais por serem produtivos, ou seja, eis que são capazes de produzir as condições de sua própria existência, dominando a natureza, que como

¹³⁵ Novas tecnologias desenvolvidas para a agricultura implicam a desnecessidade da terra como ambiente para produzir.

¹³⁶ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 54.

animais racionais ou políticos: *Os homens são o que produzem e como produzem*.¹³⁷

Na realização dessas condições de existência, as atividades produtivas realizam-se pelo trabalho e divisão social do trabalho, sempre condicionados pela propriedade.

A divisão do trabalho, embora tenha encontrado os seus primeiros fundamentos em Adam Smith, na sua obra *Investigações acerca das riquezas das nações*, vem ressaltada por Durkheim como um processo social, a partir da base de uma moral social, que tem por resultado colocar os indivíduos na impossibilidade de prescindirem do seu semelhante.

Os meios de produção, ou seja, condições e instrumentos de trabalho, baseados na propriedade, convivem com a força produtiva, com o trabalho. Separa-se, então, em uma especialização, uma divisão de tarefas.¹³⁸

O estudo dos modos de produção, isto é, das diversas formas de propriedade e suas relações com as forças produtivas, constituem condições históricas geradoras de idéias.¹³⁹ A força produtiva já fora empreendida em prol da comunidade, quando a propriedade era do clã, da família, da organização social. O trabalho já fora, ainda, produzido em decorrência da própria vida, do nascimento como escravo ou, então, da violência, da guerra, tornando escravo o vencido. A característica da sociedade capitalista moderna é a da propriedade privada, sendo o trabalho realizado em benefício da

¹³⁷ CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 412.

¹³⁸ Altamente criticada por Toqueville, assinalando que embrutece o trabalhador, pela atividade repetitiva e altamente especializante dentro da cadeia produtiva, implica um processo de alienação. TOQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Criticou, ainda, Proudhon, para quem a divisão coloca o trabalhador ante a impossibilidade de encontrar um novo trabalho. PROUDHON. *Filosofia da miséria*. Determina, ainda, a concentração de empresas e de capitais, bem como a amplitude do mercado.

¹³⁹ Para Marx, a força que move a história não é o idealismo espiritualista, as Idéias, a Consciência, mas as relações sociais de produção econômica, as condições materiais determinantes do pensamento, daí porque materialismo histórico, dialético à medida que não há um

propriedade de alguém, exatamente porquanto quem trabalha não detém os meios de produção. Esse processo de venda da força de trabalho como mercadoria, submetida à lei da oferta e da procura, num mercado de mão-de-obra, é disciplinado e regulamentado pela ordem jurídica, que assegura o reconhecimento da propriedade privada.

Os institucionalistas, com um discurso de co-labor-ação, de coordenação, atestam a viabilidade da superação dessa separação, muito embora consigam tão-somente mascarar a existência de conflitos de interesses entre os que se colocam como detentores dos meios de produção e da força produtiva. É evidente que em nome dos interesses econômicos, não raras vezes há de se instituir um espaço de cooperação, por vezes como resultado de um contra-poder, embora sempre em maior benefício e mantendo a propriedade dos meios de produção.

A propriedade justificadora do poder não mais é revelada pela terra, mas permanece pela tecnologia, pela mídia e pelo conhecimento. Como há propriedade dos meios, condições e instrumentos de produção, distribuição e consumo dos produtos, para que se realize a atividade produtiva, a ordem jurídica não somente a reconhece e garante, mas outorga meios para que inexista qualquer ato contrário aos interesses, com o poder punitivo exercido sobre os detentores da força produtiva.

2. A ordem jurídica afirma assegurar a todos o direito de propriedade, ainda que seja dos pequenos bens de uso pessoal. Sendo a sociedade estruturada ainda a partir da possibilidade do consumo - mesmo que a maioria seja de excluídos do mercado - e a aquisição se dando com o resultado do trabalho, resta incontestável a propriedade. Se o sujeito não é o proprietário do capital, deve sujeitar-se à posição de trabalhador; quaisquer das situações permitem o consumo.

progresso linear, senão uma seqüência de causas e efeitos, determinadas pelas contradições entre

A divisão das coisas sobre as quais recai a propriedade, de acordo com a sua mobilidade, em móveis e imóveis, resultando em um tratamento diferenciado pelo direito, remonta à Lei das XII Tábuas, muito embora então representasse uma classificação de pequena importância.

Essa distinção aparece ainda no direito franco, para indicar que os bens móveis pertenciam às pessoas consideradas individualmente e a terra à comunidade. Já na época feudal e dominial, os móveis tinham pouca importância na economia: “*mobiliū rerū vilis est possessio*”,¹⁴⁰ segundo os glossadores. A terra desponta como a primordial fonte do poder político e da riqueza, determinando uma importante evolução nos direitos reais, com as figuras dos bens feudais e não feudais, alódios, feudos e censos.

No Renascimento, como prática costumeira, apresenta-se uma categoria tripartida em “*heranças*”¹⁴¹ (*hereditas*) ou imóveis, “*cateux*”¹⁴² (do latim *capitale, catalla*; do francês *cheptel* – gado –; do inglês *chattels*) e os móveis.¹⁴³

A divisão em duas categorias acabou por impor-se, sendo que já no século XVII Loisel escreveria que “*as coisas ou são móveis ou imóveis*”, classificação adotada posteriormente pelo próprio *Code civil* francês (1804).¹⁴⁴

A propriedade quiritária, reservada aos cidadãos (*quirites*) no direito romano, era reconhecida como um direito revelado em um poder quase que absoluto, “*plena in re potestas*”, de usar,

os meios de produção e as forças produtivas. CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 414.

¹⁴⁰ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 634.

¹⁴¹ “A herança é constituída por coisas que não podem ser movidas [...] que rendem ano a ano aos senhores que as têm, como é o caso das terras, bosques [...]”. É o patrimônio familiar. O Parlamento de Paris, em 1280, afirma ser imóvel “*tudo o que está preso por cavilha, prego ou raiz*”. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 634.

¹⁴² No norte da França, nos séculos XII-XIII, tudo o que é pessoal, pertence ao patrimônio pessoal. Compreendem os móveis, a casa, o gado, árvores cultivadas etc. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 634.

¹⁴³ Todos os bens que podem ser deslocados; alguns costumes incluem a casa, que poderia ser vendida separadamente. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 635.

desfrutar, receber os frutos e dispor livremente, ou seja, “*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*”, atribuída no período clássico ao chefe da família, “*pater familias*”.¹⁴⁵

Não obstante, o seu exercício, ainda na época da Lei das XII Tábuas, dependeria do atendimento ao respeito aos outros imóveis, dos vizinhos ou do interesse público.

Inicialmente restrita a Roma, vem expandindo-se por toda a Itália e, ao final da República e no Alto Império, foi reconhecida a propriedade aos estrangeiros residentes no Império, chamados de peregrinos, e a que incidisse sobre coisas ou bens situados fora da Itália (propriedade provincial). Progressivamente, e já no Baixo Império na totalidade, a concepção individualista acaba unificada em todo o Império romano. Os juristas do século XVII e XVIII buscarão nos textos dessa fase a base para construção da teoria moderna do regime de propriedade privada.

No fim do Império romano a propriedade permanece individualista, porém, a partir do desmembramento da propriedade em benefícios de detentores de direitos reais perpétuo, abriu-se o caminho para a concepção medieval.¹⁴⁶

Por absoluta falta de documentos capazes a ensejar um estudo acerca da noção de propriedade de então, a concepção - de aceitação duvidosa e discutível - é tomada a partir da elaboração procedida pelos historiadores alemães que pesquisam em Tácito e outros autores latinos.

Os germanos,¹⁴⁷ ainda propensos ao nomadismo, conheciam a propriedade individual mobiliária dos objetos de uso pessoal, como vestuário ou adereços, mas não aceitavam a propriedade

¹⁴⁴ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 635.

¹⁴⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 133.

¹⁴⁶ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 640.

¹⁴⁷ GASSEN, Valcir. *A natureza...*, p. 84.

territorial senão como apropriação comunitária. Essa nota coletivista é acentuada pelo caráter nômade dos povos germânicos.¹⁴⁸

A terra pertencia ao clã, que com a fixação no solo se tornava propriedade comum da aldeia, que era repartida pelo chefe todos os anos entre as famílias, em prática encontrada ainda na Idade Média. Entre os Germanos “ninguém possui uma superfície certa dos campos nem limites próprios”.¹⁴⁹ A terra era repartida em três áreas afetadas à cultura de inverno, verão e descanso anual.

Em relação às terras não cultivadas, como florestas ou pastos, o uso era comum pelos membros do clã ou da aldeia, como bens *comuns* também presentes até os nossos dias. Conta Gilesssen que na região do Jura, em França, algumas aldeias repartiam o lucro da exploração das florestas entre os habitantes, ocorrendo o mesmo nas Ardenas belgas.

As famílias eram proprietárias do solo no qual está construída a casa ou cabana e do que está em torno, bem como do local onde os antepassados foram enterrados, não podendo entretanto o chefe delas dispor individualmente. A mesma restrição quanto à inalienabilidade foi mantida na Idade Média em relação à *terra aviática* ou dos antepassados, somente sendo passível de transmissão *mortis causa* entre os homens.¹⁵⁰

A alienação de bens *aviáticos*, ainda restrita e difícil, era permitida em situações de necessidade decorrente de pobreza ou pagamento de um resgate, desde que com a concordância prévia e expressa dos familiares, ou *laudatio parentum*. A oferta primeiramente

¹⁴⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 133.

¹⁴⁹ TACITUS, Germania: “26. Arva per annos mutant, et superest ager: nec enim cum ubertate et amplitudine soli labore contendunt, ut pomaria conserant et prata separent et horos rigent: sola terrae seges imperatur”. (Os cultivos são rotativos e há terra de sobra. Pois (os Germanos) não substituem a fertilidade dos solos ou a sua extensão com o trabalho, plantando pomares, separando prados ou irrigando jardins; da terra apenas colhem a produção normal). GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 652.

¹⁵⁰ As mulheres, com o casamento, não mais pertenciam ao mesmo grupo familiar. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 638.

aos integrantes da família ou ao parente mais próximo permanece nos séculos X a XII, passando então a família a ter apenas o direito ao *retrait lignager*,¹⁵¹ ou seja, limitado ao direito de resgate do bem vendido a terceiro num prazo estabelecido de acordo com o costume, em geral entre seis meses e um ano e um dia.

Embora na monarquia franca tenha havido uma interpenetração dos sistemas romano e germânico, a predominância fora do caráter individual da propriedade romana.

Sobreviveu, de qualquer sorte, a inalienabilidade sem o consentimento dos bens adquiridos dos antepassados, pelos homens, sem prévio consentimento dos parentes. A propriedade adquirida era de livre disposição.

A propriedade do clã não mais permanecia, superada pela comum e solidária da aldeia, na qual a prática de infração por um dos integrantes obrigava a todos, e todos tinham o direito de opor-se à entrada de um estrangeiro. A propriedade da terra, denominada de *proprium*, *terra própria*, *proprietas* ou, com Carlos Magno, *alódios*,¹⁵² individual, era conservada pelos proprietários galo-romanos ou germânicos conquistadores e assim, plena.

Nos séculos VII a XI a propriedade própria diminui à medida que crescem em importância as *tenências precárias* ou *beneficiais*, assim consideradas as terras recebidas do proprietário pelos camponeses, para uso e gozo prolongado. Os possuidores ou colonos pagavam prestações pesadas ao *tenente* ou *precarista*. O benefício vassalático era vitalício, cessando com a morte do vassalo ou senhor até

¹⁵¹ O direito ao resgate permanece na área rural até a Idade Média; nas cidades foi suprimido muito tempo antes. Em Gand, por exemplo, desde 1191. GILSEN, John. *Introdução...*, p. 638.

¹⁵² Alódio era a terra cujo estatuto mais se aproximava da propriedade plena, eis que não limitada por qualquer poder superior. BALARD, Michel, GENET, Jean-Philippe e ROUCHE, Michel. *A idade média...*, p. 121.

o século IX, quando resta assegurado o direito de o filho manter o benefício do pai.¹⁵³

A partir do século X até o XVIII, mantêm-se a propriedade alodial e as tenências como feudos e censos, por verdadeiros desmembramentos da propriedade, além do direito de caça, de pesca, as banalidades,¹⁵⁴ a dizima,¹⁵⁵ o censo reservativo.¹⁵⁶

Os direitos reais eram hereditários, a partir do século IX, perpétuos, oponíveis a terceiros. Desde o século XI, eram as tenências alienáveis, primeiramente com autorização prévia e, após os séculos XII e XIII, progressivamente de forma independente da manifestação do senhor, salvo para a posse.

O benefício vassalático nos séculos X e XI passou a denominar-se de *feodum*, do francês *fief*. *Da vassalidade à feudalidade*, baseado na honraria, nos benefícios, no juramento de recomendação, por meio do qual “*se é o homem de um outro homem*”.¹⁵⁷ As prestações dos vassalos nos feudos era de natureza militar, além de ajudar o senhor com conselho e financeiramente.¹⁵⁸ As tenências de natureza econômica, tidas como *censo ou champart*, para cultivar a terra, pressupunha o pagamento ao senhor de prestações em dinheiro ou espécie. O senhor mantinha o direito ao laudêmio,¹⁵⁹ em valor

¹⁵³ Em 877, Carlos, o Calvo, mantém oficialmente o costume da hereditariedade dos benefícios. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 641.

¹⁵⁴ “[...] obrigação de fazer coser o pão no forno do senhor (forno banal), fazer moer o trigo no seu moinho (moinho banal), [...] mediante o pagamento de uma prestação, [...] constituía uma espécie de serviço público senhorial”. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 643.

¹⁵⁵ Direito real da igreja de receber um décimo da produção do solo. Citada no Antigo Testamento, se desenvolveu no século VI. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 643.

¹⁵⁶ Impossibilidade de dar em censo as terras recebidas por esta natureza, em uma mais valia, nos séculos XIII e XIV. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 643.

¹⁵⁷ BALARD, Michel, GENET, Jean-Philippe e ROUCHE, Michel. *A idade média...*, p. 123. Nesse sentido, o juramento ao senhor, era de fidelidade: “*eu sou seu homem de vida e de corpo, e assim juro fidelidade ao meu senhor*”; “*sou agora seu homem nas terras arrendadas que recebo do meu senhor*”.

¹⁵⁸ BALARD, Michel, GENET, Jean-Philippe e ROUCHE, Michel. *A idade média...*, p. 15-1. O contrato vassalático era um negócio sinalagmático. Criava para o senhor uma série de deveres, dentre os quais, defender e garantir seu fiel contra os inimigos, prestar-lhe boa justiça.

¹⁵⁹ Taxas de transferência, para compensar a lenta erosão da moeda no pagamento do censo. BALARD, Michel, GENET, Jean-Philippe e Philippe e ROUCHE, Michel. *A idade média...*, p. 140.

costumeiramente fixado, em um ano de rendimentos do feudo e o direito de resgate, pelo reembolso do valor da compra.

Os romanistas tentaram, a partir do século XIII, a divisão do direito de propriedade, *domínio dividido*, em *dominium directum*¹⁶⁰ do senhor e *dominium utile*,¹⁶¹ do vassalo, num expandir do modelo enfiteutico.¹⁶² Acúrcio, na sua *Glosa ordinaria*,¹⁶³ em 1250 já havia exposto a idéia, que permaneceu célebre com Bártolo, até o fim do século XVIII. Com tal distinção, paulatinamente houve um deslocamento da situação de proprietário para a de tenente até que, nos meados do século XIV, o tenente é tido como verdadeiro proprietário e o senhor mantendo um direito de servidão sobre a terra.

A transferência da propriedade para o tenente foi, ao contrário do que os historiadores costumam afirmar, anterior à Revolução Francesa, que simplesmente desonerou as terras.

Em agosto de 1789, houve a supressão do feudalismo dominante e o resgate do feudalismo contratual, sem qualquer indenização, a partir da vitória dos ideais da Revolução Francesa.¹⁶⁴ O sistema feudal permaneceu na Inglaterra, no entanto, até a *Real property law*, de 1922 e 1925 e, no Canadá, até 1856. A supressão total dos direitos resgatáveis foi procedida pela Convenção de 1793. A partilha das terras comunais, cessada em 1797, fez nascer uma burguesia agrária.

A partir da Revolução, a propriedade passou a ser considerada como um direito natural, inviolável e sagrado, absoluto,

¹⁶⁰ O domínio direto era do senhorio, nem sempre proprietário, que mantinha o direito de exigir serviços dos vassalos, recebendo prestações periódicas ou não, numerosas e variadas, como rendas, lutosas, laudêmios, não tendo contato direto com a coisa, limitando-se a receber tributos sobre ela. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p.133-4

¹⁶¹ O domínio útil determinava a utilização da coisa em troca de obrigações. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 134.

¹⁶² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 133.

¹⁶³ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 642.

¹⁶⁴ Na noite de 4 de agosto de 1789, foi votado o princípio "l'Assemblée Nationale détruit entièrement la féodalité". MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 134.

exclusivo e ilimitado, reconstituindo-se a propriedade *quiritária* romana.¹⁶⁵

3. A visão de propriedade como direito natural¹⁶⁶ anterior à sociedade civil, originária como legítimo fruto do trabalho do homem, produtora de bens necessários para a conservação da vida e da liberdade, era já formulada por Locke, no século XVII.¹⁶⁷

Ao juntar o trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos à natureza, dádiva divina, acrescentando-lhe então algo seu, torna-se sua propriedade, excluindo o direito comum dos outros homens, já que esse *“trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem pode ter direito ao que se juntou [...]”*. **O trabalho é a origem e o fundamento da propriedade.** Como todos os homens têm o poder natural de defender a sua propriedade em relação à espoliação dos demais, cria-se um espaço de poder dentro da sociedade política, cujo objetivo fundamental é a proteção da propriedade.

Contrapondo-se à posição de Locke, Hobbes e Rousseau entendem que a propriedade é um direito civil e não natural. Superando o estado da natureza (Hobbes) e o estado de sociedade (Rousseau) a celebração do contrato social permitiu que o Estado criasse, por decreto do soberano, um direito de propriedade que, assim, não é anterior, senão posterior ao pacto social, enquanto reconhecido pela lei que o garante.

Afirmou Hobbes que o direito da natureza, isto é, a liberdade natural do homem, poderia ser limitado e restringido pela lei civil pois a sua finalidade é exatamente, por meio da restrição, assegurar a paz. A lei foi trazida ao mundo para limitar a liberdade

¹⁶⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 134.

¹⁶⁶ Direito natural como aquele que todo indivíduo tem como decorrente da própria vida, enquanto necessidade de sua própria sobrevivência e de sua liberdade. Por natureza todos os homens são livres, ainda que por natureza alguns sejam mais fortes do que outros. CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 400.

natural dos indivíduos e evitar que causem dano uns aos outros, ajudando-se e unindo-se contra o inimigo comum.¹⁶⁸

A teoria de Locke servia como força legitimadora aos interesses da burguesia em ascensão,¹⁶⁹ ao enfrentar-se com o poderio político e prestígio social da nobreza que, desta forma, eram verdadeiros *parasitas da sociedade*, se o proletariado não detinha a propriedade era porquanto seriam perdulários, gastando o salário ao invés de acumulá-lo ou, ainda, não trabalhavam o suficiente, já que Deus havia feito todos os homens iguais e a todos teria dado a missão de trabalhar.¹⁷⁰

A visão absoluta do direito de propriedade era já criticada a partir da contraposição com os direitos sociais. Robespierre, em seu discurso sobre a propriedade, em 1793, afirmou que a “*Declaração parece feita não para os homens, mas para os ricos, os monopolistas, os agitas e os tiranos*”. Propunha, então, que fosse reformada para consagrar que o “*direito de propriedade é limitado, como todos os outros, pela obrigação de respeitar os direitos alheios [...] [...] não prejudicar nem a segurança, nem a liberdade, nem a existência, nem a propriedade dos nossos semelhantes [...]*”.¹⁷¹

A idéia de função social da propriedade é pregada pela doutrina social católica e vem sustentada a partir de León Duguit. O liberalismo reconhecia um poder econômico-jurídico absoluto ao empresário, a partir da organização dos meios de produção, pela situação de proprietário do capital e sujeito de um contrato de trabalho

¹⁶⁷“O homem, sendo senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa, teria ainda em si mesmo a base da propriedade [...]”. LOCKE, John. *Segundo...*, p. 223 e 227.

¹⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã...*, p. 163.

¹⁶⁹ Para Marilena Chauí, embora o capitalismo estivesse consolidando-se e o poderio econômico da burguesia incontestes, o regime político ainda era a Monarquia e o prestígio social da nobreza permaneciam. Assim, era necessária uma teoria que desse legitimidade - que não o sangue e a hereditariedade - à burguesia: essa teoria, a propriedade privada como direito civil, a partir das idéias de Locke. CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 401. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “[...] há principalmente dois aspectos do pensamento hobbesiano que não satisfazem à ideologia burguesa: o poder sem limites encaranado no Leviatã não respeita a propriedade privada e nem as próprias leis que elabora”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito...*, p. 30.

¹⁷⁰ CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 401-2.

que colocava sob seu comando um empregado. O Estado respeitava e garantia os poderes e direito de propriedade, não interferindo na atividade desenvolvida. O empresário reinava absoluto; ditando as regras no comando da empresa, organizando-a ou encerrando as atividades sem qualquer preocupação não-econômica egoística, sendo absolutamente irrelevantes quaisquer necessidades sociais dos empregados.

Como ressalta De La Cueva, o empregado tinha direitos somente “contra” o empresário, nunca “na empresa”. O direito de propriedade “evoluiu” e, igualmente, a empresa se transformou. A bem da verdade, há uma pactuação, com restrição da liberdade absoluta no exercício do direito de propriedade, exatamente para garanti-la enquanto tal.

No entanto, a empresa já não mais é um patrimônio exclusivo de um dono, ou um capitalista, cuja vontade livre determina o futuro da organização. Não somente o Estado intervém, traçando-lhe limites de atuação, no campo econômico, regulando (pelo menos deveria) o mercado, bem como nas próprias relações jurídicas laborais há um espaço de contra-poder, na atuação organizada dos trabalhadores e, ainda criando-se formas de participação na gestão, nos resultados ou no lucro, reconhecimento de uma representação dos trabalhadores.

Nas sociedades pré-capitalistas, assim entendido o período histórico do Séc. XVI até metade do Séc. XVIII, como repercussão do sistema feudalista, a propriedade e a personalidade ainda eram identificadas como o principal centro originário do poder, revelado mais diretamente por meio de um poder condigno e, ainda que não tão importante como fonte, poder compensatório.

¹⁷¹ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 654.

Com o capitalismo mercantil insurgente e o fortalecimento do Estado-Nação, a propriedade passou a estar revelada a partir do capital de giro e do ativo circulante, sendo o poder menos condigno, passando a revelar-se mais compensatório.

A partir da Revolução Industrial, deu-se uma ampla mudança de paradigmas de poder e instrumentos de imposição. De uma produção baseada por uma relação pessoal entre servo e senhor, própria do sistema feudal, na qual a propriedade inculcada na terra determinada uma situação de servidão e proteção, passa a uma produção baseada em uma ficção de igualdade entre os homens, em que num mercado regido pela oferta e a procura, cada um oferece o que possui, mesmo que seja unicamente a força de trabalho, deixando a agricultura como fonte primordial, para ceder espaço à manufatura industrial.¹⁷²

A organização estrutura-se de uma forma cada vez mais complexa e a despersonalização atinge a empresa. A atividade empresarial está assentada em um reconhecimento absoluto da propriedade da fábrica, da maquinaria e do capital de giro. A submissão ao poder é migrado do antigo feudalismo para o capital. Era primordialmente compensatório, embora como ressalta Galbraith,¹⁷³ com a inanição como alternativa, é um poder quase-condigno.

Porém, a concepção de propriedade no sentido liberal, absoluto, ainda permanece no campo do direito do trabalho, sendo apresentada a propriedade como fonte do poder. A própria jurisprudência e a doutrina têm levado adiante a tarefa de limitar o poder reconhecido a partir desta visão individualista e egoística, sem descurar de apresentar a propriedade como o instrumento principal de efetivação do poder de submissão.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual...*, p. 206-7.

¹⁷³ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 110 e segs.

Lyon-Caen, em uma conferência ministrada no ano de 1971, no Instituto de Estudos do Trabalho e Previdência Social de Lyon, afirmou que a idéia fundamental da dependência hierárquica dos empregados em face dos empregadores é um resquício da tese de que a empresa é propriedade indivisualista de alguém que, portanto, a dirige e administra com amplo poder de deliberação.¹⁷⁴

Mais recentemente, levantou-se a necessidade de se proceder a uma distinção importante entre propriedade e controle, no sentido de que a figura do empregador e a disciplina do direito do trabalho não mais está ligada à figura que detém o direito de propriedade, senão no exercício do controle da atividade econômica.¹⁷⁵ O detentor do poder não mais é o *capitalista*, mas o grupo econômico,¹⁷⁶ os titulares do comando.

A propriedade estaria pulverizada, com o crescimento da economia, num fenômeno que Adolf Berle e Gardiner C. Means chamaram de “*controle da minoria*”, ou seja, que ainda que minoritário, um determinado grupo poderá, em face da dispersão da propriedade, ter assegurado o *controle da sociedade*. É possível, ainda, que a dispersão se verifique de tal forma que nem um grupo minoritário conseguiria o controle, tendo então o “gerente” ou um “diretor” exercício do controle, a que Galbraith¹⁷⁷ teria denominado de “*tecnoestrutura*”, em especial em face do desenvolvimento da tecnologia. Por tal motivo chega-se a imaginar uma “*institucionalização da empresa*”, assemelhando-a a um organismo político.¹⁷⁸

Essas limitações partem de uma visão de empresa mitificadora e alienante de que há muito se superou o aspecto

¹⁷⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 72.

¹⁷⁵ A distinção é realizada por Magano. MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 70 e seguintes. Nesse sentido, ver ainda ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno...*, p. 273 e segs.

¹⁷⁶ Sobre o tema, ver MONEREO PÉREZ, José Luis. *Teoría...*, p. 193 e segs.

¹⁷⁷ Ver GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, 205 p.

¹⁷⁸ MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 72.

individualista e, hoje também deixa para trás a propriedade e sua função social, para recepcionar o poderio econômico.

II - PODER NA EMPRESA

Mediante o exercício do poder diretivo materializa-se a subordinação, elemento caracterizador da própria relação de emprego, traduzindo-se na indicação e detalhamento das modalidades técnicas¹⁷⁹ de execução da obrigação principal de prestar trabalho em face da existência de um contrato de trabalho. O empregador dá ordens sobre o modo, tempo e lugar da prestação do trabalho.¹⁸⁰

A dependência - subordinação¹⁸¹ - nada mais seria do que a submissão do empregado a tal poder de direção do empregador. Constituir uma relação jurídica de emprego é, assim, criar um espaço de poder de direção¹⁸² e um correspondente estado de sujeição garantidos pelo direito no âmbito da empresa.

A manifestação do poder diretivo está inicialmente na própria organização, sob a estrutura hierárquica - o que, quando e como produzir - , assentada em pressupostos legitimantes como a liberdade econômica e o direito de propriedade.

O conteúdo do contrato de trabalho enquanto variado, é sempre completado pelo poder diretivo,¹⁸³ ao determinar as ordens e comandos, bem como no poder de controlar e vigiar os empregados na realização das tarefas determinadas e devidas.

A vontade da empresa é determinante, podendo se servir da força de trabalho colocada à disposição por força do contrato, cercada

¹⁷⁹ "Il potere direttivo consiste nella facoltà, per il datore di lavoro o di chi per lui, di stabilire le disposizioni - disposizioni di carattere prevalentemente tecnico - alle quali il lavoratore deve attenersi nell'adempimento della sua prestazione". SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 155.

¹⁸⁰ ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho...*, p. 338.

¹⁸¹ Sobre o tema, ver a obra de Romita. ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação...*, p. 95 -103.

¹⁸² E ainda disciplinador. MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 37.

¹⁸³ Sobre o tema, ver MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 63-79.

por alguns limites, conforme melhor interesse ao atingimento da finalidade econômica. Dentro da hierarquia, o empregado “[...] *non deve discutere, ma adattarvi senz’ altro la propria condotta.*”¹⁸⁴

Na relação hierárquica desponta dos superiores aos inferiores uma relação de comando e dos inferiores aos seus superiores, uma relação de obediência que, para alguns é colaborativa e para outros mera submissão à autoridade.

Para Barassi, colaboração e hierarquia, a princípio antagônicas, na realidade se integram nesta potestade emergida em uma senhoria unilateral da vontade do empregador sobre a atividade do trabalhador.¹⁸⁵

A compreensão da hierarquia aproxima o direito do trabalho ao direito público; tanto a administração pública quanto a da empresa privada não podem abstrair esse poder hierárquico. No âmbito da administração, a hierarquia não está assentada em um poder de *imperium*, senão em uma *potestà d’ufficio*, ou seja, de uma subordinação a uma estruturação e coordenação de órgãos burocráticos.

Barassi¹⁸⁶ aponta para três características fundamentais do poder hierárquico: a contratualidade, o estado pessoal e a senhoria.

O fundamento da relação hierárquica que resulta em uma supremacia do empregador está na compensação do risco assumido, em relação à figura da empresa e, para o trabalhador, na existência do próprio contrato, que é a base da voluntariedade. Embora se pudesse contrapor o contrato enquanto revelador de uma igualdade dos sujeitos acordantes e este estado de supremacia decorrente do poder hierárquico, afirma Barassi que inexiste contradição, sendo o contrato de trabalho revelador de dois elementos, uma potestade e uma

¹⁸⁴ O empregador comanda como senhor (proprietário) e não como credor. BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 286.

¹⁸⁵ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 287.

obrigação; duas relações, uma de poder e, concomitantemente, uma relação de débito.¹⁸⁷ O trabalhador não passa, então, de um "*strumento cosciente, strumento che collabora*" nas mãos da empresa. Essa sujeição, continua Barassi, entretanto, não seria humilhante à medida que é resultado de uma perfeita igualdade contratual de colaboradores.

A intensidade do poder hierárquico está na mesma medida da configuração da subordinação e tamanho da empresa. O trabalho a domicílio,¹⁸⁸ o trabalho em serviços externos e o trabalho intelectual, bem como o trabalho para pequenas ou micro-empresas, empresas familiares, revelam formas mais débeis e atenuadas do exercício, ao passo que no trabalho menos qualificado, no trabalho manual e no trabalho prestado a grandes grupos empresariais é mais intensa a sua configuração.

1 - EMPRESA

Empresa é a organização produtiva dos elementos capital e trabalho, coordenada e dirigida para colocar no mercado bens e serviços, visando à obtenção de lucros, buscando a realização de uma vontade geral, única.

Empresa é um fenômeno poliédrico.¹⁸⁹ ¹⁹⁰ Seus quatro perfis: *subjetivo*, identificando-se como empresário; *funcional*, enquanto atividade exercida, com fim lucrativo; *objetivo ou patrimonial*, como complexo de bens organizados, coordenados e dirigidos pelo empresário

¹⁸⁶ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 289.

¹⁸⁷ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 289.

¹⁸⁸ CLT, art. 6º.

¹⁸⁹ Citado por Pier Augusto JAEGER. *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*. In : *Quaderni di giurisprudenza commerciale*. Apud ISFER, Edson. *Societades...*, p. 44. Citado, ainda por ASQUINI. *Profili dell'impresa*. In : *Rivista de diritto commerciale*, 1943, v.1, p. 135 e segs. Apud MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 535.

¹⁹⁰ Ou, como quer PEREZ BOTIJA, baseado em GARRIGUES, um Jano tetrafacial. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 43.

e, enfim, *corporativo*,¹⁹¹ como instituição, formada pelo empresário e prestadores de trabalho.

A empresa é essa combinação, uma organização de elementos, tradicionalmente identificados como sendo o capital, o trabalho, considerados como meios e a atividade econômica desenvolvida, como fim último almejado.¹⁹² Muito embora quem organize seja o titular do capital.

A empresa também é vista como uma instituição corporativa, segundo Hauriou, nos idos anos 20 e, ainda, Durand, nos anos 40, ou ainda social, como querem Brethe de la Gressaye e Legal.¹⁹³

Para Hauriou, a empresa é um organismo social, através do qual os detentores do poder desempenham suas funções e usam de sua autoridade, em absoluta submissão à idéia unificadora e um interesse autônomo do grupo.

Já Durand ressalta a empresa, como instituição, a partir da organização hierárquica e do aspecto comunitário, porquanto produzida em colaboração de capital e trabalho, tendo por fim assegurar um bem-estar comum, gerenciado por um chefe, com amplas prerrogativas que o colocam em um lugar preeminente em relação à situação passiva dos trabalhadores.¹⁹⁴

Como elementos comuns identifica-se a idéia de uma obra a ser empreendida por um grupo e um poder organizado a serviço da idéia, para permitir a realização da finalidade e, ainda, por manifestações de comunhão. Na empresa, a idéia é a própria produção de bens ou prestação de serviços, que levaria a um consciente agir em conjunto, por meio de uma organização hierarquizada.

¹⁹¹ Afirma Perez Botija que o perfil corporativo da empresa foi redescoberto por italianos, *quizá* inspirando-se em fontes anglo-saxônicas da *business corporation*. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 43.

¹⁹² A clássica definição de Asquini: "*In senso economico 'impresa è ogni organizzazione di lavoro e di capitali al fine della produzione di beni e de servizi per lo scambio*". ASQUINI, Alberto. *Rivista del diritto commerciale*. 1942, v.1, p.2. Apud ISFER, Edson. *Sociedades...*, p. 44.

¹⁹³ Apud MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 19.

Tudo como se o interesse fosse sempre comum, como se o trabalhador também detivesse a propriedade do posto de trabalho, como se não estivesse a serviço da empresa, senão fosse a própria empresa em atividade, embora não detenha qualquer possibilidade de ingerência em relação à organização, resultados ou lucros.

É necessário que o direito garanta a estrutura econômica. Inexiste qualquer definição jurídica de empresa;¹⁹⁵ acrescente-se, aliás, que não há qualquer definição em si mesma de empresa,¹⁹⁶ embora ninguém negue ser a empresa uma unidade econômica organizada.¹⁹⁷ A juridicização da empresa, entretanto, é ainda hoje uma dificuldade: *“il est difficile de préciser le sens juridique exact de la notion d’entreprise”*.¹⁹⁸ A complicação vem multiplicada pela noção de grupo de empresas, especialmente diante de um atual contexto de globalização da economia, desenvolvimento e ampliação de mercados não mais controlados nacionalmente, com a diminuição do papel do Estado e, ainda, diante de uma flexibilização da própria empresa.¹⁹⁹

As definições, longe de revelarem algo em si, como se preexistisse num plano ideal um ser imutável, a-histórico e a-temporal, simplesmente apropriado e traduzido em linguagem jurídica, inserem-se como ato de criação e atribuição.²⁰⁰ Assim, cada visão ou definição de empresa não está em contradição com outra, senão se complementa, erigida como referência de um aspecto da realidade construída.

¹⁹⁴ GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 275.

¹⁹⁵ Seria possível adotar o conceito jurídico-trabalhista de empresa de Montoya Melgar, para quem empresa é *“el conjunto organizado de trabajadores, dirigido por un empresario, por cuya cuenta prestan coordinadamente sus servicios”*, porém não revela toda a amplitude da empresa no âmbito do direito do trabalho; é mais do que um conjunto de trabalhadores; é, ainda, um espaço econômico no qual o trabalho se insere numa organização voltada a um fim, por exemplo. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 537.

¹⁹⁶ *“[...] no hay una noción absoluta de empresa”*. OLIVEIRA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 15.

¹⁹⁷ GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 274.

¹⁹⁸ RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 177.

¹⁹⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Teoría...*, p. 3.

²⁰⁰ Muito embora se afirme que a noção de empresa é meramente descritiva, identificando a realidade econômica à definição jurídica. GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 273.

Ademais, porquanto são diversos os ramos jurídicos que se ligam com este fenômeno econômico-social, diversos são ainda os modelos normativos de empresa tomados e incorporados na realidade jurídica.²⁰¹ A empresa é, porém, a criação do capital, o objeto sobre o qual recai o direito de propriedade do capitalista. Não haveria qualquer atividade sem que houvesse uma organização, uma coordenação de elementos em uma célula econômica de produção de bens e serviços. De tal forma que é a manifestação da livre disposição do empresário que elege a atividade e organiza os elementos para que possa atingir o fim previsto, criando riquezas.

Empresa é, ainda, manifestação de economia de força de trabalho, à medida que o tempo dos trabalhadores é reduzido pela inserção de um espaço no qual se dá a relação de troca. Se nada fosse produzido, todos teriam que produzir os bens e realizar os serviços necessários para prover suas necessidades. Há, desta forma, na repartição e organização do trabalho, um aspecto social no qual todos trabalham para todos. Ou deveria ser, porquanto não se há de negar o número crescente de excluídos, da cadeia de produção - fora do mercado do trabalho - bem como do gozo do resultado - fora do consumo. Eis o desafio econômico-social: o resgate.

A reunião, sob a autoridade do empregador ou seus prepostos, de uma coletividade de trabalhadores assalariados e subordinados²⁰² manifesta a organização da mão-de-obra que, na visão conservadora da empresa, é elemento essencial. Inimaginável uma empresa sem um conjunto de pessoas que possa desempenhar a função

²⁰¹ Ainda que se procure uma visão jurídica unitária da empresa, como se um direito "empresarial" desse conta de todos os fenômenos em que se encontra presente a empresa, temos em verdade uma atomização com vários compartimentos normativos em que, cada um, vai privilegiar uma dada relação jurídica no âmbito empresarial, assim como o direito comercial e no direito do trabalho.

²⁰² RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 179.

econômica indicada como o escopo último da organização.²⁰³ Sob a ótica puramente econômica, é hoje viável a configuração de uma empresa sem pessoal, como, por exemplo, quando procura outras empresas para desempenho de todas as atividades necessárias para realização do escopo idealizado.²⁰⁴ Como o direito do trabalho trata, como objeto principal, da figura do contrato de trabalho, que é o instrumento pelo qual o pessoal é inserido na organização para exercício de funções, o aspecto humano continua imprescindível.

Foi indicada como sujeito contratual no âmbito trabalhista, facilitando a aceitação da idéia de uma vontade própria, projetada, distinta da do empresário;²⁰⁵ é, afinal, para o consolidador, o verdadeiro empregador.²⁰⁶ Na própria Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, o Ministro do Trabalho de Getúlio Vargas, Marcondes Filho, realça a prevalência de uma ordem institucional sobre a contratual. Tal ponto de vista é corroborado pelos seguidores da teoria da instituição da empresa-econômica, como Mesquita, que negam o contratualismo, porquanto posicionam os sujeitos negociantes em contraposição, dominado pelo direito de propriedade, não permitindo a integração do trabalho e do capital.²⁰⁷

À evidência que a necessidade de manutenção da lógica no sistema permite à doutrina que proceda algumas correções de curso,²⁰⁸

²⁰³ Nesse sentido, v. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 537. Por tal motivo, inclusive, a terceirização tem o repúdio dos laboristas. RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 179.

²⁰⁴ DE BUEN L., Néstor & DE BUEN U., Carlos. *El trabajo...*, p. 217 e segs.

²⁰⁵ DESPAX, em 1975, propugnou pela configuração da empresa como um sujeito de direito, distinto do empresário, à medida que entendia existir uma progressiva distinção entre a vontade e o interesse da empresa e do grupo ou indivíduos que em seu nome possam atuar. Seria a empresa uma "*organización capaz de manifestar una voluntad colectiva*", aunque personificada en el empresario por estar "*obligado a actuar en interés*" de aquella." GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 276.

²⁰⁶ Art. 2.º. *Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço*". Consolidação das leis do trabalho.

²⁰⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXVII.

²⁰⁸ Embora para MARQUES DE LIMA, apesar das "críticas dos civilistas e intelectuais", lhe parece mais consentânea com a natureza do direito, vez que abrange aspectos mais factuais do que jurídicos, revelando a continuação do emprego ainda quando mudanças surgem na estrutura ou titularidade da atividade desenvolvida. MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. *Elementos...*, p. 58.

para identificá-la na forma subjetiva, com o empresário, capitalista ou chefe da empresa, o dador de trabalho, na sua personificação pelo direito, como a pessoa física ou jurídica, desprezando a idéia originária de organização.²⁰⁹ Não seria factível que um fenômeno ou grupo social ou econômico pudesse ser sujeito de direito, parte em um negócio jurídico bilateral.

Porém, ante a dinamicidade que encerra o desempenho de atividades econômicas, retorna-se à figura da empresa para determinação de que as eventuais modificações jurídicas na pessoa do empregador, no curso da execução dos contratos de trabalho, não afetam a situação do empregado, antes conserva-a imutável. Existiria um *“lien d’entreprise”* que se superpõe ao contrato de trabalho: *“le travailleur se trouve moins rattaché à un employeur déterminé qu’à une entreprise, et il conserve son emploi à raison de la continuité de l’entreprise passée sous une direction nouvelle”*.²¹⁰ Ainda que se configure alguma modificação na situação jurídica do empregador – venda, fusão, cisão, enfim, qualquer alteração nos estatutos sociais – o contrato mantém-se intacto em relação à situação jurídica do empregado e ao objeto.

Embora a noção de empresa seja o sustentáculo sobre o qual gravitam as regras trabalhistas, máxime com a eleição desta categoria como o empregador, não se poderá afirmar que todo o contrato de trabalho pressupõe sempre a existência de uma empresa. Tal dificuldade veio enfrentada pelo legislador, ao *equiparar* os profissionais liberais, por exemplo,²¹¹ aos empregadores, estes sim, empresas ou na identificação do empregador doméstico.²¹²

²⁰⁹ O que veio a realizar também o legislador, quando identificou em 1973 o empregador rural como sendo “[...] a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados”. (art. 3º, Lei n.º 5889, de 3 de julho).

²¹⁰ RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 114.

²¹¹ Art. 2º [...] § 1º Equiparam-se ao empregador para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou

Já salientou Garcia Becedas que a experiência tem demonstrado que uma teoria trabalhista da empresa ou bem trata de desonerar os empresários da gama de obrigações e deveres que têm em face dos trabalhadores, impostos pelo ordenamento jurídico, ou constroem uma dogmática comunitária absolutamente e definitivamente desacreditada. Por tal motivo a noção de empregador deve ser recebida como residual em relação à caracterização do empregado, adotando-se a partir da verossimilhança, ou doutrina do empresário aparente, aquele que se encontra como contraparte na relação jurídica de emprego, quer detenha personalidade ou não, como no grupo de empresas ou universalidade de fato, quer esteja organizado sob a forma de empresa ou não, qualquer que seja o título jurídico que o relaciona com a empresa.²¹³

No capitalismo emergente, a empresa era criação de um homem de negócios - o empregador personificado - , caracterizada por um capital fraco, em uma estrutura quase artesanal, na qual participavam poucos trabalhadores e cujas relações econômicas se travavam diretamente com o consumidor. Com o desenvolvimento industrial, a unidade econômica de produção para a manter uma estrutura organizacional mais complexa, com o auxílio de pessoal técnico e uma administração separada dos titulares do capital; por vezes somente prestadores anônimos em troca de um almejado lucro e cresce o número de empregados inseridos na atividade, criando uma massa proletária. A atividade econômica de troca se dá num espaço de mercado, não mais diretamente empresa-cliente, com a intermediação cada vez mais freqüente de terceiros. Mais recentemente, o papel do

outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. Consolidação das leis do trabalho.

²¹² Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que prestar serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta Lei. Lei n.º 5859, de 11 de dezembro de 1972. (g.n.). O mesmo problema vem enfrentado por outros sistemas jurídicos, como o francês. RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 180.

trabalho vem se restringindo, passando-se a identificar inclusive empresa sem trabalho.

Na empresa liberal, o empresário era o senhor onipotente, titular do poder que era exercido pelo e para o econômico, na defesa do direito de propriedade e mediante uma série de relações individuais que encetava com os trabalhadores, que de uma certa forma permanece ainda com o reconhecimento do poder punitivo.

Essa concepção clássica, vista por Camerlynck e Lyon-Caen, realça que *"No regime capitalista liberal a vida da empresa se concentra no exercício pelo empreendedor de direitos que ele tem da propriedade e do contrato notadamente em suas relações com o assalariado ajustado por ele e a ele subordinado"*.²¹⁴

Desenvolvido o direito econômico, o Estado passou a intervir na atividade empresarial, regulamentando problemas relacionados com a distribuição e produção de bens e serviços, visando assegurar o atendimento das necessidades dos integrantes da sociedade.

Desde a ótica do direito do trabalho emergente, uma nova relação, coletiva, criou nova concepção de direitos, até então puramente individuais. *"Este nuevo tipo de relación cambió la estructura de la empresa: en la empresa liberal encontramos el derecho de propiedad del empresario y un conjunto de relaciones jurídicas individuales, en tanto en la empresa moderna tenemos, además, los derechos del grupo. El derecho del trabajo há provocado una oposición que antes no existía: en la empresa liberal, el derecho preeminente es el derecho del empresario, pues además de ser sujeto de las distintas relaciones individuales, es*

²¹³ GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 280-3.

²¹⁴ Camerlynck e Lyon-Caen. *Droit du travail*. p. 377, apud MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXX.

titular del derecho de propiedad; el derecho del trabajo colocó frente al derecho de propiedad, el derecho de los grupos sociales".²¹⁵

Para Mesquita, o protecionismo, o paternalismo da legislação trabalhista apenas se mostraram como paliativos contemporizadores, não tendo atacado a estruturação da empresa nos moldes capitalistas. Tudo o que se fez até hoje, tanto no movimento sindical quanto na própria intervenção estatal tutelar do fraco econômico, somente teria mantido o proletariado enquanto tal, uma classe fechada e separada em um mundo operário.²¹⁶

O Estado reconheceu a propriedade privada e a livre iniciativa elevando-as à categoria de norma constitucional, passando a ditar algumas regras de controle do seu exercício.

Ultrapassada a visão de que o jurídico somente caminha até os limites da empresa. O direito a encontra, abre os seus portões, deixando-os escancarados ao nela ingressar, para ali ditar as regras; ou talvez verdadeiro seja o inverso, a empresa sabendo que não poderá mais deixar os portões trancafiados, persuade o direito a reger conforme seus interesses.

De qualquer sorte, o direito não fecha os olhos à empresa, reconhecendo-a no papel social que hoje desempenha e atribuindo-lhe função, embora não a tenha tomado, de forma clara, como ente capaz de ser sujeito de direito e obrigações,²¹⁷ mas reconhecendo-a como

²¹⁵ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho*..., p. 456.

²¹⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito*..., p. 27.

²¹⁷ Perez Botija enfoca a empresa como sujeito de Direito do Trabalho, indicando que o empresário participa da relação de trabalho não como pessoa individual, senão como sujeito titular da empresa; a empresa, mais que sujeito, é fato de referência subjetiva da relação contratual. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso*..., p. 44. Philomeno J. da Costa afirma que já seria hora de se elevar a atividade econômica à condição de ente capaz de direito e obrigações, para facilitar a introdução da figura da empresa individual de responsabilidade limitada no sistema jurídico. Edson Isfer assevera, igualmente, que poderia a empresa constituir uma nova classe pessoa jurídica de direito privado, à qual seria atribuída a qualidade de sujeito de direitos. Propõe, então, a personificação do comerciante individual, de forma a limitar a sua responsabilidade, com separação do patrimônio não destinado à atividade empresarial. COSTA, Philomeno José da. In : Revista de direito mercantil industrial econômico e financeiro, v.53, p.88. Apud ISFER, Edson. *Sociedades*..., p. 43 e 178.

fenômeno econômico-social. No qual se travam relações jurídicas. Protege o capital, mantendo a dominação sob ameaça de punição.

Convivem hoje num único corpo uma Constituição econômica e social; no primeiro plano a liberdade de iniciativa e o direito de propriedade sobre o capital e o lucro; num plano diverso, o trabalho, como direito social, com a garantia de uma remuneração que atenda às necessidades do trabalhador como retribuição, indicada idealmente como justa, o reconhecimento do direito ao trabalho, o respeito e dignidade ao trabalhador.

No entrelaçar, a participação dos trabalhadores na gestão e nos lucros e resultados da empresa. Nas disposições normativas, o lucro não mais é exclusivamente a remuneração do capital, numa identificação de primazia sobre o trabalho, mas uma co-participação, co-gestão que determina que o lucro é, também, a remuneração do trabalho, que participa como força criadora na atividade desenvolvida. Muito embora tenha sido suprimida na atual Constituição, a regra que permaneceu incólume até então, como um esporo, indicando a *integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros*.²¹⁸

O capitalismo avançado ou tardio passa por uma alardeada crise mundial, projetando um maremoto no Estado de Bem-Estar Social. Faz-se necessário esclarecer, de qualquer sorte, que o Brasil, embora apanhe respingos desse tumultuo econômico e social, jamais teve efetivamente um Estado de Bem-Estar Social. Ademais, já tem um mercado de trabalho bastante flexibilizado.²¹⁹ Porém, a situação

²¹⁸ Art. 165, inciso V, Constituição Federal, Emenda n.º 1, de 1969.

²¹⁹ Ao comentar um artigo de quatro economistas coordenados por Ricardo Paes de Barros, publicado na Revista *Mercado de Trabalho*, em conjunto pelo Ministério do Trabalho e IPEA, sob o título *Uma avaliação empírica do grau de flexibilidade alocativa do mercado de trabalho brasileiro*, Delfim Neto concorda com o resultado das pesquisas, afirmando que "[...] o mercado de trabalho brasileiro tem uma capacidade alocativa semelhante à da Austrália, Estados Unidos e Suécia e consideravelmente superior a dos outros países da tabela". Assim, reitera as conclusões dos autores que "[...] as intervenções [...] devem estar muito mais voltadas à busca de melhoria na qualidade dos postos de trabalho oferecidos e na qualidade e capacitação de mão-de-obra do que

econômica em nível mundial está passando por um período de reacomodação às tendências, que afetam diretamente os ordenamentos jurídicos, em especial, o direito do trabalho. Assim, muito embora as normas constitucionais que garantem direitos sociais não tenham sido ainda eficazes e estarmos diante de um direito já flexibilizado, é alardeada a necessidade de mudanças pelo estado adiantado do inevitável fenômeno da globalização. O princípio tuitivo, as garantias sociais dos trabalhadores e um novo papel do Estado são cobrados por uma nova realidade econômica de uma nova empresa.

Os processos de internacionalização do capital, que já vinham crescendo com as multinacionais, chegaram a um grau de concentração inimaginável. Os Estados nacionais não mais detêm o controle das suas próprias economias, e o direito com suas categorias não mais respondem às novas necessidades, dificultando inclusive a fixação da responsabilidade dos débitos trabalhistas pela fugaz identificação do empregador. Com uma velocidade inimaginável empresas são criadas e extintas, ocorrem mudanças de titularidade, negociações e acordos para transferência de ações, de controle e gerenciamento. Nascem empresas novas sem trabalho, processos produtivos na sua integralidade são terceirizados. Crises de desemprego e de proteção social fazem nascer uma nova gama de demandas sociais.

Os processos de otimização da tecnologia, da robotização, determinam um alto custo de investimento para criação de um único posto de trabalho. A concorrência, dentro de um mercado sem fronteiras, determina uma necessidade emergencial para as empresas em diminuir os seus custos trabalhistas. Diante de tal situação retratada, nota Monereo Pérez que ao Estado é exigido um duplo comportamento: por um lado, uma atitude positiva de atuação em prol das empresas, para ajudar ao setor privado que saia da crise, mantendo

propriamente voltadas para a redução do seu grau de viscosidade". DELFIM NETO,

sua taxa de lucro, em um sistema livre de mercado, flexibilizado, com uma política fiscal e trabalhista que lhes garanta a superação da situação e, por outro lado, os trabalhadores, que buscam do Estado uma política de estabilidade e proteção, com um controle sobre o sistema econômico. E os Estados, com a indicação de que buscam o pleno emprego, para realizar o objetivo de uma política econômica, acabam optando pelo atendimento dos anseios da empresa. "[...] *El Estado en una situación de crisis fiscal, de déficit, no puede dar cumplida satisfacción a ambas demandas sociales y opta - siguiendo la lógica del sistema socio-económico vigente - por orientar sus recursos escasos hacia una política de restablecimiento y salvación de las empresas [...]*", uma política de salvamento das empresas em dificuldades.²²⁰

O ordenamento jurídico trabalhista cumpre então um papel de ajuste às novas necessidades econômicas, flexibilizando e liberalizando o mercado de trabalho, que implica uma *remercantilización*, ou seja, uma maior dependência dos trabalhadores em relação ao próprio mercado, com a diminuição das garantias sociais e da liberdade real.

A questão das necessidades do sistema de mercado passa pela apreciação do condicionamento como fonte de poder. Afinal, o mercado é o espaço impessoal no qual se dissimula o exercício da autoridade. Um condicionamento social acaba por ocultar a concentração do poder. *"Dissimulado de maneira similar pela mística do mercado e da soberania do consumidor é o poder das grandes empresas para determinarem ou influenciarem os preços e os custos, subordinarem ou subjugarem políticos e manipularem as reações do consumidor"*.²²¹

Não se pode mais pensar no mercado ingenuamente, com o mito da auto-regulamentação com um Estado não intervencionista, à

Antonio. *Flexibilidad*..., p. 31.

²²⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción*..., p. 169-174.

²²¹ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomía*..., p. 12.

medida que o poder das empresas está assentado em condicionamentos sociais, principalmente através da mídia como criadora de necessidades. Se, outrora, o homem necessitava comprar no mercado alimento, obter moradia, e adquirir tecidos, modernamente a necessidade é de possuir sempre o aparelho com a tecnologia mais moderna, ainda que cambiante. Poderosa é a empresa que consegue *dominar* o mercado com políticas de *marketing*, a ponto de se propugnar sejam incluídos os gastos com publicidade não como despesas, senão como investimento, à medida que está criando um produto, uma marca com um valor em si considerado. Seria, por exemplo, mais barato para a Phillip Moris montar uma fábrica de sorvetes no Brasil do que comprar a Kibon; porém, a concorrência demandaria tempo e - dinheiro - , já que a Kibon é um produto que possui um espaço certo de aceitação.

E a lógica do mercado não é simplória: impõe-se como produto vendável o mais barato, o que necessariamente apresenta um melhor rendimento. Há uma conquista deste espaço, numa disputa de condicionamento, ou seja, de poder. *“Os preços são, na melhor das hipóteses, uma questão secundária; a preocupação central é a validade das asserções dos anúncios, aquilo que passa por verdade na publicidade”*.²²² Eis a força emergente do direito do consumidor como contra-poder ao poder econômico, que revela ainda a importância do Estado na intermediação regulamentando juridicamente o exercício.

Adam Smith,²²³ antimercantilista, contribui para este condicionamento social, atacando as fontes ideológicas do poder mercantil, fortalecendo o poder industrial emergente, atribuindo a grande vantagem dos custos à divisão de tarefas no trabalho e aplicação do esforço de cada um: *“A divisão do trabalho que pode ser efetuada em cada caso origina porém, em todas as indústrias, um aumento*

²²² GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 142.

proporcional da produtividade".²²⁴ A especialização do trabalho permitia a produção de bens a custo inferior. A desregulamentação do mercado no capitalismo vinha a atender às necessidades de organização e produtividade. A concorrência estabeleceria um freio ao poder industrial, exercendo o mercado a função de estabelecer um equilíbrio instável, na qual a *mão invisível* atuaria em benefício do bem público.

O capitalismo se desenvolveu e a empresa deixou de ser um braço do capitalista, emergindo a organização e a administração que passam a ocupar o lugar reinante de fonte de um poder condicionado.

Os mecanismos condicionadores do capitalismo precisavam dar conta da então aviltante desigualdade social e econômica. Horas ilimitadas de trabalho, salários de fome, condições inumanas de trabalho eram explicadas a partir de teorias que serviam ao capitalismo industrial. Malthus e Ricardo²²⁵ indicavam que os baixos salários eram devidos à fertilidade dos trabalhadores, causa direta da pobreza: "[...] o próprio trabalhador é que era o arquiteto da sua miséria".

Agregam-se a idéia de Bentham e a dos utilitaristas que propugnavam que a melhor política era o *laissez-faire, laissez-passer*, eis que se todos são iguais, todos podem prosperar e, assim, teríamos o maior benefício para o maior número. Se alguns sucumbissem, era em benefício de muitos, eis que sofrimento e privação eram inevitáveis.

Nesta mesma trilha, Spencer propugnava na economia um darwinianismo, com a idéia de que sobrevive o mais forte e mais apto. "*Riqueza era o prêmio para aqueles que eram intrinsecamente melhores*".²²⁶ Seguindo idêntica linha de raciocínio, Pareto constata que

²²³ SMITH, Adam. *Investigação...*, p. 13-26.

²²⁴ SMITH, Adam. *Investigação...*, p. 14.

²²⁵ RICARDO, David. *Princípios...*, p. 297-8: "[...] temos que os salários sobem ou descem por duas causas: 1ª A oferta e a demanda de trabalhadores [...] Com a população pressionando os meios de subsistência, os únicos remédios são ou a redução do número de habitantes ou uma acumulação de capital mais rápida [...]".

²²⁶ Essas idéias foram acatadas ainda por Summer, da Universidade de Yale e Beecher, que chegou a afirmar que "*Deus destinou os grandes a serem grandes e os pequenos a serem pequenos*". GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 122.

a distribuição desigual era uma constante nos países industriais e afirmou que a *“constância de desigualdade na distribuição de renda reflete a desigualdade da capacidade humana, que é uma categoria natural e universal”*.²²⁷

O espaço para a deificação do mercado estava constituído. No mercado se conseguiria minimizar as amarguras do capital, determinando os preços e salário através da lei da oferta e da procura, em benefício de todos, ainda que alguns, em prol da maioria, tivessem de amargar. Era o preço da liberdade. Todas as decisões relacionadas às atividades empresariais deveriam ser tomadas a partir da reação do *jogo impessoal* do mercado e com base nela. *“O industrial não tinha poder sobre nada disso; não caberia, portanto, qualquer preocupação legítima quanto ao exercício desse poder”*.²²⁸ É a crença no mercado como mecanismo de exteriorização do poder condicionado.

Como a todo poder corresponde um contra-poder, idéias em oposição surgiram, inclusive algumas a partir da necessidade do Estado como instância reguladora. Karl Marx atacou a propriedade como fonte do poder, contrapondo com um poder igualmente condicionante, demonstrando que as idéias dominantes eram as aceitas e propugnadas pela classe dominante. Porém, seu grande mérito foi visualizar e persuadir os trabalhadores que a ausência de poder, a submissão pura e simples, não é natural. O poder poderia ser conquistado pelos trabalhadores. Sua crítica partia da teoria do valor do trabalho, com afirmação de que todos os bens são valorados em uma proporcionalidade a partir do trabalho nele incorporado. Os salários baixos eram resultado de um exército industrial de reserva com necessidade de postos de trabalho em uma estrutura que era mantida pelo desemprego. Se os salários aumentassem pela escassez de mão-de-obra, ter-se-ia uma crise, ou depressão, que se crescente em

²²⁷ GALBRAITH, John Kenneth *Anatomia...*, p. 123.

intensidade terminaria com a estrutura capitalista, agregado ao processo de concentração do capital que impeliria os pequenos capitalistas para o proletariado. O sistema sucumbiria, ainda, em face do monopólio, ainda que uma parcela do contra-poder condigno fosse necessária: a revolução, que levaria ao triunfo dos trabalhadores e à própria supressão do Estado. A força do contra-poder condicionado, nas críticas ao sistema capitalista, ainda desafia a moderna economia.

Atualmente há uma crise de racionalidade²²⁹ funcional do mercado, em relação à sua dinâmica, à expansão do gasto público e da atividade econômica em geral, problematizada pela fragmentação do sistema de classes das sociedades de capitalismo tardio.

A necessidade de se criar um ambiente de cooptação é de mais fácil recepção diante da realidade histórica brasileira, em que se procurou e se busca mascarar o conflito capital e trabalho, a partir de uma ideologia estatal trabalhista desde os anos 40, período de grande desenvolvimento e normatização no direito do trabalho, através do mito da concessão de direitos em uma intervenção estatal preventiva.²³⁰

Toda organização e, assim a empresa, é o campo em que os conflitos próprios da convivência humana, em uma estrutura de sociedade de fortes desigualdades sociais, se acentuam. Possivelmente, conforme pensa Viana, não em razão de se tratar o contrato de trabalho de um negócio jurídico de trato sucessivo e continuado, nem pelo conteúdo impreciso da obrigação, mas porquanto há subtração de liberdades, opondo-se a cada indivíduo.²³¹

²²⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 124.

²²⁹ OFFE, Claus. *A sociedade...*, 431 p.

²³⁰ Sobre o tema, ver FERREIRA, Jorge. *Trabalhadores...*, p. 21-68; RUAS, Miriam Diehl. *A doutrina...*, p. 43-62 e, ainda, PARANHOS, Adalberto P. *Dialética...*, p. 57-94.

²³¹ VIANA, Márcio Tulio. *Direito...*, p. 70.

2 - EMPRESA COMO ESPAÇO SIMBÓLICO

Comparato afirma²³² que se procurarmos uma instituição social que possa pela sua importância, como influência e poder, no seu dinamismo, expressar a própria civilização contemporânea, esta instituição é a empresa.

A empresa e o empresário não exercem um papel restrito ao campo da atividade produtiva de bens e serviços. As relações jurídicas disciplinadas pela legislação no seio da empresa são patrimoniais, à medida que a economia liberal protege patrimônios. O direito do trabalho, enquanto voltado ao homem trabalhador, denota a necessidade uma mudança de ponto de vista na própria empresa.

O papel da empresa na estrutura societária moderna transcende, à evidência, a questão meramente econômica. *“Ha de hacer eficaz y efectiva la colaboración sociológica, no sólo sobre bases profesionales y económicas, sino morales y políticas. Há de responsabilizar una serie de deberes de carácter social y unas prestaciones económicas. Es un sujeto pasivo, pero también activo, de la Política social”*.²³³

A força da empresa, assim, ultrapassando o seu campo econômico de atuação, faz com que alterações no seio da sociedade ocorram, tanto pela criação de novos produtos como pela geração de outros serviços, numa emergência de necessidades antes inexistentes, e ainda pela extinção de funções e produtos considerados como ultrapassados. Porém o implemento tecnológico não acompanhou a melhoria de vida dos trabalhadores. Ocorre que tais produtos estão no mercado para os consumidores e não para os trabalhadores, que os

²³² COMPARATO, Fabio Konder. *A reforma da empresa*. In : Revista de direito mercantil. São Paulo : Revista dos tribunais, v.50, p.57.

²³³ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 50.

produzem, numa distribuição e repartição que está muito distante da eqüitativa.

Traduz-se a empresa e suas necessidades como justificação do poder mediante um distanciamento simbólico. Os detentores do poder econômico, sob o argumento da empresa, das necessidades da atividade econômica, da alta função social que a empresa representa na sociedade moderna, da emergência do mercado, propugnam uma maximização dos lucros e otimização dos resultados; enfim, tudo justifica a manifestação de poder.

O observável, entretanto, como salientara Roberto Aguiar, é que os detentores do poder representam forças sociais que tentam fazer do poder o veículo de seus interesses e sua ideologia.²³⁴ E o fazem com procedimentos de impessoalização, manifestações de imagens e idéias erigidas em tabus²³⁵ e, assim, intocáveis, salvo por quem esteja autorizado para tal. Neste aspecto há um lugar de suposto desejo de trabalho.

A empresa é, também, o espaço no qual o indivíduo, exercendo funções específicas, dentro de uma estrutura hierárquica de poder e divisão do trabalho, deve se constituir enquanto sujeito, dando-lhe sustentação, em um lugar de prova do seu corpo, além dos limites. Onde deveria proporcionar a auto-realização do trabalhador, é o campo da sua dominação, das punições e castigos, da hegemonia produzida pelo capital. As necessidades básicas, o trabalhador livre deve buscar no mercado com os valores que possuir, dentro da sua capacidade de trabalho. Para conseguir algo a mais deve entregar a sua própria vida à empresa, seu tempo de trabalho e de descanso.

Ressaltou Herrera Flores que trabalhar como atividade humana específica implica sempre um projetar-se em direção aos outros. "*El trabajo se configura como una <acción-para-otros> [...] y esta*

²³⁴ AGUIAR, Roberto A R. *Direito...*, p. 53.

posición implica que cuando trabajamos no lo hacemos única y exclusivamente en nuestro mero interés, sino que tendemos a satisfacer los de otros como una de las pre-condiciones de un trabajo no alienado y creativo". Ademais, através do trabalho não somente se busca a satisfação das necessidades, mas a possibilidade de novas e mais amplas necessidades, que (re)implicam novas formas de trabalho.²³⁶

Como instituição imaginária, opera essencialmente com representações e imagens que o homem trabalha como protagonista num espaço cultural e social, assegurando-lhe mais do que uma mera satisfação econômica, uma satisfação simbólica, um indicado lugar de gozo, embora limite o seu autoconhecimento e não raro determine uma alienação. Aliás, pelo contrato, o salário paga o tempo de trabalho à disposição do empregador, que passa a deter o gozo, com a mais-valia.

Porém, conforme Chemama, *"a realidade é precária para o homem, ele vai preferir facilmente a via da ilusão, até da alucinação se esta lhe der um acesso mais direto ao seu desejo".*²³⁷

Por tal motivo o empregado que é despossuído do seu posto de serviço vem privado de algo mais do que a perda da sua subsistência; perde a sua própria identidade; perde seu espaço simbólico. E o empregado que ainda detém o trabalho revela um *"mal-estar permanente nas classes privilegiadas, relativo às condições de indigência de uma grande parte da população, manifesta o sentimento de que algo, no vínculo empregatício, ainda participe ou possa participar da escravatura"*. Uma escravatura que não é vista enquanto corpo explorado pelo trabalho no capitalismo nascente, mas um corpo escravo, espoliado, fantasma, que entretanto não exclui a integração familiar ou paródia de dominação, uma "dignidade excessiva" que lhe parece ocupar o empregador. Não se busca alguém para se

²³⁵ Vocábulo polinésio significando *intocável*. CHAUI, Marilena. *Convite...*, p. 300.

²³⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos...*, p. 62.

²³⁷ CHEMAMA, Roland. *O trabalho...*, p. 20.

responsabilizar, tomar conta do corpo escravizado, uma extensão ou "[...] *melhor representante do corpo da terra, de um corpo permitido, aberto*", mas alguém que o reconheça como o Outro, permita a cada um finalmente *ser e não estar* trabalhador.²³⁸

Neste trilhar, Dussel, na luta pela liberação dos oprimidos, da dependência econômica, atesta que o direito ao trabalho é o direito à vida, fundamental, uma necessidade, exigência e prescrição ética prioritária, que dá garantia de dignidade à pessoa. "*Mediante la actividad laboral se le permitirá a los pueblis mantener su idiosincrasia, y a los individuos mantenerse vivos en solidaridad com sus semejantes, sin relaciones de subordinación, y compartiendo, comunitariamente, la propiedad de sus productos*".²³⁹

Tal direito, a partir de uma linguagem tecnológica referida ao sistema, aduziu Sanchez Rubio, em um discurso de totalidade oculta o direito, em nome do sistema capitalista, marginalizando e deprezando o ser humano em um processo de alienação. O trabalhador, no processo de produção capitalista é desconsiderado, a partir da objetivação da sua força produtiva, gerando uma *injustiça ética*, já ressaltada por Marx. O processo de acúmulo do capital implica um acúmulo de pobreza, marginalidade e dominação.²⁴⁰

Esse processo de alienação adentra pela ordem simbólica, identificada por Lacan, uma alternância entre o mais e o menos, o positivo e o negativo, que no âmbito do trabalho poderia ser identificado como o trabalho e o descanso, o tempo de trabalho, de dominado e o de descanso, de não-sujeição. Hoje, se materializa diante de uma ordem não dialetizável em função do tempo - tempo de trabalho/ tempo de descanso -, na qual não mais há o *mais e o menos*. "*O que aparece na frente da cena [...] é antes de mais nada a oposição não dialetizável de*

²³⁸ CALLIGARIS, Contardo. *Hello...*, p. 29-31 e 67.

²³⁹ SANCHEZ RUBIO, David. *Enrique Dussel...*, p. 533.

²⁴⁰ SANCHEZ RUBIO, David. *Enrique Dussel...*, p. 536.

um tempo deixado livre em função do desemprego, total ou parcial, e de um tempo que é necessário tornar o mais produtivo possível, para escapar a este desemprego. Deste modo o trabalho não pode mais ser sentido como o meio de acender ao tempo de férias, mas como o meio de evitar estas férias não desejadas".²⁴¹

A disponibilidade dos empregados, assim, transcende o tempo de trabalho, projetada nas necessidades da empresa, deixando de ser um espaço limitado, passando a constituir-se como valor absoluto, totalitário. A empresa controla o trabalho e o trabalhador, domina a vida.

Em nome da empresa, em nome da manutenção do emprego, há uma nova forma de relação do trabalhador com o trabalho. Estruturada em uma organização hierárquica, a atividade empresarial possibilita um discurso de cooperação, com a assunção pelos empregados de um ideal e objetivo que não lhes pertencem, que não lhes trazem benefícios e que somente alimentam a mais-valia.

Tudo na empresa é possível e pode ser imaginado em termos de expansão, dependendo tão-somente da força de trabalho e do tempo do empregado. *"Não somente o empregado tem que poder estar disponível a todo momento mas mesmo durante o tempo que ele não se encontra no seu posto de trabalho, seus lazes deveriam levá-lo a jamais perder de vista o que poderia favorecer projetos da Empresa".* A conduta, dentro e fora do local de trabalho, enquanto controlada a partir das necessidades da empresa, é recebida como útil e necessária, interiorizada pelo próprio trabalhador, levando inclusive a um sentimento de culpa individual e coletivo alardeado. Note-se que a noção de obediência ultrapassa os limites físicos da empresa e, ainda, o seu horário de trabalho, para apropriar-se da vida, dos pensamentos, do ar respirado: tudo em nome da empresa. Afinal, a empresa depende

²⁴¹ CHEMAMA, Roland. *O trabalho...*, p.21.

dos trabalhadores, da sua disponibilidade completa; de uma melhoria da qualificação; os empregados no Brasil não têm capacitação, não estão preparados.

Há, ainda, o que Thorstein Veblen identificou como o orgulho do próprio trabalho:²⁴² *“A remuneração do executivo ainda é uma grande motivação; mas os propósitos da empresa estão profundamente incorporados à sua crença e têm uma força independente. Crê que tais objetivos são bons e corretos, e essa crença é uma manifestação altamente eficaz do poder condicionado”*.²⁴³

Também aos empregados aponta-se um espaço de realização de uma parcela do poder diretivo, à medida que quanto mais se dê a vida em prol da empresa, maiores as chances de ascender na escala estrutural de cargos e funções. Cria-se no imaginário a possibilidade de um espaço de poder dentro da empresa, do desejo do gozo que nunca virá, restando sempre mascarada a submissão.

O empregado não precisa tomar o lugar do empregador, embora o deseje.

Afinal, é verdadeiro que, de forma geral, ainda o sujeito que esteja excluído do direito como um todo, à medida que, por exemplo, não é proprietário, não é sujeito passivo de uma obrigação tributária, não é participe de um contrato comercial, não é consumidor, é sempre um trabalhador com uma função específica na empresa.

Passa então a ocupar um espaço - jurídico e social - em que seus atos e sua vontade contam, na empresa como instituição concreta, ainda que para determinação de uma certa conduta, gerando uma situação na qual o seu interesse, imagina, vem resguardado pelo Estado, provedor. A função atribuída vem motivada com um imanente *dever de colaboração*, também revelado como dever de convivência,²⁴⁴

²⁴² Com exceção das repetitivas, estafantes. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 29.

²⁴³ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 29.

²⁴⁴ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 172.

ainda que seja o de instrumentalizar pela sua própria existência, ainda que não tenha quaisquer direitos sobre o produto do seu trabalho.

Conforme cita Schwartz, "*jámais um trabalhador fica em frente de uma máquina pensando: 'eu faço o que me mandam fazer'*", ele se apropria de um discurso que lhe é apresentado.²⁴⁵

O empresário exerce, então, afirmando-se numa suposta função materna, provendo a alimentação e subsistência, colocando-se entre o trabalhador e o Estado (Pai, que faz a lei), constituindo-o na sua subjetividade, ilimitando o seu deslizar no imaginário e, assim, mascarando a possibilidade de se tornar um sujeito desejante.

A empresa é o "*locus*" no qual se instala uma relação de dominação e subordinação, sujeição à autoridade, no qual o trabalhador será disciplinado, **premiado** ou **punido** pela sua conduta.²⁴⁶

Pode a premiação²⁴⁷ contribuir, assim, de forma decisiva, como uma força estruturante de constituição do ser, para a sua formação, quando do desempenho de uma relação na qual o poder é figura presente, pela valorização do trabalho e do trabalhador, igualdade de tratamento do trabalho intelectual e manual etc., ou, ainda, na desintegração da sua personalidade.

²⁴⁵ CHEMAMA, Roland. *O trabalho...*, p.23.

²⁴⁶ "Conotante com esse direito (disciplinar), mas por oposição a ele, é o chamado **Direito Premial**, eis que, assim como o objeto próprio desses direitos é a justiça distributiva penal, ou melhor, disciplinar, assim também o objeto do segundo é a justiça distributiva premial, que consiste em atribuir aos membros de uma instituição os prêmios a que fazem jus, segundo seus merecimentos. **Ambos esses direitos podem ser vistos como as faces opostas de um direito institucional**". (g.n.) MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade...*, p.1125. No mesmo sentido, ressaltando todavia que os prêmios acabam dirigidos mais ao estímulo a atos heróicos, serviços extraordinários e superação do próprio trabalhador, do que como medida recompensatória do atendimento aos devers contratuais, eis que "[...] *la ambición del premio sí podría ser motivo suficiente para evitar la imposición de sanciones*". CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 83-4.

²⁴⁷ Nesse sentido indica Roberto Aguiar que "[...] a alternativa para o poder disciplinar é desenvolver uma microgradação de progresso com uma micropremiação correspondente." que pode ser simbólica, como, por exemplo, a ascensão dentro da organização hierárquica, num poder calcado na compensação, afastando-se o poder condigno. AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 71.

Não é factível, assim, afastar um dever ético-social, no desenvolvimento da pessoa, para realizar seus interesses afetivos e existenciais. Da mesma forma que a família, razões éticas e um certo caráter pessoal da relação jurídica,²⁴⁸ exigem formas próprias de tutela, não se podendo vislumbrar tão-só aspectos relacionados com direitos obrigacionais patrimoniais (débito/crédito)²⁴⁹ ou puramente econômicos (direito como instrumento da economia). Na busca desta finalidade ético-social, é necessário superar a concepção puramente individualista (sujeito/livre), para vislumbrá-la constituída pelo social, econômico e inconsciente.

À evidência que o poder no seio da empresa, organizada hierarquicamente, é reconhecido em função de interesse. Porém, o interesse não é “supra-individual”, “superior”, senão a espelho do organismo familiar, essencial da pessoa que se realiza no interior do organismo. A visualização da empresa e sua finalidade social, regulamentadas pelo direito em uma estrutura de normas imperativas e inderrogáveis, visa estabelecer um estatuto de certeza e estabilidade nas relações pessoais e patrimoniais. No entanto, a tomada da empresa como algo abstrato oculta o cidadão. Não é, afinal, o homem que está para a empresa, senão a empresa que está para o homem. O homem deve ser o fim.

O trabalho é uma forma social quando os trabalhadores exercem sua atividade produtiva uns para outros, ao mesmo tempo que para si próprios para outrem, partilhando e trocando entre si o produto do trabalho, produto esse que não tem acesso, que não lhe é de direito, que somente poderá adquirir no exterior da relação de emprego, quando da circulação e redistribuição, como sujeito consumidor.

²⁴⁸ Nesse sentido, afirma Romita que geram um todo inseparável, revelando uma só realidade, o caráter pessoal-patrimonial da relação de emprego. ROMITA, Arion Sayão. *O poder...*, p. 39.

²⁴⁹ CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine & FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Direito...*, p. 13.

O poder não pode estar para assegurar a atividade econômica em detrimento do empregado, punindo-o e castigando-o, sob afirmação de uma proteção. O trabalhar já é castigo por não ser um proprietário do resultado do seu próprio trabalho.

A classe dos detentores das condições materiais e financeiras de produção que adquirem no mercado a força de trabalho em troca de salário não pode, com a conivência do direito, explorar o trabalhador livre, privado das condições de produção, aplicando-o castigos ou punições exemplares.

"O modo de produção capitalista surge de uma situação histórica onde se encontra localmente abolida toda a relação de dependência pessoal extra-econômica entre os indivíduos, e o seu desenvolvimento traz consigo a abolição gradual destas formas pré-capitalistas de domínio e servidão".²⁵⁰

É mister renovar o estatuto de subordinação do sujeito por um de coordenação na organização sobre a força de trabalho pactuada, redimensionando o poder para retirar a possibilidade de constituição de um sistema punitivo privado sobre a pessoa do trabalhador.

3 - EMPRESA COMO ORGANIZAÇÃO HIERÁRQUICA

Como manifestação da liberdade de iniciativa, da liberdade econômica, individual ou mediante a colaboração de terceiros, o detentor do capital poderá selecionar e ordenar meios necessários para exercer uma atividade econômica, buscando a realização dos fins elegidos. Trata-se da revelação primeira, que precede a toda e qualquer forma de manifestação de poder.

²⁵⁰ ENCICLOPÉDIA EINAUDI. *Modo de produção...*, p. 39.

Em sendo anterior aos contratos de trabalho que porventura possam ser celebrados para desenvolvimento da atividade econômica, a atuação ocorre não ainda na qualidade de *empregador*, senão na de empresário, proprietário, empreendedor.

Embora sem razão, Ramalho,²⁵¹ por refrido motivos, refuta o reconhecimento de tal poder de organização como laboral, jungindo-o e restringindo-o ao aspecto puramente econômico de atuação.

A princípio autônomo em relação a concretos contratos de trabalho, não se constitui em absoluta independência, necessariamente interagindo com a questão trabalhista. Isto porquanto o poder de organização não se exaure na escolha dos meios necessários à prossecução dos fins eleitos. Permanece ante a necessidade de corrigir os rumos, alterar os fins, estabelecer novos meios ou procedimentos, bem como eventualmente reestruturar todo o sistema produtivo. Culmina por vezes na própria extinção ou criação de novos postos de trabalho, quando não age tão-só enquanto ente econômico, mas ainda trabalhista, implicando a realocação e redefinição de funções pactuadas naqueles contratos.

A empresa está indissociavelmente ligada à ascensão da organização como fonte do poder. Pelos meandros do poder na empresa, circula a estrutura organizacional horizontal e hierárquica como instrumento abstrato e invisível de exteriorização.

Na organização horizontal, determina-se a divisão do trabalho, por especialização. Na organização vertical dos serviços, a hierarquia, estabelecendo um ordenamento em unidades em vários graus, escalonando-se os poderes, de forma coordenada, visando assegurar uma harmonia ao conjunto.²⁵² A ordem descendente implica uma diminuição de competência, de autoridade e de poder, porém acréscimo de especialização.

²⁵¹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 152-3.

As organizações ao mesmo tempo que determinam uma concentração de poder, dissimulada pela figura da empresa, determinam a sua difusão, pela despersonalização.

A autoridade se apresenta como o princípio reitor da organização, porquanto não há como se manter integrados os seus membros, estruturados hierarquicamente, senão através de uma força. *"As relações entre os membros e os órgãos existem baseadas na autoridade e não na igualdade como as relações que vigem entre as partes contratantes [...] os direitos são [...] regulados pelas 'leis' da instituição".*²⁵³

Na personalidade e na propriedade, a autoridade é identificável; na organização, é ocultada pelo manto de um objetivo uniforme, de um bem comum, de uma idéia comum em que todos devem colaborar. É visível como restou no passado de um alto capitalismo figuras de grandes empresários, *"a personalidade poderosa foi substituída pela equipe administrativa"*.²⁵⁴

A obediência e submissão são, hoje, para com a estrutura administrativo-burocrática e, não mais, como no capitalismo emergente, ao capitalista-empREENDEDOR. Afirma-se que os órgãos que compõem a organização exercem sobre *"[...]a massa dos membros uma autoridade, que é um direito-função, porque esse poder não tem outro fundamento senão o serviço da idéia-mãe da instituição"*.²⁵⁵ Não importa quem exerce a autoridade, eventual modificação na direção, esta o é em nome do bem comum da instituição, garantindo-lhe a estabilidade necessária para a permanência da atividade econômica.

Ocorrendo a difusão do poder, cria-se uma *ilusão de poder* dentro da organização, com a crença de que, na estrutura hierárquica, ao mesmo tempo que presta obediência ao superior, os subordinados

²⁵² CAETANO, Marcello. *Manual*..., p. 244.

²⁵³ Citando Brethe de la Gressaye e Alfred Legal. MESQUITA, Luiz José de. *Direito*..., p. 23.

²⁵⁴ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia*..., p.137.

lhe devem deferência: “*Sua submissão à organização é completa, mas, por algum processo subjetivo de partilha, algo desse poder lhe pertence*”.²⁵⁶ Essa parcela de poder é falsa, porquanto está sempre destinada a garantir a instituição, a realizar o escopo produtivo.

A comunhão de idéias é a identificada pelo fim econômico, como se o trabalho, essa mercadoria, fosse apenas uma engrenagem que possibilita o maquinário desenvolver sua máxima potência.

Associação ou instituição como objetivos estabelecidos, da própria definição de organização deflui a sua caracterização como construção planejada de uma estrutura voltada a um fim específico. Na estrutura, cada componente ou indivíduo possui um lugar próprio e uma função delimitada, coordenada por uma autoridade, a que se submetem, colaborando para realização do escopo final.

Dentre os motivos encontram-se a complexidade das tarefas industriais, necessidade de habilidades administrativas e empresariais, o desenvolvimento tecnológico.²⁵⁷

Há uma relação de dependência entre o exercício do poder interno e o externo, a que Galbraith denomina de *simetria bimodal*. A aceitação e submissão aos objetivos da organização, enquanto exercício de um poder interno, aumentam a eficácia e a capacidade do poder externo. É necessário, então, em uma dada empresa, que os elementos integrantes estejam coesos, acreditando na possibilidade da realização dos objetivos, estabelecidos dentro da capacidade de organização, para que com mais facilidade possa concorrer num sistema de mercado. “*A crença nos propósitos da empresa - o poder condicionado - é quase certamente mais importante*”.²⁵⁸ Por tal motivo o decantado sucesso do

²⁵⁵ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 22.

²⁵⁶ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 188.

²⁵⁷ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 138.

²⁵⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 61.

*modelo japonês dos 5S*²⁵⁹, ou a ênfase que se tem dado aos aspectos psicológicos dos empregados que afetam substancialmente o seu desempenho.

O programa dos 5S é indicado como mecanismo necessário de melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e, conseqüentemente, das organizações nas quais atuam. Incrementando a participação de todos na organização, traduz-se como senso de utilização - *seiri*, senso de ordenação - *seiton*, senso de limpeza - *seisou*, senso de saúde - *seiketsu* e senso de autodisciplina - *sitsuke*. Em benefício da organização é preciso ter disciplina, mudar os hábitos danosos e extirpar padrões inadequados que, embora voltados ao ambiente exterior, empresa, escola, culminam na organização e disciplina interna, pessoal. Manter apenas o necessário, diminui os custos da empresa; ordenar ou combinar elementos conforme um método racional, economiza tempo; retirar as sujeiras e impurezas, inclusive as falhas humanas, mantendo uma atitude *limpa*, ajuda a manter os equipamentos e materiais, prevenindo acidentes e reduzindo índices de doença, causando ainda boa impressão nos clientes; manter as condições de trabalho favoráveis à saúde física e mental, incrementa a boa disposição para o trabalho, reduzindo o número de acidentes e, enfim, utilizando instruções e autotreinamento com força de vontade, desenvolve o espírito de colaboração, melhorando o resultado do trabalho.

É necessário que o empregado “vista a camisa”, acredite na “eficiência” do produto ou serviço, de forma a incrementar as possibilidades de sucesso da empresa. *“Chega a ser lugar-comum afirmar que o oficial ou funcionário eficiente, bom, é aquele que acredita no que está fazendo [...]”*.²⁶⁰

²⁵⁹ 5S é um programa nascido no Japão, na década de 50 e que constitui a base para a Gerência pela Qualidade Total. (GQT).

²⁶⁰ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 65.

Em face da *simetria bimodal* é reforçado o poder condicionado da organização, através da crença, sem descurar, entretanto, de outras formas de revelação, para garantir em qualquer situação o poder interno. O poder condigno vem ajudar a garantir a disciplina interna, provocando reações às vezes extremadas, de forma a manter a harmonia e concordância acerca dos objetivos e desígnios da organização. Há, segundo Galbraith, um tratamento mortificante ao dissidente que rompe o compromisso com a organização. Ressalta-se então que o poder condigno disciplinar é apontado como necessário na organização exatamente como mecanismo de incremento do poder interno, voltado ao atingimento do poder externo, para o bom desempenho da empresa no mercado.

Embora a associação primária da organização seja com o poder condicionado, além do poder condigno disciplinar, o poder compensatório garante por meio da propriedade, com a remuneração ou outros benefícios, a submissão do pessoal, assim como o condicionamento social em relação aos arquétipos institucionais da empresa.

Esta associação das várias fontes de poder, bem como o acesso a todos os mecanismos de imposição, vem garantir às organizações, como a empresa, o atingimento dos resultados econômicos pretendidos. Quanto mais fontes, maior a diversidade de instrumentos e menor os objetivos, de forma a concentrar e canalizar todo o poder em um único escopo, mais força terá a empresa interna e externamente.

A organização econômica produtiva não subsistiria sem uma relação de hierarquia, de forma a garantir o exercício da atividade e a realização da finalidade pretendida.²⁶¹

²⁶¹ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 199. "Excepcion hecha de las empresas unipersonales, los fines económicos no pueden lograrse sin un orden jerárquico dentro de la unidad productiva". KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 53.

Embora o objetivo seja atingir o escopo produtivo, o traço mais forte da instituição é a sua estruturação em uma organização hierárquica, da qual decorre a diferenciação entre superiores e subalternos, por vezes presentes em uma mesma e única pessoa.²⁶² Segundo Mesquita, é a hierarquia que explica e constitui a subordinação, característica peculiar e distintiva da relação de emprego.²⁶³

O vocábulo hierarquia, aliás, etimologicamente vem do grego, de *hierarchía* (*ieros*, sagrado e *arché*, autoridade), significando a sociedade governada por uma autoridade sagrada. Incorpora-se no vernáculo com o sentido de vínculo ou graduação da autoridade, em níveis diversos de competência, exercido através de poderes, dentre os quais o de punir ou aplicar sanções aos faltosos.²⁶⁴ É tomada como "*o poder exercido sobre a atividade profissional de pessoas subordinadas umas às outras e unidas por um vínculo econômico-social na empresa-econômica*".²⁶⁵

Hierarquia se traduz numa relação vertical de distribuição de poder e competências, descentralizantes, com espaços simultâneos de *subordinação*, isto é, submissão e obediência, *coordenados* horizontalmente em vista de um fim comum, da instituição. Não se funda, afirma-se, entretanto, numa superioridade ou supremacia de um homem sobre outro, no sentido de que existem homens superiores e inferiores, senão numa relação de serviço que os liga.²⁶⁶

Há apenas na organização dos elementos, na forma hierárquica de espaços de poder distribuídos em escala, em um deslocamento do centro para a periferia,²⁶⁷ mediante o qual uns

²⁶² PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 379; CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 4.

²⁶³ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 39 e segs.

²⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 80-82.

²⁶⁵ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 42.

²⁶⁶ CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 9.

²⁶⁷ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 57.

determinam comandos para outros que, então se subordinam.²⁶⁸ A consequência da hierarquia é a constituição de um espaço de autoridade e de uma situação de subordinação, estabelecida como dever de obediência às ordens e decisões superiores, que se reproduz em escala.

Toda relação hierárquica é, assim, autoritária, porquanto supõe uma autoridade e a estruturação com distribuição de funções a serem desempenhadas por cada integrante e, destarte, é estabelecida por um processo normativo, visto como uma função no interesse da instituição.²⁶⁹

A autoridade enquanto "[...] *aceitabilidade das decisões por parte dos comandados em virtude de um conjunto de fundamentos que faz do detentor do poder alguém respeitado e aceito*",²⁷⁰ não se encerra nas relações políticas, senão em todos os vínculos entre homens. Há um reconhecimento recíproco entre os que mandam e os que obedecem, e o que sustenta a autoridade é exatamente a hierarquia e não a violência ou coação.²⁷¹

Como ressaltara Arendt, que é plenamente aplicável à empresa estruturada hierarquicamente, *"hoje devemos acrescentar a última forma de domínio, e talvez a mais terrível: a burocracia ou o domínio de um intrincado sistema de departamentos no qual nenhum homem, nem o único nem o melhor, nem poucos nem muitos, pode ser considerado responsável, e que poderia perfeitamente ser chamado de domínio de Ninguém"*.²⁷²

Assim, a obediência decorre, como condicionamento, da noção de hierarquia e não necessariamente de qualquer ameaça de sanção ou punição, ou seja, da violência.

²⁶⁸ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 50-1.

²⁶⁹ Assim, afirma Roberto Aguiar, um sargento obedece ao tenente por estar em um patamar superior hierarquicamente. AGUIAR, Roberto A R. *Direito...*, p. 52.

²⁷⁰ AGUIAR, Roberto A R. *Direito...*, p. 52.

²⁷¹ ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 91 e segs.

²⁷² ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 118.

O poder de comandar e o dever de obedecer advêm do lugar em que se encontrem dentro da organização, acompanhado, todavia, de uma competência estabelecida para a prática de tais atos. Existe, assim, o que Marcelo Caetano denomina de *hierarquia do serviço*, a qual resulta de uma graduação de uma determinada *ordem* de graduação de postos. Por tal motivo, nem todo empregado superior pode determinar instruções aos empregados inferiores; é mister que tenha competência para tanto, que exista entre eles um elo direto de subordinação. Por vezes, ainda, dentro de uma estrutura organizacional existem por meio da descentralização agentes que exercem suas funções com autonomia, o que não significa que estejam à margem da hierarquia, mas que detêm liberdade de ação dentro dos limites preestabelecidos e, assim, não têm superiores naquela ordem.

Dentro da estruturação hierárquica, como mecanismo de impessoalidade do poder, projetada para a empresa, livrando o empregador, parcela deste poder de direção e do poder sancionador pode ser delegado e, o é, usualmente, para exercício por alguns altos empregados, sem que se conclua pela supressão da titularidade do poder que é da empresa, personificado no empresário.²⁷³

O poder pode ser delegado, dentro de certos limites, aos prepostos do empregador quer pela própria complexidade e amplitude da organização empresarial, quer, em sendo uma pessoa jurídica, por uma necessidade de concentração na figura de uma pessoa natural, quer pelo interesse do próprio empregador; não pode, entretanto, ser objeto de renúncia.²⁷⁴

O poder disciplinar é apresentado como uma decorrência da estruturação hierárquica, a supremacia como decorrência lógica da

²⁷³ Nesse sentido, MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 362.

²⁷⁴ Não considera Castro Argüello como renúncia a delegação que uma empresa realiza em favor de outra, dentro do mesmo grupo empresarial, porquanto renúncia pressupõe uma situação definitiva e irrevogável e a referida situação é temporal e transitória, bem como não afeta ao direito, mas o exercício dele. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 115.

forma de organização e a disciplina como inevitável para manutenção e sobrevivência da comunidade institucional.²⁷⁵

No florescer do sistema capitalista, a figura do proprietário dos bens de produção - o capitalista -, era identificado enquanto sujeito empregador e, desta forma, detinha e pessoalmente exercia o poder de direção das atividades econômicas, sobre as pessoas e as coisas, quase como um monarca absolutista,²⁷⁶ em seu próprio interesse.

Todavia, com o incremento da economia e a complexidade da própria cadeia produtiva, passando a ser estruturada a organização hierarquicamente, distribuindo-se o trabalho, bem como o crescimento das empresas e diversificação das atividades, deixou de ser coincidente e desejável a identificação com um *proprietário capitalista poderoso*. Houve uma *impessoalidade do poder*, com a projeção na empresa²⁷⁷ dos interesses perseguidos. O poder não mais é do empregador, egoisticamente, mas da empresa, em um sentido comunitário de busca de interesses coletivos, tanto de trabalhadores quanto do empregador. O exercício, todavia, continua nas mãos do empregador ou quem o represente, em nome da instituição, da comunidade, da organização.

Argumenta-se com um imperativo econômico de limitação da responsabilidade do devedor determinante como tendência contemporânea: visa limitar os riscos e os perigos das operações empresariais.²⁷⁸ O sacrifício das faculdades alheias, com a personificação, gerador de malefícios, é assumido e suplantado pelo ordenamento como necessário para consecução de fins considerados mais relevantes.²⁷⁹

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 76.

²⁷⁶ Nesse sentido, ver RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 187.

²⁷⁷ Para Alonso Olea e Casas Baamonde, entretanto, o poder é do empresário, que o exerce por si ou através de outras pessoas. ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho...*, p. 338.

²⁷⁸ ISFER, Edson. *Sociedades...*, p. 16.

²⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração...*, p. 103.

Inicialmente, porquanto a empresa passou a subjetivamente revelar-se através de uma pessoa jurídica que, possuindo personalidade e um patrimônio próprio, deixou de confundir-se com os seus titulares,²⁸⁰ segundo reconhecimento pelo sistema jurídico.²⁸¹

Criada sob a forma de sociedade, associação ou fundação, estas entidades procedem sempre a uma separação entre a pessoa jurídica e as físicas, cuja vontade tornaram possível a sua constituição,²⁸² sobremaneira a partir do século XIX.²⁸³ Permanece, de qualquer sorte, a figura da empresa sem sociedade, como na hipótese do comerciante individual; embora, para limitar a responsabilidade, um verdadeiro ludibrio à lei, exista quem indique “prestanomes” que, não contribuindo para o capital social, emprestem o seu nome para constituição de uma sociedade.²⁸⁴

Por vezes, confundido com o próprio nome fantasia, o empregador, simbolicamente, para os empregados passou a ser uma

²⁸⁰ Aliás, a personificação traduz exatamente esta finalidade, de separação do patrimônio pessoal do empresário, tornando-o incólume; varia a possibilidade de se atingir os bens dos sócios, conforme seja o tipo societário.

²⁸¹ Note-se que o fenômeno da despersonalização não significa necessariamente que se ignore ou se postule a supressão do conceito de pessoa jurídica no direito do trabalho; pretende-se a desconsideração da personalidade jurídica, tanto do empresário quanto do trabalhador, na hipótese de abuso, assim entendida como a situação em que a personalidade jurídica é utilizada para determinar um sacrifício de um direito ou de uma faculdade assegurada pelo sistema jurídico tutelar. “O instituto, que começa a difundir-se nos demais ramos do direito, é velho conhecido do direito do trabalho. Tão conhecido, aliás, que passa até despercebido aos cultores desse ramo, que nele não vêem nada de especial”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração...*, p. 104.

²⁸² Embora, sendo uma sociedade sem personalidade jurídica, como na sociedade de fato, não se possa atribuir um patrimônio societário separado e identificável, eis que, respaldado em Hart, para quem a característica própria dos conceitos jurídicos é a atribuição, a pessoa jurídica é somente aquilo que a norma jurídica estabelece e, assim, não se poderá falar de pessoa jurídica se, por exemplo, não foi registrado o ato constitutivo da sociedade no registro próprio. Assim, por exemplo, a sociedade de advogados sem registro junto a OAB. ISFER, Edson. *Sociedades...*, p. 39.

²⁸³ Segundo Marçal Justen Filho, não se tratou de um fenômeno isolado ou casual. A generalização da personificação, antes limitada a entidades que transcendessem à individualidade, como a Igreja, a Corporação, passou com o predomínio filosófico do liberalismo e individualismo, a partir da Revolução Francesa, a ser atribuído às sociedades anônimas. “Retirando-se o Estado do exercício da atividade econômica e alterando-se a natureza dessa atividade, o capital individual dificilmente era suficiente para o sucesso. De resto, a responsabilidade subsidiária ilimitada era risco a que não se aventuravam os que pudessem deter tamanha riqueza. Esses não estariam dispostos a inverter somas elevadas no negócio e, ainda, permanecer com o risco de comprometer o restante do patrimônio privado”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração...*, p. 24.

referência abstrata, não materializável. Se é empregado da “Coca-Cola”, da “Wolkswagen”, do “Bradesco”, das “Casas Pernambucanas”; de uma marca, de um símbolo.

Ademais, a autoridade não mais é exercida de forma direta pelo proprietário ou capitalistas, senão por alguém que, às vezes também ele mantendo uma relação jurídica empregaticia, a desempenha em nome da sociedade, investido que está do poder, embora também subordinado a ele. Os proprietários, não poucas vezes anônimos, são prestadores de capital.

O poderio econômico acabou concentrado em agrupamentos ou número identificado de pessoas naturais ou jurídicas que, por detrás das próprias figuras societárias, acabam de forma invisível dirigindo as atividades desempenhadas por uma série de empresas coligadas. Teremos, então, um empregador aparente e um efetivo, embora encoberto, não identificável.

É variável, por conseguinte, a própria autonomia de quem exerce o poder de direção, de fiscalização e disciplinar em relação aos proprietários, chegando a um tal ponto em que, numa sociedade anônima, o desconhecido, o proprietário do capital, não tem qualquer ingerência sobre quem e como se exerce a direção. Se o capital está dividido em pequenos acionistas, está identificada na assembléia geral, os proprietários desempenhando um papel meramente formal.²⁸⁵ O grupo de acionistas majoritários pode eventualmente deter alguma autoridade sobre quem está dirigindo, mas certamente não todos terão a mesma ingerência no desempenho das atividades funcionais da empresa e, na maioria das vezes, um grupo ou o acionista minoritário acaba exercendo o controle da empresa.

A empresa estrutura-se a partir de uma desigualdade dos seus membros integrantes, tendo uma autoridade que seria o sujeito

²⁸⁴ ISFER, Edson. *Sociedades...*, p. 16.

ativo do poder disciplinar, não raras vezes diluída na estrutura hierárquica. Pela divisão de competência e de função, por delegação descentralizada, tem-se, na mesma pessoa, a autoridade e o subordinado.

Porém, mais recentemente, e sobretudo em alguns países europeus, há uma coordenação de poderes no âmbito da empresa. Poderes do empregador e poderes das organizações dos trabalhadores, dos quais emergem normativas a reger as relações. Não se pode vislumbrar que exista apenas poder centrado na figura do empregador, do qual emanam comandos unilaterais, ainda que limitados pelas normas vigentes. Existe ainda um poder organizado dos trabalhadores, não necessariamente coincidente na totalidade com o poder sindical,²⁸⁶ à medida que é possível identificar comissões de fábrica, conselhos de trabalhadores, representantes dos trabalhadores, assim como delegados sindicais. Por tal motivo, Kahn-Freund ressalta uma realidade que o direito oculta, mas que é a nota dominante das relações de trabalho consistente na conciliação entre o poder normativo e diretivo do empregador, enquanto ato unilateral, baseado no contrato, com o poder coordenado do empregador e dos empregados, manifestado com a negociação coletiva.²⁸⁷

Adolf Berle²⁸⁸ em um estudo, acabou por demonstrar que, nas empresas, o poder acaba concentrado nas mãos dos administradores e não nos proprietários ou acionistas, desqualificando assim a propriedade como fonte de revelação do poder.

A projeção para a empresa, apresentada como uma comunidade de interesses, e a supressão da figura central do empregador mantêm sustentável a posição de supremacia e de dominação pessoal do empregado, à medida que não se traduz em si em

²⁸⁵ RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 181.

²⁸⁶ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 360 e segs.

²⁸⁷ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 58-9.

uma violação ou desconformidade com o princípio da igualdade das partes contratantes e liberdade, estando todos incorporados e unidos por um escopo comum, na busca da sua realização. A recepção de uma situação de cooperação, colaboração, mascara qualquer conflito capital/trabalho. A disciplina e a punição são não somente favorecidas como louvadas. Chega-se, inclusive, como em França, a criar um fundo comum dos empregados que recebe valores cobrados a título de multa pelo descumprimento de deveres enquanto pena imposta ao faltoso.

O poder não mais é uma prerrogativa, senão uma função propriamente dita, e a disciplina na empresa, obtida não mais pela violência, pelo castigo ou punição, mas pelo condicionamento.

²⁸⁸ BERLE, Adolf. *Power without property*. Apud GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 50.

CAPÍTULO II

PUNIÇÃO

*A arte de punir deve portanto repousar
sobre uma tecnologia da representação.
A empresa só pode ser bem sucedida se
estiver inscrita numa mecânica natural.*

Michel Foucault

O espaço de macropoder, o poder de comandar, dirigir e sancionar e punir, atribuído ao empregador, por força da atividade empresarial, não está à margem do ordenamento jurídico. Vem sempre acompanhado, nas relações de emprego, de uma ingerência qualificadora pelo direito, estatal ou não, que o aceita, rotula de válido/inválido, mantendo-o nos efeitos causados, consoante esteja conforme os sistemas.

Ainda quando o Estado situa-se à margem, distante da força operativa do poder, omissa na regulamentação ou desconhecendo-o, a própria inanição se revela como um silêncio empenhativo, à medida que inexitem no campo jurídico vazios não-valorativos.

O direito aparece, em geral, como o campo de batalha na luta como expressão normativa, acolhedora, mitigadora e limitadora, reprovadora do poder. Como ressalta Aguiar, *"Navega o poder nesse mar revolto de ações, interações e contestações da sociedade e ele necessita sobreviver, necessita ser aceito para conseguir traduzir sua*

ideologia e organizar a sociedade de acordo com seus interesses. É aí que a estratégia e as táticas são importantes e é aí que o direito aparece em toda a sua plenitude, como expressão normativa da mitigação dos conflitos das forças sociais". ²⁸⁹

O ordenamento qualifica, colorindo o fenômeno com as cores do jurídico.

O poder jurídico, embora citado e perceptível mais freqüentemente nas relações dentro do campo do direito público, se faz presente sempre nas relações no campo privado.²⁹⁰ É o tradutor da ideologia, defendendo princípios, controlando condutas, garantindo sanções, gerenciando os conflitos.

Poder jurídico é o reconhecimento pelo direito da possibilidade de imposição da vontade sobre o comportamento de outras pessoas, com a disponibilidade dos recursos e meios declarados legítimos para alcançar o fim.

O direito do trabalho reconhece na empresa a constituição de um espaço de macropoder. Regulamenta as relações entre empregado e empregador exatamente a partir de tais referenciais: o poder diretivo, amplo, e o contra-poder do empregado, ora limitador, ora constitutivo de novas regras jurídicas; ora intervindo pela regulamentação, ora passivamente garantindo a normatização pelas partes em conflito.

De qualquer sorte, alguns princípios reitores pautam a conduta jurídica, dentre os quais o privilégio da propriedade privada, a livre iniciativa e autonomia da vontade no contratualismo. Principalmente a partir de tais referenciais é que vem a doutrina tentar encontrar a fundamentação, a legitimação e a limitação do poder de punir.

²⁸⁹ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 55.

²⁹⁰ É estudado no âmbito do direito de família.

O poder se revela na possibilidade jurídica de produzir pela própria atividade e mediante declaração de vontade, um efeito na órbita do direito.²⁹¹ Não raras vezes quase que confundido com a figura do direito potestativo; a distinção entre ambos reside no fato de que o poder se revela pela disponibilidade de meios, instrumentos para prossecução de um determinado fim, ou seja, os meios de punir alguém pelo descumprimento de um dever jurídico e o direito potestativo é o direito de, pela manifestação unilateral de vontade do titular, determinar o nascimento, modificação ou extinção de uma situação jurídica do outro sujeito que, sofrendo as conseqüências, nada pode fazer senão sujeitar-se.

O poder punitivo, em especial, reconhecido e acatado, diz respeito à exigibilidade direta pelo titular do direito subjetivo do cumprimento de um dever jurídico, contratual ou não, sem necessidade de intervenção do poder estatal,²⁹² ou seja, uma **autotutela imediata dos próprios interesses**, que serve de maneira adequada como garantia da propriedade privada, da liberdade de iniciativa e, enfim, do capital.

I - PODER PUNITIVO

O poder punitivo²⁹³ reconhecido ao empregador revela-se em um sentido amplo, no poder de regulamentar, pela criação de um conjunto de regras obrigatórias no seio da empresa determinantes de deveres, tipificando e estabelecendo as sanções e, num aspecto restrito, no próprio poder punitivo, como poder de imposição das penalidades

²⁹¹ MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 75.

²⁹² MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 74.

²⁹³ Também é denominado de poder disciplinador, na doutrina estrangeira, "*derecho disciplinario del trabajo*", integrante de um ramo denominado "*Derecho social del trabajo*", enquanto direito penal das instituições, "*derecho disciplinario laboral*", "*derecho disciplinario del empleador*", negando a existência de poderes da empresa, senão exclusivamente do empregador. OLIVEIRA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 124.

disciplinares, ante eventuais faltas intencionais cometidas pelos empregados, no próprio interesse,²⁹⁴ para corrigi-las e assegurar a conformidade das condutas com as necessidades do serviço.

Se o empregador detém o poder punitivo, enquanto situação de supremacia sobre o empregado que, assim, se encontra numa posição de mera sujeição à pena ou sanção imposta, para observância da disciplina e da autoridade, está garantido o controle que deve exercer sobre a atividade desempenhada e remunerada e resguardado o interesse coletivo ou razão de ser do grupo. Há um rompimento de uma igualdade entre as partes contratantes.

A punição visa, então, tornar real um controle eficaz da observância dos comandos pelos destinatários, em nome de um interesse posto como da coletividade e não individual, do empregador.

Trata-se de mecanismo apto a coibir a inobservância de deveres principais e acessórios, de realização da prestação contratada mas, ainda, de obediência, lealdade, de diligência ou de fidelidade,²⁹⁵ consubstanciadas no desatendimento às ordens gerais e particulares ou individuais²⁹⁶ emanadas do poder de direção,²⁹⁷ bem como de conduzir-se pessoalmente no interesse da atividade econômica.

Ordens emanadas por meio de regulamento de empresa, instruções, ordens de serviço e circulares, de forma genérica ou individual, por escrito ou verbal. Corresponderia a uma necessidade técnica e à própria organização da empresa. Assim, uma das questões que se apresenta é a possível identificação do poder punitivo como extensão do poder diretivo, no sentido que se resguarda **exclusivamente** a eficácia dos comandos emanados pelo empregador, atuando posteriormente, restando limitada ao seu exercício. A ausência

²⁹⁴ A distinção entre os dois sentido é procedida por BARASSI, Ludovico. *‘Il diritto...’*, p. 324. Também SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 201.

²⁹⁵ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 130.

²⁹⁶ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 67.

²⁹⁷ ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho...*, p. 338-9.

de comandos pelo empregador implicaria, então, a impossibilidade de aplicação de punições, numa visão de mera acessoriedade.

Perez Botija afirma que, de igual modo que a Administração pública precisa de um poder de mando e, como complemento, um poder corretivo ou disciplinar, a Administração privada também necessitaria. Tal fato vem acentuado pela relativa indeterminação da prestação laboral, detalhada e direcionada na execução do contrato pelo empregador. Desta forma o dever de obediência estaria adstrito aos comandos relacionados com a execução das tarefas pertinentes ao contrato.

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.

Verifica-se pelo sistema positivado na Consolidação das Leis do Trabalho que as hipóteses tipificadas como justa causa 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. Assim, a prática constante de jogos de azar ou a embriaguez habitual seriam exemplos.

Autonomizado o poder punitivo em relação ao poder de direção, qualquer conduta contrária aos interesses da atividade empresarial, ainda que não se revele desobediência a um determinado comando, pelo simples fato de estar inserido na empresa, faz nascer uma série de regras determinantes de um padrão de conduta que não

poderão ser desconsideradas. A correlação seria mais direta com o poder hierárquico e disciplinar, enquanto poder de premiar e punir o empregado, como incentivo à boa conduta empreendida ou sanção pelo comportamento indevido.

A obrigação de conduta e a disciplina na empresa são necessárias, ainda que seja somente um o empregado; a importância se mostra acentuada na proporção imediata do crescimento da estrutura empresarial. *“E cioè perchè gli scopi cui mira l’azienda presuppongono, per il loro raggiungimento, il massimo rendimento del fattore < lavoro > così come la migliore utilizzabilità degli altri fattori di cui l’imprenditore si serve (capitali, cognizioni tecniche) [...]”*.²⁹⁸

Justifica-se o poder de punir como manifestação da autoridade atribuída ao titular da empresa, afinal, o poder diretivo seria um mero poder *moral* que não suscitaria a obediência devida, mas uma simples benevolência, como quer Alonso Olea, se não estivesse acompanhado de um poder de aplicação de sanção a lhe garantir a força coercitiva.²⁹⁹

Aponta a imanência de uma comunidade juridicamente relevante,³⁰⁰ na busca de certos interesses tidos como supra-individuais, da própria organização. Acrescenta em argumentação o fato de que o empregado é um colaborador da empresa, co-labor-a.

Ora, o poder do empregador não é **sobre a pessoa** ou sobre toda conduta do empregado, mas tão-só sobre a força produtiva empregada em face da manutenção de um negócio jurídico trabalhista, que o empregado coloca à disposição do empregador por meio de um contrato. Não é uma sujeição de um homem, inferior, a outro, superior; mas é a carência de detalhamento quanto ao modo e tempo de execução das tarefas que vêm a ser completadas pelo empregador. São esses os

²⁹⁸ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 323.

²⁹⁹ ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p.350.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 123.

comandos que devem ser acolhidos pelo empregado, exclusivamente na direção das atividades. A única possibilidade de justificação de um poder de aplicação de sanções residiria então como decorrência de um poder de direção sobre o trabalho, estaria adstrito ao contratado.

A questão então levantada é se há compatibilidade de um poder de punir acordado em um contrato, máxime diante de um negócio em que se pactua a respeito a um direito ao trabalho, em uma situação real de preemência pela própria subsistência que levou à autonomização do direito do trabalho enquanto necessidade de proteção ao hipossuficiente.

A aceitação, entretanto, tem sido de uma amplitude desmedida, revelando um verdadeiro domínio "[...]de uma das partes sobre a outra num contrato de direito privado [...]".³⁰¹ Identifica-se ora com um *jus puniendi* estatal,³⁰² manifestado em um *verdadeiro sistema de penas privadas*,³⁰³ com finalidades próprias de todo sistema punitivo, preventiva e repressiva,³⁰⁴ ora com a existência de uma estruturação hierárquica institucional, nos moldes do direito público, administrativo, sem estar a conduta integrada por uma série de regras anteriormente postas acerca do funcionamento.

Afinal, a sociedade é composta de várias organizações ou instituições que se caracterizam como centros de poder, não sendo monopólio exclusivo do Estado a punição, eis que supõe a presença de uma autoridade capaz de impor e manter a ordem e disciplina, bem como a coesão entre os membros, ainda que sob ameaça de sanção.³⁰⁵

Embora seja um campo de atuação puramente privado, à medida que trata de interesses econômicos e gerenciais das empresas

³⁰¹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 253.

³⁰² OLIVEIRA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 123.

³⁰³ Nesse sentido, SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 160; em sentido contrário, negando qualquer identificação, embora reconheça certa semelhança às sanções penais, DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 438.

³⁰⁴ ARDAU, Giorgio. *Corso...*, p. 202.

³⁰⁵ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 146.

privadas e porquanto as sanções punitivas têm eficácia imediata, prescindindo de qualquer manifestação judicial ou estatal para sua imposição e efetividade,³⁰⁶ visa tão-só as obrigações trabalhistas em face de uma instituição, na qual são apresentados os interesses como se fossem ainda públicos e coletivos.

A bem da verdade, a sanção e o poder revelam-se numa insuperável circularidade, porquanto se apresentam enquanto um fenômeno biface, como já ressaltara Aguiar:³⁰⁷ o poder garante a eficácia da sanção e a sanção garante a eficácia e a manutenção do poder. A sanção filtra, pela punição, condutas lesivas ou destruidoras do poder, as que possam destruí-lo, mantendo-o, docilizando o trabalhador, como ressaltava 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.

Por tais motivos é aceito. Embora a fundamentação seja a necessidade de dar efetividade aos comandos, permanece no sistema autonomizado em relação ao poder diretivo, sem quaisquer garantias aos empregados. 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.³⁰⁸ O que se quer, então, é garantir o capital, ainda que seja necessário aviltar o direito ao trabalho e à vida.

³⁰⁶ *"El poder disciplinario permite al empresario "adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad".* Decisão do Tribunal Constitucional espanhol n.º 206/1987, de 21.12, citada por MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 365.

³⁰⁷ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 72.

1 - DIREITO OU FACULDADE

Comumente se refere à empresa como centro de poder e o empregador como seu titular. Os autores de direito do trabalho oscilam em identificar o poder ora como um direito, ora como uma faculdade do empregador, a emanção de uma capacidade jurídica ou, simplesmente, a denotação de um espaço de fato e de direito ou simples exteriorização de uma autoridade. Ou, também, como uma relação jurídica complexa. O poder é ainda tido como um conjunto de prerrogativas asseguradas pelo ordenamento jurídico.

Certo é que o poder é mais do que uma potência, é a revelação de uma obediência a uma ordem emanada. Exterioriza-se pela submissão de Outro à vontade de Um. Potência seria mera possibilidade de que tal obediência se realizasse, embora sem que exista qualquer instrumento ou uma força determinada ao comando que, assim, pode ou não se realizar. Seria necessário identificar como o direito recebe e encaixa tais categorias.

Concepções ultrapassadas chegaram a vislumbrar o poder do empregador como sendo do tipo **senhorial**, feudal. O empregador exerce um poder sobre os trabalhadores não como um credor na relação jurídica que se instaura, mas como Senhor. Não haveria senão uma situação jurídica, um *status*, de senhoria, uma relação pessoal, mediante a inserção do trabalhador numa comunidade empresarial.³⁰⁹

Existem ainda visões institucionalistas ou corporativistas que recebem o poder como um **status**, uma posição juridicamente reconhecida, decorrente da hierarquia, de matriz autoritária e

³⁰⁸ O exemplo é de Ramalho. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 226

³⁰⁹ Sobre o tema, ver BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 341-2.

corporativista,³¹⁰ voltada à existência de um interesse, superior e transindividual, o qual todos devem, pela sujeição, buscar a realização.

Martins Catharino nega a existência de um poder no âmbito da empresa ou do empregador, porquanto o poder pressupõe que quem o exerce, age em nome e no interesse de outrem. Poder seria um instrumento vinculado e se consubstanciaria no exercício de uma função para atingir um específico fim, como no patrio poder, poder do Estado ou no poder de representação. Afirma, então, que o empregador detêm um **direito**, completo e integral, exercitável em seu próprio nome e interesse, ligado a uma concreta relação jurídica.³¹¹

Mesquita, institucionalista, em sua obra clássica *Direito disciplinar do trabalho*, enquadra a disciplina como um direito, um **direito-função**. O detentor do poder, superior hierárquico, detêm uma **faculdade**, com fundamento em um interesse social e não individual ou egoístico, em benefício de um corpo social organizado, que é a empresa, de exercer esse direito-função.³¹² Esse direito funcional não é um direito-interesse, individualista, entre partes independentes, senão um direito pertencente à empresa enquanto instituição, uma *sociedade imperfeita*, que assim o cria e aplica.³¹³

O direito-função seria um poder atribuído a alguém para agir na tutela de interesse de outrem e não no próprio, como no direito subjetivo e, assim, estabelecido como um verdadeiro dever. Porém, ao contrário do direito potestativo, a manifestação de vontade não deve corresponder aos interesses do titular, mas a outros aos quais se subordina, próprios da empresa. Tal seria como na situação do pai com um filho, do sindicato perante a categoria ou do sócio com a associação.

³¹⁰ "Influenciada pelo caldo de cultura autoritária e elitista que tanta importância teve na primeira metade do Século XX no mundo ocidental, essa vertente reunia argumentos de variada origem, quer institucionalistas, quer organicistas, quer corporativistas". DELGADO, Mauricio Godinho. *Poder...*, p. 131.

³¹¹ MARTINS CATHARINO, José. *Compêndio...*, p. 114; MARTINS CATHARINO, José. *O poder disciplinar...*, p.436.

³¹² MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 48 e segs.

Muito embora visto, por alguns,³¹⁴ como um verdadeiro avanço teórico sobre as concepções de direito subjetivo e de direito potestativo, não implica uma aceitação da interação dialética na dinâmica do poder intra-empresarial, mas atua como mecanismo ideológico para mascarar a relação de dominação, negando a existência do Outro, o trabalhador. Apresenta, então, uma faceta de **direito/dever** de agir, uma verdadeira falácia, à medida que o poder é sempre exercido pelo empregador para resguardar os seus interesses, ou seja, o de empresário. Posicionar a empresa como um terceiro, em nome de quem o tutelar age, é olvidar que o empresário não atua representando a empresa, mas é a própria empresa agindo. Ademais, mascara a existência de uma relação jurídica obrigacional, como fixadora de limites para atuação dos sujeitos.³¹⁵ A identificação de tal direito-função nada mais é do que o reconhecimento de um direito potestativo, com uma circunstância agravante - embora para alguns seja uma atenuante - de tratar-se de um "dever" em nome de interesses alheios e "superiores".³¹⁶

Esse direito seria, segundo Castro Argüello, um verdadeiro **direito potestativo** (Von Thur),³¹⁷ também designado por direito em formação (Seckel) ou direitos do poder jurídico (Zitelmann), ou como quer Gueiros Bernandes³¹⁸ um **feixe de direitos potestativos**, de conteúdo discricionário, à medida que revela uma prerrogativa assegurada a um dos sujeitos, unilateralmente, de influir na relação jurídica, como exercício da própria vontade, acarretando ao outro sujeito efeitos aos quais deve se sujeitar. O empregado nada pode fazer, salvo opor-se por excesso ou abuso de poder. Por tal acepção, para Magano, no ato de constituição do contrato, a possibilidade de

³¹³ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 48 e segs.

³¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 133.

³¹⁵ Essa visão *paternalista* do direito função é também ressaltada por Delgado. DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 134.

³¹⁶ Aliás, tal proximidade entre direito-função e direito potestativo não passara despercebido por Magano. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 28.

³¹⁷ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 114.

pactuação das condições do trabalho é um direito subjetivo e, na execução, em relação ao detalhamento do comportamento devido pelo empregado, é um direito potestativo.³¹⁹ Revela um "*elogio ao individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista e que foi sua marca ideológica mais forte no período do liberalismo clássico*", enquanto um verdadeiro *despotismo de fábrica*.³²⁰

Irany Ferrari, Amauri Mascaro Nascimento, Alonso Garcia, Cabanellas, Riva Sanseverino, Alonso Olea e Castro Argüelles identificam³²¹ o poder como uma **faculdade jurídica**, individual e concreta, de operar um efeito jurídico, podendo o empregador exigir uma determinada conduta dos seus empregados, complementada pela faculdade de impor a sanção; enquanto faculdade de agir se consubstanciaria no exercício de um **direito subjetivo**, nunca porém um dever.

Viana, ao tratar do poder diretivo do empregador, identifica-o ora com um direito subjetivo, quando o empregador especifica o conteúdo da prestação, ora com um direito potestativo, quando traça normas regulamentadoras, ora com um direito-função, quando exerce o poder disciplinar.³²² Poder-se-ia vincular, assim, o poder diretivo com um direito subjetivo, o poder regulamentador com um direito potestativo e o poder punitivo com um direito-função.

Para Ramalho, não há necessidade alguma em se proceder a uma distinção entre a noção de poder e de direito subjetivo, ainda

³¹⁸ GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 659.

³¹⁹ A expressão *despotismo de fábrica* era utilizada por autores do Século XIX. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p.

³²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Poder...*, p. 131.

³²¹ FERRARI, Irany. *Fundamentos...*, p. 165; MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p.188; ALONSO GARCIA, Manuel. *Curso...*, p. 439 e CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de derecho laboral*. Buenos Aires, 1968, p.129, Apud SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 201; SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 159; ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 338-9.

³²² VIANA, Márcio Túlio. *Direito...*, p. 136.

dentro da sua vertente de direito potestativo, porquanto tal delimitação conceitual nenhuma contribuição traz para a matéria.³²³

Contrapondo-se à tal visão, afirma Magano³²⁴ ser o poder o **próprio exercício de uma capacidade** e não um conjunto de faculdades. A faculdade seria (como para Santi Romano, citado por Magano) um fragmento de um direito autônomo e, assim, não poderia figurar como um gênero de poder. Embora tenha aduzido,³²⁵ ainda, que o poder diretivo, visto sob a ótica de um direito potestativo, tende a trasladar-se em um **direito-função**, voltado aos interesses da empresa e não aos egoísticos do empregador.

Ramos de Oliveira afirma ser o poder uma **potestade**, mais vasto do que o direito subjetivo. Enquanto para o direito subjetivo a omissão ou o não exercício não criaria qualquer responsabilidade, a potestade, por ser um atributo, uma expressão da soberania, cria não só faculdades, mas ainda responsabilidades, ainda que não seja exercido. *“Así, el poder disciplinario no está en el ámbito de la pura discrecionalidad privada, sino que debe ser ejercido dentro del contexto de las responsabilidades sociales del empresario”*.³²⁶ Traduz-se, então, como instrumento de aplicação de um direito que retrata a manutenção da ordem e da disciplina no seio da empresa.

Tal posição decorre da visão institucionalista, aproximando-se do campo do direito público, em especial do direito administrativo, Di Pietro assevera que ainda que se chame de poder, não se trata de uma faculdade, mas sim de um **poder-dever**, já que se mostra indispensável o seu exercício, para que se possa alcançar o escopo das funções desempenhadas no âmbito da Administração pública. Ao contrário do

³²³ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 108.

³²⁴ MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 206.

³²⁵ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 27 e segs.

³²⁶ OLIVEIRA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 124.

que sucede no direito do trabalho, os administrativistas ressaltam a impossibilidade do não-exercício.³²⁷

Na tese de cátedra, Romita,³²⁸ contratualista, opõe-se aos que indicam deter o empregador um *direito disciplinar*, autônomo, como fizera Mesquita, em obra citada. Afirmar que somente seria factível mencionar a existência de um direito disciplinar do trabalho de *lege ferenda*, quando proscria a dispensa arbitrária. De *lege lata*, tão-só seria factível falar em *poder disciplinar do empregador*.

Delgado apresenta uma nova concepção, afirmando que a pesquisa da natureza jurídica se fez sempre com conceitos estáticos e estritamente subordinados à legislação e, assim, alteráveis, históricos, erro que induz a que se vislumbre o mesmo fenômeno - o poder na empresa - como de diversas naturezas, segundo o momento histórico e em acordo com as especificidades de cada ordenamento jurídico. Propõe uma nova concepção, mais consentânea com a democratização e que conferiria um estatuto de cidadania ao trabalhador, como protagonista decisivo no processo de conquista dentro do estabelecimento e da empresa. Afirma ser o poder uma relação jurídica, contratual, complexa e qualificada por uma plasticidade na sua configuração e pela intensidade variável no peso dos sujeitos na relação. A assimetria variável teria sido muito mais intensa no passado, período conchado de *despotismo de fábrica*, revelando-se menos rígida e unilateral com a democratização na empresa. A idéia de relação tem o grande mérito de colocar no outro pólo um sujeito de direitos e não um ser que apenas se submete ao poderio. *É relação que assume intensidade e sincronia distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação*

³²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 73-4.

³²⁸ Embora o poder tenda a organizar-se e limitar-se, tornado *direito disciplinar*. "O direito disciplinar só poderá surgir quando desaparecer o direito de rescisão unilateral por parte do empregador, vale dizer, quando proscria a dispensa arbitrária". ROMITA, Arion Sayão. *O poder...*, p. 205.

jurídica contratual de poder". No entanto, assume o desafio teórico que pode não prescindir de um sujeito que, pela via da conquista, vem atenuando a assimetria.³²⁹

É necessário que tais categorias resultem perfeitamente identificadas. O poder é a possibilidade de imposição da vontade sobre a de outrem que atuará seguindo determinadas diretrizes, ou como quer Max Weber, *a possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas*.³³⁰

A imposição de vontade é reconhecida ainda pelo Direito, que lhe garante eficácia. Assim, o poder é reconhecimento pela ordem jurídica a determinada pessoa, mediante a qual constitui-se uma prerrogativa jurídica de imposição de uma vontade sobre a vontade de outrem, com o meios e recursos inerentes, para atingir um determinado fim reconhecido como relevante pelo direito.

O direito subjetivo, durante o século XIX, foi objeto de quatro grandes teses na tentativa de sua delimitação teórica conceitual, as quais vão aproximar o direito subjetivo da própria noção de poder jurídico.

A noção de liberdade, segundo Ferraz, ligada à idéia de livre arbítrio, desponta para a identificação da vontade livre como fundamento para o direito subjetivo.³³¹ A teoria da vontade, a partir de Savigny, afirmara ser a expressão da vontade de um sujeito de direito para poder atuar ou projetar-se sobre as coisas ou sobre o comportamento de outros sujeitos. Tais idéias foram também desenvolvidas por Windscheid, que definia direito subjetivo como sendo "*poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico como una voluntad juridicamente protegida*", ou como faculdade de exigir o comportamento de outrem ou, ainda, como a vontade que dá origem

³²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 137 e segs.

³³⁰ WEBER, Max. *Conceitos...*, p. 107.

³³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria...*, p. 148.

ao nascimento, modificação ou extinção de direitos ou faculdades.³³² Neste sentido, afirma Mota Pinto que o direito subjetivo, no aspecto estrutural, é uma manifestação da autonomia da vontade e, assim, só se depara um direito subjetivo quanto o exercício do poder jurídico respectivo estiver "[...] *dependente da vontade do seu titular*", enquanto "*soberania do querer*".³³³ Se não há liberdade do querer, não se trata de um direito subjetivo, em relação a poderes-deveres, tal como ocorre no âmbito do direito administrativo, como o da jurisdição ou no direito civil com o pátrio-poder. O não exercício acarreta uma infração a um dever jurídico, passível de sanção.

Toda relação humana, em sociedade, desperta conflitos de interesses, sendo que alguns vêm a ser tutelados pelo direito.³³⁴ Von Ihering aponta outra teoria que identifica no interesse juridicamente protegido o direito subjetivo, a partir de dois elementos, um substantivo, que é o elemento interno, a utilidade ou vantagem assegurada juridicamente, e um elemento formal, externo, que é a ação protetora. Thon replica afirmando que direito subjetivo não é o interesse protegido juridicamente, senão a proteção de um interesse. Ademais, o interesse é o fim do direito subjetivo e não a sua estrutura, bem como existem interesses tutelados por outros meios que não o direito subjetivo, inclusive com restrições à capacidade, como, por exemplo, a capacidade para o trabalho.

Com a teoria eclética, proposta por Jellinek, o direito subjetivo passa a ser aceito como sendo um interesse tutelado pela lei, mediante o reconhecimento da vontade individual e, enfim, com a teoria da proteção, de Thon, o direito é a tutela ou proteção que o ordenamento jurídico oferece ao titular de um direito, de forma que em determinada situação sirva a seus próprios interesses.

³³² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría...*, p. 51.

³³³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 169.

³³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria...*, p.149.

Direito subjetivo poderá ser conceituado a partir de Mota Pinto como sendo "[...] o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão)" contraposto por um dever jurídico, que é "[...] a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a quem tem direito o titular activo da relação jurídica".³³⁵

Direito, em sentido subjetivo, é a "[...] atribución de una facultad o facultades a un sujeto determinado para exigir de outro o de otros unas determinadas condutas, viniendo a significar precisamente la autorización o facultad concedida al pretensor por el precepto y en virtud de la cual, por ejemplo, puede éste usar y disponer de algo libremente y com exclusión de los demás". Através da direção, o empregador poderá exigir do seu empregado um determinado comportamento devido. Alguém detêm, em face do direito objetivado, a autorização - *facultas agendi* - de exigir uma determinada conduta na execução do seu contrato de trabalho, exercendo sua capacidade jurídica.

Na classe de direitos subjetivos estão identificados os chamados direitos da personalidade, universais, aos quais se impõe um dever geral de abstenção e que trata dos direitos que reconhecem uma série de faculdades a toda pessoa humana, para que possa realizar seus fins mais essenciais e prioritários e os direitos de caráter patrimonial, de dispor de uma coisa (direito real) ou de exigir um determinado comportamento (obrigacional).

No conceito de direito subjetivo estão englobadas tanto a noção de direito subjetivo propriamente dito como a de direito potestativo. Ao direito subjetivo propriamente dito contrapõem-se um dever jurídico e a possibilidade prática de não cumprimento; ao direito potestativo contrapõe-se uma sujeição aos efeitos jurídicos, no qual não há uma imposição de conduta propriamente dita, senão a geração de

³³⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 173.

efeitos jurídicos na órbita da esfera jurídica daquele que deve suportar, se submetendo à vontade de outrem. *"Aqui, diversamente do dever jurídico, trata-se de uma necessidade inelutável. O sujeito não pode violar ou infringir a sua situação - está necessariamente exposto à produção dos resultados do exercício do direito potestativo"*.³³⁶

O direito objetivo, enquanto projeção a certas situações concretas, estabelece direitos subjetivos e deveres jurídicos ou sujeições, por vezes em absoluta correlação. Existem deveres jurídicos aos quais não há no outro pólo da relação jurídica um direito subjetivo propriamente dito.

Poderíamos indicar o poder regulamentar como sendo um direito potestativo modificativo, pois tende a produzir uma simples modificação em uma situação jurídica, numa relação jurídica contínua. A denúncia é um ato jurídico unilateral, receptício, que constitutiva, gerando efeitos na esfera jurídica de outrem mediante simples manifestação de vontade.

Já o poder punitivo pode se revelar como um direito potestativo extintivo,³³⁷ eis que tende a produzir a extinção de uma relação jurídica - que é a própria pena -, quando a conduta do empregado é grave a ponto de determinar a própria cessação do contrato de trabalho. Será, todavia, modificativo, quando produz uma simples modificação na relação jurídica, temporariamente, suspendendo os efeitos do contrato de trabalho, se a falta for de gravidade leve ou média.³³⁸

Todas as ponderações, colocadas sob forma de crítica a tal concepção enquanto direito potestativo, devem ser rebatidas. Inicialmente, porquanto não atentam para um caráter multifacetário do poder do empregador, que organiza, controla, fiscaliza, regulamenta e

³³⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 177.

³³⁷ Nesse sentido, ver MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 40.

³³⁸ Nesse sentido, Mota Pinto. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 176.

pune e que produzem efeitos distintos, ora criando um dever, ou uma mera sujeição. Acrescente-se, ainda, que as considerações efetuadas levam mais em conta o próprio poder do que a sua natureza jurídica, ou seja, servem de crítica à existência e não ao modo de recepção em uma determinada categoria jurídica.

2 - LEGITIMIDADE

A questão da legitimidade está assentada na qualidade do título que justifica o exercício.

Tendo em vista o exercício da atividade econômica eleita, que pressupõe a escolha da estrutura jurídica da empresa e organização dos fatores de produção que atenderão aos fins propostos – **poder de organização** - e a regulamentação do proceder interno – **poder regulamentar** –, que externalizam um *poder sobre as coisas*, assumindo pela propriedade o próprio risco,³³⁹ celebrando contratos, dirigindo o desempenho das funções e dando ordens - **poder de comando ou diretivo ‘stricto sensu’** - , controlando ou inspecionando – **poder de fiscalização** - e disciplinando – **poder disciplinar** os empregados – *poder sobre as pessoas*.³⁴⁰

A partir da necessidade de organização da empresa,³⁴¹ capital e trabalho, num sistema disciplinado ou por força do próprio contrato,³⁴² reconhece-se a possibilidade de o empregador dar ordens, se legítimas, às quais o empregado deve cumprir. Afirma-se ser uma

³³⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 72. MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 243.

³⁴⁰ Afirma *Sinzheimer* que é do poder sobre as coisas que nasce o poder sobre as pessoas. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 243.

³⁴¹ “Naturalmente, tal atribución de poderes no es un capricho o una decisión contingente del legislador, sino que encuentra su fundamento último en la exigencia de organización del trabajo en la empresa”. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 361. Tal poder é *ex lege*, imprescritível, indisponível e intransferível. ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emília *Derecho...*, p. 338.

³⁴² MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 243; MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 361.

capacidade, da qual exsurge um poder, que lhe é atribuída para dirigir a prestação subordinada de serviço.³⁴³

Alonso Olea crê que as ordens do empregador, se decorrentes de um contrato de trabalho e não manifestamente ilegais, têm *presunção de legitimidade*, “[...] *de lo quedariva el deber del trabajador de obedecerlas, ‘sin perjuicio de impugnarlas si las cree lesivas o abusivas’*”.³⁴⁴ Durand e Jaussaud, embora institucionalistas no fundamento do poder sancionador, entendem inaceitáveis como princípio peculiar ao direito disciplinar a “[...] *présomption de régularité, parce qu’elles sont l’oeuvre d’une collectivité organisée*”,³⁴⁵ eis que a presunção deverá ser sempre a da execução normal do contrato, como acordado. Dever-se-ia acrescentar, a presunção de inocência do empregado. Note-se, ainda, que na Espanha, o Tribunal Constitucional rechaçou a aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito da execução do poder disciplinar.³⁴⁶

Três diferentes concepções explicam a legitimidade. Uma concepção positivista, uma realista e uma terceira, a que se poderia denominar de dialógica.³⁴⁷

A legitimidade tem tido uma amplitude tal a ponto de ser reconhecida a validade de revista dos empregados ao final do expediente, controle dos atos por câmaras de circuito interno de televisão, marcação do livro ponto.³⁴⁸

³⁴³ MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 206.

³⁴⁴ ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho...*, p. 344.

³⁴⁵ Por tal motivo, indicam ser a prova da ilegitimidade da sanção aplicada, na distribuição do ônus da prova, a cargo do empregador: “*Tout acte, qui a pour résultat de priver le travailleur d’une partie de son salaire (amende), qui suspend l’exécution du contrat (mise à pied), ou qui y met fin prématurément (congétiement, perte du droit à préavis) porte atteinte à une situation normale, et l’employeur doit établir le droit qu’il invoque*”. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 451.

³⁴⁶ “[...] *es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal*”. Existe, entretanto, uma inversão no ônus da prova com impugnação por parte do empregado em juízo. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 201-2.

³⁴⁷ A posição dialógica é encontrada na obra de José Eduardo Faria. FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 87 e segs.

³⁴⁸ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p. 191.

Por legítimo poder-se-ia entender como o que se conforma à lei, fundado no direito, na razão ou na justiça; o que tem origem na lei ou está protegido por ela;³⁴⁹ nos veio como legado do latim, derivado de *legitimu.*, acabando-se por confundir com o poder fundado na legalidade.

Na esteira do pensamento weberiano, a legitimação do poder a partir da dominação legal-racional está assentada na autoridade reconhecida em virtude de uma legalidade, ou seja, com base na validade de um estatuto legal e de uma competência positivada racionalmente.³⁵⁰ Criticada por Faria, tal concepção derivaria de uma ingênua “[...] *neutralidade, conseqüentemente, que acaba impedindo a diferenciação dos bons e maus regimes e das regras justas e injustas, a tal ponto que não se pode deixar de afirmar que o poder se torna legítimo quando sustentado por qualquer legalidade*”.³⁵¹

Realista seria a posição dos que sustentam que a legitimidade está ligada diretamente à efetividade. A obediência ou submissão decorre do consenso enquanto lealdade às instituições devida à eficácia do poder. A concepção realista que a legitimidade em uma condição de efetividade é decorrente da visão de Mosca,³⁵² conforme Bobbio: “[...] *o poder legítimo é aquele que exige obediência em nome de um título de legitimidade, cuja prova última é dada somente pelo fato de que a obediência é efetivamente acatada*”.³⁵³ Instaura-se uma visão neutral axiologicamente e um caráter funcionalista a partir da eficiência.

O direito, por apresentar uma estrutura dialógica, discursiva argumentativa, não apresenta para a questão da legitimidade uma resposta universalmente dada, permanecendo uma questão

³⁴⁹ Verbete legítimo. BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, Aurélio. *Dicionário...*, p. 389.

³⁵⁰ BOUTHOU, Gaston. *L'Art de la politique*. Vichy : Seghers, 1969, p. 626.

³⁵¹ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 91.

³⁵² Sobretudo a partir da visão de Deutsch. FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 105.

³⁵³ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 97.

aberta, tal qual a sua natureza. A legitimidade estaria ligada à concordância de um grupo social conforme os argumentos e critérios oferecidos para explicar e justificar a natureza da obrigação imposta. Afirma Faria que o espaço da legitimidade do poder “[...] é o do argumento, o qual requer o concurso da opinião pública que - no espaço da palavra e da ação - julga os títulos em nome dos quais o poder é exercido”.³⁵⁴

Embora mais recentemente se afaste a concepção do liberalismo clássico, absoluto, do empregador na direção da empresa, é limitado o poder a partir de uma indispensável **legitimidade**³⁵⁵ das ordens emitidas, por vezes visualizada a partir de uma concepção positivista. A restrição, igualmente, como contra-poder seria realizada externamente pela previsão em instrumentos normativos da categoria, pelos contratos individuais de trabalho, pelos regulamentos de empresa e pela lei e Constituição ou, intrinsecamente, pela não abusividade, pela legitimidade e licitude do comando, reconhecendo-se um **direito de resistência do empregado**,³⁵⁶ que menos do que limitar, visa instituir um *contra-poder*³⁵⁷ direto, uma situação de poder contrária ao poder emanada pelos que se submetem ao poder.³⁵⁸

Poder-se-á ter o Estado como instituidor de um reconhecido contra-poder, através da edição de regras jurídicas que, neste caso, regulamentariam e limitariam o exercício do poder do empregador. A busca de apoio no Estado para esta regulamentação do poder e do contra-poder é, no âmbito trabalhista, extremamente importante. É por

³⁵⁴ E cita Hume: “[...] Se nos perguntarem a razão da obediência que somos obrigados a prestar ao governo, respondo prontamente: ‘ Porque a sociedade, por outra forma, não pode subsistir’”. FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 123-4.

³⁵⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 72.

³⁵⁶ Magano, entretanto, nega ao empregado um direito de resistência, não podendo o empregado ser juiz em causa própria, correndo o risco de que a sua recusa não se repute justificada. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 198.

³⁵⁷ Em resposta ao poder do empregador, o poder do sindicato, por exemplo. “Como ocorre tão freqüentemente no exercício do poder, o recurso ao poder de contraposição é automático”. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 79.

tal motivo que a ideologia neoliberal, propugnando um Estado mínimo, afeta profundamente este campo jurídico. É evidente que ao intervir, o Estado o faz mediante algumas valorações prévias, partindo da necessidade de garantir, por exemplo, certos princípios como a propriedade privada, a livre iniciativa e, ao mesmo tempo, os direitos sociais, a dignidade humana, o acesso ao trabalho. Em face desta aparente conflituosidade é que a regulamentação não é isenta de complicadores e contradições internas.

De qualquer sorte, é aceito sem discussões que *“todas as comunidades civilizadas, sem exceção, regulamentam o exercício do poder condigno [...] A precisão e a eficácia da regulamentação do uso do poder condigno são, talvez, os indicadores mais claros do nível de civilização em uma comunidade [...]”*.³⁵⁹

Tal situação, entretanto, em relação ao poder disciplinar ou sancionador, como revelação de um poder condigno em um sistema punitivo privado institucional,³⁶⁰ inexistente na Consolidação das Leis do Trabalho.³⁶¹ Em relação ao poder compensatório há um sem-número de regras jurídicas vigentes, fundamentais que são, dentro de um sistema capitalista. O poder condicionado vem regulamentado como garantia, enquanto liberdade de manifestação.

Os limites da legitimidade do exercício do poder de direção determinam a própria possibilidade da emanção das ordens e, assim, estaria assentado num reconhecido **direito de resistência**³⁶² dos

³⁵⁸ Por quaisquer mecanismos de participação dos trabalhadores, como co-gestão. VIANA, Márcio Tulio. *Direito...*, p. 74 e segs.

³⁵⁹ Daí porque fala-se em monopólio do Estado sobre o exercício do poder punitivo e está assentado no princípio *“nullum crimen nulla poena sine lege”*. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 88-9.

³⁶⁰ Embora ressaltando as diferenças entre o direito penal e o denominado direito disciplinar, Mequita vislumbra um direito penal das instituições particulares, na esteira de Bonard, Légal, Brethe de la Gressaye e Duguit. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 87 e segs.

³⁶¹ Salvo, na hipótese de restringir a suspensão temporalmente a 30 dias ou na proibição de ser tratado com rigor excessivo (art. 483, “b”) ou exigidos serviços superiores à sua força (art. 483, “a”).

³⁶² *“Va infine tenuto presente che il lavoratore è sempre titolare di un certo jus resistentiae: in questo senso, i nostri tribunali hanno ritenuto che egli possa rifiutarsi di obbedire, quando*

empregados, vinculado à caracterização de ordens abusivas do empregador - abuso de autoridade - ou desvio ou excesso de poder. O abuso ora vem reconhecido como desvio de finalidade,³⁶³ ora como ausência de interesse.

Porém, o direito de resistência, enquanto direito subjetivo reconhecido ao empregado,³⁶⁴ quando estatui limites às ordens legais ou contratuais, mantém íntegro o dever de obediência e a possibilidade de aplicação de sanções, statuindo meios de resistir, mas não de suprimi-lo. Por exemplo, alerta Mesquita que o empregado que receber por escrito uma carta de advertência, se se recusar a dar o seu ciente, estaria praticando um ato faltoso, de indisciplina e, assim, pode ter o seu contrato rescindido. Ademais, mantém no sistema a mais severa pena: a perda do posto de trabalho, ensejando que nas hipóteses de rigor excessivo ou exigência de trabalho além da força ou capacidade, se daria ou o perdão ou a despedida indireta.

Os empregados não podem discutir as ordens emanadas, sempre unilateralmente, senão se submeterem a elas, desde que não abusivas. Assim, “[...] *la orden conexcionada com el trabajo, ‘aun cuando el trabajador entienda que es inadecuada, debe cumplirla [...] y luego reclamar contra ella’ [...] con la salvedad de que en la ejecución de la orden concurren ‘circunstancias de peligrosidad u otras razones poderosas que justifiquen la negativa [...]’*”.³⁶⁵ O direito de resistência será exercido mediante a atuação do Poder Judiciário, uma carta à empresa ponderando a arbitrariedade ou solicitando a relevação amistosa da pena. Em verdade, tais garantias ou mecanismos de

all'esecuzione di un ordine sai connesso un grave pericolo, quando il prestatore di opera ritenga l'ordine illegale o di insuperabile difficoltà di esecuzione, o anche quando l'imprenditore sconfini illegittimamente dalla qualifica”. SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 156. No mesmo sentido, embora ressaltando que a impossibilidade deve ser evidente. BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 295.

³⁶³ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 68.

³⁶⁴ Segundo Alonso Olea, uma espécie de *exceptio* de contrato não cumprido. ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 345.

³⁶⁵ ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 345.

resistência nada mais revelam do que a emergência de aceitação do seu exercício.³⁶⁶

A contraposição ao poder em geral se dá por uma *simetria na dialética do poder*. A forma pela qual o poder é exercido, enquanto fonte e mecanismo, é simetricamente levantada pelo contra-poder ao qual resiste. É de se notar que no início do capitalismo, quando a fonte primordial do poder era a personalidade e o poder condigno, a reação se dava sob a mesma forma, por meio de outra personalidade forte, em geral a liderança do movimento sindical, bem como pelo uso da força, com movimentos paredistas. À medida que a empresa passa a empregar mais o poder condicionado, a contraposição tende a revelar-se na reação numa mesma inclinação.³⁶⁷ A greve, como símbolo do contra-poder condigno e remuneratório, vem sendo o recurso último, extremo, a ser empregado pelo sindicato.³⁶⁸

Propugna-se hodiernamente não mais um suposto *direito de resistir*, mas um *dever de desobedecer*³⁶⁹ quando a ordem acarrete a prática de um delito,³⁷⁰ que cause um dano à integridade moral ou física do empregado ou de outrem, que esteja em desacordo com as regras de segurança e higiene do trabalho, sejam condutas nocivas ou gerem perigo grave³⁷¹ ou quem o ordena não tenha competência para a

³⁶⁶ Muito embora Mesquita pondere que tais medidas são "[...] bastante garantia contra eventual arbitrariedade do patrão". MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 106.

³⁶⁷ A mídia auxilia no condicionamento que leva à submissão, quando, por exemplo, a todo momento revela que os encargos sociais são por demasiado elevados ao empregador, que parte do desemprego é pelo fato do empregado ser desqualificado, incrementando uma insegurança e a necessidade de manter-se o posto de trabalho.

³⁶⁸ Tal asserção não implica uma abolição ou diminuição da força dos movimentos grevistas, senão numa constatação acerca do emprego, hoje mais restrito. Outras formas de negociação vêm sendo empregadas com mais ênfase, como a persuasão, por exemplo. Veja-se, acerca da evolução da simetria na dialética do poder, nos E.U.A., nas relações de trabalho, GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 80-2.

³⁶⁹ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 204.

³⁷⁰ "Si el acto laboral que se le ordena lleva implícito una criminalidad clara y patente, el trabajador deberá negarse a efectuarlo". PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 193.

³⁷¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 329.

determinação,³⁷² podendo o trabalhador incorrer em responsabilidade pelo ato ilegal praticado.

Igualmente restaria afastada a necessidade de cumprimento de ordens alheias ao cumprimento do contrato,³⁷³ que tenham pertinência à vida particular do empregado,³⁷⁴ como, por exemplo, afetem sua liberdade religiosa, suas idéias, sua vida sexual ou política. Afinal, o trabalho pode ser dirigido, mas não a vida do empregado.

Afinal, o empregado não se despe da sua personalidade, não abre mão da sua vida íntima, ao celebrar com o empregador um contrato de trabalho.

Barassi procede a uma distinção entre as ordens emanadas dentro do poder diretivo das decorrentes do poder disciplinar, estatuinto que embora ambas sejam necessariamente manifestações de vontade unilaterais do empregador, o comando implica assunção de responsabilidade em relação aos efeitos das ordens emitidas na figura do empregador e, no poder disciplinar, os efeitos se dão essencialmente sobre a situação jurídica do empregado, devendo-lhes assegurar garantias.³⁷⁵

Porém, todo o direito de resistência está estruturado e aceito somente a partir do exercício de um poder diretivo, de comando, não havendo qualquer menção em relação ao poder disciplinar, salvo a possibilidade de acessar a Justiça para contestar contra o ato emanado.

³⁷² CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 69 e segs.

³⁷³ "[...] il potere direttivo [...] si riferisce unicamente [...] ad osservare nell' adempimento della propria prestazione ed in ogni altra attività strettamente attinente alla prestazione stessa [...] fuori dell' azienda non esistono infatti più vincoli di subordinazione [...]" SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 153.

³⁷⁴ Marcelo Caetano aceita a existência de faltas consubstanciadas em condutas ocorridas na esfera da vida privada dos servidores públicos, como, por exemplo, o alcoolismo incorrigível, a incapacidade moral, afastando tão-só as pertinentes à vida íntima. Salaria que a publicidade indecorosa, quando afeta a honra e o bom nome do funcionário, afeta o serviço. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 82-3.

³⁷⁵ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 329.

II - FUNDAMENTAÇÃO

A aceitação do poder disciplinar é vislumbrada como uma necessidade da realidade, complemento inafastável do poder hierárquico ou diretivo, que vem assegurada pelo direito de forma a possibilitar o exercício da autoridade corporificada no empregador.

Seria inócua uma autoridade que não possuísse os meios para se fazer valer e impor, assim como é inerente à norma jurídica a coercibilidade.³⁷⁶ É a manutenção do poder pela e para a organização burocrática, que existindo como algo incorpóreo, impessoal, deve demonstrar que por detrás há um interesse superior e separável da própria organização, coletivo e público. Ainda que se saiba que o poder serve aos seus próprios interesses, tal fundamento não serve para resguardá-lo, devendo haver uma projeção, como se o poder fosse mero instrumento nas mãos de uma comunidade de trabalho-capital, do atendimento das necessidades decorrentes da empresa enquanto espaço de constituição econômica de uma nação, voltado ao bem comum.

Tal argumentação, em verdade, mascara exatamente o real interesse, que se constitui na via oposta, é o Estado que se coloca à disposição do interesse privado da empresa, da economia, do lucro. A dificuldade na separação entre o campo do público e do privado, enceta uma visão de que ao mesmo tempo que a empresa é privada, e assim o Estado deve se abster de regulamentar os interesses a ela concernentes, apenas garantindo a propriedade privada e a liberdade econômica, a empresa é pública e coletiva, devendo garantir a verificação do bem de toda a coletividade de trabalhadores, o Estado sendo responsável por políticas que assegurem a viabilidade da constituição de empresas, com empréstimos, incentivos ou qualquer redução da carga tributária. A

³⁷⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 81.

empresa, “[...] setor da esfera privada, tende a ser porta-voz do Estado em termos aparenticiais, pois a realidade é que o Estado é que é o porta-voz desse setor”.³⁷⁷

A finalidade residiria numa exigência da organização do trabalho e, assim, de forma precisa, afirma-se uma “*natureza neutra ou apolítica, de existência inelutável, porque de caráter técnico, não desaparecendo mesmo em regimes políticos em que foi suprimido o sistema da propriedade privada dos meios de produção. Em tais regimes, quicá, o dever de diligência, o de obediência e sujeição à ordem são mais rígidos, pelo menos isso comprovam os meios severos da repressão disciplinar*”.³⁷⁸

Afinal, a se admitir possa o empregador decidir como e quando cumprir a obrigação, deve-se admitir, ainda, que corresponderia dizer quais as conseqüências do não cumprimento ou a realização defeituosa.³⁷⁹

Tem um caráter de irrenunciabilidade e indisponibilidade,³⁸⁰ fazendo-se presente sempre na forma potencial e formando parte de uma dita *ordem pública trabalhista*.^{381 382} Negá-lo seria “*fechar os olhos à realidade*”;³⁸³ afinal, “*é inerente à conceptualização do contrato de trabalho o reconhecimento de poderes especiais à entidade empregadora e, entre eles, o reconhecimento de um poder de tipo disciplinar*”.³⁸⁴

³⁷⁷ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 74.

³⁷⁸ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 198.

³⁷⁹ OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 128.

³⁸⁰ Nesse sentido, ARDAU, Giorgio. *Curso...*, p. 82 e 202: “[...] le norme collettive nè potrebbero da una lato esimerne il dipendente [...] nè dall'altro consentire in forma facoltativa la relativa potestà dell'imprenditore [...]”.

³⁸¹ Trata da matéria como conteúdo de normas de *ordem pública*, ARDAU, Giorgio. *Curso...* p. 205.

³⁸² “[...] ha podido distinguir la jurisprudencia entre la renuncia definitiva e irrevocable del poder disciplinario, que sería nula, y la renuncia ocasional al ejercicio de tal poder, admisible en Derecho”.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 366.

³⁸³ MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 209.

³⁸⁴ PALMA PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 30.

O acolhimento, quase unânime, vem indicado através da figura do empregador como a *autoridade* que *dirige* a atividade, numa linha obrigacional, por meio de um contrato de trabalho que é caracterizado como criador de uma relação de emprego com *subordinação*, ou pela figura do empregado que possui o dever de *obediência* e está em um estado de sujeição. Os três aspectos são complementares, estando presentes direta ou indiretamente sob qualquer dos fundamentos referidos pela doutrina e acolhidos pela jurisprudência.

Fundamenta-se, ainda, na propriedade privada dos meios de produção, quer de forma direta e expressa, quer subentendida na argumentação de proteção do titular da empresa. Não raras vezes, entretanto, o proprietário não detém o comando e a direção e, assim, não exerce o poder punitivo que está nas mãos de quem exerce o controle da atividade empresarial, viabilizando a atuação.

A existência de uma instituição é colocada como explicação para o poder punitivo, superando o conflito capital/trabalho, alocando todos os partícipes em uma situação de co-labor-ação.

De qualquer sorte, salienta-se que a ausência de regulamentação não traz qualquer empecilho aos laboristas, que atestam que nenhuma norma legal cria um poder que existe previamente a qualquer manifestação jurídica estatal, senão tão-só regulamenta suas manifestações práticas, o seu exercício, clarificando a aplicação ao caso concreto.³⁸⁵

³⁸⁵ A tomada de consciência da classe trabalhadora, a respeito da limitação de tal poder, é verificada pela crescente vocação dos instrumentos normativos das categorias em disciplinar a

1 - ORGANIZACIONAL

O primeiro fundamento que se apresenta é alheio ao contrato de trabalho, de ordem puramente organizacional, assentado na estruturação hierárquica e na autoridade na empresa e que, em grande parte, o aproxima do direito administrativo.

Na esteira de Foucault, apresenta-se a sociedade como sendo do tipo *disciplinária* pós-revolução industrial.³⁸⁶ A hierarquia e a disciplina, própria das estruturas organizativas militares são estendidas às novas organizações, como fábricas e cárceres.³⁸⁷

Dentro de uma organização a cada pessoa é atribuída uma determinada função ou um “[...] *complexo harmônico de deveres que dentro do serviço incumbe a cada agente, que concretiza, que materializa a idea-madre do serviço em relação a ele*”.³⁸⁸ Quanto mais complexa e descentralizada a organização hierárquica, menos perceptível a correlação com os propósitos ou o escopo buscado, embora sempre presente.

Desde uma perspectiva que identifica na empresa um instrumento para satisfazer necessidades humanas, mediante a união de elementos e meios de produção, emerge um poder exercido por uma autoridade, na busca da manutenção da coordenação dos elementos e da realização de um fim coletivo e comum, como se transcendesse o interesse egoístico do próprio empregador. Se os empregados não atuam com o zelo, a diligência e o cuidado necessários para o exercício daquela função, afirma-se, toda a organização econômica ressentirá.

É a mesma necessidade econômica que reconhece um poder de direção, do qual é corolário, bem como do dever de obediência, cujo

matéria, reduzindo a unilateralidade e a arbitrariedade de suas manifestações concretas: PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 88.

³⁸⁶ Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar...*, 280 p.

³⁸⁷ A posição é adotada por MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 365.

³⁸⁸ CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 24.

desatendimento consubstancia a falta disciplinar punível. Seria em decorrência da autoridade e do atendimento ao escopo que se aceitaria a viabilidade da punição, que procura *"[...]reintegrar o agente na plenitude da função, por meio de sanções que pessoalmente o corrijam e estimulem, verdadeiras penitências impostas na esperança de que se emende, penas **medicinais**, na observação justa de O. Mayer"*,³⁸⁹ visando constantemente ao aperfeiçoamento do serviço.

Afirma Vasco de Andrade, embora contratualista, que onde quer que se encontre uma relação pessoal de superioridade, na qual há a identificação de uma autoridade, como os pais em relação ao filho, se está diante da possibilidade de apreciar a conduta de outrem e, portanto, apontar as falhas, os defeitos, os desvios de conduta, corrigindo-os, docilizando os corpos. A correção é, ao mesmo tempo reprimenda e exemplo, para prevenção, por meio de uma sanção punitiva.³⁹⁰

Em tal posição se encontra Magano, ao identificar o fundamento do poder punitivo trabalhista em um *pluralismo democrático*, não corporativista, entretanto. Afirma que *"[...] se há de conceber a sociedade como composta de vários centros de poder, colocados em níveis inferiores ao do Estado, mas dotados de autonomia. O grau de participação dos indivíduos nos referidos centros de poder varia conforme a sua influência na realização dos valores por este colimados"*.³⁹¹

É, assim, um complemento do poder diretivo,³⁹² garantindo à organização empreendida a coercibilidade das ordens emanadas na empresa.

³⁸⁹ CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 25.

³⁹⁰ ANDRADE, Vasco. *Atos unilaterais no contrato de trabalho*. São Paulo, 1943, p. 146. Apud MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 96.

³⁹¹ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 154.

2 - NORMATIVISTA

Há, por fim, os normativistas que vislumbram o acolhimento do poder disciplinar como decorrência do sistema jurídico positivo vigente, exteriorizado por suas fontes, máxime a Constituição ou, e ainda, a lei.

As Constituições políticas contêm a ordem jurídico-política fundamental do sistema social e, modernamente, ainda do econômico; fala-se, então, em uma ordem jurídica econômica e, nestes termos, em uma Constituição econômica. Na ordem econômica constitucional restam definidos os institutos, os princípios, as formas de organização do sistema econômico.³⁹³

A partir dessa ordem jurídica capitalista estabelecida na Constituição econômica, Castro Argüelles vislumbra o fundamento constitucional do poder disciplinador.³⁹⁴ Embora não se ocupe diretamente do poder sancionador, através das características do sistema econômico e da empresa, bem como do reconhecimento da propriedade privada e a liberdade de constituição e organização da atividade empresarial, estão reconhecidos os poderes empresariais como necessários à consecução dos princípios e direitos constitucionais. Assevera, então, que *"[...] este reconocimiento que la ley hace de las facultades empresariales de sancionar infracciones laborales puede contemplarse en principio como medio de garantía de esa libertad de empresa que el precepto constitucional encomienda a los poderes públicos"*.³⁹⁵

³⁹² Para Magano, inclusive, não dotado de autonomia. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 157.

³⁹³ MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 135 e segs.

³⁹⁴ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 32 e segs.

³⁹⁵ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 34.

A posição especial do empregador é imposta pela definição legal do mesmo, na qual se reconhece a autoridade e a direção da força de trabalho.

O contrato de trabalho, na sua autonomia como figura jurídica, distingue-se exatamente em ter como conteúdo algo mais do que um pacto que enceta uma relação de mera troca de mercadorias, presente de qualquer forma como obrigação principal – força de trabalho X remuneração – , isto é, identifica-se ainda por obrigações secundárias ou acessórias, pela subordinação ou sujeição do empregado à direção do empregador conforme previsão legal, como o delimitador tipológico.³⁹⁶ Resulta como inerente à caracterização de um contrato como sendo desta natureza, exatamente o reconhecimento de um poder jurídico ao empregador, revelado como de tipo disciplinar.

Acrescente-se a limitação à autonomia da vontade das partes contratantes, de forma que, ao contratar a prestação de trabalho, necessariamente o vínculo jurídico se dará com tais situações jurídicas e poderes assegurados na normativa laboral. A ausência do poder diretivo e do punitivo determina a descaracterização do contrato como sendo do referido tipo. O contrato se apresentaria como mero instrumento de concretização do poder que está atribuído pela norma imperativa, independentemente ou ainda contra a vontade do empregado e empregador.³⁹⁷

A doutrina italiana, durante o regime fascista, também acabou por sustentar que o poder disciplinador era determinado por mandato de lei e apoiavam-se na Declaração XIX, da *Carta del Lavoro*.³⁹⁸ Os portugueses, igualmente, contêm na sua legislação uma definição que identifica o empregador enquanto aquele que remunera,

³⁹⁶ "Esta subordinación jurídica del trabajador es considerada como una respuesta a la necesidad de poder de mando que tiene el empresario como consecuencia de la asunción de la responsabilidad de la dirección de la empresa". RIVAS, Daniel. *La subordinación*..., p. 31.

³⁹⁷ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento*..., p. 328-9.

³⁹⁸ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho*..., p. 615.

mediante contrato, a prestação laborativa realizada sob direção e autoridade da contraparte.³⁹⁹

A partir de tal constatação, por um raciocínio lógico-dedutivo, conclui-se que tendo o poder de direção, teria como resultado inevitável o poder disciplinar. Afinal, se o empregador deve assumir os riscos,⁴⁰⁰ assegurando os direitos sociais aos empregados, independentemente de qualquer lucro auferido ou resultado atingido,⁴⁰¹ tem ele o poder de direção e sanção assegurados em lei, de forma a deter o comando dos instrumentos e procedimentos, bem como do trabalho apto para chegar ao escopo pretendido. Os trabalhadores têm o dever de colaboração com a empresa e, assim, de contribuir para a melhora da produtividade, cujo descumprimento legitima o empregador a sancionar os faltosos, porquanto o funcionamento produtivo da empresa constitui um dos fins da liberdade da empresa.⁴⁰²

A posição normativista é adotada por Irany Ferrari,⁴⁰³ tendo como supedâneo a norma inserta no artigo 2º, da CLT, ao definir empregador como sendo “a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Também Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam que o contrato simplesmente coloca o empregado à disposição do empregador, adquirindo um direito de direção contínua sobre a atividade laborativa, sendo que, de qualquer forma, o direito de direção geral, do qual

³⁹⁹ Art. 1152, do Código Civil, posteriormente transcrito para o artigo 1.º, do Regime Jurídico de Contrato de Trabalho português. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 23.

⁴⁰⁰ “[...] sendo o empregador aquele que assume os riscos da atividade econômica, nas mais justo que, [...] venha a dirigi-la de forma a obter o resultado que lhe pareça mais satisfatório possível [...] de nada adiantaria [...] seu direito de direção [...] uma vez descumpridas, não levassem à consequência prática ativa”. MACHADO, Débora Maria Lima. *O poder...*, p. 71.

⁴⁰¹ Conforme Barassi, Ludovico. *Diritto...*, p.135, o fim de lucro não é necessário. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 44.

⁴⁰² A argumentação está presente na obra de CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 36.

⁴⁰³ FERRARI, Irany. *Fundamentos...*, p. 167.

decorre o disciplinar, é um direito reconhecido pela ordem constituída.⁴⁰⁴

3 - CONTRATUALISTA

A legitimidade do poder punitivo, para a grande maioria, decorre da própria estrutura contratual, em especial do contrato de trabalho,⁴⁰⁵ que transforma o poder em jurídico, como resultado de uma negociação e, ainda, da relação de subordinação como conteúdo específico,⁴⁰⁶ da situação de supremacia do empregador enquanto sujeito contratante ou, da natureza da prestação do empregado.⁴⁰⁷

Não sendo discricionário e sim limitado, para Barassi faz-se sempre necessária a estipulação contratual, individual ou coletiva, acerca do poder disciplinar; a ausência implica que o empregador ficará adstrito à aplicação da pena mais grave, inadimplemento faltoso, que determina a própria cessação do vínculo trabalhista.⁴⁰⁸ Ausente o pacto bilateral, De la Cueva afirma que não pode o empregador impor nenhuma medida disciplinadora aos seus empregados.⁴⁰⁹

De la Cueva indica, ainda, que a lei mexicana reconhece a necessidade do poder disciplinador, estatuinto que as medidas punitivas somente poderão ser exercidas ante o acordo entre trabalhadores e empregador, por meio de um órgão colegiado misto, resultando como previsão em um regulamento empresarial interno ou,

⁴⁰⁴ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 67.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 325 e segs.

⁴⁰⁶ MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 243.

⁴⁰⁷ VIANA, Marcio Túlio. *Direiro...*, p. 173.

⁴⁰⁸ "Perchè se nulla fu convenuto l'imprenditore non ha a sua disposizione che l'arma molto mite dell'ammonizione [...]". BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 328.

⁴⁰⁹ Nesse sentido, afirma DE LA CUEVA que, ante a inexistência de um regulamento de empresa emanado de um acordo de vontades dos empregados e o empregador, que, segundo o artigo 102, IX, da *Ley Mexicana del Trabajo* é a fonte na qual serão fixadas as medidas disciplinadoras, poderia solicitar à *Junta de Conciliación y Arbitraje* que redija as cláusulas sancionadoras e o meio de aplicá-las, nos termos do art. 105; inexistindo ambos, bem como ausente acordo no contrato individual nesse sentido, não pode o empregador exercer o poder sancionador. DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 616.

na falta, nos contratos individuais⁴¹⁰ ou coletivos⁴¹¹ de trabalho. Neste sentido, “*no es la potestad de mando ni el correspondiente deber de obediencia derivados del contrato de trabajo - sustituida por la autonomia relacionista - lo que justifica y determina el poder disciplinario de la empresa, sino el acuerdo bilateral de los factores de la producción que de forma conjunta establecen los sistemas punitivos y premiarios, vigilando al efecto su observancia*”.⁴¹²

A doutrina alemã do pós-guerra inclinou-se, igualmente, em direção ao acordo de vontades como pressuposto para a aceitação do poder sancionador, sobretudo ante a inexistência de uma norma que previsse a possibilidade da aplicação de penas disciplinares ao empregado. Recusa-se a identificação de qualquer domínio pessoal do dador de trabalho sobre o trabalhador, voltando-se a doutrina para defender uma natureza exclusivamente obrigacional e patrimonial da relação de emprego. Fincou bases sobre a idéia de que apenas uma manifestação expressa de consenso bilateral poderia reconhecer tal poder, quer se trate de um acordo direto e individual entre o empregador e os empregados, através de seus representantes, no âmbito empresarial e de co-gestão, ou por meio de convenção coletiva ou um acordo sancionatório especial.⁴¹³

Com tal argumentação, Riva Sanseverino⁴¹⁴ afirma ser irrelevante o silêncio da lei, para o reconhecimento de um poder punitivo. Bastam o consenso e o pacto negocial.

Deveali, igualmente, ante o vazio legislativo, confirma a possibilidade de deliberação de sanções disciplinares no corpo de um contrato de trabalho, como *cláusulas penais* e, por assimilação, acordos

⁴¹⁰ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 616.

⁴¹¹ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 203.

⁴¹² SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 219.

⁴¹³ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 68-9 e 344-7.

⁴¹⁴ A base das sanções está no contrato de trabalho, dentro da autonomia da vontade das partes que estabelecem as sanções e respectivas penas. SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 160.

ou convenções coletivas de trabalho, bem como regulamentos de empresa aceitos, expressa ou tacitamente,⁴¹⁵ eis que a autonomia da vontade das partes - o *consenso* - é que funda o poder disciplinar.

De forma mais precisa, reduz-se a uma pena convencional ou faculdade do credor de fazer valer certos direitos contratuais que o devedor acordou em concedê-lo, por meio do qual ante o descumprimento parcial se aplica uma pena privada⁴¹⁶. A cláusula penal indica a forma de tutela dos interesses do credor, em uma reação em face de um descumprimento contratual, negociada entre os sujeitos contratuais, sem levar necessariamente ao extremo da sua rescisão.⁴¹⁷ "*La clause pénale trouve sa force et puise sa force dans la volonté des parties*".⁴¹⁸ Muito embora, ressalte Mazeaud, a maior parte das recentes leis, estabelecendo para os contratos um formalismo rigoroso, tem previsto a cláusula penal como estipulação obrigatória para proteger o sujeito mais frágil na relação negocial, acompanhando a tendência de declínio da autonomia e liberdade contratual.

A pena convencional, não obstante, vem rejeitada por três aspectos primordiais; a um, porquanto não se trata de pena de natureza pecuniária e não visa recompor o patrimônio do credor; a dois, eis que alguns deveres inobservados não dizem respeito diretamente à execução da prestação, fator este que contradiz a aplicação da pena privada exclusivamente por descumprimento do contrato; a três, pois a punição trabalhista toma a feição de uma pena moral, tal como a advertência, sem qualquer correlação direta com um dano comprovado ou estimado.⁴¹⁹

⁴¹⁵ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 234.

⁴¹⁶ Apud DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 615.

⁴¹⁷ Preferido o emprego do vocábulo rescisão, para indicar a espécie de cessação por ato unilateral do contrato de trabalho, inclusive na hipótese de justa causa, embora na doutrina impere absoluta divergência entre os autores. Nesse sentido, MORAES FILHO, Evaristo. *A justa causa...*, p. 31-8; GIGLIO, Wagner Drdla. *Justa...*, p. 17.

⁴¹⁸ MAZEAUD, Denis. *La notion...*, p. 13.

⁴¹⁹ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 147.

Outrossim, poder-se-ia argumentar com a incompatibilidade de manifestações volitivas criadoras de cláusulas penais ante o princípio protetor do empregador, bem como pelo princípio da intangibilidade da remuneração - para os efeitos pecuniários secundários das penas - e, por fim, ante a contrariedade com o princípio da irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores. Ademais, a cláusula penal não daria conta da natureza preventiva e exemplar das sanções, mais importante do que o próprio ressarcimento dos danos causados pelo incumprimento da obrigação.

A manifestação de vontade para instituição de um poder punitivo seria simplesmente emanada por meio de um contrato individual ou, de forma coletiva, pelas convenções e acordos, bem como por um regulamento empresarial de aceitação tácita.

Afinal, o contrato de trabalho cria uma relação jurídica na qual encontra-se o empregado em um estado de sujeição à direção do empregador, sendo a subordinação o elemento determinador do perfil empregatício. O objeto do contrato não se restringe em colocar a força de trabalho à disposição, numa posição meramente passiva, senão ainda, fazer com que a força de trabalho esteja sendo realizada conforme as determinações do empregador e colaborando na organização para que o escopo empresarial seja atingido.

O empregador é investido no poder *por meio do contrato*; o negócio jurídico é assim o instrumento de outorga dos poderes em relação a determinado empregado, embora abstratamente preexistia ao mesmo, por ser inerente à empresa enquanto centro no qual se travam relações de poder.

O poder disciplinar é exercido pelo empregador, *por força do contrato*; que o coloca na posição de credor do trabalho, subordinado.

Tal posição vem aceita por Moraes Filho e Flores de Moraes⁴²⁰ e Amauri Mascaro Nascimento,⁴²¹ Ernesto Krotschin.⁴²²

Vislumbra-se na pactuação do contrato, como objeto pactuado, um trabalho *subordinado*. Com a aceitação da subordinação por meio da entabulação de um contrato de trabalho, o empregado é investido em uma situação de inferioridade negocial e, assim, em decorrência lógica desta, o poder de direção e aplicação de sanções é atribuído ao empregador.

A subordinação, por sua vez, é acatada a partir da necessidade de se detalharem as condições de executoriedade da atividade, de conteúdo relativamente indeterminado e pelo estado permanente de sujeição do empregado com sua força de trabalho à vontade e à normativa empresarial, que impõe uma série de deveres de conduta a este sujeito contratual em prol dos objetivos da empresa. Tal característica distingue o contrato de trabalho dos demais negócios jurídicos.

Para Palma Ramalho, no contrato de trabalho haveria um sinalagma perfeito identificado como a responsabilidade remuneratória acrescida do empregador, para situações em que há risco social, ou proibição de trabalho e, em troca, uma posição debitória global e complexa do trabalhador, resultante da adição à prestação laboral, uma sujeição à possibilidade de produzir unilateralmente o empregador modificações no conteúdo da prestação devida. Para assegurar a posição debitória, e em troca de uma posição de proteção remuneratória, o trabalhador acorda em sujeitar-se ao poder

⁴²⁰ MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 243.

⁴²¹ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p.188. Irany Ferrari afirma que Amauri Mascaro Nascimento teria uma posição legalista, ao indicar que seria um direito do empregador, decorrente da lei, art. 2º, CLT. Indica em verdade a existência de um fundamento legal, ao lado do qual existiriam outros doutrinários (propriedade privada, contratualista, institucionalista e interesse), sem tomar nenhuma posição direta. Porém, ao definir o poder de direção, afirma ser a “*faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida*”, pelo que dessume-se a sua posição contratualista. FERRARI, Irany. *Fundamentos...*, p. 168.

disciplinar, conferindo à sua situação particular mais elevada de segurança. *'Desta forma, pode dizer-se que o poder disciplinar é o "preço" voluntariamente pago pelo trabalhador, pela segurança remuneratória no seu emprego [...] acentuada pela impossibilidade de rompimento unilateral do vínculo contratual pelo empregador, sem justa causa'*.⁴²³ A vantagem obtida pelo empregado corresponderia a uma segurança que é, a par de qualquer crítica em relação à concepção, inexistente pelo reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, de um direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa.

É interessante, de qualquer forma, notar que alguns contratualistas partem de uma crítica ao institucionalismo por pessoas que mantêm tendências absolutamente opostas. Inicialmente, dada a dificuldade dos autores marxistas em aceitar concepções comunitárias ou institucionalistas, à medida que são contraditórios e, assim, há um repulso mútuo, entre a visão de solidariedade e cooperação com o postulado da luta de classes. Portanto, por *un courieux détour*, retomam a noção individualista clássica que a empresa se consubstancia em *l'ensemble des contrats de travail*.⁴²⁴ Em seguida, pelos capitalistas individualistas e liberais que pretendem manter o primado do contrato e da propriedade privada do senhor do capital.

4 - CONTRATO E PROPRIEDADE

Hugo Gueiros Bernardes não consegue dissociar a propriedade do contrato e embora o enquadre no contratualismo, indica-o apenas como fundamento formal do poder exercido pelo

⁴²² Apud DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 615.

⁴²³ Posição tomada a partir do direito português positivado. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento*, n. 44?

cit...., p. 185.

empregador, reconhecido pelo empregado no negócio jurídico; a causa primeira é anterior e está assentada no direito de propriedade.⁴²⁵

Viana, ao tratar do poder diretivo, conclui que o contrato revela a origem do poder, instrumentalizando a alienação do trabalho, ao passo que a propriedade indicaria o titular do poder, ou seja, personaliza o poder no empresário, enquanto detentor dos meios de produção. A instituição, acrescenta, demonstra uma das razões do poder, enquanto necessidade do grupo organizado.⁴²⁶

5 - PROPRIEDADE PRIVADA

O sistema individualista e capitalista do século passado, não identificando nenhum aporte jurídico à noção de empresa, foi buscar no direito de propriedade, sobre os bens inseridos como elementos na atividade desenvolvida, a explicação para o exercício do poder do empregador.⁴²⁷ A propriedade como o título e o fundamento da empresa.

Sendo o empregador o proprietário dos bens de produção, ao organizá-los voltados ao desempenho da atividade econômica, assumindo os riscos do empreendimento, lhe é reconhecido o poder de dirigir, controlar, fiscalizar e, em decorrência lógica, de aplicar sanções.

O empregador manda porquanto é o dono. O fundamento do poder, no sistema capitalista, é a propriedade privada e, assim, somente o *órgão* ou a pessoa que represente a propriedade majoritária do empreendimento pode exercê-lo como titular.

Não derivando do contrato ou da lei, resulta impossível haver transferência ou cessão de tais direitos a terceiros ou aos empregados. O contrato de trabalho, com a característica que lhe dá o

⁴²⁵ GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 657.

⁴²⁶ VIANA, Márcio Tulio. *Direito...*, p. 131.

⁴²⁷ RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 184.

perfil jurídico, "**exige** um proprietário da empresa, contracenando com o trabalhador subordinado que se insere na continuidade do empreendimento".⁴²⁸ A existência de uma empresa em participação igualitária de trabalho e capital, inclusive na gestão, não somente determinaria um cheque mate ao contrato de trabalho, mas ainda implicaria na desnecessidade de normas estatais de tutela, que visam tão-só a um "'dever de proteção' imputado ao tradicional 'patrão' ".⁴²⁹

Gueiros Bernardes atesta que uma nova visão da propriedade, em verdade, não ceifou pela raiz o poder do empregador, apenas enfraqueceu. O objetivo, intuito de lucro, continua intacto. Houve um freio no ímpeto expansivo do capital - segundo o autor - , liberando recursos para assegurar os direitos sociais garantidos aos trabalhadores.

Esse conceito revela uma visão feudal de senhorio: "[...] *l'imprenditore può comandare al prestadore di lavoro perchè è l'imprenditore, è il proprietario dell'azienda, cioè dei locali, delle macchine, della materia prima; come proprietario può utilizzarli, coordinandoli, da sè, o a mezzo di lavoro altrui, ma è pur sempre come imprenditore (cioè proprietario) che quel lavoro è a sua disposizione [...]*".⁴³⁰

Martins Catharino fundamenta o direito hierárquico do empregador na propriedade privada, como causa primeira ou eficiente, ainda que não exercida pelos titulares diretamente. A causa instrumental, todavia, é o contrato de trabalho, porquanto a posição hierárquica de cada empregado está fixada no conteúdo do negócio encetado. O direito hierárquico gera o diretivo, que não se mantém sem

⁴²⁸ BERNARDES, Hugo Gueiros. *Limites...*, p. 658.

⁴²⁹ BERNARDES, Hugo Gueiros. *Limites...*, p. 657.

⁴³⁰ Barassi, citando a posição de Sinzheimer. BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 293.

o disciplinar: *"Quem dirige exerce autoridade, e quem a exerce, para preservá-la, deve punir quem não respeita ordem estabelecida".*⁴³¹

O fundamento no direito de propriedade, por vezes, não é acatado expressamente, porém desumido de um raciocínio empregado.

Num sistema capitalista, regido pelo reconhecimento da propriedade privada dos fatores de produção, organizados em prol da atividade econômica, é sedutor o argumento da propriedade como fundamento para reconhecimento do poder de direção e não em face de uma relação jurídica obrigacional que apenas e tão-só tem o condão de determinar a sujeição daquele empregado que mantém o contrato com ao poder.⁴³² Partindo-se de tal premissa, segue-se na argumentação para garantir o respeito à propriedade, estabelecendo a possibilidade de punição. No instante em que o contrato é celebrado, um dos sujeitos, como proprietário, impõe-se na qualidade de titular de um poder que, assim, deverá ser respeitado.

6 - CONTROLE

A organização da moderna empresa, característica da sociedade industrial com desenvolvimento tecnológico importante, está por vezes divorciada entre a propriedade e a gerência ou controle e, reside neste último o fundamento próprio do poder diretivo, do qual emana, como consequência, o poder disciplinar.⁴³³

⁴³¹ MARTINS CATHARINO, José. *Compêndio...*, p. 114-6⁴³¹.

⁴³² "A disciplina de trabalho e a hierarquização do seu pessoal, necessárias ao funcionamento dos meios de produção 'organizados' pelo empregador (estabelecimento), não estariam, evidentemente, protegidas pela lei se a exigibilidade dependesse da intervenção do Estado, se o empregador não dispusesse de uma 'tutela imediata' que as resguardasse. Daí o 'poder', de que é armado, de aplicar penas disciplinares ao empregado, quando este descumpra suas obrigações". MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 75.

⁴³³ Magano subdivide o poder hierárquico em diretivo "stricto sensu" (controle e fiscalização, regulamentar (normatização interna) e disciplinar (sancionador). MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 207. Ver, ainda, MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder...*, 269 p.

Posiciona-se Magano, embora aceitando a posição de que há um fundamento formal, o contrato e um prévio, a propriedade, que o poder diretivo decorre do controle acionário.

Segundo Kahn-Freund, uma das características mais acentuadas no desenvolvimento econômico e social contemporâneo é a crescente e rápida interação entre *management* - o poder dos empresários - e *labour - organised labour*, ou o poder das organizações de trabalho. Por vezes, um diretor, gerente, supervisor ou chefe é contratado para personalizar, ao mesmo tempo, o *management* e o *labour*, são empregados e controladores e administradores.

Toda organização social é marcada pelo controle exercido aos seus membros, nas atitudes, na conduta ou comportamento, fixado um padrão correto ao qual todos os indivíduos devem conformar. Quem exercerá o controle é questão de menor importância, porquanto quer seja o proprietário, quer seja alguém em seu nome, quer seja o controlador acionário, o faz em nome da empresa, segundo os interesses do poder, para resguardá-lo e mantê-lo.

7 - INSTITUIÇÃO

Para os institucionalistas, o sistema privado laboral contratualista, com as regulamentações obrigacionais, é inadequado à realidade laboral da relação de emprego, diante de relações pessoais e não somente patrimoniais que estabelecem. Para além do binômio dever de trabalho/remuneração, adentra a relação jurídica na esfera do dever de lealdade/assistência.

O empregado "[...] não se obriga simplesmente a executar a tarefa acordada com o empregador, mas a uma postura de disponibilidade pessoal genérica e de lealdade aos interesses do credor

[...] o dador de trabalho [...] a proteger o trabalhador em determinadas situações de carência, sem ligação necessária à própria prestação".⁴³⁴

A partir da identificação da empresa em uma realidade sociológica e jurídica como uma instituição,⁴³⁵ ou seja, como uma comunidade ou organização de trabalho, dinâmica e permanente, voltada ao atendimento de um interesse coletivo, sob controle e comando de um empreendedor, fundamenta-se o poder punitivo como decorrência do próprio exercício de autoridade por órgãos, encabeçadas pelo chefe da empresa, na direção, inerente ao desempenho e atingimento das finalidades. As organizações, privadas ou públicas, não se constituem a partir de um contrato, senão de uma lei, a lei do agrupamento a que todos devem observar. Tais coletividades permanentes possuem direitos e interesses que diferenciam os particulares dos membros integrantes e que sobre tais prevalecem.

Dois elementos, a autoridade, enquanto revelação de uma organização não transitória, e um aspecto comunitário, pelo objetivo comum ou uma idéia, estariam aptos a explicar e fundamentar o complexo de poderes aceitos ao empregador.⁴³⁶

A instituição vem definida, neste sentido, a partir destes fatores finalista, instrumental e temporal, como sendo "*une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social*

⁴³⁴ O deslocar do binômio trabalho/remuneração para a relação pessoal lealdade/assistência e a afirmação da pessoalidade do vínculo trabalhista é acolhido pela doutrina alemã, afirmando historicamente o respaldo do medieval *contrato de serviço fiel* germânico e não do romano *locatio conductio operarum*, em uma visão comunitária de instituição. VON GIERKE, Otto. *Der Entwurf eines bürgerlich Gesetzbuch und das deutsche Recht*, p. 245, apud PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 367.

⁴³⁵ Hauriou visualiza a instituição como uma realidade sociológica-jurídica: "[...] uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa idéia um poder se organiza, o qual se investe em órgãos; de outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão, que são dirigidas pelos órgãos investidos do poder e que são reguladas por processos adequados". HARIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation* in *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, Paris, 1925. Apud MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 18-9.

intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures". ⁴³⁷

A idéia de cooperação ou colaboração emerge numa preocupação democrática com a relação de trabalho; segundo Mesquita, a concepção contratualista alimenta as injustiças que persistem impossibilitando a integração e participação dos trabalhadores na vida jurídica e econômica da empresa.⁴³⁸

A comunidade da empresa estaria, ainda segundo Mesquita, assentada em um tripé: comunidade de propriedade, embora permaneça como propriedade privada, mas limitada ao desempenho de sua função social; comunidade de lucros, no sentido que o lucro é a remuneração do capital e também do trabalho e, por fim, comunidade de autoridade, nascida de três agentes, o trabalhador, o empreendedor e o prestador do capital, em um governo representativo e democrático.⁴³⁹

Assim, as idéias institucionalistas, ainda que nem sempre acolhidas expressamente, se fazem presente nas entrelinhas dos que sustentam teses de participação dos trabalhadores nos lucros e nos resultados da empresa, a necessidade de uma cooperação na atividade empresarial, comissões ou representação dos trabalhadores na empresa. O poder de direção passa a ser, então, um *direito-função*.⁴⁴⁰

Pela instituição estariam vinculados empregado e empregador não por um vínculo egoístico, individualista, obrigacional, dualista, senão por um vínculo social de direito comunitário, isto é, de

⁴³⁶ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 366-7.

⁴³⁷ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, Paris, 1925. Apud PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 354.

⁴³⁸ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. X.

⁴³⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 29.

⁴⁴⁰ MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder...*, p. 27.

direito intersocial. Estaria superado o conflito numa integração e colaboração voltada ao bem comum geral da empresa.⁴⁴¹

Em toda estrutura social organizada é imprescindível a identificação de um espaço de autoridade que, representando a todos, identifica e individualiza o bem comum de todos e, dirigindo e disciplinando as condutas garante o aspecto finalístico da comunidade. *“Le pouvoir disciplinaire se forme spontanément dans toutes les institutions, publiques ou privées: famille, les associations, l’entreprise patronale”*.⁴⁴² A constrição à realização da conduta é exatamente a sanção aplicada aos membros do corpo social. *“Suivant l’expression de Santi-Romano, ‘toutes les violations des devoirs, dépendent d’un état d’assujettissement, peuvent donner lieu à une responsabilité disciplinaire’*.”⁴⁴³

O empregador e os empregados estão ligados por uma solidariedade orgânica, unidos por interesses comuns que fundamentam prerrogativas de direção na busca do bem comum. O contrato de trabalho é, assim, irrelevante, mesmo porquanto pressupõe interesses contrapostos no conflito trabalho/capital, ao passo que na instituição estar-se-ia diante de uma situação de cooperação entre todos os partícipes da atividade econômica. Aliás, exatamente a negação do conflito, isto é, de posições e interesses antagônicos no seio da empresa, é que emerge como a crítica mais contundente.⁴⁴⁴

À evidência que não sendo possível superar a figura negocial, os institucionalistas propõem uma estratégia par englobar os dois fenômenos. O contrato e a instituição, apesar das diferenças, estariam conciliados na relação de trabalho, numa uniformização de efeitos: “[...] é a mesma atividade humana (objeto material) que funciona

⁴⁴¹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 16.

⁴⁴² DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 437.

⁴⁴³ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 447.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, ver MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder...*, p. 43.

*como prestação individual (objeto formal do contrato) e como colaboração social (objeto formal da instituição).*⁴⁴⁵

O contrato de trabalho pode ser visto, ainda, como a condição para ingresso do trabalhador na empresa e não como sua causa. O contrato de trabalho só existe e se explica pela empresa, na empresa; assim, contrato e instituição não se repelem, completam-se.⁴⁴⁶ Causa seria o princípio positivo, aquilo do qual algo procede, necessariamente e condição, o princípio real, como algo do qual decorre, embora sem dependência: "[...] o cérebro é condição, não causa, do pensamento e a luz é condição, não causa, da leitura, como o contrato é condição, não causa, da penalidade disciplinar".⁴⁴⁷

Outrossim, o poder disciplinar, segundo Durand e Jaussaud, é exercido ainda que não previsto no contrato individual de trabalho,⁴⁴⁸ como complemento necessário ao poder regulamentar e ao direito de direção.

Nessa instituição econômica-social, existe um tríptico poder: executivo (direção), legislativo (elaboração do regulamento da empresa) e judiciário (disciplina), pelo que o último aspecto externa o poder de aplicação das sanções adequadas. Por tal tripartição, Mesquita afirma a existência de um poder de jurisdição disciplinar da instituição.⁴⁴⁹

Haveria então, a partir do citado poder *judiciário da empresa* uma semelhança com o direito penal, o *jus puniendi* ora pertencente à instituição. Daí falar-se em direito penal das instituições. Nesse sentido, anotem-se as palavras de Mesquita, institucionalista: "*Esse direito disciplinar é, em última análise, um verdadeiro direito penal*

⁴⁴⁵ No mesmo sentido, propugnando pela coexistência, Venturi, Renard e Desqueyrat, citados por Mesquita. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...* 1, p. 16-7.

⁴⁴⁶ Como na família. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXII.

⁴⁴⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXVIII.

⁴⁴⁸ Acrescentam, ainda, os autores, a possibilidade do exercício do poder disciplinar ainda para o pessoal não ligado à empresa por meio de um contrato: "*tels les affectés spéciaux ou les requis, ou aux salariés dont le contrat de travail est frappé de nullité, tant qu'ils sont occupés dans l'établissement*". DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 436.

⁴⁴⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 110.

*das instituições, pois há, de fato, uma semelhança, não igualdade, note-se, de natureza entre o crime e a falta disciplinar, ambos fatores de desorganização de uma coletividade".*⁴⁵⁰

Dando mais extensa fundamentação, aduz-se que o poder não está assentado exclusivamente na soberania, senão se revela pela submissão, ou uma situação especial de supremacia, presente em instituições ou organizações.

De forma geral, todos os pontos aventados para rechaçar tal posição,⁴⁵¹ vêm ao encontro da necessidade de se garantir um poder ilimitado ao empregador. Dentre tantos, cumpre destacar a desvinculação ao princípio da legalidade, eis que há faltas disciplinares e reconhecimento de um poder punitivo sem lei que o defina; a discricionariedade do empregador em punir ou deixar de punir o empregado, bem como valorar a gravidade da falta sem parâmetros legais; a liberdade da aplicação das punições sem intermediação do Estado, pelo próprio titular do interesse violado.

Por fim, opõe-se à aceitação do caráter penal do poder punitivo, embora com posições divergentes, a punição por mero voluntarismo, sem culpa ou dolo. Afirma-se a divergência em relação à aplicação da regra *non bis in idem*, aceita não só pelo direito penal, como também pelo direito tributário, porquanto nada impediria a incidência de sanções de distinta natureza, não havendo óbice de cumular punições trabalhistas com sanções civis ou penas de natureza penal, por exemplo.

Em posição radicalmente contrária à proximidade com o direito penal, Lamarca chega, por tal fundamento, a negar a própria configuração de um poder punitivo do empregador. O empregado, quando pratica um ato faltoso, agrega o autor, não pode ser tratado como um criminoso, um infrator, desviante. O direito penal não é fonte

⁴⁵⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 86-7

subsidiária do direito do trabalho, ademais, somente o Estado tem o monopólio da coerção punitiva, que é indelegado e indelegável.⁴⁵²

Ao passo que para Gueiros Bernardes⁴⁵³ o poder é vinculado e por similitude ao poder estatal de aplicação da sanção penal, deverão ser observadas, por analogia, a anterioridade, a retroatividade *in melius*, a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade, a punibilidade e o princípio *non bis in idem*. Somente restaria ao empregador uma margem limitada de discricionariedade, na gradação da sanção.

Mais fácil explicar e legitimar o poder sancionador a partir da assimilação da teoria institucionalista,⁴⁵⁴ porquanto torna-se despicienda qualquer questionamento acerca da aceitação, consciência ou vontade do empregado. Decorre, salientam, da responsabilidade de chefe da empresa, da sua função e qualidade. É um dado posto.

Ademais, ante a ausência de disposições expressas em fontes formais, para ultrapassar a barreira da autonomia restrita da vontade das partes contratantes, somente adotando-se a idéia de que o poder disciplinar fundamenta-se em algo superior e anterior ao próprio negócio jurídico.

Dentre as inúmeras vantagens em fundamentar institucionalmente o poder sancionador, pode-se levantar a transfiguração de um poder em um direito, limitado, bem como a possibilidade de o Judiciário rever os atos praticados perquirindo se haveria abuso ou desvio de poder, ante a ligação com o escopo finalístico da comunidade organizada hierarquicamente.⁴⁵⁵ Os limites estariam exatamente no escopo do direito-função; o bem comum de

⁴⁵¹ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 149.

⁴⁵² LAMARCA, Antonio. *Inexistência...*, p. 24.

⁴⁵³ GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 660.

⁴⁵⁴ Como notara Romita, ao reconhecer que a teoria institucional tem influenciado pronunciamentos judiciais e que a teoria contratualisada não explica suficientemente o poder disciplinar do empregador, este, ocupando uma dupla posição, de contratante e chefe da empresa, detém o poder disciplinar em face do último caráter. ROMITA, Arion Sayão. *O poder...*, p. 196 e 2-5.

todos é, ao mesmo tempo, limitação ao poder e determinante da ação de cada um.⁴⁵⁶

III - EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO

O poder sancionador está ora previsto e normatizado em uma fonte de direito de trabalho, como o regulamento de empresa, o contrato de trabalho ou acordo ou convenção coletiva de trabalho e, assim, é identificado a partir de um *estatuto*, ora corresponderá à liberdade de agir do empregador, como corolário de um suposto poder diretivo,⁴⁵⁷ sendo *institucional*. O exercício do poder sancionador terá uma apreciação distinta quer se trate de um poder *estatutário* quer de um *institucional*.

De qualquer sorte, embora plenamente aceito, o poder sancionador vem, no seu exercício, sofrendo uma paulatina limitação, deixando no passado um certo caráter monárquico e absolutista, para evoluir na direção da sua democratização, quer se trate de um poder *estatutário* ou *institucional*,⁴⁵⁸ apenas se distinguindo em relação à forma de organização e da limitação do controle pelo Poder Judiciário.

Procura-se sempre minimizar os danos às pessoas dos empregados estabelecendo limites ao poder: "*Quer dizer, uma pena disciplinar errônea ou injusta atinge frontalmente a pessoa humana operária em seus invioláveis direitos [...]*".⁴⁵⁹ Aliás, aponta-se para a limitação como a própria *ratio esendi* do direito do trabalho, enquanto manifestação de intervencionismo estatal. Para Kahn-Freund, sua função originária e durante muito tempo a mais importante, à medida

⁴⁵⁵ Posição de Mesquita. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, 356 p.

⁴⁵⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXI.

⁴⁵⁷ A apreciação enquanto liberdade e regulamentação estatutária é empreendida por Durand e Jaussaud. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 440.

⁴⁵⁸ "[...] comme l'a fait le pouvoir des les sociétés politiques". RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit...*, p. 187.

⁴⁵⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 99.

que restringindo o espaço da obediência, está alargando o campo da liberdade, muito embora, em um paradoxo, mencione a doutrina estar presente uma *restrição à liberdade contratual*.⁴⁶⁰ Se bem que é absolutamente verdadeiro que organizações sindicais fortes têm uma força mais intensa, como contra-poder, para limitar a atuação do empregador do que a própria norma estatal, na conquista de uma prática democrática. Democracia, acrescenta, significa que os que obedecem têm direito e um dever moral de eleger os que o representem na criação das normas; assim os trabalhadores podem ingressar na organização sindical, que atuará pelos trabalhadores nas negociações coletivas.

Primeiramente, em uma visão passiva, o exercício do poder esteve vinculado por garantias àqueles em face dos quais o poder é exercido;⁴⁶¹ mais recentemente, em uma visão ativa, pela participação direta no exercício do poder.

Na forma participativa direta, através de representantes dos empregados na gestão da empresa, por comissões de fábrica, participação direta na elaboração dos regulamentos de empresa, negociações coletivas com previsão das hipóteses e limitações ao poder sancionador, como propugnou Mesquita.⁴⁶² Embora com a ressalva de De La Cueva de que não é concebível que uma comissão composta somente por trabalhadores possa decidir sanções aplicáveis a si mesmos.⁴⁶³

Substancialmente, vem disciplinado pela implementação de uma *regulamentação da repressão*, em uma tipologia de faltas e sanções e, ainda, por meio de precisos *procedimentos* na aplicação.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo*..., p. 53 e 59.

⁴⁶¹ "[...] c'est encore la monarchie, mais la monarchie limitée". RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. *Droit*..., p. 188.

⁴⁶² MESQUITA, Luiz José de. *Direito*..., 356 p.

⁴⁶³ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho*..., p. 484; MESQUITA, Luiz José de. *Direito*..., p. 115.

⁴⁶⁴ A indicação dos elementos *regulamentation de la répression e procédure* é realizada por Durand e Jaussaud. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité*..., p. 440

Se o sistema é punitivo, o tratamento deveria atender aos princípios penais de legalidade e tipicidade,⁴⁶⁵ ou seja, conforme a descrição das faltas e sanções estabelecidas nas disposições legais ou em instrumentos normativos da categoria aplicáveis;⁴⁶⁶ excluindo-se algumas formas de sanção, dentre as quais a aplicação de multa ou penas pecuniárias. Entretanto, com ressalvas, tem-se como certa a adoção do princípio da atipicidade no direito do trabalho, assim como no direito administrativo.⁴⁶⁷

Se há uma sanção que possa ser aplicada ante a realização fática de uma conduta indicada como faltosa, é necessário que o procedimento da aplicação esteja conforme as regras e princípios preestabelecidos.

Ao estatuir princípios⁴⁶⁸ que regem a incidência da pena ou castigo, é mister observar uma inafastável relação de causalidade e proporcionalidade entre a falta e a sanção, bem como assegurar o direito de defesa e de insurgência, através de procedimentos que, se assegurados em regras jurídicas, necessariamente sejam observados.

Por vezes, estabelece-se⁴⁶⁹ a necessidade de determinados procedimentos prévios, como garantia do trabalhador ou de justiça.⁴⁷⁰ Tais seriam a comunicação a um conselho paritário de disciplina ou a uma autoridade administrativa do trabalho, informação das sanções por faltas gravíssimas ao sindicato e aos delegados sindicais ou a necessidade de o sindicato se manifestar previamente quando o empregado é filiado ao sindicato, assim como direito de defesa do acusado. Processualmente, em alguns sistemas normativos, com a

⁴⁶⁵ Na Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* acabou por romper com uma supremacia da autonomia das partes contratantes, negando a possibilidade de qualquer valor criativo de faltas e sanções diretamente pelo contrato de trabalho, adotando os princípios da legalidade e tipicidade. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 61 e 68.

⁴⁶⁶ Nesse sentido, ver MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 366.

⁴⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 401-2.

⁴⁶⁸ ARDAU, Giorgio. *Corso...*, p. 205-6.

⁴⁶⁹ Tais diretrizes estão previstas na legislação espanhola, nos artigos 64.1.7º do Estatuto dos trabalhadores e art. 10.3.1º do Ley organica de libertad sindical (Lei de 2.8.85).

indicação de um necessário processo judicial para aplicação da sanção – *como o inquérito judicial para apuração de falta grave*.

A oposição a tais medidas resta sempre na argumentação de sua inutilidade enquanto se reconhecer ao empregador um poder discricionário de aplicação das sanções, independentemente de estarem as faltas e sanções anteriormente tipificadas em um estatuto. Ademais, seriam entraves à necessidade de dinamicidade do empresário na direção da sua organização ou, então, trariam apenas requisitos meramente formais, de comunicação, sem que tal pudesse alterar de qualquer modo no resultado do exercício do poder sancionador.

A tendência à democratização apenas com o estabelecimento de garantias de procedimento aceita um poder de sanção para castigar o empregado descumpridor dos seus deveres de obediência, como medida de prevenção e exemplar o que é, por si, atentatório à dignidade do trabalhador.

1 - FALTA

1. O poder punitivo é exercido tendo em vista uma determinada conduta do empregado contrária a deveres acessórios, identificada como *falta disciplinar* ou desvios de conduta em face do pactuado como dever principal, como *faltas contratuais*. Como inexistente em relação às faltas disciplinares uma tipologia legal dos deveres e, estes são aceitos pela doutrina como *decorrência lógica* da inserção via contrato do trabalhador na empresa, terminam todas as faltas obtendo um tratamento uniforme, como *faltas disciplinares*.⁴⁷¹

Falta seria toda conduta omissiva ou comissiva do empregado em transgressão a deveres identificados na conduta geral do trabalhador em relação às suas obrigações contratuais, ou seja,

⁴⁷⁰ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 449.

incumprimento de um dever de obediência ou submissão, bem como em função de atos contrários aos interesses da atividade empresarial.

Vem definida como “*una acción u omisión cometida conscientemente por el trabajador en violación de los deberes que le incumben en base al contrato de trabajo*” ou, ainda, “[...] *a ação ou omissão praticada voluntariamente, pelo membro da comunidade de trabalho, por motivo pessoal, contra os interesses comuns da empresa*”.⁴⁷²

Diz-se que toda sanção disciplinária corresponde, como pressuposto, a uma falta positivamente tipificada,⁴⁷³ conforme prescrição em um regulamento empresarial, contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva de trabalho, sentença normativa ou, ainda, em lei.

Os deveres seriam não somente os decorrentes da própria execução da obrigação principal,⁴⁷⁴ relativa ao cumprimento do contrato, bem como as obrigações complementares de fidelidade, lealdade, hierarquia e se consubstanciam num tratamento dispensado como um traço peculiar do contrato de trabalho, que vai além da própria obrigação negociada. Mesquita afirma serem obrigações sociais do empregado, relativas ao fornecimento do trabalho com que deve colaborar com a empresa.⁴⁷⁵

Ardaui identifica um comportamento culposos para além do próprio conteúdo do contrato de trabalho, desde que “[...] *faccia sospettare la futura eventuale violazione di un obbligo contrattuale* [...]”⁴⁷⁶ ou, desde que “[...] *non repercutam pregiudizialmente no interior do*

⁴⁷¹ Também nesse sentido a posição de Viana. VIANA, Marcio Túlio. *Direito...*, p. 177.

⁴⁷² MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 137. Idêntica definição adotada por Mesquita, em obra escrita em 1950, editada em fac-simile em 1991 vem indicada por Oliveira: “*acción u omisión practicada en forma voluntaria por un miembro de la empresa, por motivos personales, y contra los intereses de la misma*”. OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 135.

⁴⁷³ OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 133.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 159.

⁴⁷⁵ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 101.

grupo", o que revela ponderações razoáveis, como quer Mesquita, já que direciona principalmente aqueles que estão em relação direta com a clientela ou sobre quem se espera uma probidade e moralidades especiais.⁴⁷⁷ Certas condutas dos empregados, no campo da moralidade e do decoro, afetam deveres de conduta para com a empresa e permitem que, fora dos limites materiais do estabelecimento, fora do horário de trabalho, faltas possam ser praticadas que ensejem, pela sua gravidade, um necessário rompimento do vínculo.⁴⁷⁸

Ainda para Durand e Jaussaud, estaria o controle da vida dos empregados restrito ao ambiente de trabalho: tempo, lugar e modo da execução da obrigação. Apreciação realizada acerca de fatos relativos à vida particular dos empregados, apenas e se exercerem influência sobre as organizações de trabalho, perturbando a moralidade das condições de trabalho, a boa marcha, o renome do estabelecimento. Neste sentido, aspectos relativos à moral geral podem ser apenados se determinam uma desconsideração ao bom nome da empresa.⁴⁷⁹

Chega-se ao ponto máximo, indicando que a concubinação, enquanto estado imoral em que vive o empregado, se se tornar um escândalo público, que repercuta prejudicialmente no serviço, como, por exemplo, na hipótese em que o empregado que se "*amanceba com uma funcionária dos escritórios da empresa*", então ensejaria uma justa despedida de ambos.⁴⁸⁰ Legal e Brethe afirmam que os que vivem em concubinação poderiam ter recusada uma cláusula estatutária de vantagens pecuniárias como abonos familiares.

Posição contraposta à de Barassi, para quem as faltas não podem se traduzir em avaliações realizadas sobre a vida privada dos

⁴⁷⁶ Como, por exemplo, "[...] *un cassiere il quale per proprio conto giochi in borsa [...]*". ARDAU, Giorgio. *Corso...*, p. 203.

⁴⁷⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 52.

⁴⁷⁸ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 102.

⁴⁷⁹ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 434.

⁴⁸⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 52-3.

trabalhadores,⁴⁸¹ eis que não se trata de um poder sobre a pessoa do empregado.

A falta trabalhista, ademais, não estaria identificada com todo descumprimento do contrato de trabalho, ou seja, não se pode concluir que toda inexecução do negócio jurídico constitua uma falta sancionável⁴⁸² pelo poder disciplinar.

Por vezes ilícitos penais são também indicados como faltas trabalhistas, como na hipótese de furto de bens do empregador, ou ainda, lesões corporais, porém se distinguem entre si à medida que o penal revela deveres sociais, definidos em leis penais, de caráter público, com base em uma transcendência para a ordem pública. O ilícito trabalhista, ao contrário, supõe a quebra de deveres trabalhistas, de caráter privado, previstos em leis trabalhistas. Por vezes, a mesma conduta poderá gerar ilícitos de diferentes ordens, mantendo-se a responsabilidade trabalhista concomitante com de outras natureza, inclusive a penal; tratam-se de bens jurídicos distintos.

Não se confundem, ainda, faltas administrativas, sancionáveis pela Administração pública e as faltas trabalhistas, decorrentes de um poder punitivo do empregador. Condutas, tanto do empregado quanto do empregador em face da normativa jurídica trabalhista, se desviantes, podem configurar-se como ilícitos trabalhistas ou administrativos. A distinção entre ambos diz respeito aos deveres assumidos; no âmbito trabalhista se dá em face e dentro de uma relação obrigacional privada, criada a partir de um contrato de trabalho; no âmbito administrativo, em face do poder público, e que pela transcendência social pode atingir ainda o empregado.⁴⁸³

Em Espanha, a jurisprudência inclusive amplia a noção de descumprimento para que se possa incluir toda conduta de empregados

⁴⁸¹ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 332.

⁴⁸² Ver CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 117.

⁴⁸³ Nesse sentido, ver CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 124 e segs.

que possa configurar como um dano moral ou material ao empregador. A argumentação reside na lesão à confiança e fideducia que o empregador deposita nos seus empregados e que, desta forma, uma vez quebrada, afetaria a própria relação de emprego.

2. Quatro⁴⁸⁴ seriam os elementos componentes da falta:⁴⁸⁵

a) **elemento material**, verificado no real e no concreto, pela transgressão mediante uma conduta, comissiva ou omissiva, não sendo suficiente a mera intenção;

b) **elemento subjetivo**, pela imputabilidade ao empregado, na concorrência de culpa ou dolo;

c) **elemento finalístico**, com a verificação de uma lesão ou prejuízo material ou moral, suposto ou certo, ainda que eventual, aos interesses da empresa e;

d) **elemento jurídico**, eis que pressupõe uma violação de um padrão médio de conduta, tipificado concretamente na lei.

A partir dos elementos poderíamos chegar a uma definição de falta trabalhista como sendo a conduta comissiva ou omissiva do empregado, em desconformidade com os deveres assumidos em face de um contrato de trabalho, realizados por dolo ou culpa, que afetem os interesses da empresa.

O **elemento material** consiste na própria ação ou omissão do trabalhador, que leva à necessidade de uma exteriorização por meio de uma conduta que extrapola a mera intenção. Assim, por exemplo, atos preparatórios, a vontade subjetiva da prática ou elementos

⁴⁸⁴ Para Mesquita seriam apenas dois: elemento material: ação ou omissão imputável ao agente e elemento formal: atentado aos deveres sociais da empresa. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 137-9; para Marcelo Caetano seriam quatro, um elemento legal – tipificação anterior por lei – um elemento material – o ato perpetrado ou a omissão –, um elemento moral – vontade livre e esclarecida – e, enfim, um elemento injusto – ausência de justificação por lei. Afirma o autor que somente haveria no direito português um embrião de elemento legal, não aceitando a mera referência exemplificativa, sendo necessário um conteúdo definido, com a fixação de requisitos indispensáveis. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 52-3; para Magano também são quatro: causa material, ocorrência de dolo ou culpa; previsão normativa de conduta faltosa e lesão do interesse da empresa. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 172.

⁴⁸⁵ Rosembaum, Citado por OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 135.

meramente subjetivos, como a perda de confiança sem exteriorização material, não podem ser tidos como falta disciplinar. Há de se ter uma concretude exteriorizada.

Discute-se se a conduta é a realizada em face do cumprimento do contato, restrita temporal e geograficamente ao local de trabalho, enquanto descumprimento do contrato ou, ainda, se pode ser traduzida mais amplamente, enquanto diz respeito à vida do trabalhador que, mesmo que indiretamente, venha atingir a um interesse da empresa.

Propugnando a restrição da sanção às condutas obreiras perpetradas exclusivamente no descumprimento de obrigações contratuais.⁴⁸⁶ Note-se, neste teor, que o poder disciplinar seria o tratamento que o direito do trabalho defere ao inadimplemento contratual.

A Consolidação das Leis do Trabalho indica, pela enumeração de justas causas, o reconhecimento amplo, como elemento material qualquer conduta contrária aos interesses da empresa e não somente o inadimplemento contratual,⁴⁸⁷ consoante as hipóteses, por exemplo, de mau procedimento, embriaguez habitual, prática constante de jogos de azar ou condenação criminal sem suspensão condicional da pena, por exemplo.

O fundamento para o acolhimento da falta para além do inadimplemento contratual reside no elemento finalístico, como a lesão a interesse da empresa, com repercussão na realização de seus objetivos⁴⁸⁸ e não numa suposta perda de fidúcia.

Os comportamentos considerados como ilícitos trabalhistas do empregado, que ensejam a aplicação de uma sanção, referem-se ao

⁴⁸⁶ Nesse sentido, Delgado: *"Não há possibilidade de as prerrogativas do poder disciplinar estenderem-se ao universo de condutas estritamente pessoais, familiares, sociais, políticas do trabalhador [...]"* DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 146.

⁴⁸⁷ Nesse sentido, MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 174.

⁴⁸⁸ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 176.

descumprimento de deveres que, muito embora não estejam indicados expressamente na legislação ou no contrato, são aceitos como tais em decorrência da manutenção de um vínculo jurídico de emprego. Esses comportamentos esperados são estatuídos como deveres.

O dever principal é o de prestar trabalho, com assiduidade e pontualidade e com diligência e zelo, enquanto condições de modo e tempo, como decorrência do contrato de trabalho encetado. Os deveres acessórios giram em torno da execução das atividades contratadas e podem ser resumidos na boa fé, em dever de sigilo, lealdade e respeito.

O dever principal do empregador é de remunerar o empregado pelo trabalho prestado. Todavia, o descumprimento não é reconhecido como ilícito propriamente dito, a ensejar a aplicação de uma penalidade por parte do empregado.

Os deveres acessórios não dizem respeito exclusivamente ao trabalho propriamente dito, senão à conduta geral dos sujeitos da relação de emprego ou específica dos integrantes de uma certa categoria. Não de um dos sujeitos do contrato de trabalho, como fazem transparecer a doutrina e a jurisprudência, senão de ambos os contratantes. A falta de respeito do empregador para com o empregado, entretanto, não leva à possibilidade de aplicação de qualquer punição, como propugna a doutrina em relação à situação inversa.

Por tais motivos, somente o descumprimento do dever não enseja a identificação de uma falta como ensejadora do poder de punir, salvo se o entendimento for de que descumprimento de deveres pelos empregados ensejam faltas puníveis, mas descumprimento de deveres pelos empregadores não.⁴⁸⁹ Nota-se, por conseguinte, a deficiência argumentativa da conceituação e identificação de faltas puníveis no âmbito trabalhista.

⁴⁸⁹ Em posição diametralmente contrária, Ramalho, para quem nem todos os comportamentos do trabalhador susceptíveis de desencadear o exercício efetivo do poder disciplinar identificam-se como

O **elemento subjetivo**, entretanto, raramente é valorado, a partir da constatação de que o mero desvio de conduta objetivado basta para a caracterização do ilícito, bem como ante a indicação de que tem a medida disciplinadora uma função preventiva e de exemplaridade.

A não aceitação do elemento subjetivo gera algumas controvérsias na doutrina trabalhista. Para Riva Sanseverino e Ardaü,⁴⁹⁰ em matéria de sanção disciplinar é sempre pressuposta a culpa do trabalhador. Para Lopes de Andrade e Durand e Jaussaud, ao contrário, na configuração da justa causa deve ser levado em consideração também a culpabilidade, rejeitando a possibilidade de aplicação de pena por mera suspeita.⁴⁹¹ Castro Argüelles indica ser imprescindível a apreciação do elemento subjetivo, a intencionalidade, para determinação da gravidade da falta, sendo que a sanção somente poderá ser imputável ao empregado que descumpriu deveres atribuíveis por vontade maliciosa - equiparável ao dolo penal⁴⁹² - ou conduta negligente - semelhante à culpa penal⁴⁹³ -, ou seja, quebra ou desconhecimento de devres de qualquer índole impostos pela normativa.⁴⁹⁴ Já para Marcelo Caetano, é necessária a intencionalidade para a existência da falta, sendo a valoração do dolo ou culpa levados em consideração para graduação da gravidade.⁴⁹⁵

A culpabilidade se apresenta enquanto intencionalidade, vontade dirigida ou negligência. A conduta do agente a ensejar a

faltas sancionáveis em decorrência da violação ao poder diretivo. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 225 e segs.

⁴⁹⁰ ARDAÜ, Giorgio. *Corso...*, p. 202.

⁴⁹¹ LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. *Direito...*, p. 180.

⁴⁹² Muito embora mais extenso, é conceituado como "[...] falta de integridad, moralidad o rectitud en el cumplimiento de los deberes que le incumben al trabajador". CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 185.

⁴⁹³ Negligência, que se pode distinguir em escusável, determinante de falta leve e que consistira na omissão de um cuidado ou atenção e a inescusável, falta grave ou gravíssima, que equivale à imprudência temerária, em cuidado e diligência exigível de qualquer empregado, ainda que menos cuidadoso. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 186.

⁴⁹⁴ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 179 e segs.

⁴⁹⁵ CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 57.

responsabilidade pode ser culposa; se dolosa, é ainda agravante da conduta.

O desconhecimento, a partir do princípio geral de que a ignorância da norma não excusa o seu descumprimento, é irrelevante para fixação da culpabilidade.

Verifica-se a partir de uma apreciação da casuística legal que o elemento subjetivo não é negado pelo consolidador, notando-se, por exemplo, que nas hipóteses previstas nas letras “j” e “k”, do art. 482, é fato impeditivo da configuração a legítima defesa própria ou de outrem.

A aceitação do **elemento jurídico**, por alguns identificado como legal, é discutível. Traduz-se na avaliação do princípio *nullum crimen sine lege*. Mesquita, por exemplo, o exclui como elemento, sob alegação de que se não é aplicável no campo do direito administrativo, também não o será no privado, trabalhista, que é mais informal e sujeito às variações da empresa.⁴⁹⁶

O elemento jurídico está, para Magano, adstrito às hipóteses *estatutárias* previstas como justa causa.⁴⁹⁷ A tipificação é variável, em geral identificadas como *standards jurídicos*, podendo eventualmente ter uma descrição mais detalhada das situações tidas como faltosas, mas quase sempre descritas genericamente, possibilitando uma maleabilidade por parte do empregador para dar atendimento à necessidade de dinamicidade.

A legislação, pela gravidade dos efeitos que enseja, restringe-se a estabelecer uma série de situações fáticas, ou *standards jurídicos*,⁴⁹⁸ que ensejam o reconhecimento da chamada *justa causa* ⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 141.

⁴⁹⁷ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 177.

⁴⁹⁸ *Standards jurídicos* seriam medidas de conduta padronizadas, numa avaliação moral média, que servem de diretivas. A justa causa é, “sem dúvida, o terreno da eleição dos *standards* na aplicação do direito do trabalho”. MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 249-252. Que, para Delgado, trata-se de um conjunto taxativo de infrações trabalhistas. DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 142.

ensejadora da punição mais grave, que é a cessação do contrato de trabalho (rescisão por justa causa).

Há uma dúvida que assombra a doutrina acerca das hipóteses de justa causa, se deveriam vir elencadas na legislação de forma taxativa,⁵⁰⁰ como *numerus clausus* ou não.⁵⁰¹

As manifestações favoráveis a um sistema aberto, dinâmico, propondo exclusivamente uma enumeração exemplificativa, ou *standards jurídicos*, partem da consideração de que a lei nunca esgota a realidade, que é sempre mais ampla, além de não levar em conta peculiaridades de cada categoria econômica e profissional, bem como na possibilidade que o Judiciário possa superar o puro mecanismo de um silogismo decorrente da inflexível plenitude da lei, aplicando na apreciação critérios de equidade. Haveria, então, uma *legislação de suporte*,⁵⁰² com a descrição dos princípios básicos da relação de trabalho, tais como garantia no emprego, participação dos trabalhadores na gestão empresarial.

A vantagem do sistema fechado ou enumerativo está, principalmente, no conhecimento anterior pelo empregado que já saberia que aqueles atos que porventura possa praticar serão puníveis,

⁴⁹⁹ Na Consolidação das Leis do Trabalho há uma duplicidade de nomenclaturas para indicar o ato faltoso grave que leva à “morte do contrato”: falta grave e justa causa. “A Consolidação das Leis do Trabalho é um poço de antinomias e de atecnias, especialmente, de expressões que não mais correspondem ao rigor da linguagem científica [...]”. MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. *Elementos...*, p. 90. Falta grave seria empregada para designar o ato faltoso grave praticado pelo empregado estável e justa causa o ato faltoso grave praticado por empregado não detentor da estabilidade. Ontologicamente nada há de distinto, pelo que a opção fora pela expressão adotada pela majoritária doutrina. Nestes termos, Moraes Filho, para quem não há de se fazer distinção entre ambos vocábulos. MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 105. Wagner Giglio, ao contrário, propugna pela distinção GIGLIO, Wagner Drdla. *Justa...*, p. 18-9. Ver, ainda, Antonio Lamarca, *Manual...* e em sentido contrário, Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, 321 p.

⁵⁰⁰ Afirma Moraes Filho que no sistema trabalhista brasileiro sempre foi praxe legislativa a enumeração taxativa das hipóteses de justa causa, desde a Lei n.º 108, de 11 de outubro de 1837, passando pelo Código Comercial de 1850 (art. 83 e 84), no Decreto n.º 2.827, de 15 de março de 1879, sobre locação de serviços (art. 38 e 39), no Decreto n.º 16.107, de 30 de julho de 1923, de locação de serviços (art. 14 a 16 e 20 e 21), Lei n.º 62, de 5 de junho de 1935, sobre contrato de trabalho, dentre tantas. MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 311.

⁵⁰¹ Sobre o tema, ver Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, p. 12-5.

⁵⁰² A expressão é de Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. *Direito...*, p. 167.

bem como na restrição à discricionariedade do empregador. É, “*de certo modo, guardadas as proporções, é como ocorre no Direito Penal, relativamente aos delitos, que carecem de definição legal anterior para que se admita a aplicação da pena correspondente*”.⁵⁰³ Restringe, ainda, a apreciação do Judiciário que, desta forma, não poderá criar novas situações faltosas não catalogadas ou o emprego da analogia.⁵⁰⁴

Muito embora, como lembra Gueiros Bernardes, os tipos celetistas por vezes nada mais fazem do que remeter ao poder diretivo do empregador, como na hipótese de *indisciplina*..⁵⁰⁵

O **elemento funcional** indica que a relevância da falta praticada está em correlação com a lesão a um interesse da empresa, ou seja, do capital.

Não há qualquer indicação expressa na Consolidação das Leis do Trabalho quanto a uma tipicidade de todas as faltas disciplinares, havendo exclusivamente uma descrição de condutas faltosas que ensejam a verificação da falta mais grave, que leva à sanção mais rigorosa, a própria cessação do contrato de trabalho. Há, ainda, indicação da possibilidade de uma *suspensão preventiva*, enquanto se aguarda ao trânsito em julgado, em um processo judicial, quando excepcionalmente indicado como meio hábil para averiguação da existência, autoria e gravidade, embora sem qualquer referência expressa ou tipificação acerca de eventuais faltas puníveis com suspensão.

Embora possa existir uma diversificada classificação das faltas, inclusive em relação à natureza, como sendo faltas contratuais e

⁵⁰³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 169. Adotando posição idêntica, Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, p. 13.

⁵⁰⁴ A analogia, segundo Castro Argüelles, somente poderia ser aceita se prevista expressamente nos convênios. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 99.

⁵⁰⁵ GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 661.

institucionais,⁵⁰⁶ ou ainda faltas profissionais ou restritas à vida privada,⁵⁰⁷ a classificação quanto à gravidade ou o nível de vulneração, é a mais adotada. Estar-se-ia diante de **faltas leves, graves e gravíssimas**,⁵⁰⁸ porém de forma aberta, sem qualquer descrição ou detalhamento, quer o interesse da empresa violado seja leve, grave ou gravíssimo. Não se trata de um interesse egoístico do titular da empresa ou o seu controlador, mas da *empresa*, ou seja, de toda a organização à qual o empregado deveria colaborar.

Esse interesse não necessariamente é o econômico, pelo que por vezes há conduta faltosa sem qualquer dano efetivo.

Segundo Russomano, a lei brasileira classifica as faltas cometidas em função da sua gravidade em faltas leves, justas causas e falta grave,⁵⁰⁹ não indicando, todavia, os dispositivos legais a partir dos quais chega a tal conclusão. É um conhecimento dado. As faltas leves admitem apenas punições brandas, como admoestações verbais, advertências escritas particulares ou publicadas internamente na empresa e suspensões disciplinares. Já para Martins Catharino a falta varia em grau em levíssima, leve, grave e gravíssima, constituindo-se ou inadimplemento contratual ou violação de um dever jurídico.⁵¹⁰

Não há, de qualquer sorte, nenhuma gradação em si mesma, senão fruto de um procedimento meramente atributivo; toma-se então como menos grave a advertência, de ordem moral, mais grave a vedação de acesso ao trabalho, com a perda da remuneração dos dias parados e, a mais grave de todas, a perda do posto de trabalho. De

⁵⁰⁶ A classificação é adotada por Mesquita. A falta contratual, por ser cometida pelo sujeito contratante, não necessariamente enseja punição; está na ordem do descumprimento contratual. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 144 e segs.

⁵⁰⁷ Nesse sentido, seguindo a classificação de Duguit, indica-se como profissionais as faltas cometidas em violação aos estatutos positivos do trabalhador, *comuns* e *próprias* e faltas respeitantes à vida privada, as referentes a condutas fora do âmbito do trabalho, que infringem os deveres de um estatuto negativo. Nega uma terceira classe, proposta por Jêze, de faltas políticas, decorrentes da violação de deveres de lealismo político. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 59.

⁵⁰⁸ Para Gonçalves, seriam tão-só leves e graves, se rompem ou não o vínculo empregatício. GONÇALVES, Emílio. *O poder...*, p. 42-52.

⁵⁰⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p.168.

qualquer sorte, as faltas e as sanções são reconhecidas como aplicáveis de forma autônoma,⁵¹¹ ou seja, desnecessário que antes de uma pena mais grave já tenha sido aplicada uma mais leve.⁵¹²

2 - SANÇÃO

1. Sanção⁵¹³ seria a ameaça ou as medidas⁵¹⁴ impostas pela regra jurídica, como consequência da inobservância dos imperativos jurídicos⁵¹⁵ ou quando se verificar uma conduta contrária ao determinado como proibição, sem permitir justificação.⁵¹⁶

A sanção trabalhista, para o empregado, é toda medida disciplinadora aplicada pelo empregador, repressora e punitiva de uma conduta ilícita ou pelo descumprimento contratual grave praticado.

Sanção, embora tida como um fato empírico, socialmente desagradável, que pode ser imputado ao comportamento de um sujeito, de ordem psicossociológica e axiológica, avaliado sempre como um mal

⁵¹⁰ MARTINS CATHARINO, José. *Compêndio...*, p. 117.

⁵¹¹ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p.192. Gomes & Gottschalk indicam a existência de uma graduação compatível, das mais leves, como advertência ou censura, a uma suspensão pela reincidência, chegando-se à pena máxima que é a despedida. GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 70. Também para MARQUES DE LIMA há uma gradação das penas em ordem crescente, da advertência à rescisão, passando pela suspensão. MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. *Elementos...*, p. 90. No mesmo sentido, Mesquita, afirmando que a repreensão e a advertência deverão ser aplicadas a primários e, em seguida aplicar-se-ia a suspensão, pena mais severa, sempre "[...] dentro de certos limites de humanidade e de acordo com a lei" até a mais severa, última e definitiva, despedida, que torna impossível a subsistência do contrato. MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade...*, p.1128.

⁵¹² Para Alonso Olea é necessária para validade da sanção, uma prévia advertência quando a pena é severa, como a rescisão. ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 351; em sentido oposto, ante a omissão da lei, porquanto o empregador pode valorar suas condutas ante a tipicidade, sendo que o desconhecimento não exime a responsabilidade e, por fim, por ser absurdo pretender que o empregador possa prever as faltas dos empregados, ver CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 261-2.

⁵¹³ Toda sanção jurídica é instrumento de garantia de observância de determinações legais, como reforço da imperatividade, para obtenção de real eficácia.

⁵¹⁴ No direito francês, a sanção vem definida em lei como sendo "[...] toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à effectuer immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la remuneration". Code du travail, art. L.133-40.

⁵¹⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo...*, p. 1.

⁵¹⁶ FERNANDES, Paulo Sérgio & FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades...*, p. 25.

por quem a recebe,⁵¹⁷ é o efeito jurídico atribuído como resposta a determinada conduta.

Para o empregador, é o instrumento de exercício do poder disciplinar, previsto tanto para garantir a observância dos comandos e reforçar a imperatividade, obtendo a eficácia por meio de uma ameaça de privação a algum bem jurídico a ser imposta ao empregado faltoso, quanto para assegurar a ordem e o bom funcionamento da empresa. Enquanto medidas disciplinadoras, o mal tem sempre uma finalidade que transcende a própria causa: são ” **castigos**⁵¹⁸ *que se imponen a los trabajadores por la inobservancia de sus obligaciones a fin de fortalecer y fomentar su cumplimiento* ”⁵¹⁹ (g.n.), como quer Munõz Ramón.

2. Distinguem-se as várias sanções não propriamente como figuras distintas, senão pelos efeitos jurídicos não coincidentes, na dependência da finalidade visada.⁵²⁰

A sanção poderá ter natureza *compulsória*, à medida que se destina a atuar sobre o infrator de forma a levá-lo a adotar, ainda que tardiamente, o comportamento devido ou o cumprimento do preceito.⁵²¹

Fala-se, ainda, em sanção *reconstitutiva*, quando o fim visado é a reposição ou restauração natural da situação a que se teria chegado com a observância do comando; tendo um caráter *repressivo*, está em geral vinculado a comando proibitivos.

Quando a sanção reconstitutiva não mais é viável, tem-se a sanção *compensatória*, que opera através de uma indenização pelos danos sofridos.

Há, ainda, a sanção *punitiva*, ou a punição, a pena, imposta de maneira a representar um sofrimento e uma reprovação à conduta

⁵¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria*..., p. 69.

⁵¹⁸ É a identificação da sanção como um castigo tem aceitação na doutrina, inclusive, segundo Castro Argüelles, sendo a característica que “[...] la aproxima a las sanciones propias del Derecho penal”. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen*..., p. 204.

⁵¹⁹ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios*..., p. 209.

⁵²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*..., p. 51.

desviante do infrator e a sanção *preventiva*, que tem como finalidade prevenir violações futuras; em última instância, toda a sanção de natureza punitiva tem ainda um caráter preventivo, como pressão psicológica para induzir as pessoas a cumprir o comando, desencorajando a inobservância.

Distingue-se a sanção trabalhista da sanção civil ou penal, bem como das denominadas por Durand e Jaussaud⁵²² como *mesures d'ordre intérieur*, que não são sanções propriamente ditas. Essas medidas de ordem interior seriam as tomadas pelo empregador para administrar e ordenar as atividades no centro de trabalho que podem causar prejuízos aos empregados, como, por exemplo, alteração no quadro de carreira, supressão de uma função obsoleta, extinção de um cargo ou grupo de cargos.

As sanções civis direcionam-se quase sempre à restituição do direito violado, voltadas à indenização de um prejuízo causado, ao passo que as medidas disciplinares prescindem de qualquer dano comprovado ao patrimônio do empregador,⁵²³ resultando de uma conduta descumpridora de uma ordem emanada a partir do poder de direção.⁵²⁴ Assim, indica Castro Argüello que seria suficiente a desconfiança para justificar a cessação do contrato,⁵²⁵ tendo finalidade punitiva.

Não se poderá confundir, ainda, com a cláusula penal⁵²⁶ de um contrato,⁵²⁷ ainda que se trate de inadimplemento de uma cláusula

⁵²¹ Assim como ocorre com o direito de retenção, a proibição de distribuição de lucros ou dividendos (Decreto-lei n. 368, de 19.12.68).

⁵²² DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 437.

⁵²³ Embora em sentido contrário, entendendo que em relação à justa causa, denominada pelo autor como falta grave, esta "[...] não se realiza [...] quando não tenha a outra, em virtude da prática, sofrido um prejuízo, seja de fato, seja de direito". Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, p.18.

⁵²⁴ Exemplifica Barassi, com a conduta do empregado que fuma no local de trabalho ou recebe estranhos, em contrariedade a uma proibição expressa do empregador. BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 325.

⁵²⁵ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 122.

⁵²⁶ Afirma Mesquita que a hipótese do art. 462, parágrafo único, da CLT, de desconto por dano, é hipótese de cláusula penal de natureza civil. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 145.

determinada, que se poderia indicar como sendo a de submissão ao poder de direção, vez que não se trata de uma soma pecuniária imposta ao inadimplente ou seus herdeiros.

Muito mais próxima está a sanção trabalhista punitiva das sanções penais. Tal similitude é vista ainda pelo direito penal. Note-se o texto de Zaffaroni, ao tratar do surgimento do pensamento penal moderno, estudando Bentham: *"La ideología de la pena era la del entrenamiento mediante control estricto de la conducta del penado, sin que éste pudiera disponer de un solo instante de privacidad. Esta ideología se extenderá y reformulará por parte de los diversos creadores de regímenes y sistemas "progresivos", pero en el fondo seguirá siendo la misma: vigilancia, arrepentimiento, aprendizaje, "moralización" (trabajar para la felicidad). Se corresponde en general con la forma de trabajo industrial, tal como se la concebía y practicaba en la época: la vigilancia estricta del trabajador en la fábrica, en control permanente del capataz, la imposibilidad de disponer de tiempo libre durante el trabajo, etc. Las analogías entre la cárcel y la fábrica se han estudiado en los últimos años [...]"*.⁵²⁷

A identidade gira em torno da sua natureza repressiva e punitiva⁵²⁹ e pelos princípios migrados para o direito do trabalho que as orientam, tais como a imputabilidade, a pessoalidade,⁵³⁰ culpabilidade, independência em relação a um prejuízo ou dano e proporcionalidade entre a conduta e a sanção.

⁵²⁷ A distinção no direito francês é mais acentuada, à medida que o valor da cláusula penal reverte em benefício do empregador e a sanção disciplinar, por via da aplicação de uma multa, reverte em benefício de uma *caisse de secours* em benefício do pessoal da empresa. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 438.

⁵²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual...*, p. 224-5.

⁵²⁹ Nesse sentido, MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 87; PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 197.

⁵³⁰ Muito embora Castro Argüello sustente a possibilidade de que uma conduta de um familiar do empregado, contra o empregador ou superior hierárquico, possa determinar por co-responsabilidade, a aplicação de sanção ao empregado, se este for o "motivo" da conduta ofensiva. Quando a atos coletivos, sustenta a autora uma responsabilidade solidária dos integrantes do grupo durante a vigência da relação contratual, exercendo frente a cada um o poder disciplinar. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 182-4.

Com as sanções penais tem-se em vista uma satisfação meramente jurídica, voltada ao restabelecimento da ordem jurídica ameaçada ou violada pela inobservância de um imperativo legal, tal qual ocorre no âmbito trabalhista, no qual o dano ou o prejuízo causado pela falta prescinde de importância.

Pelo escopo visado, tem sido apregoadada a semelhança do Poder Disciplinar com o Direito Penal - não a identidade, porém, a ponto de Dorval Lacerda considerar que a falta grave "[...] é o crime no contrato de trabalho".⁵³¹

Embora ambos disciplinem fatores de desorganização da coletividade,⁵³² representam preocupações com bens jurídicos distintos; se no direito penal a sanção é da violação de deveres para com a sociedade e Estado e por tal mantenha uma natureza pública, no âmbito trabalhista a repressão é ao desatendimento a deveres para com a empresa, considerada como um grupo *restrito*, uma instituição privada, uma sociedade *imperfeita* ou *sui generis*, uma sociedade de menor âmbito.⁵³³

O poder de aplicação de punições ou castigos aos trabalhadores está dentro de uma ordem jurídica privada, "[...] que nada tiene que ver con ninguna potestad pública" e revela uma relação jurídica de subordinação, que é sempre provisória, enquanto no direito penal a ordem é pública e a relação é de soberania estatal, sendo absolutamente irrelevante qualquer manifestação volitiva por parte do cidadão que se submete ao poder de controle social.⁵³⁴

Assim, o interesse resguardado é distinto; no direito penal, o poder é exercido em prol de um interesse público; no direito do trabalho, embora se aponte para um interesse coletivo, ou *interesse do*

⁵³¹ Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, p. 13.

⁵³² DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 438.

⁵³³ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 68. O direito disciplinar seria um verdadeiro direito penal das instituições. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 87-9. Citado, ainda, por MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 208.

serviço,⁵³⁵ trata-se de um interesse egoísta, privado, do empregador, que acarreta distintos tratamentos em relação às garantias reconhecidas e aceitas por parte dos juslaboralistas. No âmbito penal, a aplicação de uma pena deve necessariamente ser precedida de um processo judicial, cuja competência é atribuída a um órgão do Poder Judiciário, dentro do princípio de separação dos poderes. No âmbito trabalhista, não só inexistem em alguns ordenamentos a previsão do princípio da processualidade enquanto regra geral, bem como o empregador detém um complexo de poderes,⁵³⁶ um macropoder, no qual está inserido tanto o de prescrever qual a falta e prever a sanção, como aplicá-la diretamente, valorando a conduta sem intermediação estatal.

Dentro da reconhecida finalidade repressiva,⁵³⁷ bem como ante o receio de arbítrio na incriminação e no infligir as sanções, instituem-se no âmbito doutrinário e jurisprudencial algumas regras para proteção dos direitos individuais⁵³⁸ e no estabelecimento de alguns princípios, estendidos ao poder disciplinar trabalhista, embora com divergência, tal como o *nullum crimen sine lege*,⁵³⁹ que têm determinado, por exemplo, a impossibilidade de admissão como conduta faltosa de hipóteses não descritas na CLT, em seu artigo 482, ou o da individualização da pena,⁵⁴⁰ muito embora com ressalvas.⁵⁴¹

Exatamente a semelhança com o direito penal tem motivado o acolhimento, por alguns, do poder disciplinário como uma forma ou uma modalidade daquele e, por conseguinte, ensejado a aplicação por

⁵³⁴ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 57.

⁵³⁵ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 202.

⁵³⁶ Segundo Ramalho, em uma evidente *confusão de poderes*. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 202.

⁵³⁷ MARTINS CATHARINO, José. *Compêndio...*, p. 116.

⁵³⁸ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 68.

⁵³⁹ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 68. Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, p. 13. Embora negando a aplicação do princípio, MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 141.

⁵⁴⁰ Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave...*, p. 15.

⁵⁴¹ No domínio trabalhista, o princípio da tipicidade é menos rigoroso na sua aplicação, máxime diante da natureza exemplificativa das condutas faltosas. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 206 e 209.

analogia dos critérios hermenêuticos e todos os princípios penais. Afinal, não importaria o domínio jurídico em que se configuram tais punições, existindo uma conduta típica e aplicação de penalidades, necessariamente os princípios e garantias constitucionais devem ser observados. Fala-se até em um Direito Penal Privado, Direito Penal da Empresa, Direito Penal das Instituições, Direito Penal das Corporações, Sistema Punitivo Privado.⁵⁴²

Em posição contrária, negando a idêntica natureza,⁵⁴³ embora aceitando o poder de punição privado do empregador e, assim, dando condições de subsistir à margem, à parte do monopólio estatal, está Cabanellas,⁵⁴⁴ que denomina a falta como um *delito laboral*.

Pode-se distinguir o poder sancionador trabalhista do direito penal do trabalho sob cinco aspectos. A um, quanto aos atos incriminados, apontando que no âmbito trabalhista o princípio da anterioridade⁵⁴⁵ da lei tem aplicação menos rigorosa, podendo ser reprimidos atos faltosos ainda que não previstos expressamente em lei; a dois, por afastar o direito do trabalho penas restritivas de liberdade; a três, no direito trabalho volta-se não à sociedade ou coletividade, senão ao próprio indivíduo como sujeito de uma relação jurídica; a quatro, pela distinta razão da causa das sanções e, por último, pela natureza das faltas trabalhistas, que se dirigem ao trabalho, aos fatores de produção, visando manter a disciplina nas empresas pelo sistema aflictivo.⁵⁴⁶

⁵⁴² DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed., t.1, p. 403-4; MARCELO CAETANO. *Do poder...*, p. 40. Apud MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 88.

⁵⁴³ Também Riva Sanseverino nega identidade da pena trabalhista com a penal, embora reconheça um sistema punitivo privado; no entanto, estabelece a necessidade de atendimento de uma "[...] *specificazione aprioristica e tassativa delle sanzioni disciplinari* [...]". SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 160.

⁵⁴⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Tratado...*, t.2, p. 454.

⁵⁴⁵ No mesmo sentido, propugnando a não aplicação do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* e indicando a desnecessidade de tipificação precisa e fechada, ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 350 e MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 141. Durand e Jaussaud afirmam que o princípio da legalidade é menos marcante no âmbito trabalhista do que no penal. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 440.

⁵⁴⁶ CABANELLAS, Guillermo. Apud SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 206.

Aliás, segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, essa *invasão* do direito penal no direito disciplinar vem se revelando altamente prejudicial, vez que torna-o mais rígido pela aplicação destes seus princípios, quando os sentimentos de benevolência, eqüidade e liberdade próprios do direito disciplinar trabalhista e que, assim, amenizam a sua aplicação e temperam o rigor, se vêem minimizados.⁵⁴⁷ Afinal, se o que caracteriza a sanção trabalhista é exatamente a finalidade para a qual é aplicada, ou seja, reside no motivo a determinação da sua natureza,⁵⁴⁸ que é o *bom andamento da empresa*, caberia ao empresário a liberdade de optar e amoldar a sanção aos estritos interesses da atividade, punindo ou deixando de punir, aplicando uma sanção mais ou menos rigorosa dependendo de circunstâncias pessoais do trabalhador.

Mesquita, respaldado em Venturi, embora aceite a similitude da sanção trabalhista e da penal, bem como a configuração de um direito disciplinar da instituição, afirma que a proximidade é maior com o Direito Administrativo. Seriam os poderes disciplinares quer no âmbito da Administração pública, quer no espaço privado da empresa, idênticos na natureza, por versarem sobre comportamento perante instituições ou corporações.⁵⁴⁹

Os servidores públicos, ante a prática de um ilícito administrativo comprovada por meio de um procedimento legal, fica sujeito a sanções por descumprimento dos deveres de, dentre outros, assiduidade, pontualidade, discrição, urbanidade, obediência, lealdade, que se identificam como advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 88.

⁵⁴⁸ A idéia é de Durand e Jaussaud. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 439.

⁵⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 86-7.

⁵⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 387-90; ver, ainda, CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 93 e segs.

A Administração pública, composta por órgãos integrantes dos entes públicos, aos quais a lei confere o exercício de função administrativa e de pessoas jurídicas de direito público e privado às quais a lei outorga a execução indireta da atividade administrativa, situa-se em situação privilegiada, vertical, nas relações jurídicas.⁵⁵¹ O fundamento reside, segundo Di Pietro, nas idéias de *proteção aos direitos individuais frente ao Estado e necessidade de satisfação dos interesses coletivos*. Estaria, então, legitimado o poder expresso em uma supremacia externada em nome e benefício do bem-estar coletivo: supremacia do interesse público sobre o privado.⁵⁵² Entretanto, no poder disciplinar privado, salvo por retórica, afirma-se que a supremacia estaria manifestada por uma garantia de preponderância do interesse público sobre o particular.

Todos os argumentos e fundamentos apresentados para o poder de aplicação de punições são endereçados ao *bom andamento da empresa*, que ainda que possa ser vista como uma instituição, não visa resguardar qualquer interesse público, senão o do capital. Outrossim, os administrativistas são unânimes em afirmar que tais prerrogativas são desconhecidas no direito privado:⁵⁵³ "[...] cláusulas exorbitantes⁵⁵⁴ ou de privilégio ou de prerrogativa [...] podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra" e, ainda, "[...] cláusulas seriam ilícitas nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração. É o caso das cláusulas que prevêm aplicação de penalidades

⁵⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 55-6.

⁵⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 58-61.

⁵⁵³ Nesse sentido, ver, ainda, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p.377-9.

⁵⁵⁴ "São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 216-222.

administrativas".⁵⁵⁵ Estas cláusulas exorbitantes se manifestam na prerrogativa de, ante uma inexecução total ou parcial do contrato, aplicar sanções de natureza administrativa, como advertência, multa, suspensão, impedimento, decorrentes da supremacia do interesse público sobre o dos particulares.

Tal não ocorre no âmbito do direito privado, porquanto incompatível: "*Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva*".⁵⁵⁶ Não decorrem do contrato, sendo manifestações de atos jurídicos unilaterais, inerentes à competência estabelecida em lei.

Distingue-se o poder disciplinar privado, trabalhista, do público, administrativo, à medida que verificada a falta, o empregador pode relevá-la e não punir, *perdoando* o empregado, situação esta que não se verifica no direito administrativo, no qual o poder de aplicação de punições é um poder-dever.

Já na Administração pública, não possui o superior hierárquico a liberdade entre punir e não punir, consubstancia-se em um poder vinculado: "[...] *tendo conhecimento da falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível*".⁵⁵⁷ Aliás, a omissão é tipificada como crime de condescendência criminosa (*art. 320, Código Penal*). Permanece a discricionariedade, limitada à lei, tanto nos procedimentos para apuração da falta, como na escolha da pena - quando a lei prevê duas sanções, como multa ou suspensão - , sua natureza e avaliação da gravidade, levando-se em conta os eventuais danos causados à Administração e, ainda, no completar o

⁵⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito*..., p. 58-61 e 212-4.

⁵⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso*..., p. 395.

⁵⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito*..., p. 76.

sentido dos conceitos indeterminados, expressões imprecisas que identificam as faltas.⁵⁵⁸

3. Há na apreciação histórica uma evolução das sanções, superando-se os castigos corporais e aviltantes, como a palmatória, o uso do tronco e marca de ferro para os escravos, dos açoites, inclusive a própria abolição e execração da pena morte, em prol de indicada humanização.

Afirma Aguiar, entretanto, que as penas se tornaram mais *racionais, asséticas, menos sanguinolentas, mais escondidas dos olhos do povo*, sob a argumentação de que, mais do que exemplar, deve haver uma justificativa retórica de recuperação, reintegração na comunidade, ressocialização.⁵⁵⁹

3 - TIPICIDADE

A partir do critério da incidência, Durand e Jaussaud⁵⁶⁰ catalogam as sanções previstas nos diversos ordenamentos jurídicos como sendo de várias ordens, moral, pecuniária e profissional.

Sanção de ordem **moral** e **preventiva** seria a que visa incitar os brios, o amor próprio, a vergonha do trabalhador, mirando a correção dos erros, para uma futura atuação com maior atenção e zelo. Pode ou não implicar sua publicidade⁵⁶¹ - muito embora a publicidade não seja propriamente uma sanção. Tais seriam a censura, ou a

⁵⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 77 e 177-8.

⁵⁵⁹ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 86.

⁵⁶⁰ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 441. Mesquita, quanto à natureza da sanção, classifica em moral, pecuniária, corporal e restritiva da liberdade. MESQUITA, Luis José de. *Direito...*, p. 160. Marcelo Caetano acrescenta ainda a pena restritiva de liberdade, em face de disposições precisas do direito administrativo, em relação ao poder disciplinar. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 103.

⁵⁶¹ "La publicité donnée à la sanction constitue également une peine de caractère moral". DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 441. Porém, segundo Mesquita, por vezes a repreensão em público gera um efeito oposto, eis que determina uma humilhação do empregado perante os seus companheiros de trabalho. Deve-se, segundo o autor, sempre evitar na punição a ironia, o sarcasmo por tais motivos. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...* 1, p. 202.

admonição, ou admoestação, ou repreensão e a advertência,⁵⁶² aplicadas verbalmente, por escrito, em público no local de trabalho ou publicadas em jornal.⁵⁶³

Censura é a reprovação ou crítica em relação a determinada conduta. Repreensão é uma admoestação enérgica; admoestação é uma reprimenda ao empregado por sua conduta inadequada e faltosa. Admonição ou admoestação são sinônimos e se traduzem também em reprimendas. São vocábulos distintos para uma mesma noção de exprobação formal por uma falta cometida e, de qualquer sorte, não aceitas no âmbito da prática trabalhista, que se restringe à figura da advertência. Em relação à advertência, "**apesar de não prevista expressamente em nosso direito, a admissibilidade é pacífica**",⁵⁶⁴ pelo costume.⁵⁶⁵

Advertência é o aviso ao empregado de que sua conduta foi desconforme os comandos ou deveres, perturbando a boa ordem dos serviços, de forma a preveni-lo para a não reprodução da falta, sob pena de, com a reincidência, acarretar efeitos mais severos. Em verdade, trata-se de chamar a atenção, com fins preventivos e censurar, com fins repreensivos.⁵⁶⁶

Toda sanção moral, mais do que caráter punitivo propriamente dito, mantém uma natureza preventiva e, assim, pode-se identificar sempre esta ordem em conjunto com outras sanções aplicáveis. Teriam sempre uma feição, segundo Mesquita,⁵⁶⁷ de "*admoestação paterna*", sendo o efeito mais importante e primordial. Afinal, agrega o autor, constitui finalidade da sanção ser o "[...] faltoso

⁵⁶² Mais como precaução do que como uma mal propriamente dito. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 222.

⁵⁶³ Mesquita, entretanto, aconselha que a primeira seja oral e as seguintes sempre por escrito. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 220.

⁵⁶⁴ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 160.

⁵⁶⁵ O costume supre a ausência de lei. GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 661.

⁵⁶⁶ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 160.

⁵⁶⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 160.

*atingido em seu moral, para que se adapte ao trabalho, dentro da ordem profissional da empresa".*⁵⁶⁸

Sanção de natureza **pecuniária** visa atingir o patrimônio do trabalhador faltoso, causando-lhe um prejuízo financeiro. Podem causar dano direto, como a multa, quando se efetiva pelo desconto realizado no salário devido, ou indireto, como a perda de direitos trabalhistas, inclusive patrimoniais, confisco de um objeto introduzido na empresa em contrariedade com uma determinação do empregador; descontos proporcionais de salários, ainda que em face da aplicação da pena de suspensão.

Tem aplicação restrita, sendo rechaçado pelos laboristas, que afirmam a violência aos que percebem parca remuneração e indiferente aos ricos, privando-o da subsistência que necessita.⁵⁶⁹

A **multa**, que consiste na obrigação do empregado em pagar ao seu empregador uma determinada soma em dinheiro pela falta cometida, manifesta-se em uma autorização para o desconto de uma determinada soma na remuneração. Outrora largamente aplicada, como verdadeiras cláusulas penais, foi objeto já no século passado de grandes revoltas pelos empregados, sobretudo pelo uso abusivo por parte dos empregador.⁵⁷⁰

É negada⁵⁷¹ a possibilidade de qualquer sanção de natureza pecuniária direta, como a multa correcional, por exemplo,

⁵⁶⁸ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 213.

⁵⁶⁹ Marcelo Caetano, favorável às penas pecuniárias, argumenta com a variabilidade dos valores, de forma a tornar adequada às condições de vida do punido e com a possibilidade de garantia do emprego. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 105.

⁵⁷⁰ Segundo Durand e Jaussaud, "*La réforme ne fut réalisée que dans la loi du 5 février 1932 (art. 22 b, livre 1^{er})*". Quando eram permitidas, estavam subordinadas a duas condições: fixação prévia em regulamento empresarial e limitação diária máxima de valor restrita a ¼ da remuneração do dia; o valor era depositado em uma *caisse de secours* em proveito de todos os trabalhadores, cessando sua identificação com uma cláusula penal, e sua aplicação dependia de uma autorização do *inspecteur divisionnaire du travail*, após consulta aos organismos representativos das categorias econômica e profissional. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 442.

⁵⁷¹ Sobre o tema, ver DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 230-1.

em face do princípio da intangibilidade do salário,⁵⁷² conforme a norma inserta no art. 462, da Consolidação das Leis do Trabalho. Mantém o salário natureza alimentar, vindo afetar a própria subsistência do trabalhador. Embora ainda não regulamentado, a norma constitucional prevê tipificação como crime a retenção dolosa dos salários.

A penalidade de suspensão, indiretamente, pode acarretar efeitos no âmbito pecuniário. Durante o período que dura a penalidade, não havendo trabalho, inexistente o pagamento, enquadrando-se tal hipótese como de suspensão do contrato de trabalho.

Os atletas profissionais⁵⁷³ são passíveis de multa, o que é aceito sem qualquer questionamento a respeito da sua validade,⁵⁷⁴ porquanto previsto na Lei n.º 6.354, de 2 de setembro de 1976. Justifica-se *"na consideração de que o contrato respectivo traduz interesse público e, pois, envolvimento do Estado, pela repercussão dos espetáculos futebolísticos na ordem pública e paralelamente comportamento exemplar dos profissionais em causa"*⁵⁷⁵ e, ainda, *"[...] por ter efeito bumerangue, isto é, ser mais prejudicial ao empregador"*.⁵⁷⁶

Poder-se-ia indicar, ainda, a multa contratual prevista no art. 622, parágrafo único, da CLT, porém sem um caráter disciplinar.⁵⁷⁷

Há rejeição às sanções pecuniárias, em segundo lugar, porquanto afeta um direito adquirido do empregado que já tendo realizado o trabalho, tem direito resguardado pela própria norma constitucional a receber a remuneração pactuada.

⁵⁷² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 168. Zaccaria afirma a possibilidade, no direito administrativo italiano, da redução do estipêndio como sanção pelo descumprimento do dever de obediência. ZACCARIA, Francesco. *Obbedienza...*, p. 535.

⁵⁷³ Lei n.º 6.354, de 2.9.76.

⁵⁷⁴ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p. 192.

⁵⁷⁵ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 163.

⁵⁷⁶ MARTINS CATHARINO, José. *O poder disciplinar...*, p. 434.

⁵⁷⁷ CLT, art. 622. "Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada". RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 168.

Em terceiro lugar, há de se rechaçar porquanto atinge pessoas além daquele que se conduziu mal, afetando o patrimônio e a alimentação de todos os integrantes da sua família.⁵⁷⁸ E, por último, por resultar em pouca utilidade, eis que não tem caráter compensatório.

Acrescente-se ainda o caráter moral duvidoso de tais sanções, à medida que o benefício patrimonial reverte em prol de quem identificou a falta, estabeleceu e aplicou a sanção, economizando valores que deveria pagar por algo que já recebeu, que é a força de trabalho de um homem.

Embora seja um absurdo, é identificado como vantajoso o fato de que a aplicação da multa pouparia o posto de trabalho do empregado faltoso: "[...] *mais branda, economicamente, para quem vive de seu ordenado, do que a suspensão e despedida*".⁵⁷⁹ Além do que imagina-se superado o problema ético, atribuindo-se os valores cobrados a título de multa em benefício de um fundo comum em benefício dos próprios trabalhadores que, assim, se locupletariam com as penas dos seus colegas de trabalho.

Gomes e Gottschalk e Russosomano entendem que pode permanecer com validade no direito do trabalho, se prevista e disciplinada em uma convenção coletiva de trabalho, ante o reconhecimento da autonomia e força normativa à pactuação coletiva. Para Mesquita, ao contrário, é sempre inválida, salvo se regulamentada em contrato coletivo.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Igualmente ressalta Aguiar que a pena de prisão condena pessoas que não delinqüiram, os que dependem do condenado, levando pela condenação ao confinamento a família à fome. Evidente o caráter infamante da pena mais aplicada, nada podendo ser visto como resultado de uma humanização da repressão. AGUIAR, Roberto A.R. *Direito...*, p. 88.

⁵⁷⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 222-3. No mesmo sentido, Marcelo Caetano. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 104-5.

⁵⁸⁰ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 70. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 224.

Sanções de ordem **profissionais** ou **vicissitudes modificativas**,⁵⁸¹ são as que alteram o contrato em relação às condições de seu exercício, direcionadas ao cargo e à função. Compreendem a transferência,⁵⁸² retorno, rebaixamento, retroação,⁵⁸³ perda da categoria profissional, proibição ou limitação temporal de ascensão funcional,⁵⁸⁴ suspensão e, enfim, rescisão contratual, inclusive com a perda do aviso prévio e indenizações. **Somente são aceitas as penas de suspensão e rescisão contratual.**

A transferência é a alteração do local da prestação do trabalho e, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, somente é assim considerada enquanto implicar a alteração de domicílio do empregado. Se não afetar o domicílio, é sempre permitida, sendo considerada como efeito do *ius variandi* do empregador. Mesquita afirma que pode assumir natureza e função disciplinar, porém restrita à hipótese enquadrável como direito de variação do contrato. Ocorre, entretanto, que segundo a regulamentação normativa legal, inexistente uma transferência propriamente dita diante de tal hipótese. E, se houver uma transferência lícita, embora com natureza punitiva, pela aplicação da teoria do abuso de direito não prevaleceria.⁵⁸⁵

⁵⁸¹ Como quer Castro Argüelles, que indica a frequência com que vêm as convenções coletivas em Espanha estabelecendo os descontos proporcionais de salários pelo descumprimento do dever de assiduidade e pontualidade como sanção, embora negue tal natureza disciplinar. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 223 e 237-9.

⁵⁸² Aceita a mobilidade funcional sem obstáculos como medida corretiva, embora com alguma dificuldade se implicar mudança da residência, com alteração do posto de trabalho forçado, sem indenização, por não estar incluída entre as sanções proibidas pelo *Estatuto de los Trabajadores* da Espanha: "[...] La jurisprudencia, por su parte, en ningún momento há puesto en duda la legalidad del traslado forzoso como sanción; aunque, en ocasiones há aconsejado la no ejecución [...]". CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 232-3.

⁵⁸³ A expressão retroação é empregada por Oliveira. OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 133.

⁵⁸⁴ De aplicação em Espanha, em geral variando de 1(um) a 2 (dois) anos a suspensão temporária do direito de concorrer ascensões funcionais ou inabilitação temporária a promoções, ascensões ou outro concurso interno ou perda da antiguidade como requisito para concorrer à promoção; se definitiva, não é aceita, porquanto vulneraria um direito profissional do trabalhador. Embora não previstas em lei, são reconhecidas como válidas ante a inexistência de proibição expressa. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 241.

⁵⁸⁵ Nesse sentido, MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 159.

Retorno, ou retrocessão, é a volta do empregado ao cargo anteriormente ocupado por inadaptação; difere do rebaixamento, quando há uma alteração prejudicial dentro da estrutura hierárquica, para alocação em um nível inferior ao anteriormente ocupado. Em ambas as hipóteses não há como se vislumbrar a possibilidade de manutenção de uma sanção punitiva nestes moldes, por afronta direta à norma celetária, embora a doutrina com alguma restrição aceite tal possibilidade, mas nunca com caráter punitivo.⁵⁸⁶ Exclui-se a possibilidade de que uma penalidade ou *castigo disciplinador* seja aplicado para alterar em prejuízo do empregado as condições de trabalho, com rebaixamentos de cargos ou transferências, embora não de forma expressa, mas pela direta aplicação da regra prevista no artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A **suspensão** é a proibição do desempenho das atividades contratadas por um período determinado de até 30 dias, com prejuízo do recebimento dos salários, como punição pela prática de um ato faltoso. Neste afastamento temporário de suas atividades, há um caráter de segregação em relação à empresa, que se caracteriza enquanto uma penalidade em concomitância com a perda da remuneração.⁵⁸⁷ Por ser de ordem moral, ainda, entende-se que não é necessário que estivesse descrita como sanção no ordenamento normativo e por tal é aceita plenamente no direito brasileiro.

Seu fundamento, afirma-se, está insculpido no art. 474, da Consolidação das Leis do Trabalho. Todos os óbices, e alguns mais, que se apontaram em relação às multas aqui se fazem presentes. Atinge o salário que tem natureza alimentar, atinge toda a família e não somente a pessoa do punido, fere o direito ao trabalho e a dignidade humana.

⁵⁸⁶ Mesquita, por exemplo, acata desde que determinado por outro motivo que não a imperícia, que exclui a culpa do empregado. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 231.

⁵⁸⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 241.

Uma polêmica instaurada a partir de um artigo publicado na Revista LTr, de autoria de Sebastião Machado, manifestando-se favoravelmente à revogação do artigo 474, da Consolidação das Leis do Trabalho, por espúrio ao direito do trabalho, com a resposta de Luiz José de Mesquita, condensam todas as argumentações a favor e contra tal penalidade.

Opondo-se à manutenção da punição de suspensão, Machado⁵⁸⁸ aduz uma série de óbices, dentre os quais, indica: a) ser uma *infecção* ao instituto da suspensão da prestação, repelindo a natureza protetiva do empregado; b) ser inaceitável uma pena aplicada por um *juiz em causa própria*; c) que somente prevê a legislação a pena de despedimento e, em se tratando de falta leve, somente poderia o empregado anotar como *demérito* do empregado para efeitos de promoção na carreira; d) que a suspensão do contrato somente pode decorrer de ato bilateral ou, se determinada em lei, ante a necessidade de proteção de outros valores em questão; e) que a obrigação de fazer é de ordem pública, tutelar e protetora do empregado, não tendo amparo jurídico; f) atenta contra a norma constitucional, que assegura a *valorização do trabalho como condição de dignidade humana (art. 160, I)*; g) que privar o homem do trabalho é privá-lo da dignidade, do primeiro direito do qual decorrem todos os demais; h) que o poder punitivo está assentado no arbítrio do poder e na estupidez jurídica; i) que a pena afronta o art. 233, V, do Código Civil, que impõe ao chefe da família o dever de sustentá-la e, enfim j) fere o princípio da irredutibilidade salarial.

Em defesa da pena de suspensão, Mesquita⁵⁸⁹ replica as ponderações de Machado, alegando, em suma: a) que afastar o empregado sem remuneração seria *premiá-lo*; b) que se a pena for leve, a anotação de *demérito* é uma advertência; c) que a competência para

⁵⁸⁸ MACHADO FILHO, Sebastião. *A pena...*, p. 713-20.

apreciação da punição é do Judiciário e do próprio empregador; d) que desumano seria despedir o empregado, diante da não aceitação da suspensão; e) que a suspensão pode ocorrer em outras hipóteses que não somente um acordo bilateral de vontade, por exemplo, quando determinado em lei; f) que a obrigação de fazer não é de ordem pública, senão mantém natureza privada; g) que o texto constitucional que assegura a dignidade humana pelo trabalho é norma de conteúdo programático; h) que embora o trabalho contenha um valor em si, "*não chega a ser a medida de todas as virtudes e até do próprio amor a Deus [...]*"; i) que a suspensão disciplinar é justa e adequada, e tem fundamento no razoável; j) que o chefe da família, para cumprir o comando da norma civil, não deve ser *relapso no trabalho*; l) as penas punitivas, estando previstas no regulamento da empresa, não são unilaterais, porquanto aceitas tacitamente pelos empregados.

A **rescisão** contratual por justa causa, por alguns denominada de despedida disciplinar⁵⁸⁹ é traduzida como o ato de expulsão da instituição⁵⁹¹ ou como a perda do emprego pela prática de uma falta considerada como grave ou gravíssima. É a declaração unilateral, receptícia, que põe fim à relação jurídica, imediatamente, pela prática de uma falta de natureza grave, revelada em um direito potestativo. Vem a rescisão, sempre, acompanhada da perda do direito de receber uma indenização e com a restrição de direitos, como, por exemplo, o aviso prévio ou o levantamento dos valores depositados na conta vinculada no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A aplicação da sanção por parte do empregador está limitada, de forma ampla, ao respeito à dignidade do trabalhador⁵⁹² e,

⁵⁸⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Em defesa...*, p. 194-7.

⁵⁹⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 249 e segs; MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 168.

⁵⁹¹ O desligamento do cargo tem caráter sancionador. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 160-2.

⁵⁹² Nesse sentido, ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho...*, p. 339.

de forma específica, à observância de direitos sociais mínimos dos trabalhadores - irrenunciáveis - , aos direitos sindicais e ao conteúdo negocial pactuado que não podem, desta forma, se ver afetados. Igualmente deve levar em conta que a conduta do empregado deva ser grave, transcendente, injustificada, ou seja, que se manifeste como uma *"[...] actuación exageradamente indisciplinada, si no causa perjuizio alguno a la empresa, si concurre una causa incompleta de justificación no podrá ser castigada rigurosamente con despido"*.⁵⁹³

4. Não há sanção, sem previsão anterior em norma jurídica, ou seja, o direito de aplicação de penalidades não se presume, não poderá vir implícito ou ser dessumido.⁵⁹⁴ Para o direito *"[...] sólo podem aplicar as sanções previstas em lei; além delas o juiz não pode ir [...] não dependendo, assim, em sua individuação, ou seja, na sua dosagem para o caso e nem em sua escolha, do arbítrio do poder público"*.⁵⁹⁵

A partir da própria definição de sanção, segundo Castro Argüelles,⁵⁹⁶ uma medida corretiva somente poderá ser utilizada pelo empregador, com finalidade sancionadora, se estiver prevista em norma trabalhista.

Nega a doutrina a aplicação do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. As sanções podem estar previstas em regulamento de empresa, em contrato de trabalho, em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Ainda que não previstas, serão as mesmas fixadas pela autoridade que detêm o poder disciplinar. Na hipótese de omissão de uma discriminação de sanções, afirma-se a possibilidade de aplicação das estritamente disciplinadas e, ainda assim, segundo as circunstâncias das faltas, excluída a possibilidade de sanções pecuniárias, sanções de natureza penal como restritivas de liberdade ou

⁵⁹³ Muito embora exista divergência acerca da necessidade da concreção de um prejuízo à empresa. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 165.

⁵⁹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica...*, p. 221.

⁵⁹⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução...*, p. 105.

⁵⁹⁶ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 205.

contratuais. Restam aceitas, então, as sanções morais e as referentes ao desempenho de funções na empresa, estritamente disciplinares e conformes com a natureza da instituição.⁵⁹⁷

5. Da mesma forma que não há indicação na Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁹⁸ de uma tipificação⁵⁹⁹ dos atos faltosos, salvo os gravíssimos, indicados como *justa causa* e que ensejam aplicação da dita sanção profissional, uma *pena de rescisão contratual com perda de direitos*, inexistente qualquer previsão de sanções disciplinadoras outras.⁶⁰⁰

O poder disciplinar vem sendo exercido, sem qualquer contraposição, através de **medidas disciplinadoras** aos empregados, que vão desde a mera advertência verbal ou escrita, individual ou pública e das suspensões preventivas e disciplinares, até o *extremo da despedida*⁶⁰¹ ou cessação do contrato de trabalho com perda de direitos.

Tem-se como certo, a partir da jurisprudência e da doutrina, a aplicabilidade de penas sem tipificação, para faltas leves ou graves,⁶⁰² como, por exemplo, na hipótese de advertência.⁶⁰³ Afinal, o que não poderia haver é uma sanção sem falta, uma vez que a aplicação

⁵⁹⁷ Nesse sentido, MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 142 e 164-5.

⁵⁹⁸ A ausência de sanções prevista na CLT não impede que a doutrina aceite sem questionamentos a possibilidade de aplicação. “Na prática, não há sanções previstas, há somente proibições e obrigações. A sanção é aplicada, discricionariamente, pelo empregador, de acordo com a falta, as condições pessoais do faltoso, as circunstâncias e até mesmo seu estado emocional”. MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. *Elementos...*, p. 90.

⁵⁹⁹ No direito do trabalho, como o direito administrativo, vige o princípio da atipicidade, eis que poucas as infrações estão descritas na lei, estando a maioria sujeita à discricionariedade do superior hierárquico, embora na Administração seja necessário um procedimento prévio com ampla defesa, o que inócorre no direito do trabalho. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 401-2.

⁶⁰⁰ Alonso Olea, embora entenda desnecessária uma tipificação das condutas faltosas, entende inafastável um quadro preciso e limitado na sua extensão de sanções que se acomodem à gravidade das faltas. ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 350.

⁶⁰¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 73.

⁶⁰² No Uruguai, por exemplo, a doutrina indica como sanção: observações, admoestações, suspensões, rescisão e multas, embora a última classe não seja admitida pelo direito. OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 138.

⁶⁰³ MARTINS CATHARINO, José. *Compêndio...*, p. 117.

de uma penalidade repousa exatamente no princípio da autoridade patronal. Se há autoridade, há poder disciplinar.

A *praxe* tem indicado, ainda, a aplicação de penas disciplinares de suspensão comunicadas ao empregado mediante uma *carta de suspensão*.⁶⁰⁴ A pena de suspensão determina a vedação de acesso ao trabalho ao empregado, com a conseqüente perda da remuneração do período, pela prática de um ato faltoso.

A receptividade da pena de suspensão pela *praxe* vem sempre acompanhada do princípio da causalidade, que rege o poder punitivo na sua limitação. Sem razão as ponderações de Deveali, ao aduzir ante a inexistência de previsão legislativa na Argentina, bem como de Ardaú,⁶⁰⁵ que não se poderá impor ao empregador que identifique a causa ou motivação da suspensão, porquanto o que a lei não previu como requisito não cabe ao intérprete fazer incluir. “*Y una vez excluída esta obligación, resultaría prácticamente imposible averiguar si la suspensión fué motivada por las exigencias de la empresa o por razones disciplinarias, configurando en este caso una forma de ‘detournement de pouvoir’, que evidentemente no puede ser averiguado y eliminado en las relaciones de derecho privado*”.⁶⁰⁶ A obrigatoriedade da motivação poderia exsurgir dos próprios dispositivos constitucionais que asseguram ampla defesa aos acusados em geral.⁶⁰⁷

A única menção legislativa (CLT, art. 474) referente à suspensão disciplinar – hipótese diversa da preventiva, enquanto tramita o inquérito judicial para apuração de falta grave – restringe à limitação temporal de aplicação, de até um prazo máximo de 30 dias ⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ Também no Uruguai não existem normas que regulamentem as suspensões ou que estabeleçam a sua litude, embora sejam igualmente aceitas. OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 139.

⁶⁰⁵ Neste mesmo sentido, ARDAU, Giorgio. *Corso...*, p. 206.

⁶⁰⁶ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 231.

⁶⁰⁷ Art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988.

⁶⁰⁸ No México, por exemplo, a lei restringe-a temporalmente a 8 (oito) dias. SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 208.

consecutivos.⁶⁰⁹ Equipara-se o prazo indeterminado ou a suspensão⁶¹⁰ *sine die* e a suspensão por prazo superior a 30 dias consecutivos à despedida indireta.⁶¹¹ Desnecessário, na hipótese, que o empregado aguarde o escoamento do prazo para caracterização desta modalidade rescisória.⁶¹²

Conclui-se pela restrição das penas de suspensão exclusivamente a prazo determinado, já que o empregado precisa conhecer, com antecedência, a sua verdadeira posição, ante a natureza alimentar do salário.⁶¹³

Pode-se concluir, portanto, que no direito do trabalho brasileiro o poder sancionador não é *estatutário*, senão *institucional*.

Existe um argumento jurídico lógico indicado para que possa ser aplicada penalidades sem previsão *estatutária*. Dada a aceitação expressa da punição mais grave, de rescisão por justa causa e, de forma indireta, de suspensão disciplinar, também deve ser acatada a advertência, posto que não prevista na CLT; acarretaria um resultado moral e não pecuniário.⁶¹⁴ O argumento *a fortiori* empregado, *a majori ad minus*, determina que se aplica a regra feita ao todo para as partes, julgando lícito o menos quando a regra jurídica autoriza o mais, desde que descoberta a *razão íntima e decisiva de um dispositivo*.⁶¹⁵ O geral abrange o especial – *specialia generalibus insunt*.⁶¹⁶

Porém, o processo analógico de interpretação, *a pari*, *a majori ad minus* e *a minori ad majus*, não são aplicáveis em relação a textos que exigem interpretação estrita e, nestes termos, às regras

⁶⁰⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 168.

⁶¹⁰ O Uruguai não aceita sanções por tempo indeterminado, determinando-se a convalidação em rescisão contratual. OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 140.

⁶¹¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 168-9.

⁶¹² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 169.

⁶¹³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 169.

⁶¹⁴ Não se aceitam implicações econômicas. MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p. 192.

⁶¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica...*, p. 245.

⁶¹⁶ Gaio. *Digesto*. L. 50, t. 17, frag. 147. Apud MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica...*, p. 246.

jurídicas que impõem condições, limitando o livre exercício de direitos, ou estabelecem exceções ou proibições.⁶¹⁷

O código canônico, dando aplicação a princípios gerais do direito,⁶¹⁸ ao tratar das leis eclesiásticas no cânon 18, indica a regra de que as leis que estabelecem pena ou limitam o livre exercício dos direitos ou contêm exceção à lei, devem ser interpretadas estritamente: “Can. 18 - *Leges quae poenam statuunt aut liberum iurum exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*”.⁶¹⁹

Deve ser rejeitada tal exegese para aplicação de sanções disciplinares ou punitivas no âmbito trabalhista.

Indicam Durand e Jaussaud⁶²⁰ que uma tendência restritiva, inaceitável, se manifestara e influenciara a Corte de Cassação em França que, diante de uma hipótese de poder disciplinar não estatutária, indica que somente poderia o empregador aplicar as penas de advertência e rescisão por justa causa. A primeira, por não implicar alterações jurídicas ou econômicas nas condições do empregado e, a última, ante a previsão no próprio direito comum de uma cessação do contrato na hipótese de inexecução das obrigações contratuais. Criticam, apontando que toda advertência tem natureza disciplinar e, ainda, que o poder sancionador - na opinião externada pelos autores - não tendo natureza contratual, está desligado de uma possível indentificação enquanto inadimplemento contratual e, sendo institucional, permite ao empregador infligir qualquer sanção, dentro da observância da finalidade e demais princípios, sob a reserva de um controle judiciário.

⁶¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica*..., p. 245.

⁶¹⁸ Princípio da prevalência da liberdade - *o que não está proibido, está permitido* - , benignidade em favor do réu - *in dubiis pro reo* -, interpretação ampla dos favores e restrita das limitações - *favores sunt ampliandi, odia autem restringenda*. Código Canônico. trad. Conferência nacional dos bispos do Brasil. anot. Pe. Jesús Hortal. 7.ed. São Paulo : Loyola, 1994, p. 10.

⁶¹⁹ Livro I, Título I, cânon 18. Código Canônico..., p. 10.

⁶²⁰ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité*..., p. 446-7.

Embora venha sendo sustentada pela doutrina,⁶²¹ conforme ponderou Lamarca, tal penalidade contraria a norma constitucional que garante o direito ao trabalho e fere a dignidade humana, em uma ato reconhecido como unilateral de suspensão do contrato de trabalho, por uma conduta não tipificada e de valoração exclusiva e subjetiva do empregador que, não precisando fundamentar, nem lhe sendo devido assegurar qualquer garantia de defesa ao imputado, revela-se pela simples e irrestrita sujeição do empregado à vontade do empregador.⁶²² Embora aceitando a suspensão, Magano ressalta que o prazo excessivo de até 30 dias é recriminável na legislação brasileira.⁶²³

Ademais, restringir o direito ao trabalho, na esteira do pensamento de Herrera Flores, é privar o trabalhador da sua atividade humana específica de apropriação natural e social de suas capacidades, de produção de objetos que não somente satisfazem as necessidades, mas ainda proporcionam a criação de novas necessidades.⁶²⁴ Afinal, "[...] *el trabajo humano es el primer elemento que conforma la capacidad del ser humano para autorrealizar-se individual y comunitariamente, no un remanente subordinado a unas necesidades primarias*".⁶²⁵

A advertência, enquanto pena de caráter moral, não pode ser aceita. Primeiramente, porquanto não diz respeito ao descumprimento do contrato de trabalho propriamente dito, inclusive apontando a doutrina a desnecessidade de que se tenha configurado qualquer dano em relação à atividade empresarial. Outrossim, a argumentação de que quem pode o mais pode o menos, em termos de punição é inaceitável. Aliás, a própria doutrina aponta mais para um

⁶²¹ Nesse sentido, ver MESQUITA, Luiz José. *Em defesa...*, p. 194.

⁶²² LAMARCA, Antonio. *Manual...*, p. 156.

⁶²³ A escolha do legislador italiano foi de 10 dias, o português, 12 dias, o espanhol 15 dias. Mesquita indica 7 dias como suficiente. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 166. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 243.

⁶²⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos...*, p. 55-6.

⁶²⁵ SANCHEZ RUBIO, David. *Enrique Dusse...*, p. 540.

caráter preventivo do que punitivo, eis que visa evitar que o empregado venha no futuro cometer uma falta disciplinar.

A pena de rescisão contratual nada mais é do que o próprio descumprimento do contrato que leva, então, à sua rescisão. Não como *punição*, senão como consequência lógica do inadimplemento. Tal posição, aliás, já vem propugnada por Krotoschin, que aponta para a rescisão por justa causa como o meio jurídico de pôr fim ao contrato, não sendo por conseguinte uma pena propriamente dita, e Deveali, para quem tal medida deveria ser ainda assegurada aos empregados ante a conduta faltosa do empregador, na hipótese de despedida indireta.⁶²⁶

4 - APLICAÇÃO

A aplicação da sanção por uma falta cometida está a sujeita a determinadas condições, de tempo e de modo que, embora não previstas na legislação, são aceitas⁶²⁷ como limitadores ao poder punitivo do empregador. Ditas condições são verificadas *in concreto* e sempre em relação à circunstância pessoais do infrator.

A **causalidade**⁶²⁸ externa a preocupação humana de procurar a explicação de um fato em outro anterior temporalmente. A pena é o efeito de uma causa⁶²⁹ anterior que é o ato faltoso do empregado; trata-se à evidência, da inafastabilidade de uma sucessão

⁶²⁶ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 229. No mesmo sentido, LAMARCA, Antonio. *Manual...*, p. 211-2. Ao que responde Magano, com o argumento de que na hipótese da prática do ato faltoso pelo empregador não se trataria de punição disciplinar porquanto o empregado não detém tal poder. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 170.

⁶²⁷ Muito embora Lamarca propugne que ante o vazio legislativo não poderia o empregador valorar para determinar uma proporcionalidade entre a falta e a sanção. LAMARCA, Antonio. *Manual...*, p. 235. Ao que responde Magano, contrapondo-se a não identificação das sanções penais com as trabalhistas. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 183.

⁶²⁸ Causalidade aqui é tomada no sentido de causa eficiente. Magano trata como caráter determinante da falta. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 181.

⁶²⁹ O princípio da causalidade pode ser expresso por três formulas: "*tutto, ogni ente ha una causa*"; "*ogni effetto ha una causa*" e "*ciò che non ha in sé la ragion d'essere l'ha da un altro distinto e differente, è causato*". CAROSI, Gabriele Paolo. *Compendio...*, p. 244. Causa é aquilo de que uma coisa depende quanto à existência; efeito o produto da ação causal, o resultado, efeito, consequência. Distingue-se da condição, que é o que permite à causa produzir o seu resultado.

de eventos. Assim, não há possibilidade de aplicação de pena sem que tenha o empregado praticado um ato faltoso; porém é possível verificar-se um ato faltoso sem punição.

Alerta Hume, entretanto, que a dedução racional é um sofisma, à medida que é considerada como causalidade necessária aquela que representa uma sucessão cronológica. Jamais se pode afirmar que exista uma relação de causa e efeito conhecida *a priori*, critica Hume, com seu ceticismo empírico, mas tão-só uma *ilusão psicológica* que não é uma verdade objetiva. Popper acaba por excluir o princípio da causalidade da ciência, nem adotando, nem rejeitando,⁶³⁰ embora não abandone a tentativa de explicar causalmente um evento, dentro de uma lógica de corroboração.⁶³¹ A causalidade vem, então, para evitar que seja aplicada uma pena disciplinar grave, que determine a *morte do contrato*, sem qualquer motivo ou, ainda, quando da prática de um ato não grave.

A **atualidade** exterioriza no aspecto temporal o princípio da causalidade, enquanto imediatidade. Verificado o ato faltoso, a delonga na aplicação da sanção, consubstanciada em uma inatividade, equivale ao perdão tácito ou presunção de renúncia à punição.

Tomando o empregador conhecimento da conduta desviante, ou é tão grave que determine a perda da confiança do empregador e impossibilite a continuidade do vínculo e uma ação imediata, como repulsa à agressão é empreendida ou, se não tendo tomado qualquer iniciativa ao rompimento, continuando o empregado a prestar seu trabalho, não fora de tal monta ou gravidade a implicar a

⁶³⁰ “Conseqüentemente, não adoto nem rejeito o “princípio da causalidade”; contento-se, simplesmente, com excluí-lo da esfera da ciência, dando-o por “metafísico”. POPPER, Karl. *A lógica...*, p. 63.

⁶³¹ POPPER, Karl. *A lógica...*, p. 275 e segs.

anulação da fiducia depositada⁶³² e a relação de emprego pode permanecer.

A necessidade de consolidação de situações jurídicas conturbadas, vistas sob o ângulo do empregado, requer que se fixe um prazo⁶³³ para que, ante a prática de uma falta sancionável, possa estar sujeito a uma penalidade. Embora possa existir na legislação um prazo decadencial,⁶³⁴ é sempre possível ante o princípio da norma mais favorável, uma inderrogabilidade relativa *in pejus*, e aceitar a validade das disposições das partes que prevejam um prazo mais reduzido. É uma questão de segurança jurídica, conforme tem sido apregoadado.⁶³⁵

O início do prazo se dá com o conhecimento do fato pelo empregador ou quem tenha poderes sancionadores - que eventualmente poderão ter sido delegados a inferiores hierárquicos - e, sendo decadencial, não se interrompe ou se suspende. E deve durar o necessário para que o empregador possa apurar com segurança e efetividade a falta, se for necessário inclusive aplicando uma suspensão preventiva, bem como refletir acerca da punição aplicável.⁶³⁶

Proporção entre a falta e a sanção diz respeito à avaliação de uma harmonia entre a gravidade da falta e a gravidade da sanção, como efeito causal, tendo em vista o interesse lesionado da empresa. É traduzido como **adequação** dos meios aos fins, ou seja, a determinação que a aplicação de penas não é uma carta em branco⁶³⁷ para o

⁶³² As faltas velhas não geram efeitos jurídicos em face do empregador, salvo no seu conjunto, com outras mais recentes para, verificada a conduta global do empregado, concluir-se pela conduta desviante. Sobre a justa causa, ver RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Empregado...*, p. 236-45. Também ver MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. *Elementos...*, p. 178 e CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 193.

⁶³³ Em Espanha, serão dez dias para faltas leves, vinte dias para as graves e sessenta dias para as muito graves, sendo que nunca ultrapassará a seis meses, como na hipótese de faltas continuadas. Art. 60, *Estatuto de los Trabajadores*. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 247.

⁶³⁴ A doutrina menciona erroneamente tratar-se de prazo prescricional. Ver quanto aos prazos prescritivos, CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 245 e segs. Fala em decadência do direito de punir Mesquita. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 133.

⁶³⁵ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 246.

⁶³⁶ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 181.

⁶³⁷ A expressão é empregada por Plá Rodrigues. OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 136.

empregador, senão a possibilidade de exercer um poder para atingir uma determinada finalidade, que é interligada a um interesse social e não exclusivamente individual.⁶³⁸ A gradação determinará se a reação está em **intensidade** equivalente à ação ou omissão, integrando, desta forma, o contexto do princípio da causalidade.⁶³⁹

Na adequação perquire-se a escolha da sanção em relação ao escopo e na intensidade a dosagem da gravidade do ato faltoso e da pena aplicada e, segundo Mesquita,⁶⁴⁰ deve ser procedida a partir de elementos outros que não somente o fato culposos em si, como circunstâncias agravantes e atenuantes, examinadas a partir da vida pregressa do empregado, a partir de um padrão de conduta tipo,⁶⁴¹ à semelhança do sistema punitivo penal.⁶⁴² Por tal raciocínio, poder-se-ia estar diante de dois empregados, da mesma empresa, que praticaram uma mesma falta, porém, com sanções diferentes, a partir da necessidade de adequação em relação a critérios pessoais que devam ser apreciados. Indicam-se como elementos a transcendência em relação à empresa e a habitualidade ou incidentalidade e a culpabilidade em função da conduta do empregado, como critérios para se avaliar a gravidade.⁶⁴³

A proibição da duplicidade de punições pela mesma e única causa decorre da regra *non bis in idem*, ou, como denomina Gueiros Bernardes, princípio da *exaustão* dos efeitos da falta disciplinar, ou como quer Mesquita, princípio da *não duplicidade disciplinar*.

Resta vedada ao empregado a aplicação de uma segunda penalidade pela mesma falta cometida.

⁶³⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 244.

⁶³⁹ Nesse sentido, MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade...*, p. 1126.

⁶⁴⁰ MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade...*, p. 1127.

⁶⁴¹ "Trata-se da obtenção de um nível médio da conduta do homem em sociedade. Obtido o tipo-padrão, será relativamente fácil sabermos se o empregado, ao praticar a falta, estava acima ou abaixo do nível". RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 243-4.

⁶⁴² Entretanto, tal não significa transposição das circunstâncias atenuantes e agravantes do direito penal para aplicação ao direito do trabalho. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 199.

É necessário, todavia, levar-se em consideração aspectos referentes à reincidência e reiteração de faltas punidas.⁶⁴⁴ A reiteração é a prática de diversas faltas de distinto teor e a reincidência a repetição de idênticas faltas.

A proibição de dupla punição diz respeito a duas sanções relativas a uma única conduta faltosa do empregado. Tanto a reiteração quanto a reincidência podem determinar que, no conjunto, se determine uma maior gravidade na conduta do empregado, levando-se à aplicação de uma sanção de grau superior à que corresponderia individualmente a falta, sem qualquer desatendimento ao princípio do *non bis in idem*.

Ademais, se uma única conduta implica identificação de faltas de distintas natureza,⁶⁴⁵ como, por exemplo uma falta trabalhista e uma penal, ou trabalhista e civil, não está configurada a dupla penalidade, senão os efeitos decorrentes de cada conduta desconforme em acordo com a sua qualificação. É igualmente possível a identificação de condutas que se caracterizam como dano patrimonial ao empregador e como desvio de comportamento, pelo não atendimento ao dever de obediência. Plenamente válida, assim, a determinação da penalidade de rescisão contratual cumulada com o desconto no salário dos danos causados ao empregado dolosamente.⁶⁴⁶

Não incide igualmente em *bis in idem* a consequência ou efeito de uma pena aplicada.

Quanto ao modo, não há qualquer determinação que deva o empregado tomar ciência do fato danoso imputado como causa necessária e eficiente. Todavia, o direito do trabalho não é um compartimento estanque, que possa manter-se alheio às normas

⁶⁴³ Nesse sentido, CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 188.

⁶⁴⁴ Faltas anteriores não punidas são irrelevantes para configuração da reincidência, eis que se operou o perdão tácito. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 193.

⁶⁴⁵ Sobre o tema, ver MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de não duplicidade...*, p. 188 e segs.

⁶⁴⁶ Note-se, entretanto, que a doutrina quando menciona a abusividade do direito ou desvio de poder, menciona não ser possível falar em medidas compensatórias dos danos causados ao

constitucionais. É preciso que o empregador dê aplicação aos preceitos que garantem a ampla defesa *aos acusados em geral*, com os meios e recursos a ela inerentes⁶⁴⁷ e, assim, que o empregado fosse ouvido antes de aplicada a penalidade, dando-lhe conhecimento da falta que lhe é imputada, bem como resguardasse a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, adotando-se a teoria da pressuposição.⁶⁴⁸ E, mais, que lhe garanta a possibilidade, enquanto *meios e recursos inerentes à ampla defesa*, de discutir em juízo a aplicação.

A autonomia do empregador para aplicação de uma determinada sanção está sujeita ao atendimento dos procedimentos⁶⁴⁹ estabelecidos pelas normas jurídicas, quer se trate de requisitos legais ou previstos em convenções coletivas de trabalho. É o que sucede em diversos ordenamentos jurídicos.⁶⁵⁰

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho não prevê qualquer procedimento previsto como necessário e suficiente para dar validade às sanções punitivas, com exceção do *inquérito judicial para apuração de falta grave*, restrito aos empregados estáveis.

Seriam tais procedimentos prévios, garantia do trabalhador contra o arbítrio no exercício do poder, sob pena de nulidade. Embora no direito administrativo se argumente com a norma constitucional (art. 5º, LV) que nenhuma penalidade possa ser aplicada sem prévia apuração, através de procedimentos legais nos quais estaria assegurado

empregado pela conduta do empregador. O resguardo do patrimônio do empregador é sempre assegurado. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 193.

⁶⁴⁷ Art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988. Enunciado 77, do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, GONÇALVES, Emílio. *Poder regulamentar...*, p. 68.

⁶⁴⁸ Assim como ocorre no direito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 387-90.

⁶⁴⁹ Mesquita menciona *processo disciplinar*, enquanto conjunto de normas necessárias para que as sanções se efetivem, bem como um *processo de intrusão*, uma *sentença disciplinar* - cominação escrita da penalidade com justificação ou motivação da pena a ser aplicada e *coisa julgada*. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 207.

⁶⁵⁰ Dentre os quais, cita-se o italiano, que prevê o princípio do contraditório, exigência de audiência e produção de defesa pelo trabalhador, com possibilidade de assistência pelo sindicato. Art. 7.º, 2 e 3, Legge n.º 300, de 30.05.70.

o contraditório, a ampla defesa e recursos inerentes,⁶⁵¹ no direito do trabalho resta ainda a plena liberdade ao empregador.

A medida mais relevante é a ciência, por escrito, ao empregado, com a indicação da falta cometida em determinada data e a sanção a ser aplicada e, como faculdade, ainda a comunicação ao representante dos trabalhadores, se houver, ou sindicato representativo da categoria. Desta forma, estaria garantido o direito do empregado à informação, possibilitando que se realize a defesa dos seus interesses. Essas comunicações estão previstas, por exemplo, no *Estatuto de los Trabajadores* da Espanha, que prevê, ainda, um contencioso com contraditório.⁶⁵²

Quanto à comunicação, tanto do trabalhador quanto a dos dirigentes sindicais e aos representantes dos trabalhadores, há de se ter em mira que se trata de uma ciência, com garantia de que possam se manifestar, embora a inércia não afete a validade da sanção aplicada.

A comunicação a um conselho paritário de disciplina na empresa, ou a uma autoridade administrativa do trabalho, informação das sanções por faltas gravíssimas ao sindicato e aos delegados sindicais ou a necessidade de o sindicato se manifestar previamente quando o empregado é filiado ao sindicato, assim como direito de defesa do acusado, são requisitos formais que vinculariam a validade e a eficácia da sanção aplicada.

Processualmente, em alguns sistemas normativos, com a indicação de um necessário processo judicial para aplicação da sanção.

A oposição a tais medidas é indicada a partir de motivações de ordem econômica ou política, no sentido da sua desnecessidade enquanto garantia, eis que o próprio reconhecimento ao empregador de um poder discricionário de aplicação das medidas disciplinares ou sanções necessariamente está vinculado diretamente a uma tipificação

⁶⁵¹ Nesse sentido, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, p. 77-8.

em um estatuto. Consubstanciar-se-iam em entraves à necessidade de dinamicidade e rapidez de decisões do empresário na direção da sua organização ou, então, nada acrescentariam se são apenas requisitos meramente formais de comunicação, já que não seria possível alterar a decisão punitiva.

Mesquita, embora saliente que nas instituições privadas, ao contrário do que ocorre nas instituições corporativas, as normas processuais de garantia são mais raras, reafirma a necessidade que se reconheçam algumas regras a vigir aos incriminados, tais como a liberdade de defesa, "*princípio de direito comum universal*", aplicação da sanção por escrito e a motivação da sentença disciplinar, sem efeito de coisa julgada, com o direito de recorrer da sentença.⁶⁵³

A tendência à democratização apenas com o estabelecimento de garantias de procedimento aceita um poder de sanção para castigar o empregado descumpridor dos seus deveres de obediência, como medida de prevenção e exemplar o que é, por si, atentatório à dignidade do trabalhador.

5 - FINALIDADE

1. O poder disciplinar poderá ou não estar previsto em algum *estatuto*, sendo aceito, de qualquer sorte, como decorrente necessário de um poder diretivo.

Poder-se-ia pensar em relação à omissão quanto à sua previsão, erroneamente, tratar-se então de uma liberdade ilimitada assegurada ao empregador no exercício do poder de aplicação de penalidades disciplinares, porquanto há uma lacuna de regulamentação acerca da matéria.

⁶⁵² art. 58.2., para sanções graves e muito graves, art. 64.1.6 e art. 68.1°

⁶⁵³ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 208-12.

A visão funcionalista,⁶⁵⁴ comum a todo poder e a todo direito subjetivo, em maior ou menor grau, máxime diante aceitação da teoria do desvio de poder⁶⁵⁵ e do abuso de direito⁶⁵⁶ que determinam, por um lado, que a liberdade na utilização deste direito, por meio de seu regular exercício, bem como o modo e tempo, deva atender a um legítimo interesse e uma finalidade específica - *benefício ao titular* -, no caso a um escopo social, supra-individual, para o qual foi reconhecido pela ordem jurídica. Muito embora venha comumente aceito embasado na idéia de Ihering de que direito é um interesse juridicamente tutelado e, assim, urge seja o interesse legítimo ou de Josserand, de que cada um dos direitos deve ser orientado em direção de um fim, sua missão própria, Warat propõe a não incorporação nos códigos, mantendo como instrumento regulador externo, recorrendo o Judiciário a conceitos valorativos da comunidade, acompanhados na sua intensidade e rapidez, para evitar proteção legal qualquer abuso manifesto de um direito.⁶⁵⁷

Há, na superação de uma idéia meramente estruturalista, que conservaria um maior poder na autonomia da vontade do titular como elemento caracterizador, a passagem de um individualismo puro para uma visão de um individualismo social; não mais o indivíduo em si, mas, no contexto social, se inter-relacionando.

⁶⁵⁴ Nesse sentido, em relação ao direito de família, ver CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine & FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Direito...*, p. 29. Neste aspecto, os mais radicais negariam aos direitos pessoais um caráter de direito subjetivo. Aut. cit., op. cit., p.30.

⁶⁵⁵ Para Gueiros Bernardes a limitação ao poder disciplinar é procedida através da noção de abuso, desvio ou excesso de poder, além do aspecto material, no sentido de que somente há pena ante condutas referentes à prestação de trabalho. GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 661.

⁶⁵⁶ Teoria nascida na segunda metade do século XIX, teve o grande mérito de sepultar a idéia dos direitos absolutos. Segundo Duguit, "[...] un procedimiento inventado por los juristas para salvar las consecuencias que proceden logicamente del carácter absoluto del derecho de propiedad y mantener al mismo tiempo este carácter". WARAT, Luis Alberto. *Abuso...*, p. 38.

⁶⁵⁷ Tal posição é criticada por Josserand, para quem o conceito de interesse é puramente econômico e materialista, não se enquadrando para todos os direitos, adotando o critério da finalidade, como socialmente indispensável. Bonnetcasse, igualmente, propõe um conceito que acolhe a tese da utilidade e do prejuízo: "[...] ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular y con una finalidad exclusivamente nociva". WARAT, Luis Alberto. *Abuso...*, p. 75 e segs.

O titular do direito assegurado pela ordem jurídica vigente deverá exercê-lo dentro das finalidades para as quais foi reconhecido. Estaria caracterizado o abuso de direito se o empregador, titular do direito de aplicar sanções disciplinares, agir em desacordo com a boa-fé, com um escopo diverso do que deveria presidi-lo, porquanto o poder de sancionar do qual está investido tem uma finalidade repressiva e preventiva em absoluta causalidade com a falta em sua gravidade.

Se a finalidade for diversa, por exemplo, para causar um prejuízo ao empregado, não será reconhecida a eficácia da medida apreendida. O questionamento, entretanto, não deve girar em torno da idéia de responsabilização do titular do direito subjetivo assegurado pela ordem jurídica e que se utilizando dentro dos limites impostos, ocasiona prejuízos: *"la intención de dañar, no cautivó por mucho tiempo a los doctrinarios del derecho civil, pues les resultaba psicológicamente imposible indagar y objetivar la intención de perjudicar que podría tener un agente"*.⁶⁵⁸

A restrição advém, quer expressamente da regra jurídica, ainda que não de forma direta, quer na tutela que atendam outros bens jurídicos e que devam em conjunto ser observados, ou de forma específica, bem como pelo estabelecimento da função e finalidade que exercem dentro da ordenação da vida social.

Inicialmente, a limitação se dá pelo próprio interesse visado, que é a empresa à qual o empregado se vincula mediante um contrato de trabalho.

Surge, então, uma segunda limitação, que diz respeito à atividade humana produtiva a que se compromete a prestar. O empregado não se vincula ao seu empregador como pessoa humana, senão como profissional, limitando a sua atuação ao próprio exercício da função desempenhada.

⁶⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. *Abuso...*, p. 74.

Todo e qualquer direito subjetivo, no seu exercício, sofre uma limitação, à medida que esbarra na esfera jurídica alheia; também o poder deverá ser limitado no seu exercício em relação à finalidade do seu reconhecimento e, assim, fala-se em excesso de poder ou abuso de poder. O abuso de poder residiria tanto da aplicação da sanção por quem não é titular do poder disciplinar no âmbito da empresa, como nas situações em que a pena aplicada é contrária à instituição legal, a sanção é desproporcional ou inadequada à finalidade e, ainda, quando há rigor excessivo.⁶⁵⁹

A questão da caracterização do excesso de poder está ligada diretamente à identificação da legalidade ou não da sanção a ser aplicada, bem como à causalidade, enquanto proporcionalidade ou avaliação da gravidade da falta e da pena em absoluta adequação. Há abuso de poder quando a aplicação revelar um rigor excessivo de tratamento com o trabalhador, que pode ser demonstrado por meio dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

O empregado é um sujeito de direitos, uma pessoa humana titular de direitos que resguardam a sua personalidade.⁶⁶⁰ A barreira à atuação do poder disciplinar é construída com os direitos dos trabalhadores, bem como os direitos fundamentais e garantias constitucionais. Castro Argüelles indica que se tratam dos direitos da personalidade, direitos profissionais e direitos sindicais.

Em relação aos direitos da personalidade, exsurge a necessidade de proteção à intimidade do trabalhador, bem como sua dignidade, principalmente em face dos mecanismos de vigilância e fiscalização, pressupostos para atestar a existência de um ato faltoso. Por meio da fiscalização as condutas dos empregados são controladas, pelo próprio empregador ou seu preposto, para certificação de se os atos

⁶⁵⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 175 e segs.

⁶⁶⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 50.

praticados são juridicamente ilegais ou inconvenientes e se as ordens ou instruções foram observadas.⁶⁶¹

Na eventual conflituosidade entre a necessidade de tutela do trabalhador e da empresa, nenhuma dificuldade deve surgir em definir-se em favor da proteção do cidadão.⁶⁶² A tutela da honra do trabalhador determina a inviabilidade de se tornar pública a sanção imposta.⁶⁶³ Há de se declarar nula a sanção se determinar qualquer desatendimento ao princípio da igualdade, bem como for discriminatória por motivo de religião, raça, sexo, idade ou credos,⁶⁶⁴ bem como ferimentos à liberdade de consciência, de opinião. É a preferência da tutela do homem sobre o capital ou a propriedade.

As sanções não poderão contrariar, ainda, direitos sociais dos trabalhadores, estatuídos na Constituição ou em outras fontes normativas, como o direito ao trabalho, o direito ao descanso, o direito à remuneração, vista pela intangibilidade e irredutibilidade, liberdade de exercício de profissão ou ofício.

Os direitos fundamentais do trabalhador, tal como vêm disciplinados pela doutrina e jurisprudência, ante o vazio normativo, resultam restritos exclusivamente às hipóteses de descanso e salário. Não admite a doutrina que seja imposta uma sanção que afete períodos de descanso diário, semanal ou anual, tais como diminuição no período de intervalos, repouso semanal ou diminuição das férias. No entanto, a própria legislação,⁶⁶⁵ ao prever os requisitos para o descanso semanal, indica a assiduidade e a pontualidade, estabelecendo que a ausência

⁶⁶¹ Para saber se a direção foi eficaz, segundo Marcelo Caetano, carece o dirigente de um poder de fiscalizar, para uma intervenção esclarecedora e unificadora, indispensável. CAETANO, Marcelo. *Do poder...*, p. 3.

⁶⁶² Algumas intromissões ilegítimas são aceitas pelos Tribunais, dentre os quais a colocação de câmaras de vídeo, revistas ao final do expediente. Sobre o assunto, ver CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 37-9.

⁶⁶³ Nesse sentido, também CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 41.

⁶⁶⁴ A despedida disciplinar pela prática de atos que vão de encontro ao postulado ideológico da empresa deverá ser considerada como nula. Em posição contrária, afirmando que o "[...] respeto al ideario del centro constituye un límite a la libertad ideológica y religiosa, y a la libertad de enseñanza". CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 47.

injustificada do trabalhador durante a semana não implica a perda do direito ao descanso, mas sim da remuneração correspondente. Tal efeito, à evidência, é uma forma dissimulada de punição pecuniária pelo desatendimento do dever de pontualidade e assiduidade, embora seja indicado como *requisito* constitutivo do direito.

Nenhuma sanção poderá afetar ou ter como causa o exercício de direitos sindicais, revelados por uma liberdade positiva e negativa de atuação, principalmente pela atuação em movimentos paretistas.

O direito de aplicar sanções, decorrente de um poder sancionador, vem sendo disciplinado e limitado juridicamente pelo critério da finalidade, ante a ausência de previsão em um *estatuto*,⁶⁶⁵ bem como pelos demais princípios aplicáveis, tais como o da *proporcionalidade*, *imediatidade*.

Somente uma regra jurídica na Consolidação das Leis do Trabalho limita expressamente o exercício, vedando a suspensão por mais de 30 dias (CLT, art. 474).

A consequência da atuação do empregador caracterizada pela abusividade no exercício de um direito regular assegurado de punir o empregado, bem como pela configuração de um excesso ou desvio de poder, afirma a doutrina que é de ordem exclusivamente reparadora, nunca compensatória. Assim, descartam imediatamente qualquer indenização, determinando tão-só o retorno ao *status quo ante*. Se aplicada uma multa, deverá ser restituída; se alterada uma condição de trabalho, retorno à situação anterior; se suspenso, o pagamento dos

⁶⁶⁵ Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, art. 6º, "caput".

⁶⁶⁶ Para Durand e Jaussaud, "*Une pression constante des milieux ouvriers s'est cependant exercée à une époque récente pour la création de garanties dans l'exercice de ce pouvoir*". Assim, "*Le pouvoir disciplinaire est limité par la finalité [...]*". DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 440 e 445.

dias não trabalhados e, enfim, se rescindido o contrato, a imediata reintegração.⁶⁶⁷

2. A própria finalidade do direito de direção é indicada como diretriz maior ao poder sancionador,⁶⁶⁸ à medida que se reconhece o poder para a *boa organização do trabalho na empresa*,⁶⁶⁹ enfim, para “*salvaguardar la marcha normal y constante del establecimiento, a traves de la conservacion del orden en la empresa*”.⁶⁷⁰ A finalidade imediata é assegurar o *bom andamento da empresa*, o *regime normal de produção*,⁶⁷¹ embora de forma mediata seja ainda *castigar individualmente* o empregado e *prevenir condutas ilícitas*⁶⁷² inclusive dos companheiros de trabalho.⁶⁷³

Se existe uma relação de emprego, na qual o empregado se obriga a colocar a sua força de trabalho à disposição do empregador que, assim, determinará concretamente por meio do poder de direção, o que, como e quando realizar as tarefas, o empregado tem o dever de colaborar com a empresa.⁶⁷⁴ Seu dever extrapola a visão puramente bilateral do negócio jurídico - âmbito contratual -, para colocar-se à disposição da organização, associando-o à consecução do fim último da empresa, numa visão instrumental do contrato de trabalho.

Os fins persecutórios distintos desta função de garantia, em próprio desvio de finalidade, podem e devem ser coibidos. Ante tal

⁶⁶⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 179.

⁶⁶⁸ “Conseqüentemente, o poder disciplinar há que girar em torno da amplitude do poder diretivo”. MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. *Elementos...*, p. 89.

⁶⁶⁹ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 68. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 445-6.

⁶⁷⁰ OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 129.

⁶⁷¹ CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de derecho laboral*. Buenos Aires, 1968, p. 586, Apud SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 201.

⁶⁷² Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, ao comentar a prática constante de jogos de azar como justa causa descrita na Consolidação das Leis do Trabalho, afirma em relação à finalidade visada que “[...] PUNIR PARA PREVENIR. Nada mais reacionário, mais absurdo”. LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. *Direito...*, p. 187.

⁶⁷³ Para Alonso Olea, que de acordo com a jurisprudência espanhola, que “[...] más bien trata de influir sobre las conductas futuras que de castigar las pasadas [...]”. ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho...*, p. 351.

⁶⁷⁴ HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. *Tratado...*, p. 313.

finalidade, verifica-se que o descumprimento do conteúdo contratual resulta em um segundo plano dentro das prioridades que levam ao exercício do poder disciplinador.

O cerne da questão, assim, está na orientação ampliativa da finalidade eis que, se inicialmente poder-se-ia apresentar o poder sancionador como garantia de cumprimento da obrigação, mais além, é estendido para identificá-lo como medida de prevenção contra a indisciplina dos demais trabalhadores, uma forma “*castigo ejemplarizante de quien incurrió en falta*”⁶⁷⁵ e, ainda para que “[...] contribuya a evitar la reiteración de una conducta infractora que vulnere la organización empresarial”.⁶⁷⁶

Para configurar a conduta desconforme, punível, basta o não atendimento ao poder de comando, ou seja, o agir desviante, sendo absolutamente despidendo um resultado danoso⁶⁷⁷ à organização da empresa ou à atividade econômica.

O poder disciplinar está radicado na configuração pura e simples de uma conduta ilícita do empregado, posição esta que faz emergir um escopo em todas as formas de desatendimento dos deveres. A finalidade se consubstanciaria na busca da punição do infrator e a prevenção contra a indisciplina por meio “*del castigo ejemplarizante de quien incurrió en falta*”,⁶⁷⁸ uma finalidade ética, moral.

Resultaria quase inútil perquirir um desvio de finalidade; verificada a falta ou descumprimento do dever de obediência aos comandos emanados, por si só, se apresentaria como necessária a punição, para *prevenir* desvios futuros do empregado e seus companheiros, resguardando a boa organização do trabalho.

De qualquer sorte, se a subordinação incide sobre a força de trabalho e não sobre a pessoa do trabalhador, estaria limitada no

⁶⁷⁵ OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 129.

⁶⁷⁶ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 212.

⁶⁷⁷ Nesse sentido, SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 160.

tempo à jornada de trabalho, e no espaço ao local de trabalho e à matéria, conteúdo do serviço a ser desempenhado.⁶⁷⁹

Limita-se, ainda, pela identificação que o controle perpetrado pelo empregador não seria realizado fora do seu ambiente de trabalho,⁶⁸⁰ salvo se viesse, de algum meio, a repercutir ou refletir na execução do contrato de trabalho.

Por fim, também o perdão de falta não punida e o *non bis in idem*,⁶⁸¹ já que a finalidade é atingida com a aplicação da primeira sanção ou pena.

6 - APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

O poder punitivo é do empregador, em face da atividade econômica empreendida. A apreciação pelo Poder Judiciário como órgão de controle do exercício do poder sancionador já foi negada, por influência de Oliveira Viana,⁶⁸² estando atualmente aceita, embora

⁶⁷⁸ OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa*..., p. 128-9.

⁶⁷⁹ "Va anche tenuto conto che la subordinazione non grava certo su tutta la persona e tutta la personalità del lavoratore, come si egli fosse completamente abbandonato al beneplacito dell'imprenditore. Infatti la subordinazione riguarda unicamente la prestazione del lavoro, nel senso che il lavoratore è tenuto ad uniformare la propria opera alle direttive tecniche e disciplinari che risultano in genere stabilite nel regolamento interno proprio dell'azienda alla quale il lavoratore si trova addetto. Per di più la subordinazione è circoscritta entro limiti di tempo, e precisamente di orario di lavoro [...]". SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto*..., p. 23. Nesse sentido, GONÇALVES, Emilio. *Poder regulamentar*..., p. 67.

⁶⁸⁰ Nesse sentido, "[...] ya que las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que puedan afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del patrono, si el obrero habitase en ella". HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. *Tratado*..., p. 317.

⁶⁸¹ Por tal motivo, alerta Mesquita que se faz necessária uma clareza absoluta no momento da aplicação da sanção, para que se verifique qual a causa que ensejou tal medida, bem como se a suspensão aplicada é a disciplinar ou a preventiva, eis que a última se dá exclusivamente como medida preparatória à rescisão por justa causa, não importante em dupla punição. MESQUITA, Luiz José de. *Direito*..., p. 187.

⁶⁸² Lacerda, Dorval de. *A Falta Grave*..., p.23- 6 e MESQUITA, Luiz José de. *Direito*..., p. 167. Ver, ainda, MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade*..., p.1128.

vinculada à identificação das faltas dos empregados ora como causas peremptórias, ou como facultativas⁶⁸³ de aplicação de uma penalidade.

Enquanto peremptórias, uma vez comprovadas as faltas em juízo, dentro dos arquétipos jurídicos fixados, tanto em relação à existência quanto à imputabilidade, está impedido o Judiciário de qualquer apreciação para determinação dos efeitos da sanção aplicada quanto às condições de aplicação, ressaltada a configuração do perdão tácito; ou resta comprovado o ato faltoso e este é mantido, ou não revelada a sua existência fática, é o empregado absolvido da pena imposta.⁶⁸⁴

Se facultativas, ao Judiciário seria assegurada a apreciação das questões, verificando-se concretamente também a gravidade da falta, além do enquadramento nas hipóteses legais, a intolerabilidade da permanência do vínculo trabalhista pela perda da fidedignidade, inclusive aplicando outra penalidade menos ou mais grave.

Outrora a apreciação do poder sancionador pelo Poder Judiciário, embora possa ser de origem estatutária, mantinha-se dentro de um controle restrito e exclusivo do empregador: *“l’employeur est dans ce cas ‘seul juge du point de savoir si l’intérêt de la discipline exigeait que la sanction fut appliquée’*”.⁶⁸⁵ Tal posição, contrária à apreciação pelo Judiciário, por se revelar em uma indevida *intromissão que prejudica os serviços e diminui a produção* com a necessidade de constantes comparecimentos a Justiça do Trabalho, salvo se configurasse *rigor excessivo*, é abraçada por Cesarino Júnior.⁶⁸⁶

⁶⁸³ Em relação às causas peremptórias e facultativas, embora no âmbito do direito de família, ver CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine & FERREIRA MUNIZ, Francisco José. *Direito...*, p. 456.

⁶⁸⁴ É a posição de Magano. MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 185.

⁶⁸⁵ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 445.

⁶⁸⁶ Cesarino Júnior, A. F. *Direito social brasileiro*. 4. ed. v.2. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957, p. 101. Ver, ainda, MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade...*, p.1129.

Gomes e Gottschalk,⁶⁸⁷ criticando posição divergente de Lamarca, propugnam que não poderia o Judiciário substituir o empregador, para estimar a *gravidade*, sendo vedado então *variar*, para reduzir ou para aumentar a penalidade disciplinar aplicada ao empregado. Ainda para Russomano, somente o empregador, enquadrando o fato praticado às hipóteses normativas, tem o poder de dosar a sanção, avaliando a sua gravidade e mantendo-se a proporcionalidade, para aplicar ou uma advertência, ou suspensão ou, ainda, determinar a cessação do contrato de trabalho, dentro do seu poder diretivo.⁶⁸⁸ Magano, igualmente, assevera que o Judiciário não pode "[...] *usurpar atribuições do administrador da empresa, substituindo, verbi gratia, quatro por três dias de suspensão, ou suspensão por advertência*" [...] "*Se pudesse abrandar, por essa maneira, as sanções aplicadas, haveria de gozar, igualmente, da prerrogativa de agravá-las, o que parece insólito*".⁶⁸⁹

Segundo Durand e Jaussaud, estando as faltas tipificadas em lei, bem como a sanção prevista para a prática do ato faltoso, ainda que dentro de uma variabilidade entre um mínimo e um máximo, não se poderia pensar em abuso, mas em mera discricionariedade; caberá tão-só ao legislador ou às próprias categorias estabelecer limites à atuação do empregador.⁶⁹⁰

A discricionariedade, enquanto juízo de oportunidade e conveniência, estariam adstritos somente à faculdade de aplicação ou não da sanção pelo empregador, incluída a escolha por uma sanção de menor gravidade. Assim, poderíamos ter uma conduta faltosa do empregado, sem que lhe tenha sido aplicada qualquer punição ou uma

⁶⁸⁷ Muito embora Antonio Lamarca, em seu *Contrato...*, p. 257, posicione-se no sentido favorável a que o juízo possa reduzir a pena disciplinar; tal posição é criticada por Gomes & Gottschalk. GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 69-70.

⁶⁸⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 168.

⁶⁸⁹ MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder...*, p. 185 e MAGANO, Octávio Bueno. *O poder disciplinar...*, p.31.

⁶⁹⁰ DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 445.

falta grave, com uma sanção leve. Tal não implica, entretanto, uma discricionariedade acerca da avaliação da existência de um fato danoso e sua gravidade, de uma sanção a ser infligida e da causalidade, imediatidade que regem como princípios o poder punitivo. Haveria somente um juízo técnico de valor.⁶⁹¹

Poderia, entretanto, avaliar as condições de *validade do estatuto*⁶⁹² que tipifica a conduta, apreciar a *materialidade do fato*, para revogar⁶⁹³ ou anular⁶⁹⁴ a pena se reputar inexistente a falta e, nestas hipóteses, determinar o pagamento dos dias não recebidos,⁶⁹⁵ bem como valorar o *enquadramento jurídico do fato*.

Mesquita, reformulando sua anterior posição⁶⁹⁶, Evaristo de Moraes Filho,⁶⁹⁷ Alonso Olea, Barreiros,⁶⁹⁸ Gueiros Bernardes,⁶⁹⁹ Martins Catharino⁷⁰⁰ e Ribeiro de Vilhena⁷⁰¹ e Machado⁷⁰² vão mais

⁶⁹¹ Sobre o tema, ver as posições contrapostas de Marcus de Abreu Sampaio e Tereza Arruda Alvim, bem como a de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que nega a aplicação da discricionariedade pinçada do direito administrativo para o direito processual penal, tendo-se em conta a aplicabilidade do princípio da legalidade. SAMPAIO, Marcus de Abreu. *O poder...*, p. 106-111; ARRUDA ALVIM PINTO, Tereza. *Existe...*, p. 232-4; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...*, p. 45-6. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Psicanálise... e Discricção...*, V. ainda, a posição de Galeno Lacerda, ao criticar Carnelutti, que identifica discricção somente na atividade do juiz de determinar elementos indeterminados da hipótese legal e não no conteúdo decisório. GALENO LACERDA. *Despacho...*, p. 100-1.

⁶⁹² DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 441.

⁶⁹³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso...*, p. 168.

⁶⁹⁴ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p. 192.

⁶⁹⁵ Nesse sentido, entendendo que não pode o empregado dar por rescindido o contrato de trabalho, salvo se imortal injúria para o trabalhador, senão postular o valor equivalente ao deveria ter recebido, quando a aplicação da sanção for considerada injusta. KROTOSCHIN, Ernesto. *Curso...*, p. 90.

⁶⁹⁶ Na obra Direito disciplinar do trabalho, a posição externada era no sentido de que o Poder Judiciário tinha competência, por se tratar de conflito entre empregado e empregador decorrente da relação de emprego, todavia não poderia adentrar na vida interna da empresa, anulando sua atividade. Não poderia, ainda, converter em outra pena, mais leve ou mais grave, devendo confirmar ou negar os fatos e a sanção, porquanto prevalece a regra conforme a gravidade, bem como a justiça ou injustiça, legalidade ou ilegalidade. Na hipótese em que inexistia previsão legal, não é possível agravar a sanção, sem previsão estatutária, aplicando-se a regra *nulla poena sine lege*. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 167-174 e 200.

⁶⁹⁷ MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 244.

⁶⁹⁸ ALONSO OLEA, Manuel & BARREIRO GONZALEZ, German. *El estatuto...*, p. 296.

⁶⁹⁹ GUEIROS BERNARDES, Hugo. *Limites...*, p. 663.

⁷⁰⁰ MARTINS CATHARINO, José. *Compêndio...*, p. 119.

⁷⁰¹ RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. In : Revista LTR. São Paulo : LTR, v.26, p. 45-448. Apud MESQUITA, Luiz José de. *O princípio de proporcionalidade...*, p. 1131.

longe, aventando a necessidade de o juiz colocar-se na posição do empregador para apreciação das condições de punibilidade ou pré-requisitos da rescisão por justa causa, enquanto princípios de causalidade, atualidade, *non bis in idem* e, ainda, proporcionalidade de falta à sanção, mantendo íntegra ou não a penalidade imposta ou até modificando a **mesma** punição, para diminuir, se considerada extremada para o fato culposos. Propõe que se aprecie a proporcionalidade dentro dos critérios da justiça distributiva.⁷⁰³ É uma exigência de justiça. A proporcionalidade será avaliada a partir do princípio da igualdade, de sanções iguais para faltas iguais, sendo a igualdade tomada a partir da individuação da pena, em uma avaliação de condições pregressas do empregado, porquanto nenhuma lesão de direito, perpetrada através de uma penalidade injusta ou excessiva, pode ser subtraída da apreciação pelo Poder Judiciário.

Barassi⁷⁰⁴ mantém esta posição aberta, entendendo que cabe ao Judiciário não somente avaliar os princípios limitadores do poder disciplinar, mas ainda autoriza e variação para reduzir a penalidade aplicada pelo empregador, se na perquirição da proporcionalidade esta se mostra abusiva.

Lamarca⁷⁰⁵ indica que diante de uma reclamatória trabalhista ajuizada pelo empregado punido, tendo em vista a desnecessidade da prévia ciência da causa que ensejou a punição, poderia o empregador em sua resposta indicar outros fatos ou atos desviantes, sem qualquer preocupação com julgamento *extra* ou *ultra petita*. Russomano comunga de semelhante posição, propugnando que o juiz poderia desclassificar o enquadramento jurídico do ato faltoso, para incluí-la em outra alínea diversa da que indicara o empregador para

⁷⁰² Para Machado, a intocabilidade da gradação da pena pelo Judiciário radicava em uma posição ultrapassada no direito administrativo, que o a discricionariedade do administrador era inapreciável pelo Judiciário. MACHADO, Débora Maria Lima. *O poder disciplinar...*, p. 77.

⁷⁰³ Nesse sentido, ver MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 196.

⁷⁰⁴ BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 333.

rescindir o contrato, sem julgamento *extra* ou *ultra petita*, somente verificável se o julgamento estive baseado em fatos distintos dos deduzidos pelas partes em juízo.⁷⁰⁶

Em posição contrária, Mascaro Nascimento opõe-se com base em uma *exigência de bom-senso*, bem como com a argumentação do ferimento a *litiscontestatio*, se na resposta o empregador alega a causa A não poderia no curso do processo invocar a causa B.⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ LAMARCA, Antonio. *Inexistência...*, p. 19-27.

⁷⁰⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado...*, p. 245.

⁷⁰⁷ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Compêndio...* p. 676.

CAPÍTULO III

A SUPERAÇÃO DO CASTIGO

*Onde as ordens não são mais obedecidas,
os meios de violência são inúteis.*

Hannah Arendt

A argumentação para aceitação do poder punitivo, qualquer que seja o seu fundamento, está correlacionada pura e simplesmente como uma decorrência lógica do poder de direção e do poder hierárquico. É a instância de um micropoder à disposição de um macropoder.⁷⁰⁸

O processo argumentativo é simples: porquanto detêm a propriedade sobre o capital e organiza os fatores de produção, o empregador detêm o poder de direção, estruturando hierarquicamente e assumindo assim os riscos da própria atividade; porquanto necessita da força de trabalho, contrata, remunerando por tal; porquanto o trabalho deve ser executado de forma coordenada, para que se atinja o escopo econômico, deve sujeitar-se o empregado ao poder de direção; porquanto há comando, mister que se assegure que as determinações

⁷⁰⁸ Macropoder e micropoder, a partir de Aguiar, enquanto conjunto de faculdades de controle exercidas por um órgão de dominação, sobre um conjunto de indivíduos de um dado universo, de forma explícita, como o Estado ou de forma implícita, como a empresa e micropoder o controle sutil e eficaz dos limites da consciência e das dimensões da alienação, para garantia da aceitação dos comandos, revelada nas pequenas situações e nos meandros das pequenas dominações. AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 75-6.

sejam cumpridas; assim, é corolário necessário e lógico que o empregador possa punir o empregado faltoso.

Tais medidas, afirma-se, são benéficas ao empregado que, por um lado troca a subordinação pela estabilidade no posto de trabalho; outrossim, evita que o descumprimento leve sempre à própria rescisão contratual, prevendo formas mais amenas de punição.

Em verdade, *“el poder disciplinario tiene como objeto salvaguardar la marcha normal y constante del establecimiento, a través de la conservación del orden en la empresa. Cuando el orden es perturbado, el poder disciplinario tiende a restituirlo a su estado normal, a través de la aplicación de las medidas o de las sanciones disciplinarias”*. Estabelece uma forma de controle social dentro da empresa.

No pensamento contratualista, que superou a idéia aristotélica da natureza social do homem, a constituição de uma sociedade se dá a partir da razão, artificialmente, como uma criação humana. Se a explicação reside na configuração de um contrato, ainda que seja mera ficção, aquele que age em contrariedade com o estabelecido como conduta conforme, viola o pacto e deverá ser punido. A sanção contratual é a reparação, a indenização. *“Cuando un ciudadano no paga una indemnización debida como resultado de la violación de un contrato, se le secuestra y ejecuta (se le expropria algo de valor) pero los hombres de la masa criminalizada por esse control social era desposeídos. ¿ Qué se les expropiaba ? Pues lo único que podían ofrecer en el mercado: su capacidad de trabajo, su libertad”*.⁷⁰⁹ A idéia de pena deixa com o século XIX de ser um castigo, para ser vista como *correção* ou, como quer Foucault, passa do corpo à alma, estabelecendo

⁷⁰⁹ Tal concepção, enquanto defesa do capitalismo frente à nobreza, em relação ao direito penal, é estudada na obra de Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual...*, p. 210 e segs.

um controle disciplinar das massas, para garantir a acumulação do capital produtivo.⁷¹⁰

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,⁷¹¹ 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.

Inexiste qualquer previsão legal regulamentando o seu exercício, limitando-o ao próprio conteúdo contratual, ou, ainda, assegurando o direito de defesa de quem será punido sem processo.

Inexiste qualquer necessidade lógica, sem a qual estaria inviabilizada a atividade econômica.

I - CONTRATO

Muito embora desde sempre o homem venha realizando algumas operações econômicas, partindo da troca de utilidades, transferência de bens por espírito de liberalidade até a venda, o contrato enquanto categoria jurídica autônoma demonstra historicamente as passagens por via atrativa do domínio do direito a uma regulamentação cada vez mais completa das operações econômicas, numa passagem do *status* ao contrato.⁷¹² Para Roppo, "[...] o processo da sempre crescente <contratualização> das operações

⁷¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual...*, p. 224.

⁷¹¹ "[...] porque son las sanciones disciplinarias las que permiten tomar consciencia de las consecuencias del poder disciplinario. Ella son su manifestación concreta e publica, las que le han dado al poder disciplinario su curiosa configuración como poder de castigar". OLIVERA, Julio Ramos. *La empresa...*, p. 136.

⁷¹² Acerca da doutrina de Henry Sunner Maine, de que o processo de desenvolvimento das sociedades humanas passou historicamente de uma transição de um *status* ao contrato, deixando de ser influenciado pelo grupo, clã, comunidade, passando à livre escolha e vontade autônoma, ver Roppo. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra : Almedina, 1988, p. 26-29.

economicas parece corresponder a uma linha de tendência historicamente irreversível", voltada ao incremento da normatização em quantidade e, ainda, na maior ingerência na disciplina de um fator econômico, com a restrição da autonomia da vontade, delimitação de contratos tipo, equilibrando posições e interesses em jogo.⁷¹³

No direito romano não havia uma figura geral de contrato.⁷¹⁴ O atual contrato de trabalho é indicado nas suas origens mais remotas, pela figura do *locatio conductio operarum*,⁷¹⁵ espécie do gênero *locatio rei et operis*, posteriormente incorporadas no *Code Napoleon*, sob a rubrica *louage d'ouvrage et d'industrie*. Nasce em uma estrutura de dominação de um homem sobre outro, com a identificação do trabalho como uma pena,⁷¹⁶ realizada principalmente por escravos, tidos como *res*, objeto de um direito de propriedade.

O direito romano exerceu uma forte influência sobre todos os direitos romanistas atuais, em conjunto com o direito canônico e alguns costumes medievais, embora tenha sofrido, o primeiro, nos séculos XVI e XVIII, uma verdadeira *reconstrução* encetada por Dumoulin, D'Argentré, Domat e Pothier, a qual resultou na

⁷¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 21.

⁷¹⁴ Segundo Roppo, havia, com a *estipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza, vinculativos sobretudo pela forma, pela cerimônia. Alguns negócios pela sua constante realização, mereceram tutela jurídica, embora mais do que a formulação jurídica, importava o *negotium*, o ato de circulação de riquezas. ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 16-7.

⁷¹⁵ *Locatio operis* se caracterizava pela obrigação da execução de uma obra, coisa material ou serviço e a *locatio operarum* pela disponibilidade da força de trabalho em favor do contratante, uma atividade em si mesma. Tal distinção era procedida a partir da necessidade de fixação dos riscos, que na *locatio operis* era suportada pelo trabalhador, ao contrário da *locatio operarum*, na qual o trabalhador somente suportaria o decorrente da impossibilidade do trabalho. RIVAS, Daniel. *La subordinación...*, p. 20-1.

⁷¹⁶ "Trabalho, em português, *lavoro* em italiano, *labour* em inglês, *travail* em francês, *trabajo* em espanhol, *arbeit* em alemão, são estes os termos em algumas línguas europeias. *Lavoro* e *labour* derivam do latim *labor* que significava 'dor', 'sofrimento', 'esforço', 'fadiga' ou qualquer actividade penosa e correspondia exactamente à palavra grega 'ponos'. Mas a história da palavra francesa 'travail' é interessante porque este termo aparecera muito antes, desde o século XI, mas para designar um instrumento de tortura: o 'tripalium' composto por três paus ferrados. Trabalhar era então a tortura de um reclamante por meio do 'tripalium', não sendo a vítima o trabalhador mas sim o carrasco". *Modo de produção...*, p. 12.

estruturação adotada pelo *Code Civil* francês de 1804, que dos 2281 artigos, mais de 1000 eram voltados à disciplina das obrigações.

Na Baixa Idade Média, nos séculos XIII a XV, na Europa Ocidental, houve uma expansão do comércio e da indústria, o que possibilitou o desenvolvimento do direito das obrigações. A repercussão imediata foi o renascimento, ou a retomada do estudo do direito romano pelas Universidades, o único sistema jurídico que já tinha reconhecido um direito das obrigações. As primeiras elaborações teóricas do moderno contrato são devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e, em particular, a Grotius, num período coincidente com início do capitalismo crescente.⁷¹⁷

É que a estrutura familiar, de clã da sociedade feudal, numa economia fechada, assentada numa “solidariedade” que pressupunha a ausência do individualismo, traduzida nos vínculos de natureza pessoal entre produtores e detendores das riquezas em circulação, bem como a ausência do reconhecimento da livre disposição dos bens, não criou espaços para o desenvolvimento de uma teoria contratualista, tendo permanecido um número extremamente restrito de tipos contratuais.

Os contratos eram vistos, ao lado de outras fontes, um dos atos jurídicos que dá origem ao nascimento de obrigações. Gilessen⁷¹⁸ afirma que Gaius, nas suas *Institutiones* (III, 88), foi o primeiro a destacar a distinção entre as fontes, em obrigações contratuais e delituais, ou seja, *omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vem ex delicto*. No período bizantino, acrescenta, duas outras fontes, não classificáveis dentre as indicadas, como “quase contrato”, na qual cita-se a gestão de negócios e “quase delito”, como a responsabilidade aquiliana, estabeleceram uma classificação das fontes das obrigações quadripartida. Esta classificação foi retomada pelo *Code Civil* francês

⁷¹⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 25.

(artigos 1370 e seguintes), "*substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial*",⁷¹⁹ embora nos séculos VI e XIII tenha desaparecido qualquer distinção entre os atos ou fatos jurídicos que gerassem uma obrigação.

A obrigação criava um direito de crédito, chamado de direito pessoal em oposição aos denominados direitos reais, não oponível *erga omnes*. Vinha definida pelas *Instituições* de Justiniano como sendo *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei* (III, 13).

Modernamente, o contrato de trabalho reformula a situação de domínio, não mais sobre a *res*, o escravo, num vínculo exclusivamente pessoal, mas procedido sobre um homem livre, livre para vender a sua força de trabalho no mercado e colocá-la à disposição dos que detêm os instrumentos, o capital, o empresário.

Opera uma importante ruptura, com a despersonalização da prestação de trabalho do próprio sujeito trabalhador, erigindo-o em um bem singularizado, objeto de relações jurídicas obrigacionais. O trabalhador é, então, um proprietário, que possui um bem, a sua força de trabalho e que, livre, poderá colocá-la à venda no mercado para sua própria sobrevivência. Toda a regulamentação, o direito objetivado, estará então em absoluta harmonia com o primado do individualismo, da igualdade e da liberdade. O trabalhador é livre para vender a sua força de trabalho, negociando acerca dos valores e, este, então, estarão juridicamente em absoluta equivalência.

O trabalhador não está vendendo a sua vida, a sua saúde, a sua energia, senão a força de trabalho que a ele pertence, porém de forma destacada, autonomizada, impessoalizada. Era necessário, então, retirar do contrato a natureza de uma compra-venda, de uma locação; autonomizar o contrato de trabalho como algo em si, diferente de tudo o mais historicamente aceito. Uma figura negocial que aportasse alguns

⁷¹⁸ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 730.

valores éticos-sociais, embora aceitasse a acumulação do capital e a mais-valia, um contrato que manifestasse uma visão não prejudicial à dignidade humana. A relação de sujeição se dá, então, a partir de um contrato de trabalho e sobre este bem, a força de trabalho, não mais se falará em um domínio de um homem sobre outro.

Sabe-se, entretanto, que a relação de domínio continua, porém estabelecida juridicamente, em nome do bom andamento da empresa, um domínio necessário, benéfico; ademais, não é um domínio perene, decorrente de um *status*, senão transitório, podendo o trabalhador, dentro da liberdade que se lhe reconhece, optar por sair da relação jurídica, rescindindo sem motivação o seu contrato.

No entanto, ainda que se imagine que há uma limitação ao conteúdo contratual, a aceitação do poder punitivo, na sua extensão, revela que o domínio contratual ultrapassa os limites do conteúdo negocial, para abranger a conduta geral do empregado, dentro e fora do local de trabalho, durante o período de trabalho e de descanso. A vida do empregado está, ainda, voltada aos interesses da empresa.

1 - INDIVIDUALISMO E LIBERDADE

1. Marvall afirmou que a noção de público e de particular não somente não se consubstancia em conceitos que se repelem, mas, muito além, se complementam em algum sentido. Isto porquanto, conforme já ressaltou Bodin, “[...] *car il n’y a point de chose publique, s’il n’y a quelque chose propre, et ne peut s’imaginer qu’il ait rien commun s’il n’y a rien particulier*”.⁷²⁰

Constituir e defender o espaço do particular é ao mesmo tempo, limitar o poder público e mantê-lo na sua existência, à medida que somente poderemos pensar num espaço particular se tivermos

⁷¹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 25.

também um público e, neste patamar, a amplitude de cada campo é reconhecida pelo outro e demarcada pela atuação de cada um.

A propriedade e o contrato estariam, no particular, exercendo tais funções. Nesse caminhar, pode-se afirmar que o contratualismo fora o instrumento da burguesia para contrapor-se ao poder da nobreza que, em busca de um acordo com o capital emergente, procurou um acordo. Já em relação à massa de trabalhadores, o discurso deveria transcender o próprio contratualismo, no sentido de que a sociedade era *natural* e, igualmente, que os melhores, numa estrutura igualitária e de liberdade, deveriam ocupar uma certa posição de mando.⁷²¹

Poder-se-ia supor que também a lei assim o faça. Ressaltou, outra vez, Bodin,⁷²² que não há de se confundir a lei com o contrato, eis que a lei é a manifestação da soberania e, assim, a própria manifestação do poder e o contrato a manifestação do particular à margem do poder público que, então, deve não somente tolerar esse campo de atuação como ademais, reconhecendo-o, garanti-lo nos seus efeitos.

Dessas noções surge, porém, a idéia de que o contrato é lei entre as partes e, assim, é também manifestação dessa soberania ou do poder e, por outro lado, que poder emana do particular, do povo e deve ser exercido nesta dimensão, novamente se inter-relacionando os dois conceitos.

Weber já havia anotado essa dupla função, positiva e negativa. Positiva à medida que cria ao Estado este dever de atuar,

⁷²⁰ p.14, edição de 1568. Apud MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p.230.

⁷²¹ Nesse sentido, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual...*, p. 227-8: " *Si el paradigma del contrato ya no servía como ideología al grupo hegemónico que debía justificar su posición de poder y privilegio sobre una mayoría carenciada, le era necesario mostrar su hegemonía como algo "natural" [...] el paradigma del contrato debía ser remplazado por el paradigma del organismo*".

⁷²² p.134, edição de 1568: "*Il ne faut donc pas confondre la loi et le contrat: car la loi depend de celui qui a la souveraineté, qui peut obliger tous ses sujets et ne s'y point obliger soy-meme; et la convention est mutuelle entre le Prince et ses sujets, qui oblige les deux parties réciproquement, et*

dando força vinculante às relação pactuadas pelas partes no campo privado; negativa, à medida que estabelece as fronteiras em que o poder público não pode ingressar, ou seja, onde deve omitir sua vontade.

Afinal, o contrato e a propriedade seriam limites impostos ao estado ou são concessões da atuação do poder público?

Inicialmente, não se pode falar em contrários, correlativos ou privação/possessão, senão em opostos de afirmação/negação⁷²³, ou seja, são proposições que se negam mutuamente. Não há uma determinada unidade incindível entre tais opostos, como que um espaço público e particular, à proporção que, não podem, em face do princípio da não-contradição, princípio basilar do discurso científico, estar presentes no mesmo sujeito, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, porquanto pressupõe que sejam especificações de uma mesma realidade.

É, ademais, absolutamente inafastável a idéia de que o contrato é e está na medida do reconhecimento do individualismo e do liberalismo que cercam os interesses particulares que são administrados no campo patrimonial, próprios de uma sociedade de mercado, porém pode estar ainda no campo público, ou seja, o contrato enquanto categoria assume um valor ideológico. Não tão-só naquele espaço em que os negócios econômicos atuam, a visão dependerá da extensão e visualização do papel do próprio Estado e das relações entre o público e o privado, na atuação do próprio Estado no mercado.

Esta implicação dependerá, também, em muito da própria concepção de propriedade, a qual implica a própria formação do Estado, bem como da liberdade ou de disponibilidade, a limitação ou não da extensão, finalidade e interesse que ligam ao seu exercício.

ne peut l'une des parties y convenir au préjudice et sans le consentement de l'autre" . Apud MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p. 230.

⁷²³ A classificação dos diversos tipos de oposições vem elaborada por Aristóteles, embora Platão já fizera referência a alguns dos seus elementos, como correlativos, contrários, privação e

O Estado, para Dahrendorf,⁷²⁴ foi o grande aparelho que a burguesia pretendeu construir para possibilitar uma sociedade de defesa da propriedade. As mesmas considerações são levantadas por Maravall, ao confirmar o caráter classista, na raiz, do Estado moderno como a criação da burguesia⁷²⁵ e o Estado absolutista era a primeira fase dessa concepção.

"[...] A categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade tout court, revelando claramente a sua função política e ideológica: porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a uma < contrato > e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais <liberais> em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e legitimar aos olhos dos súditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva".⁷²⁶

Locke, que muito influenciou o pensamento ocidental, via no Estado um garantidor da propriedade. O homem teria abandonado o estado de natureza para criar a sociedade política, através de um contrato, de forma a preservar os direitos naturais e reprimir as suas violações. O governo, exercendo um poder que é do povo, que lhe outorgou, existe exatamente para assegurar a propriedade, que é um direito natural. Assim, *"[...] o poder supremo não pode tirar a qualquer homem parte da sua propriedade sem consentimento dele; porquanto, sendo a preservação da propriedade o objetivo do governo e a razão de entrarem os homens em sociedade, supõe e exige necessariamente que o povo deva ter propriedade".⁷²⁷*

possessão e afirmação e negação. BERTI, Enrico et alii. *La contraddizione...*, p.10. Sobre o tema, ver a obra de Cirne-Lima. CIRNE-LIMA, Carlos R.V. *Sobre a contradição...*, 122 p.

⁷²⁴ DAHRENDORF, Ralph. *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*. Apud MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p. 236.

⁷²⁵ MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p. 236.

⁷²⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 29.

⁷²⁷ LOCKE, John. *Segundo...* p. 271.

A propriedade sofreu, sobretudo nos séculos XV a XVII uma alteração do seu perfil, levando-se adiante o seu caráter individualista e privatista, de livre disposição, servida pela técnica dos romanistas. Produziu-se na época uma repulsa ao pensamento platônico de propriedade primitiva comunitária, porquanto resultam incompatíveis com as direções da burguesia. Ginés de Sepulveda, assim, refuta a concepção de Platão por se semelhante aos costumes dos cristãos primitivos.⁷²⁸

Segundo Tawney, citado por Maravall, a Idade Média mantinha, de um certo aspecto, uma postura da propriedade vinculada à distribuição a um maior número possível de mãos, com a necessidade de assumir a emergência do sustento do pobre, em uso comum, distribuindo-se entre os necessitados, ainda que não diante de situação de necessidade imediata.⁷²⁹

Já a acepção moderna estaria plantada na superação das idéias medievais e na identificação de um caráter exclusivo reconhecido ao proprietário, isentas de critérios que transcendem o seu próprio interesse e vontade.

Aqui também, o Estado moderno se desenvolve a partir do reconhecimento deste espaço privado de poder de autodisposição dos bens, concebido no acolhimento do patrimônio particular, ao que lhe cabe respeitar e garantir. *“A concepção da propriedade é uma das bases de toda a cultura e, por tanto, a concepção privatista moderna da mesma é uma das bases da cultura estadual na sua fase do estado absoluto, como continuará a sê-lo na do Estado liberal”.*⁷³⁰

O direito do trabalho veio, então, num sistema capitalista individualista, para assegurar e garantir o exercício do direito de propriedade do empregador, por meio de um *contrato de trabalho*, numa

⁷²⁸ MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p.238.

⁷²⁹ MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p.235.

⁷³⁰ MARAVALL, José Antonio. *A função...*, p.236.

concepção adotada pela Revolução Francesa e expressa pelo *Code Civil* francês, de 1804, em seu artigo 1101, como sendo “*uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, em relação a uma ou mais pessoas, a dar, a fazer ou a não fazer certa coisa*”.

O contrato vincula, em uma relação jurídica dois sujeitos, unidos em um escopo comum de levar adiante uma atividade econômica, numa concepção de comutatividade, na qual seriam equivalentes o salário como contraprestação e a força de trabalho empreendida.

O contrato passa a ser visto em um papel secundário, como simples instrumento necessário para incorporação do trabalhador na empresa, criando uma relação jurídica válida para os sujeitos, criando um espaço no qual, diante destas posições jurídicas direitos e deveres são atribuídos, obrigações imputadas, com uma necessidade discutível de manifestação volitiva. O contrato deixa de ter o monopólio da disciplina das relações econômicas disciplinadas pelo direito, sendo apenas o instrumento propulsor do vínculo. Uma disciplina rígida de contrato, principalmente quanto à condições de sua realização, vem sendo combatida pela ideologia econômica neoliberal.

Afinal, se encontram as partes diante de uma instituição, com vontade própria e interesses coletivos que devam ser atendidos. Tenta-se, assim, uma superação de uma figura contratual que possa impedir a assunção de deveres para com a organização. A situação de aceitação de interesses opostos vista em um contrato, para Mesquita implica uma rejeição de um espírito de colaboração ou “*co-labor-ação*” que permite inserir o trabalhador na empresa.⁷³¹

⁷³¹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 14.

2 - CONSENSO

O individualismo e a liberdade vem refletir no contrato exatamente por meio e nos limites desempenhados no reconhecimento de uma autonomia privada e pelo consenso. Se cada um é livre para pactuar, a vontade reina soberana.

O princípio do consensualismo, segundo o qual a conclusão de um contrato não requer a observância de qualquer formalidade, mais ou menos solene, senão apenas e tão-só a manifestação de vontade, o simples consentimento, é assim recente, como resultado de uma evolução histórica, principalmente a partir da influência exercida pelo direito canônico, com o papel da palavra, eis que desconhecido pelo direito romano ou germânico.

A relação trabalhista gira em torno de uma dificuldade de posicionamento ante o princípio do consenso. Se, por um lado, a simples manifestação de vontade é suficiência para constituir-se um contrato, por outro lado, a manifestação de vontade tem uma papel secundário, sem importância alguma, à medida que não se cogita em perquirir qualquer eventual consenso, sendo presumido, com a verificação da real prestação de serviços não eventual, pessoal, com subordinação e mediante remuneração.

O consenso, historicamente, vem perdendo espaço no contrato. Não é possível suprimir o consenso, pois é mecanismo de legitimação do poder do empregador.

1. Duguit afirma que o contrato é uma criação do direito romano, que passou para o direito civil moderno e que visa responder aos anseios de um sistema jurídico essencialmente subjetivista e individualista.

O contrato de trabalho se apresenta, então, numa tentativa de superação destes aspectos, através da restrição da autonomia da

vontade das partes contratantes, bem como acolhendo um princípio de não-igualdade dos sujeitos e determinando que o consenso concorre ou se subordina a outras formas de regulamentação das condições de trabalho.⁷³² Embora tenham as manifestações de consenso objetos diferentes e finalidades distintas, estão voltadas a um resultado único, com a inserção na atividade econômica.

2. No direito romano, tanto no antigo como no clássico, o contrato era eminentemente formal. A formação dos contratos passava necessariamente pela *stipulatio*, com a exigência, para a validade, da troca de algumas formalidades, com palavras solenes, porém simples, entre os sujeitos contratantes. Cita Gilessen, por exemplo, o seguinte diálogo: *Spondesne? (prometes?) Spondeo! (prometo!)*.⁷³³

A *stipulatio*, junto com a entrega da coisa por um dos contratantes ao outro, era a forma essencial, indispensável aos contratos; a sua falta fazia criar apenas um pacto - *pactum, nudum pactum* -, que não gerava ação.

No direito clássico, principalmente, alguns poucos contratos, excepcionais, em número limitado, eram consensuais, dentre os quais encontram-se a locação, o mandato, a venda e a sociedade. A sua constituição, porém, era bastante freqüente.

3. Afirma-se que os germânicos eram um povo respeitador da palavra dada e, ainda, sendo livre, teriam construído uma teoria das obrigações contratuais assentado no princípio do consensualismo e na autonomia da vontade criadora. Partia-se do adágio *ein Mann, ein Wort*.⁷³⁴

⁷³² Devolvendo o domínio da heteronomia sobre a autonomia e sujeição do individual sobre o coletivo, além do que se submete ainda ao poder no seio da empresa, deixando a manifestação de vontade do empregado a ter qualquer relevância. Ademais, a doutrina alemã, a partir do contrato de serviço fiel e não da *locatio conductio operis*, acaba por influenciar o direito do trabalho com as idéias de comunidade de trabalho e teorias institucionalistas. GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 284.

⁷³³ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 731.

⁷³⁴ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 732.

Segundo Gilessen, pouco ou quase nada se sabe a respeito do direito germânico das obrigações que, pela pouca atividade comercial desenvolvida – quase que restrita às transações a contado, pela troca e em face da inexistência da moeda – e pela instituição de uma sociedade calcada na importância acentuada das relações familiares, poucas ou quase nenhuma obrigação era criada.

A realização das funções no seio do grupo social era determinada a partir do reconhecimento da autoridade do *mondualdo*; nas famílias, entre os *sippes*, as obrigações eram delituais, sob pena de expor-se à *faida*, ou vingança privada. Na Lei Sálica, a execução de uma obrigação contratual ou delitual era assegurada por sanções penais.⁷³⁵

4. Na época do direito franco foi dominado pelo formalismo simbólico, ainda que em algumas regiões, com maior influência do direito romano, tenha sido o documento escrito, que no período clássico era servia apenas como prova, o elemento essencial na formação do contrato. Duas eram as espécies contratuais, a *fides facta* – *fé dada* –, um contrato formal e a *res prestita* – *coisa emprestada* –, um contrato real, embora em qualquer das espécies fosse necessária a entrega de algum objeto que materializasse a garantia da executoriedade do pacto negocial.

Na *fides facta*, um dos sujeitos *qui fidem fecerit* – *que dá fé* – se comprometia perante outro *cui fidem facta est* – *a quem a fé é dada*, mediante algumas palavras ou gestos que, segundo Gilessen, ainda hoje desconhecemos, mas que eram representativos, mediante projeção em um objeto – por exemplo, entregar uma *festuca*⁷³⁶ (ramo de palha) ou

⁷³⁵ GILESEN, John. *Introdução...*, p. 732.

⁷³⁶ Segundo Gilessen, em um documento do ano de 777, conservado até nossos dias, foi encontrado preso a um pergaminho, um ramo de palha. Da mesma forma, “*deitar fora a ‘festuca’ significava abandonar um direito e a transferência de um direito real*”, em simbolismo que permaneceu na Baixa Idade Média, quando em Bruxelas, a transferência da propriedade era procedida pela ‘*effestucatio*’ ou ‘*wepitio*’, de ‘*werfen*’ ou lançar ou quando segundo o direito

wadium (penhor sem valor) - ou atitude simbólica, do consentimento e compromisso, com força executória.

A Lei Sállica disciplinava a execução dos contratos, estatuinto o procedimento para a hipótese de inadimplemento nos contratos *de fides facta*, com a aplicação de uma multa de 15 dinheiros se requerido pelo credor e, ainda, se chamado ao *mallum - tribunal* -, o *thunginus* decretaria a penhora dos bens que era executada com o comparecimento do credor na casa do devedor, por três vezes, de sete em sete noites e, se ainda assim permanecesse a recusa ao pagamento, haveria a imposição de nova multa de três dinheiros. Somente após tal procedimento é que se realizaria a penhora judiciária, realizada pelo conde e sete raquimbargos.⁷³⁷

Para os contratos reais, nos quais se incluem a venda e a troca, depois das três notificações, feita de sete em sete noites, tal qual nos contratos *de fides facta*, haveria uma multa de três dinheiros e a penhora dos bens do devedor.

5. Na época do feudalismo permanecia a divisão entre os contratos reais e formais, continuando o simbolismo a exercer papel relevante na formação contratual, com a entrega de bens sem valor para corporificar compromisso.

O *dinheiro de Deus* ou *le denier à Dieu*, do latim *denarius Dei*, era uma moeda de baixo ou nenhum valor, entregue por um sujeito do contrato a outro, destinada ao “*uso piedoso*”. Conta Gilessen que tal processo teria permanecido até o século XIX, relatando uma sentença belga do ano de 1882, quando foi reconhecido o uso do dinheiro de Deus, em uma soma de dois francos entregue a uma criada quando da sua admissão.⁷³⁸

costumeiro do século XIV, o arremesso do ramo de palha era necessário para o abandono do poder paternal quando da emancipação de um filho. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 733-4.

⁷³⁷ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 733.

⁷³⁸ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 734.

Também o *vinho do mercado* ou *le vin du marché* representava a pactuação, mediante o comparecimento das partes a uma taberna para beberem vinho juntos, na presença de testemunhas e a *palmada* ou *paumée*, do latim *palmata*, quanto as partes apertam-se as mãos ou o comprador dá uma palmada na face do vendedor. O costume flamengo do século XVI e o costume de Montpellier,⁷³⁹ no século XIII (art. 100), indicavam a palmada para que o contrato fosse válido: *emptio non valet sine palmata*.⁷⁴⁰

Outros contratos,⁷⁴¹ puramente formais, mantiveram-se nos termos do *fides* do direito franco, em que certos gestos ou palavras representavam simbolicamente o compromisso, quer bilateral, quer unilateral. No contrato “feudo-vassálico”, o vassalo dava fé ao seu senhor, prestando-lhe homenagem. A *fides* desapareceu nos séculos XIV a XV.

O juramento - *juramentum* - vem a substituir, com um semelhante papel, a *fides*. O juramento promissório, leigo, de fazer ou não fazer algo distinguia-se do juramento probatório, instituído pela religião, pela tomada de Deus por testemunha: *per Deum juro* ou por gestos, colocando-se a mão sobre a bíblia, evangelho, relíquias ou levantando a mão que, aliás, permanece até os nossos dias, como formalismo nos juramentos.

6. Na evolução, através da influência do catolicismo e da prática costumeira dos séculos XII e XIII,⁷⁴² o consentimento das partes passa a ser suficiente para a formação do contrato, superando a regra

⁷³⁹ Art. 100. *Emptio non valet sine palmata vel sine solutione pretii particulari vel universali vel sine rei traditione.* (A venda não tem valor sem palmada, ou sem pagamento de um preço particular ou geral, ou sem a entrega da coisa). Estatutos de Montpellier, 1204. In : GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 743.

⁷⁴⁰ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 734.

⁷⁴¹ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 735.

⁷⁴² Afirma GillesSEN que lhe parece mais verossímil a idéia de que o direito costumeiro criou um consensualismo próprio, a partir da qual o catolicismo extraiu conseqüências morais. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 736.

do direito romano de que o simples consenso somente constitui um *pactum* e não uma *obligatio* com ação.

Essa influência da igreja vem com a idéia de que o perjúrio, ou mentira, é um pecado, devendo então as palavras empenhadas, as promessas dadas, serem cumpridas, não invocando ou usando o nome de Deus em vão. Alguns textos do direito canônico dos séculos IV, Chromatius e do século VI, Gregório, o Grande, indicam que a manutenção da promessa feita por *loquela* ou enunciação ou por juramento deve ser observada e mantida, embora se mantivesse hostil ao juramento em face do perjúrio.

Afirma Gilessen que foi o decretista Johannes Teutonicus que, na glosa ao Decreto de Graciano,⁷⁴³ em 1212, afirmou pela primeira vez que *ex nudo pacto, actio oritur*, ou seja, superando a conotação romana que exclui a ação dos simples pactos, ou seja, *ex nudo pacto, actio non oritur*. Também presente nas Decretais de Gregório IX, de 1234, está o princípio de que qualquer pacto, ainda que “nu”, deve ser mantido: *pacta quantumque nuda servantur*.

Encontram-se também no direito costumeiro, em especial no sul da França, indicações do expandir do puro consensualismo. Nos séculos XI e XII surge a *convenientia*, originado do latim *convenire*, ou estar de acordo, conforme e, no francês medieval *convenance*, para contrato “em que a vontade basta para obrigar, sem gestos nem declarações formalistas”. Neste teor, veja-se, por exemplo, a praxe francesa do século XIII: O *Livre de Justice et de Plet* (II,7)⁷⁴⁴ ou os Costumes de Beauveisis (1282), indicado por Phipippe de

⁷⁴³ Teutonicus: Glosa sobre o Decreto de Graciano: *Ex nudo pacto, actio oritur*. (*Do pacto nu não surge uma ação*). In: GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 743.

⁷⁴⁴ “[...] *convenances accordées font les marchés, non pas la paumée*”. GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 736.

Beaumanoir⁷⁴⁵ ou ainda, uma redação rural de costumes da região de Bruxelas, *Dit is't recht van Uccle*, do século XIV.⁷⁴⁶

O respeito pela palavra dada pelos contratantes, superando o direito romano, acabou implantando-se na Europa nos séculos XIII e XIV, tendo o comércio com a Itália, França e Países Baixos contribuído fortemente para a sua sedimentação.

Dumoulin acaba por admitir, então, a prevalência do consensualismo, pela regra canônica *ex nudo pacto, actio oritur*, sendo integrado de forma definitiva, embora não de forma expressa, pelo *Code Civil* francês de 1804 (artigos 1138, 1583 e 1703), por meio dos ideais da Revolução Francesa de 1789.

7. O direito moderno acolhe o princípio da liberdade das formas, podendo o consenso, a vontade vir manifestada de qualquer modo, inclusive com um determinado comportamento, como o fato concreto do trabalho subordinado. Estaria o contrato livre de qualquer amarra que restringisse a liberdade.

Desta forma, a obtenção do consenso em relação aos poderes do empregador, inclusive o punitivo, não requer, para sua verificação, qualquer ato solene, palavra escrita ou comportamento contundente, exatamente dentro da racionalidade e laicidade próprias da estrutura de pensamento moderno.

Algumas exceções se apresentam pela relevância dada pela sociedade e que demonstram, mais do que um simbolismo, quais os valores recebidos como tuteláveis pelo direito. A transmissão da propriedade imóvel, por exemplo, requer o atendimento a formalismos, ao passo que a propriedade móvel se transmite pela entrega do bem. A

⁷⁴⁵ N.º 1066: "Entendemos que os contratos estão firmes logo que são firmados pelo acordo das pessoas ou logo que o dinheiro de Deus é dado ou logo que são prestadas as arras, pois qualquer destas três coisas vale como firmeza dos contratos." GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 744.

⁷⁴⁶ Art. 98 : "todo o prometido é devido". MEIJERS, West-Brab. *Erfrecht*, Bijlagen ,p. 6. In: GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 736.

constituição das sociedades, requer ato escrito, o contrato de trabalho não.

Se, por um lado, tal fato é absolutamente positivo, à medida que questões de forma não obstaculizam o reconhecimento sempre de efeitos aos vínculos que se constituem - embora no campo trabalhista ainda o contrato nulo gere efeitos - , por outro lado, toda e qualquer detalhamento à respeito da obrigação acaba projetada para a figura do empregador, no atendimento do interesse da empresa. A forma escrita não atenderia jamais aos interesses da atividade empresarial pela sua dinamicidade, que requer alterações imediatas e com tal rapidez que qualquer conclusão de uma alteração contratual inviabilizaria a atividade. Ademais, estando escrito o conteúdo negociado tornaria mais difícil qualquer alteração e mais fácil a prova de que o conteúdo estaria em contradição com a regra jurídica, bem como trata-se de um pacto de interesse exclusivo dos sujeitos privados em relação, sendo despidendo o conhecimento a terceiros.

O consenso manifestado favoravelmente à subordinação como característica do trabalho realizado é suficiente para que se reconheçam poderes ao empregador para que possa dirigir, controlar, fiscalizar, punir qualquer conduta indicada como necessária. O consenso é expreso para abrir mão da vontade como constituidora do conteúdo do contrato moldável durante a execução.

3 - SUPERAÇÃO DE DOGMAS

O contrato de trabalho, na sua configuração, procura historicamente romper com o dogma da vontade, da liberdade, da igualdade das partes contratantes, estabelecendo o princípio da restrição à autonomia da vontade das partes contratantes, a edição de contratos-tipo, bem como erigindo o princípio da proteção como reitor

do sistema. Tais pontos vêm sendo indicados como de excessivo intervencionismo em seara de liberdade das partes que, com a ingerência estatal em um exacerbado protecionismo, engessa as relações, dificultando a maleabilidade necessária ao atendimento dos interesses emergentes das operações econômicas, pugnando-se por uma flexibilização, desregulamentação.

Historicamente a superação dos dogmas foi uma conquista, não somente dos trabalhadores, em relação ao contrato de trabalho, mas ainda no âmbito mais amplo das relações civis, como na situação do consumidor. *"Les réalités de la vie économique, les mutations des modes de production et de distribution, les impératifs du commerce ont, pour une large part, infléchi les principes traditionnels qui gouvernent le droit des contrats et ont contribué à faire apparaître leur réelle dimension. L'égalité et la liberté des contractants, produits de l'autonomie de la volonté et postulats de notre Code, sont aujourd'hui teintés d'un anachronisme irréversible".*⁷⁴⁷

Com o desaparecimento da estrutura familiar e aldeã a partir do fim da Idade Média, o homem aparece aceito no reconhecimento a partir do seu individualismo. Sujeito de direito, é livre, isolado, com plena disposição quanto a sua vontade e seus bens.

Essa concepção individualista é manifestada, sobremaneira, com a autonomia da vontade das partes contratantes, que livremente negociam e estabelecem o conteúdo das obrigações, a elas se vinculando.

A doutrina da autonomia da vontade surgida com o Humanismo, que vem a combater a escolástica, e com a Reforma (século XVI) passa então a incorporar-se na doutrina desde o século XVII, com a Escola de Direito Natural, porém com certa dificuldade inicial.

⁷⁴⁷ MAZEAUD, Denis. *La notion...*, p. 39-40.

O rompimento e superação das idéias romanistas, de um formalismo, acaba sucumbindo à prática costumeira. Não é que a vontade tenha sido anteriormente reconhecida, mas é que até a Idade Média estava vinculada à moral, bem comum e fé.⁷⁴⁸

O individualismo começa seu triunfo efetivamente com o século XVI, embora anteriormente alguns pensadores, como Guilherme de Occam já tivessem defendido a idéia de que a vontade comanda o intelecto e constitui a causa dos atos praticados.

A escola jusnaturalista, no século XVII constitui um fator importante para tal laicização, determinante no triunfo do individualismo. Deixa-se para trás a concepção canônica do direito, passando a adotar a idéia do livre-arbítrio, supedâneo da regra *pacta sunt servanda*, aplicável tanto aos indivíduos quanto às nações, surgindo a concepção do direito das gentes.⁷⁴⁹

O racionalismo de Descartes acaba por exercer uma grande influência no pensamento moderno, sobretudo francês, do qual expandem-se os ideais que passarão a reger o pensamento moderno.

Se a sociedade é formada de indivíduos, com liberdade e autodeterminação, é porquanto a ligação ocorrerá mediante a existência de um “contrato social”.

Embora no século XVIII os juristas franceses permanecem ainda atrelados ao direito romano e, desta forma, em descompasso com o pensamento filosófico daquela época, o século XIX é o triunfo deste princípio da autonomia da vontade.

Ao lado da liberdade de contratar, vinha a responsabilidade pelos compromissos assumidos - *pacta sunt servanda* -, cuja força obrigatória era equiparada a da própria lei. O *Code civil* (1804) a consagra implicitamente em seu artigo 1134, ao estabelecer que *As convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que as*

⁷⁴⁸ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 737.

*celebraram. "Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores [...] para o funcionamento do sistema no seu conjunto".*⁷⁵⁰

A máxima *laissez faire, laissez passer* e a lei da oferta e da procura vêm a manifestar esse puro liberalismo e individualismo. Justo era o que fora livremente pactuado. Esse liberalismo era absolutamente consentâneo com as necessidades de um sistema econômico e social. A regra da liberdade contratual é um instrumento necessário à atuação dos princípios da livre empresa, da iniciativa privada, da propriedade privada dos fatores de produção, da economia de mercado. Existe, então, uma correlação necessária entre maior liberdade contratual, com um liberalismo econômico como fator de organização da produção e circulação de bens e serviços e individualismo.⁷⁵¹ Daí um Estado minimalista que deixa aos sujeitos, no mercado regulador, a liberdade de pactuarem, apenas intervindo para garantir o teor do acordo.

Na segunda metade do século XIX e, de forma mais acentuada no início do século XX, reações ao puro liberalismo e individualismo aparecem, principalmente a partir da denúncia de socialistas e comunistas, em relação à situação dos trabalhadores.

Babeuf, Saint-Simon, Karl Marx, se insurgem contra o massacre e descaso aos mais fracos. É o proletariado emergente que se faz sentir na mudança da estruturação do pensamento.

Os conflitos sociais, que disturbam as sociedades de então, em 1848 na França, Alemanha, Áustria e Itália, a Primeira

⁷⁴⁹ GILLESSEN, John. *Introdução...*, p. 738.

⁷⁵⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 35.

⁷⁵¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 109.

Internacional em 1862-1864, em 1871 com a Comuna, enfim, com os marcos do desconformismo com a injustiça encetada a partir de um puro individualismo, faz nascer a necessidade de sua superação com o reconhecimento da força do grupo, da categoria.

As mudanças são lançadas e afetam também o direito, com o reconhecimento de uma restrição à liberdade de contratação, nos contratos de adesão.

Nos artigos 1780, do *Code Civil* francês e no art. 1628, do *Codice Civile* italiano proibiu-se a vitaliciedade dos contratos de trabalho. Restaram vedados os *contractes in restraint of trade*, no direito anglo-americano, por meio do qual o sujeito se obrigaria a limitar irrazoavelmente a sua futura atividade produtiva em benefício de outrem.⁷⁵² O constrangimento do corpo, na privação em face de débitos civis, veio suprimido em França no século XIX, mais precisamente em 1867 e, na Bélgica, em 1870. A proibição do *truck system*, por meio do *Truck Act*, ainda do século XIX, negou validade ao pagamento aos trabalhadores por meio de vales, bônus a serem descontados em negócios do próprio empregador.⁷⁵³

A inferioridade e debilidade econômica de alguns sujeitos contratantes passou a ter o resguardo da tutela jurídica. Afinal, o contrato se mostrou instrumento de dominação, de igualdade.

No entanto, o direito precisa conservar as relações de subordinação, a obediência em benefício da atividade capitalista e, ainda, o poder do empregador. Desta forma, embora com restrições legais, mantém-se a estrutura contratual, passando a relação de submissão como uma relação de coordenação, dentro de uma ficção jurídica da igualdade das partes contratantes, da livre manifestação de consenso. Como ressaltara Kahn-Freund, "[...] es a través de esta ficción como las leyes conjuran la pesadilla del 'trabajo forzoso' (compulsory

⁷⁵² ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 33.

*labour). No se debería subestimar el auténtico alcance de la magia verbal".*⁷⁵⁴

Ademais, o contrato passa a ser exclusivamente o instrumento de incorporação do trabalhador na organização empresarial, em uma apropriação das idéias institucionalistas. *“El contrato, en esta óptica, agota – cuando más – sus efectos en la constitución de la obligación de ocupar un determinado puesto de trabajo en la empresa, en tanto que ésta, a título de organización de trabajo creada y sostenida por el empleador, es la verdadera fuente reguladora de sus condiciones”.*⁷⁵⁵

O institucionalismo, em especial, permite que o contrato passe a ter este papel exclusivamente de instrumento de incorporação e, então, se possa assumir a idéia de comunidade de interesses e fins, ao qual, em nome de tais interesses superiores, a empresa, impessoal, separada e autônoma, dotada de seu próprio legislador e em exercício de autoridade, exerça um poder reconhecido como válido e necessário, para determinar a conduta dos partícipes.

O contrato e seu conteúdo, a manifestação de consenso em relação aos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, tem papel secundário. A restritiva autonomia da vontade das partes e o princípio da proteção são minimizados ante o exercício do poder punitivo da empresa

A restrição à liberdade das partes contratantes, de qualquer forma, continua tendo um papel chave, que é exatamente a garantia desta liberdade, a possibilidade real de que o sujeito ao negociar não vá renunciar à própria liberdade - e dignidade - em troca da própria subsistência. Há, aqui, uma interessante contraposição da liberdade jurídica com a liberdade social.

⁷⁵³ ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 33-4.

⁷⁵⁴ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 60.

⁷⁵⁵ GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 287.

O princípio prevalente continua, entretanto, sendo o da liberdade contratual: contratar quem, quando e enquanto quiser. O mito de que os sujeitos são iguais para contratar e manter o negócio pelo tempo que entenderem satisfatório, criando uma igualdade jurídica formal, não consegue à evidência fazer superar a desigualdade substancial. E ainda que o Estado intervenha, restringindo a autonomia da vontade das partes e estabelecendo um tipo único negocial, pautado pelo princípio da continuidade da empresa - que leva à indeterminação do prazo como regra, cominando a nulidade aos acordos contrários à norma imperativa por prejudiciais aos interesses do trabalhador - o contrato de trabalho continua desempenhando a função ideológica de manutenção da estrutura capitalista.

O contrato é celebrado por aquele que nada mais dispõe do que a sua força de trabalho, assumida como um bem economicamente valorável e, por conseguinte, objeto de pactuação, vendável livremente como mercadoria, com valor de troca. Essa troca é juridicamente recebida como equivalente; a remuneração vale a força de trabalho, a força de trabalho vale exatamente a remuneração pactuada. Assume uma nova conotação, não mais a pessoal, decorrente do *status*, mas a econômica, obrigacional.

Porém, ainda que se tenha ora o trabalho subordinado como resultante de uma relação obrigacional, o poder do empregador manifesta a exteriorização de um poder pessoal. O comportamento da pessoa do trabalhador é controlado, seus atos, sua conduta e não apenas o seu trabalho. Afinal, mais do que garantir o modo de produção capitalista, o que se quer é garantir o próprio sistema. *"Ora, reforçando o poder diretivo, o poder disciplinar contribui, de modo importante, para a perpetuação da empresa privada, e, com ela, o modelo capitalista de produção. Daí representar, também, uma exigência do sistema".*⁷⁵⁶

⁷⁵⁶ VIANA, Marcio Tulio. *Direito...*, p. 172.

Afirma-se que há uma desigualdade formal para assegurar uma igualdade substancial; que está tutelado o trabalhador pela restrição à autonomia da vontade. A realidade demonstra, todavia, que o contrato não tem mais a reconhecida importância, a notar com a assunção de deveres acessórios, pessoais e não pactuados - aliás, alheios ao contrato -, que geram a possibilidade de punição para o empregado, embora não para o empregador; com o *ius variandi*; com a manutenção de uma igualdade jurídica do pactuado em absoluta liberdade em relação ao binômio remuneração/trabalho; com a manutenção do direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho sem qualquer motivação.

4 - INCOMPATIBILIDADE

A aceitação do poder disciplinar via contrato, a partir de uma situação jurídica de domínio do empregador, embora venha sendo historicamente⁷⁵⁷ a mais aceita, apresenta dificuldades intransponíveis, a ponto de Romita afirmar que "[...] a formulação unitária de um fundamento teórico para o poder disciplinar parece inviável. As duas concepções - a contratual e a institucionalista - mesclam-se".⁷⁵⁸

Diz-se que o poder punitivo, enquanto mecanismo de garantia da satisfação de direitos, deriva do poder diretivo assegurado ao empregador de, mantendo um contrato, impor sanções como reação frente ao descumprimento das obrigações assumidas pelo empregado de colocar sua força de trabalho à disposição, aceitando e agindo conforme os comandos.

Assim, o empregado, ao ser contratado, está se inserindo numa situação de mera sujeição ao poder do empregador que, nestes

⁷⁵⁷ Legal y Brethe de la Gressaye, em 1938, já afirmavam que a concepção contratual fora durante largo período a mais aceita.

⁷⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. *O poder...*, p. 197.

termos, numa posição de domínio contratual, define o conteúdo da obrigação, estabelece a conduta faltosa, a sanção e no seu próprio interesse aplica-a. O que para os institucionalistas é condição, para os contratualistas é a própria causa.

Existe um fundamento ideológico no poder disciplinar, voltado especificadamente ao processo de produção capitalista de separação entre a força de trabalho adquirida a um determinado preço pelo capitalista, através do mercado, e a propriedade dos meios de produção que garantem o controle técnico sobre a realização da atividade.⁷⁵⁹ Afinal, é necessário, afirma-se, ao empregador, que detenha um conjunto de providências à sua disposição para que possa ter assegurada a realização da prestação no momento e no modo necessário ao atendimento das necessidades econômicas da empresa.

O contrato de trabalho é um negócio jurídico ímpar, merecendo um tratamento diferenciado dos demais contratos privados.

Mesquita alertara que são os poderes do empregador, por si sós, *odiosos* ou, no mínimo *antipáticos*. Tenta, então, *limitá-lo* e *democratizá-lo*, através de uma concepção institucionalista, com a proposta de conselhos de empresas, refutando a concepção contratualista.

Com percuciência, já vislumbrava não só a execrável situação de submissão a um poder que é concebido como um sistema penal privado, mas alertava para a inconsistência das tentativas de assentar o poder de punição como decorrente de um direito de propriedade e, principalmente, por meio de um contrato de trabalho.

O contrato de trabalho, assim como todo o contrato, embora seja uma categoria jurídica, revelada por princípios e regras de direito, não constitui um compartimento estanque, autônomo e alheio à

⁷⁵⁹ A posição de que a própria estrutura econômica capitalista é o fundamento do poder disciplinar é empunhada por Garcia Pereira. GARCIA PEREIRA, Antonio. O poder disciplinar da

realidade social e econômica externa. Ao contrário, o contrato de trabalho, mais do que qualquer outro negócio jurídico, traduz a realidade econômica que lhe é subjacente, constituindo-se como substância jurídica de uma concreta operação econômica.⁷⁶⁰

No âmbito em que se travam contratos de trabalho há sempre por revelar um arranjo de negócios econômicos, voltados à organização da empresa. Não se trata de abolir o contrato de trabalho, negando-o juridicidade; mas não é ainda possível postar-se o contrato com mero instrumento a serviço da economia. "*O contrato, como formalização jurídica daquela (circulação de riqueza, utilidade), isto é, como conquista da idéia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito e, como construção da categoria científica idonea para tal fim*".⁷⁶¹

Se a empresa é efetivamente uma comunidade de pessoas, é mister resgatá-las enquanto se relacionam na sua dignidade, de não se verem apenados pelo descumprimento de uma obrigação contratual, que está voltada exclusivamente aos interesses da organização econômica. Como se o trabalhador - visto como trabalho, uma categoria abstrata e impessoal - estivesse a serviço dos interesses do capital.

Não há respeito ao trabalhador que conviva com um sistema de aplicação de castigos, quer se aceite o contratualismo ou institucionalismo. Inexiste a igualdade entre capital e trabalho, tão exaltada por institucionalistas, como Mesquita, a partir dos estudos das Encíclicas *Rerum Novarum* e *Laborens Exercens*, bem como *Mater et Magistra*, que compactue com o estado de sujeição a um poder disciplinar punitivo.

entidade patronal - seu fundamento. Lisboa, 1983, Apud PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. Do fundamento..., p. 407-9.

⁷⁶⁰ "[...] a formalização jurídica nunca é construída (com seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou veste exterior". ROPPO, Enzo. O contrato..., p. 7-9.

⁷⁶¹ ROPPO, Enzo. O contrato..., p. 11.

Tal posição não é anarquista, tampouco utópica. Se não há vazio de poder na empresa, por outro lado é despiciendo indicá-lo como necessariamente agregado e fundado na ameaça de um mal, de uma pena punitiva disciplinar.

O poder encontra outros mecanismos, mais complexos e mais elaborados para obter o mesmo escopo; o poder é condicionado.

Permaneceriam intactos e coexistentes, por conseguinte, a responsabilidade contratual e disciplinária do empregado.⁷⁶² Segundo Castro Argülles, tendo em vista a natureza do contrato de trabalho, todos os descumprimentos contratuais mantêm essa dupla natureza,⁷⁶³ sem incidir na proibição à dupla punição, pelo princípio geral do *non bis in idem*. O fundamento estaria não no dever jurídico desatendido pelo empregado, senão na diferente função social da punição trabalhista e responsabilidade contratual: a medida sancionadora tem em mira a finalidade de exemplaridade e a responsabilidade civil de restituição ou compensação do dano. Restaurar a ordem na empresa,⁷⁶⁴ garantir o bom andamento da atividade empresarial, eis o escopo do poder disciplinário exercido na execução do contrato de trabalho.

Mesquita, institucionalista, não descarta do fenômeno contratual, acatando uma dupla faceta no poder disciplinar. Seria necessário distinguir, afirma, o poder do empregador em face do descumprimento do contrato e o disciplinar pela conduta faltosa do empregado.⁷⁶⁵

A concepção contratualista repele, de forma absoluta, a aceitação de uma manifestação de vontade das partes contratantes, em especial do trabalhador, que venha a estipular medidas punitivas

⁷⁶² MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 94 e segs.

⁷⁶³ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 219.

⁷⁶⁴ "O fim primário do poder disciplinar é restituir a ordem na empresa". GONÇALVES, Emílio. *O poder disciplinar...*, p. 44.

⁷⁶⁵ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 94 e segs.

contra si próprio.⁷⁶⁶ De Litala,⁷⁶⁷ ao contrário, afirma inexistir qualquer incompatibilidade entre o estado de liberdade e a dignidade do trabalhador e a subordinação ou o estado de sujeição do trabalhador. A subordinação tem uma conotação moderna diversa daquela antiga concepção de servidão, ou seja, de um poder sobre a pessoa; trata-se no direito do trabalho de um poder do empregador de determinação da obrigação de fazer que é, quando da contratação, ainda indeterminada e não um poder senhoril. Muito embora a amplitude que se dá ao poder punitivo transcenda as limitações do poder diretivo propriamente dito.

O contrato de trabalho estaria assentado em um binômio sujeição/subordinação ou poder/domínio, como elemento caracterizador, historicamente e não numa relação débito/crédito. Inexiste contrato de trabalho sem que se verifique essa situação de supremacia do empregador, à qual o ordenamento jurídico responde com a restrição à autonomia da vontade das partes contratantes e com a proteção como princípio reitor do sistema jurídico.

A relação de domínio contratual permite que o empregador possa buscar a realização dos seus próprios interesses, com a submissão dos empregados aos seus comandos e o comportamento à sua vontade, posicionando-se o empregado passivamente como um ser obediente. A autoridade do empregador lhe garante, unilateralmente, a determinação da regulamentação e aplicação das punições como garantia.

Krotoschin sustentara sob a bandeira de um *poder constitucional* que o poder sancionador, como um direito unilateral e arbitrário do empregador, é incompatível com uma relação contratual, de coordenação, de direito privado; somente poderia fazer uso o empregador à medida que o empregado tivesse concedido o direito correspondente no contrato de trabalho, ou ainda se previsto em um

⁷⁶⁶ ROMITA, Arion Sayão. *O poder...*, p. 195.

instrumento normativo da categoria ou, por fim, se prevista em uma regulamentação interna, com o seu consentimento, ainda que tácito.⁷⁶⁸

Porém, a evolução do papel do consenso no contrato, e assim no contrato de trabalho, revela toda a insuficiência argumentativa.

Na busca da natureza do poder disciplinar, identificaram-no a partir de um poder coercitivo, um sistema punitivo privado, um apêndice do direito penal. É inadmissível, todavia, sustentar-se um sistema punitivo privado a partir de uma concepção contratualista.

Os próprios monopolistas, desde esta ótica, acabaram por negar a sua existência sob argumento de exclusividade do Estado de um poder punitivo, sancionador. Não haveria, então, um *direito de punir privado*, enquanto poder de *imperium*, monopólio e prerrogativa exclusiva do poder público, investido por meio dos seus órgãos.⁷⁶⁹

Inicialmente, mister harmonizar a especificidade do contrato de trabalho com o conteúdo sancionador, revelado na possibilidade acordada e, aceita voluntariamente, de punir o desvio de obediência.

Se o empregado é o mais débil e, assim, a estrutura normativa criada com o escopo de protegê-lo contra o economicamente mais forte, estabelecendo um sistema no qual o princípio reitor é a proteção e estando ainda presente a irrenunciabilidade, não é possível se conceber que, ainda que tenha consciência do negócio pactuado, possa ter valor a manifestação volitiva que implica a manutenção sob o espectro jurídico, de uma disparidade encontrada na realidade e contra a qual, dizem, o direito do trabalho que tenta superar.

⁷⁶⁷ DE LITALA, Luigi. *Il contratto...*, p. 245.

⁷⁶⁸ KROTOSCHIN, Ernesto. *Curso...*, p. 90.

⁷⁶⁹ LAMARCA, Antonio. *Manual das justas causas*. Apud MAGANO. Octávio Bueno. *Manual...*, p. 208.

Jamais um contrato de trabalho poderia, fruto de um consenso, ser admitido como válido ao assegurar a situação de supremacia de uma das partes de punir a outra.

Ante a incongruência entre o princípio unificador do sistema trabalhista, revelado na proteção do empregado, e a manutenção de um poder de aplicação de sanções morais (advertência) e indiretamente econômicas (suspensão e cessação), a limitação deste poder tem sido absorvida pela doutrina e pela jurisprudência como a fórmula de superação da contradição. É um mecanismo puramente mitificador, eis que não desaparece, senão mascara a conflitualidade existente entre o princípio da proteção do empregado e o poder punitivo do empregador.

Não se pode aceitar, entretanto, a argumentação de Mesquita ao atacar o contratualismo como fundamento do poder disciplinar - embora acabe fundando na instituição -, no fato de que necessariamente em todos os contratos as partes devam estar em igualdade de situações jurídicas. Afirma que até mesmo no contrato de trabalho haveria esta igualdade.⁷⁷⁰

O sistema jurídico laboral é essencialmente contratualista e ligado ao direito de propriedade da empresa e, dentro desta perspectiva, deve ser apreciado. O poder punitivo existe exatamente para proteger o capital e a propriedade, entrando em colisão frontal com a proteção do trabalho e do trabalhador.

A legislação, porquanto omissa em uma disciplina do poder disciplinar que vem aceito por procedimentos de lógica interpretativa, mantém-se assim à margem da evolução restritiva, trabalhando com um conhecimento dado, posto, inquestionável.

Outrossim, trata-se o contrato de trabalho de um verdadeiro contrato de adesão, sendo sabido que o seu conteúdo não é

⁷⁷⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 95.

discutido, senão simplesmente aceito. Em idêntica situação encontra-se aquele empregado sujeito às regras jurídicas previstas no regulamento de empresa, fixadas unilateralmente, embora tenham força e eficácia sobre a situação individual. Assim, o contrato é apenas o meio *legitimador* do poder sancionador.

Muito embora se pudesse argumentar empunhando o seu aspecto institucional,⁷⁷¹ tese que tem voltado à tona nos últimos tempos, mesmo porquanto o contratualismo convive com uma prática que denota a sua insuficiência argumentativa,⁷⁷² esbarraríamos no fato de que a figura institucional está fincada em uma sapata comunitária.

Ocorre que a aceitação de uma comunidade entre trabalhadores e empregador não resiste a um questionar mais aprofundado. Embora possa - e deva, mesmo - existir uma cooperação, revelando uma solidariedade objetiva, está entretanto ausente no aspecto subjetivo, porquanto pressupõe sempre e necessariamente um consenso. E consentir é livre concordar, comungar, é ter a consciência do querer.

II - PODER PUNITIVO SUPERADO

A economia capitalista pode revelar uma ordem jurídica específica, um direito próprio. Esse direito, como um conjunto de regras e de princípios que regulam a vida econômica, se expressam nas relações entre os que participam da produção econômica. A propriedade privada dos meios de produção garante a propriedade da empresa e o

⁷⁷¹ O poder disciplinar, a bem da verdade, acaba acentuando um aspecto institucionalista da empresa e a relação hierárquica de seu pessoal. Ainda os contratualistas, embora mantenham a concepção do poder disciplinar dentro das obrigações contratuais no campo do direito privado, não sem dificuldades argumentativas. Ver Riva Sanseverino: "*Tale carattere privatistico permane, sebbene si tratti effettivamente di un caso limite, a cui non sono estranei elementi pubblicistici* [...]". SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 159.

⁷⁷² Aponta Mesquita a insuficiência do contratualismo para explicar questões como isonomia salarial, acesso na carreira, por exemplo. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXI.

contrato individual de trabalho se apresenta como instrumento para suprir as necessidades de matéria-prima e força de trabalho.

No modelo liberal, o regulador da vida econômica é o mercado, apresentando-se o contrato e a propriedade como institutos jurídicos representativos de uma *ordem natural* da sociedade, como quer Moreira.⁷⁷³ Há, entretanto, um abismo entre o modelo, com o dogma da autonomia da vontade, a liberdade e igualdade e a realidade que o cerca. *Um dos exemplos típicos dessa dissociação entre o modelo e a realidade subjacente é o contrato de trabalho [...] duas pessoas em igualdade de condições, regulam as suas relações segundo a sua vontade esclarecida e livre, permutando duas coisas de valor equivalente: o salário e o trabalho. [...] O trabalhador é certamente livre [...] livre de tudo, desprovido de qualquer outra coisa, de meios de produção e de subsistência. E é esta última < liberdade > que transforma aquela em servidão*".⁷⁷⁴ Foi necessária a intervenção e superação de um sistema tipo puro de economia-de-mercado, para um misto economia-centralmente-dirigida, embora sempre tivesse transportado o germe da contradição e da destruição dos seus princípios.⁷⁷⁵

O neoliberalismo, consciente da impossibilidade de uma ordem natural de regulamentação do mercado, pela concorrência, mantém o Estado somente na função de garantia do funcionamento da ordem econômica, ou seja, mantém uma ordem jurídica econômica. Por tais motivos, continua a propriedade e o contrato, com a igualdade e a liberdade como supedâneos para a estruturação capitalista. Fala-se em desregulamentação, mas não como superação total do direito do trabalho, eis que colocaria em risco o próprio capitalismo. Apenas das

⁷⁷³ "A ideologia liberal apresentava-se com uma unidade sem brechas, no plano econômico, no plano jurídico, no plano filosófico: laissez-faire, laissez-contracter, laissez-aller, não eram mais do que a expressão da visão de uma sociedade que se acreditava naturalmente ordenada, eternamente equilibrada". MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 77.

⁷⁷⁴ MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 79-80.

amarras da concorrência. Flexibilizam-se os direitos dos trabalhadores, para dar maior margem de amplitude à negociação com os empresários, mas nada se menciona a respeito do poder do empregador, que é mantido intacto, como um dogma.

Parece ter restado em um vergonhoso passado, embora não se possa deixar de mencionar que *“los siglos de la esclavitud y de la servidumbre, sufrieron el poder absoluto de los amos y de los señores feudales, quienes, sobre la base de que el esclavo era una cosa y el siervo un algo que bien poco se le diferenciaba, castigaban bestial y libremente a los hombres por el descuido o falta más insignificante agotándolos, encerrándolos en un cepo o usando cualquier outro procedimiento que les quitara el deseo de volver a incumplir sus deberes”*.⁷⁷⁵

Acrescenta De La Cueva que, em um ato que talvez tenham os empregadores reputado benevolente, fizeram incluir nos regulamentos fabris e nos contratos individuais de trabalho uma cláusula que os habilitava a aplicar punições ou sanções pela prática de atos faltosos.⁷⁷⁷

Ante o princípio reitor do direito do trabalho, que tutela o trabalhador e, ainda, pela própria estrutura contratualista, não se pode aceitar o poder sancionador de aplicação de punições, voltado que está somente em função da proteção da atividade empresarial e em razão do direito de propriedade.

Nunca é demais lembrar das palavras de Mesquita, que tratando do *direito disciplinar*, ao rejeitar o puro contratualismo, asseverou que este permitia fosse *“[...] sempre exercido e desfrutado unilateralmente por uma das partes apenas, a que dominava e domina*

⁷⁷⁵ O mercado não funcionava como auto-regulador, ante um *ejército industrial de reserva*. Ademais, o Estado passa a funcionar na economia como o maior consumidor, o mais investidor, o maior produtor [...]. MOREIRA, Vital. *A ordem...*, p. 43. e 56.

⁷⁷⁶ DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo*, p. 390, Apud SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 202.

pelo chamado "direito de propriedade", transvestido no juridicismo do contrato em que domina o mais forte economicamente, o patrão, que sempre se valeu dos quadros de um direito multissecular, de tipo romano-civilista para dominar sobre o mais fraco economicamente; enfim, nosso protesto contra um direito ou sistema jurídico usado astuciosamente em nome da "lei" para justificar os poderes do leão contra o cordeiro, nos pareciam repulsivos, seja em nome do "contrato" seja em nome da "propriedade" da empresa [...]". Propugnou, então, um outro tratamento, que entendia ser possível via instituição, mais democrático e livre, na qual o trabalhador não se via desintegrado daquela a quem deu sua vida, sem irreparável injustiça, como se fora "[...] mero fornecedor apenas, de uma "mercadoria", que a economia capitalista "dura, cruel e atroz", na frase de Pio XI, chama "trabalho".⁷⁷⁸

A reificação do poder, pela projeção em um terceiro impessoal como mecanismo de garantia de uma inquestionabilidade, quando as "[...] pessoas despercebem-se do seu caráter exclusivamente humano, para reconhecê-lo como algo independente da maneira como estão se relacionando" leva à alienação. É necessário, todavia, proceder a uma demitificação.

O poder de aplicação privada de punições não é algo inatacável, que não pertence a ninguém e afeta a todos. É uma situação concreta de imposição de penas por um sujeito contratante a outro no seu próprio interesse e que, permanecendo como aceito, nada mais pode fazer senão se sujeitar. Traduz-se como conduta que agride à liberdade e a dignidades mínimas da pessoa natural que trabalha procurando o sustento seu e da sua família. A Constituição Federal de 1988 garante que *ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante* (art. 5.º, III).

⁷⁷⁷ DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo...*, p. 391, Apud SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 202.

⁷⁷⁸ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXVII.

Não se pode esquecer que no modo de produção capitalista, a ideologia emprega a idéia de trabalho para legitimar a propriedade privada dos meios de produção, realizando uma separação e legitimando a idéia de contrato de trabalho. É o contrato que serve de instrumento para que se imagine haver igualdade, bem como a liberdade e a propriedade estejam objetivados dentro de um idêntico patamar valorativo (art. 5.º, "caput"): *"Para afirmar que a sociedade e o Estado nascem de um contrato social, a ideologia burguesa precisa afirmar que **todos** os homens nascem livres e iguais, embora a Natureza os faça desiguais em talentos e a sociedade os faça desiguais economicamente. A ideologia burguesa precisa, portanto, da idéia de trabalhador livre. Por sua vez, o salário só aparecerá como legítimo se resultar de um contrato de trabalho entre os iguais e livres".*⁷⁷⁹

A questão está em saber se a subordinação que traduz, numa relação pessoal e obrigacional, uma relação de poder, se mantém exclusivamente na aceitação – sujeição – pelo empregado da determinação do conteúdo exeqüível da prestação do trabalho ou se é uma relação de submissão à força do capital revelada pela ameaça de um mal.

Tem sido comumente aceito pela doutrina⁷⁸⁰ a subordinação como um estado de sujeição a um poder reconhecido ao empregador, embora, provocando inúmeras confusões, afirme-se a existência de um *direito de comando* ou de *fiscalização* ou uma *relação de dependência*, ou uma situação de supremacia,⁷⁸¹ revelada através de indícios.⁷⁸²

⁷⁷⁹ CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 420.

⁷⁸⁰ RIVAS, Daniel. *La subordinación...*, p. 35 e segs.

⁷⁸¹ Nesse sentido, SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 203.

⁷⁸² Por vezes a subordinação não resulta clara ou provada, pelo que critérios vários, como o local de trabalho, a propriedade dos instrumentos de produção, a intensidade dos comandos quanto ao procedimento de realização e desenvolvimento da atividade laboral e a sujeição a um poder disciplinar, assim como o risco e a forma de cálculo da remuneração, permitem a identificação de uma situação de subordinação à autoridade e uma relação de emprego. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 46.

É inaceitável a visão de preponderância do capital sobre o trabalho, revelada no poder de aplicação de penalidades, em detrimento da própria dignidade dos trabalhadores.

Há os que afirmam que a subordinação não é um *estado*, que pressupõe permanência e é próprio das relações com a sociedade política, senão uma situação jurídica, traduzida em uma posição particular do empregado em um momento dado,⁷⁸³ ou seja, o é porquanto o direito atribui esta situação.

As posições são as mais diversas, desde as que incluem a subordinação entre as categorias de bens e pessoas,⁷⁸⁴ ou como objeto de uma obrigação patrimonial de prestação pessoal,⁷⁸⁵ decorrendo um verdadeiro direito assegurado ao empregador e, portanto, se exteriorizando como um dever.

A relação de trabalho teria superado historicamente uma identificação real do direito (direito romano), para uma apreciação pessoal (medieval) e, hodiernamente, tendo desembocado num plano puramente obrigacional,⁷⁸⁶ não se sustentando uma estrutura de ilimitado e inquestionável poder sobre a pessoa.

1 - OBEDIÊNCIA SEM PUNIÇÃO

A idéia chave para acolhimento do poder disciplinar tem residido na aceitação da subordinação ou dependência como o elemento caracterizador ou identificador da relação de emprego. O binômio subordinação/medidas disciplinadoras punitivas vem, então,

⁷⁸³ MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 55.

⁷⁸⁴ Lutz Richter. *Grundverhältnisse des Arbeitsrechts*. Berlim, 1928, p.5. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 231.

⁷⁸⁵ A. Von Thur. *Partie générale de Code Federal des Obligations*. 2. ed., Lausanne, 1953, v.1, p. 36-7. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 231.

⁷⁸⁶ Análise procedida por Radbruch. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 225.

reconhecido como imprescindivelmente coligado;⁷⁸⁷ não há no direito do trabalho relação de emprego sem alguém que comande e alguém que obedeça.⁷⁸⁸

A subordinação representa o do “*outro lado da moeda*”,⁷⁸⁹ o aspecto passivo⁷⁹⁰ do poder diretivo que é reconhecido ao empregador; o aspecto ativo, visto sob o aspecto da organização da atividade econômica, é a direção, a fiscalização e, assim, a disciplina.

A existência e configuração deste *estado de dependência* do empregado em face do empregador, detentor dos meios de produção, têm sofrido poucas, embora duras, críticas e embates, da mesma forma que a qualificação ou sua identificação foi objeto de grande celeuma, no passado. Dentre as possíveis caracterizações está o da *alteridade*, que parte da separação daqueles que detenham o capital necessário para promover a iniciativa econômica e aqueles que possuem somente sua força de trabalho e que, assim, colocam à disposição de outrem as suas energias, ou da *alienação*, como atribuição dos frutos do trabalho à pessoa distinta de quem produz, ou *alheamento* dos meios de produção e do produto.⁷⁹¹

A doutrina oscilou outrora entre uma perspectiva social, técnica, econômica ou jurídica deste elemento.⁷⁹² Atualmente combate o trabalho subordinado como o imã que atrai todo fenômeno trabalhista.

O estado de subordinação é exteriorizado pelo conteúdo do contrato de trabalho que, ao contrário dos demais negócios jurídicos

⁷⁸⁷ FASSBENDER TEIXEIRA, João Régis & SIMM, Zeno. *Teoria...*, p. 78.

⁷⁸⁸ Ainda segundo Kahn-Freund, é desconhecido um sistema jurídico que tenha tentado substituir a noção de subordinação pela de coordenação. KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 53.

⁷⁸⁹ A expressão, de uso corriqueiro na doutrina trabalhista, é mencionada por MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Iniciação...*, p. 188.

⁷⁹⁰ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 130; MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 50.

⁷⁹¹ Sobre as diversas teorias, ver a obra de Rivas. RIVAS, Daniel. *La subordinación...*, 199 p.

⁷⁹² O doutrina jurídica contemporânea, segundo Perez Botija, abandona classificações de trabalho conforme seja manual/intelectual, agrícola/industrial, para deter-se na distinção trabalho livre/autônomo. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 30.

que têm um objeto delimitado e fixado pelos sujeitos,⁷⁹³ mantém uma indeterminação⁷⁹⁴ na obrigação a ser executada,⁷⁹⁵ mediante a colocação da *força de trabalho* à disposição do empregador, que vai dirigi-la.

Desnecessário que tenha sido estabelecido de modo preciso a forma, o *quantum*, quando, onde o trabalho será prestado; suficiente que exista a potencialidade, ou seja, a faculdade de poder o empregador mandar por parte da empresa, para que se configure a situação de dependência⁷⁹⁶ e esteja presente um contrato de trabalho.

É direito do empregador definir a modalidade de atuação concreta do trabalho, ainda que por vezes na realidade não o faça. Assim, a relação jurídica de emprego é um todo complexo, muito mais amplo do que uma simples relação obrigacional de *débito/crédito*, pois estão presentes *poderes e deveres*.

Não, porém, mediante uma posição de *supremacia pessoal*, como advertira Deveali,⁷⁹⁷ poder sobre outrem e um correspondente *status subiectionis*, que é revelado pela subordinação. É que, não raras vezes se vislumbra para além de uma relação obrigacional entre os sujeitos contratantes, de prestar trabalho e remunerar a força de trabalho, uma relação pessoal, vista pela ótica do binômio dever de lealdade/dever de assistência, que implica, ainda, a assunção dos objetivos da empresa pelos empregados como próprios, por meio de uma estrutura organizacional hierárquica, comandada por uma autoridade.⁷⁹⁸

A obrigação principal é de atividade a ser executada, mas segundo a direção contínua do empregador – que pode eventualmente

⁷⁹³ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 67.

⁷⁹⁴ D'Eufemia salientou a indeterminação do conteúdo específico das prestações do contrato de trabalho. Apud MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 54.

⁷⁹⁵ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 233-4.

⁷⁹⁶ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 30.

⁷⁹⁷ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 234.

⁷⁹⁸ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 136.

não ser exercida - , alterável no seu curso para dar atendimento às necessidades cambiantes da empresa. Quase que uma “obrigação em branco”. A execução, quanto ao modo, tempo e lugar, está condicionada e dependente de uma direção ou comando exercido como um *poder a que se deve obediência..*

Os deveres assumidos pelo empregado, quase sempre se revelam em conceitos indeterminados, abertos, preenchidos pelo empregador de acordo com os interesses da atividade empresarial. Diligência é o cuidado, o zelo; é tudo e não é nada; é o cuidado conforme entende o empregador. Boa fé é o agir sem intenção dolosa, agir conforme a norma; diz tudo e não diz nada. Lealdade é o agir sincero, franco, fiel aos seus compromissos; revela dever de todo contratante acerca das condutas. À evidência que o discurso jurídico é aberto, dificilmente estando presente um conceito determinado, nem um indeterminado *descritivo*, isto é, os que se referem a objetos reais ou que participam da realidade, perceptíveis aos sentidos. Como ressalta English, os conceitos absolutamente determinados são raríssimos no domínio jurídico, preponderando os indeterminados *normativos*, isto é, os que carecem de um preenchimento valorativo.⁷⁹⁹ Não é a indeterminação em si que implicaria uma situação de insegurança jurídica, afinal, o preenchimento valorativo por um “[...] juiz-computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado a aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumanizado, não é, de forma nenhuma, capaz de realizar a segurança jurídica”.⁸⁰⁰ O problema é que o preenchimento valorativo é realizado pelo empregador, com irrestrita autonomia e com a conivência do sistema jurídico que lhe garante a impossibilidade de discussão, limitando a atuação do Judiciário

⁷⁹⁹ ENGLISH, Karl. *Introdução...*, p. 173.

⁸⁰⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica...*, p. 25.

Trabalhista às questões de mera oportunidade e conveniência do exercício do poder punitivo no interesse da empresa.

A subordinação é jurídica, à medida que *por direito* pode e deve haver a fiscalização e direção do trabalho e, em decorrência lógica, imposição de disciplina.

Embora o critério da subordinação aceito seja o jurídico e, destarte superado o econômico, o social e o técnico, estes estão sempre presentes como pressupostos para a estruturação do sistema jurídico-laboral, baseado numa ideologia protecionista. A superação não significa a inverdade completa dos postulados, mas a não aceitação como *elemento caracterizador* de uma relação de emprego.

É fato verificável que a remuneração, como contraprestação pelo trabalho realizado, quase sempre seja o exclusivo ou principal meio de subsistência, gerando uma ausência de liberdade econômica,⁸⁰¹ daí a reconhecida e inafastável natureza alimentar.⁸⁰² Não se pode olvidar que *"entre os seus significados e os seus valores simbólicos - a par das idéias antigas quase sempre atuais que o conotam com o sofrimento, a dor, a dependência, a humilhação, a exploração - o termo (trabalho) tem como função expressar, também, não o dever, mas sim o <direito> dos homens ao trabalho, ou seja, muito simplesmente, a sobrevivência quando não se tem mais nada senão a <força de trabalho> para vender, e assim se obterem meios para viver".*⁸⁰³

⁸⁰¹ A Zinguérevitch. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 222.

⁸⁰² A teoria da dependência econômica foi defendida por Paul Cuche, em sua obra *Du rapport de dépendance. Élément constitutif du contrat de travail*, in *Revue Critique*, Paris, 1913, p.412: "Para que haja dependência econômica daquele que fornece o trabalho para aquele que o paga, são necessárias duas condições: 1) que aquele que fornece o trabalho dele tire o seu único ou principal meio de subsistência.; 2) que aquele que paga o trabalho absorva, por assim dizer, integral ou regularmente a atividade daquele que presta o trabalho. É necessário que o empregador tome todo o tempo do empregado e que lhe assegure um mercado permanente para os produto do seu trabalho, de tal forma que o empregado não tenha necessidade, nem possibilidade, de oferecer os seus serviços a outros empregadores". Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 231.

⁸⁰³ Enciclopédia Einaudi. *Modo de produção...*, p. 11.

Assim, se existe um estado suposto de sujeição econômica, que implica uma vulnerabilidade da situação em que se encontram os trabalhadores, afirma-se que deve o direito do trabalho editar normas para protegê-los, minimizando os efeitos.

Um dos escopos é proteger os “*economicamente fracos*”. A caracterização da dependência como econômica, originária da Alemanha,⁸⁰⁴ foi superada pela verificação de situações em que, embora inexistindo, mantém-se uma relação de emprego.⁸⁰⁵ Permanece no campo da hermenêutica e aplicação, eis que não há quem a negue como fator histórico e político de nascimento e desenvolvimento do direito do trabalho, bem como sua permanência como “nota sintomática” que servirá para o juiz formar sua convicção nos casos duvidosos.⁸⁰⁶

O estado de dependência técnica,⁸⁰⁷ observado pela Sociedade de Estudos Legislativos da França, em 1905,⁸⁰⁸ veio rejeitado como indicativo necessário para qualificação da relação como empregatícia. Porém, é pressuposto para o reconhecimento do poder do empregador de direção e controle da atividade a ser desempenhada ⁸⁰⁹ e, indiretamente, serve ainda para identificação de uma dependência tida como jurídica.

A dependência social é uma construção doutrinária, a partir de Savatier,⁸¹⁰ que objetivou fundir os critérios econômico e jurídico.

⁸⁰⁴ MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 223.

⁸⁰⁵ Um dos grandes opositores a tal teoria é BARASSI, Ludovico. *Il diritto...*, p. 164: “A dependência econômica encontra-se quase sempre, mas não acompanha, necessariamente, o contrato de trabalho. Ocorre na maioria dos casos na situação do empregado e é, até certo ponto, sintomática, mas não essencial”. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 231.

⁸⁰⁶ MARANHÃO, Délio. *Direito...*, p. 54.

⁸⁰⁷ V. PASSARELLI, Santoro. *Noções...*, p. 51.

⁸⁰⁸ Quando, opinou acerca de um projeto de lei, para distinguir entre empreitada e contrato de trabalho. MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 221.

⁸⁰⁹ “Embora contenha larga margem de verdade [...] Apesar do que, comumente, cabe ao empregador dar ordens técnicas, de forma profissional e permanente, nada impede que o titular da empresa, seja ela qual for, se faça assessorar de técnicos com competência para dirigir sua indústria ou seu comércio”. Porém, o fazem em nome do empregador. MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 222.

⁸¹⁰ René Savatier, ao comentar um aresto da Corte de Cassação de Poitiers, de 1922-3, para justificar a extensão da lei sobre acidente de trabalho (1898) aos empregados em geral, quando

Primeiramente, a predominância do critério jurídico foi acolhida pela possibilidade de manter-se um contrato de trabalho sem que aquele elemento esteja necessariamente presente, como, por exemplo, quando o trabalhador, afortunado, não dependa economicamente do resultado do seu labor para sua subsistência, ou ainda, quanto técnica e profissionalmente for o empregado mais qualificado do que o empregador – ou ante a sua despersonalização.

Teve acolhida, ainda, porquanto os outros elementos “*padecem de um vício de origem. Pretendem caracterizar um contrato com elementos metajurídicos*” como condição social ou econômica do trabalhador “*ao invés de examinar a relação jurídica da qual ele participa*”.⁸¹¹

Ora, não se pode pretender uma visão *desinfetada*, pura, do direito, sobretudo do direito do trabalho, mesmo porquanto nascido ideologicamente comprometido com o capital e mitificadamente com a proteção de um dos sujeitos. Ademais, a condição social e econômica é o elemento pré-jurídico tomado pelo sistema para o estabelecimento de sua idéias propulsoras.

É certo, entretanto, que não servem como elementos identificadores e individualizantes da relação de emprego; de qualquer sorte, também não serve qualquer outra dependência.

A dependência vem acatada exatamente para dar uma *explicação* jurídica para o reconhecimento de um poder diretivo

tenham sido destinatários os operários. Alguém é “socialmente dependente” quando necessita para sua subsistência do trabalho, dos instrumentos que lhe oferece, não trabalhando a seu próprio risco, ou porquanto obedece às ordens do empregador. Quando uma relação de direito se funda na condição social, deve servir de critério para aplicação das leis sociais de preferência às características jurídicas do contrato. MAGANO, Octávio Bueno. *Manual...*, p. 54, nota 143. Contrapondo-se a tal visão, Costes afirma que as categorias sociais não podem em si influenciar na natureza e efeitos do contrato. No Brasil, aceito por Oliveira Viana, *Conceito de mandatário e de locador*, in *Revista dos Tribunais*, 1937, p. 161: “*Dependência econômica e subordinação acabaram, uma e outra, reduzindo-se a um conceito único, a que Savatier propôs o nome de ‘dependência social’*. De modo que todas as vezes que esta dependência social se torna dominante na relação jurídica entre o que presta o serviço e aquela a quem o serviço é prestado, há contrato de trabalho. Senão, o caso é, ou de empreitada, ou de mandato. Eis a conclusão da doutrina”. Apud MORAES FILHO, Evaristo & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução...*, p. 231.

exteriorizado no controle, fiscalização e disciplina, a que corresponde um estado de obediência. Se é certo que não é exclusivamente a situação de dependência econômica, técnica ou social que qualificam a relação como empregatícia, é ainda correto que a aceitação de uma *dependência jurídica* foi reconhecida para embasar a aceitação deste *status subietionis* que, dentro da lógica do sistema, somente pode ser jurídico porquanto criado pelo direito de comando do empregador, ou seja, extraído de uma relação jurídica contratual.

Sua origem, suas raízes jurídicas devem ser procuradas “*en la antigua patria potestad o en el poder de señorio que tenían los dueños sobre los siervos; esta relación de dominio, depurada juridicamente dentro de los modernos conceptos que garantizan la libertad y dignidad de la persona, pueden servir de esquema institucional para representarnos lo que es la dependencia en sentido laboral*”.⁸¹² Ou, então, em “*una necesidad social, según la cual han de emplearse al servicio y dirección de otras personas aquellos que no tienen o no quieren usar de ella*”.⁸¹³

Evidentemente que a atividade econômica empreendida pressupõe uma organização e coordenação de fatores de produção e nesta medida, “*os atos de trabalho do empregado não são atos de escolha*”,⁸¹⁴ mesmo porque estaríamos diante de um trabalho autônomo.

A subordinação, entretanto, como sujeição de uma pessoa aos comandos e ordens de forma ampla, vem rejeitada. “*La dependencia, se anãde, es un poder de disposición sobre hombres libres. El trabajador no abdica de su condición de ciudadano*”.⁸¹⁵ O empregado não é um escravo, um servo, é um homem juridicamente igual e livre,

⁸¹¹ GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso...*, p. 137.

⁸¹² Citando J. GERHARD, a partir da obra de SINZHEIMER. PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 31.

⁸¹³ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 32.

⁸¹⁴ GENRO, Tarso. *Direito...*, p. 99.

sujeito de direitos, possível detentor de direito de propriedade sobre valores, ou seja, sobre a sua força de trabalho.

Ao contratar, aceita o empregado que sua força de trabalho seja dirigida; mas não a sua pessoa. Aceita a direção, mas não a punição. Não pressupõe a perda de uma liberdade e igualdade jurídicas amplas, senão limita possibilidades concretas de sua atuação; ou seja, garante a liberdade, com a restrição da autonomia da vontade. Se é a base para aceitação de um contrato de trabalho a existência de um trabalho em si, abstratamente identificado, como ponto de partida da economia moderna, é possível que o trabalho seja dirigido sem que tal implique a sujeição da pessoa. Se a separação serve para aceitação do contrato, que sirva ainda para superação da punição.

Há um trabalho subordinado, porquanto não há participação na direção, ainda que se fale numa concepção moderna de empresa, na qual os trabalhadores passam a integrar a “[...] *direção empresarial e, por conseqüência, o seu poder disciplinar*”.⁸¹⁵ Há, ainda, um cidadão, um sujeito de direitos que coloca sua “mercadoria” à venda no mercado de trabalho, recebendo uma remuneração. Este cidadão não pode ser vilipendiado, deve ter o resguardo da tutela jurídica enquanto pessoa. Fere a dignidade do trabalhador a punição; fere o direito inalienável ao trabalho a supressão do seu salário pela suspensão.

O aparecimento de novas formas de trabalho, que estão à margem ou com dificuldade na identificação em uma estrutura de dicotomia tradicional trabalho subordinado/autônomo, vem concretizar a tendência expansionista do direito *do trabalho* e não mais restrito ao emprego. A crise da subordinação vem revelar a artificialidade da homogeneização, por exemplo, igualando o alto empregado de uma

⁸¹⁵ PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso...*, p. 32.

⁸¹⁶ LOPES DE ANDRADE, Everáido Gaspar. *Direito...*, p. 173.

multinacional com o empregado sem qualificação de uma empresa familiar.

Trueba Urbina e Trueba Barreira sintetizam a posição dos críticos da subordinação, que vislumbram na palavra a conservação de um passado burguês em que as relações não eram igualitárias. A partir do momento em que o trabalho passa a ser um direito e um dever social, não se poderá caracterizar o vínculo como *subordinado*, mesmo porquanto é um critério que não se coaduna com *"contrato de trabajo evolucionado"*. *"El concepto de subordinación se considera como un resabio de aquella vieja autoridad que tenían los patrones sobre los trabajadores, recuerda el contrato de trabajo del derecho civil y las 'locatios' donde el patrón era el amo, en tanto que el trabajador un esclavo, un 'subordinado'".*⁸¹⁷

Robortella também criticando a subordinação, alega que *"[...] a insuficiência da subordinação mais se realça com a redescoberta da empresa como área comum, comunidade ou coletividade de trabalho ou banco de trabalho, cada vez menos uma área de autoridade (domínio absoluto do empregador), mas um terreno comum, onde há diversas influências, poderes e contrapoderes"*.⁸¹⁸ O desenvolvimento tecnológico, a robotização, a computação, assim como a alta especialização do conhecimento tem revelado uma forma de exercício do poder de comando minimizando o poder hierárquico.⁸¹⁹

Propõem Trueba Urbina e Trueba Barrera⁸²⁰ que a obrigação que tem o empregado de realizar um serviço eficiente é revelado pelo cumprimento de um dever decorrente da relação de emprego.

⁸¹⁷ TRUEBA URBINA, Alberto & TRUEBA BARREIRA, Jorge. *Ley federal*... p. 27.

⁸¹⁸ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno*..., p. 52.

⁸¹⁹ Primordialmente através do teletrabalho, o trabalho a domicílio e a descentralização dos processos produtivos, o exercício do labor tem revelado uma maior autonomia na execução do contrato de trabalho, embora não signifique, de forma alguma, a superação da direção e comando. ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno*..., p. 145-6.

⁸²⁰ TRUEBA URBINA, Alberto & TRUEBA BARREIRA, Jorge. *Ley federal*..., p. 27.

A necessidade de manter-se a obediência traz à tona a figura da sanção, como garantia de plena eficácia do comando. Em verdade, o poder de aplicação de punições, a princípio reconhecido exclusivamente na figura do Estado, que detêm o monopólio da violência, é aceito no âmbito das relações de trabalho não para sustentar o comando mas, sim, para sustentar a manutenção do poder. A sanção não somente determina a obediência, mas conserva os interesses do grupo que se mantém no poder.⁸²¹

De qualquer sorte, ainda que se mantenha a obediência na formação do contrato de trabalho, esta não ocorre - ou não deveria ocorrer - por **medo de punição**, por sujeição à força pelo exercício de um poder condigno. Poder-se-ia ensejar até um poder compensatório, através do poder premial e, mais certamente, ainda por um poder condicional, através da própria caracterização da relação de emprego ou pela estrutura organizacional, não havendo que se vislumbrar a inseparabilidade dos dois fenômenos: poder de comando e poder sancionador integrados em uma força coercitiva.

É possível manter o dever de obediência, ou seja, o direito de comandar, sem aceitar a capacidade de castigar.⁸²² Galbraith, a partir de uma visão econômica, constatou que “[...] é o condicionamento, e não a compensação, que basicamente induz a subordinação do executivo aos propósitos da empresa [...]”.⁸²³

Afinal, Marx já afirmara que consciência humana é sempre social e histórica, determinada a partir de condições concretas da nossa existência, sendo que a marca da experiência é a explicação a partir da aparência, como reveladora da essência, vista através de símbolos, imagens e idéias representativas de uma realidade suposta.

⁸²¹ Nesse sentido, Roberto Aguiar. AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 61.

⁸²² Ao contrário, entendem DE BUÉN L e DE BUÉN U. que “[...] no puede haber poder de mando (correlativo del deber de obediencia) y de castigo (correlativo de la violación de algunos de los deberes del trabajador) sin relación laboral”. DE BUEN L., Néstor & DE BUEN U., Carlos. *El trabajo...*, p. 222.

Por vezes a crença na obediência está num condicionamento implícito na própria condição social ou econômica do empregado ou condicionamento educacional. Por tal motivo, por exemplo, "[...] os trabalhadores não só não se reconhecem como autores ou produtores das mercadorias, mas ainda acreditam que elas valem o preço que custam e que não podem tê-las porque valem mais do que eles".⁸²⁴

Há uma reprodução na sociedade dos valores e padrões de conduta que determina que deve haver submissão à autoridade, ainda quanto ao sistema econômico, auxiliados pelo condicionamento educacional - produzido na família, na escola - bem como na mídia - propugna idéias neoliberalistas, na defesa da propriedade privada, na defesa da livre iniciativa, fazendo crer que o custo dos bens e serviços é decorrente dos altos encargos sociais etc.

Aliás, Galbraith, ao tratar da ética do trabalho, questiona o uso da força na disciplina da empresa: *"Este foi um princípio endossado pela política do governo Reagan nos Estados Unidos quando assumiu o poder em 1981. Entretanto, é mister perguntar se um hiato crescente entre o exercício do poder condigno e do poder compensatório em assuntos econômicos deve ser deplorado. Um sistema econômico no qual as pessoas trabalham - submetem-se à vontade e aos objetivos de outros - por causa de uma recompensa geralmente positiva e não por uma compulsão negativa causada pelo medo do sofrimento tem algo (bastante, dirão muitos) em seu favor"*.⁸²⁵

Como Alerta Foucault, os corpos são moldados para serem dóceis e úteis, desempenhar a força de trabalho em funções econômicas em absoluta conformidade com a ordem política estabelecida e por tal é necessário **vigiar e disciplinar as pessoas**. O poder, disseminado e

⁸²³ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 29.

⁸²⁴ CHAUÍ, Marilena. *Convite...*, p. 416.

⁸²⁵ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 21.

fragmentado na malha social, é essencialmente disciplinar. Deve-se entender o poder como instrumento oculto em uma sociedade capitalista que discretamente assenhora os corpos e os dirige.

As empresas, para Foucault, são exemplos de espaços funcionalmente organizados, utilizando a técnica da distribuição dos indivíduos, pelos seus corpos, em um espaço classificatório, combinado, isolado e hierarquizado, determina uma função que cada um deve desempenhar. Por meio do princípio da exaustão, a disciplina determina a otimização do tempo e do resultado do trabalho - produzir o máximo no menor tempo; todos os atos e condutas são permanentemente vigiados, controlados e disciplinados e, o corpo, dulcificado.⁸²⁶

Não mais interessa quem vigia: alguém vigia, oculto. A disciplina requer recursos de adestramento, não ostensivo: *é um poder que vê, mas que não é visto.* ⁸²⁷

E, acrescenta Foucault: o uso de instrumentos disciplinares de poder, como a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora, prescinde o uso da força e assegura o espargir nas relações.⁸²⁸

Permanece a autoridade - *autoritas* - e o poder - *potestas* - que, em Roma, eram a verdade e a força socialmente reconhecidas. O poder poderia ou não estar agregado à autoridade, que revelava uma qualidade especial identificada com a experiência dos mais velhos. ⁸²⁹

A autoridade é fator legitimante do poder, o reconhecimento incondicional dos que devem obedecer,⁸³⁰ a aceitabilidade que se reforça por meio da organização hierárquica e da burocracia. Tem autoridade quem está legitimado para o exercício do poder, impondo sua vontade a outrem. A existência de autoridade, então, é condição de eficácia do poder e vem respaldada quer pela legislação, que reconhece um poder

⁸²⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica...*, p. 179 e segs.

⁸²⁷ COELHO, Fábio Uíhoa. *Direito...*, p. 56.

⁸²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* p. 125 e segs.

⁸²⁹ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 59.

⁸³⁰ Nesse sentido, ver ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 124.

de direção e comando, quer pela própria característica do contrato de trabalho que estabelece uma posição de domínio.⁸³¹

Sendo o poder o espaço da autoridade, é aceito e não imposto, acolhido pelas "[...] *qualidades do respaldo ideológico que a sustenta*".⁸³²

Todo poder é precário, embora tenha pretensões à eternidade. Exercendo autoridade, o titular do poder em nome da empresa - reificação do poder - e para manutenção de uma disciplina - poder impessoal -, faz emanar uma ordem que possibilite atingir um determinado fim.

Conforme Hannah Arendt, onde está presente a autoridade, não há força enquanto instrumento de efetivação do poder: "[...] *os sistemas jurídicos se revestem de um componente mínimo de autoridade, que os tornam aceitos independentemente do uso da força*".⁸³³ Aliás, agrega, nenhum governo jamais se sustentou exclusivamente com um poder condigno, à base da violência. Até na escravidão grega, os senhores se apoiavam em uma organização de poder em torno da *pólis*.⁸³⁴

A autoridade não se revela pela arbitrariedade, mas desenvolve-se dentro de limites decorrentes do contrato de trabalho, da lei e das finalidades da empresa, exercidos não sobre a pessoa do empregado, mas sobre a atividade exercida.

A disciplina leva em conta uma homogeneização de condutas e hábitos no seio da empresa, para facilitar a coesão dos partícipes, o controle e a obediência, instalando-se como instrumento do poder.

⁸³¹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 110 e 145-6.

⁸³² AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 62.

⁸³³ FARIA, José Eduardo. *Poder...*, p. 81.

⁸³⁴ Citando Xenofonte, afirma que o mérito principal da *pólis* era permitir "aos cidadãos agirem como guarda-costas mútuos contra escravos e criminosos de modo que nenhum dos cidadãos pudesse morrer de morte violenta". ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 128.

Nenhum poder está direcionado tão-só à autodisciplina, enquanto autodeterminação, reflexão pessoal acerca da conduta individual de cada empregado, mas sim à uma heterodisciplina, à medida que todos os empregados, coesos, objetivem uma conduta obediente em relação aos comandos de realização da atividade empresarial e, assim, mantenham a própria instituição.⁸³⁵

A disciplina, no aspecto objetivo, traduz-se num conjunto de regras de conduta do grupo, que regulamentam as suas relações, quer entre os integrantes, bem como com os superiores hierárquicos, para assegurar a viabilidade de se atingir o escopo pretendido. No aspecto subjetivo, manifesta-se num conjunto de deveres a que está sujeito cada integrante do grupo, revelado em comportamentos positivos e negativos.

A estruturação hierárquica e a organização horizontal, com uma sobreposição de graus superiores e inferiores e com a divisão do trabalho, permite e maximiza a repartição de poderes, mediante a qual a disciplina e a obediência se fazem cada vez mais presentes e controláveis, por meio deste desnivelamento de posições dos sujeitos.

A disciplina é obtida, ainda, por procedimentos sancionatórios e repressivos, ordenadores e preventivos (punitivos), bem como por mecanismos premiais e recompensatórios e, ainda, ante condicionamentos.

A disciplina interna é necessária em uma organização empresarial para melhoria da atividade econômica e para que se possa realizar o fim pretendido.

Ao contrário do que possa parecer, não há um objetivo único, próprio de um grupo coeso. Faz-se necessário nunca deixar sair da memória que um dos sujeitos do contrato de trabalho, exatamente aquele que detém o poder punitivo, quem exerce a autoridade, é o

⁸³⁵ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 68.

empregador, quase sempre confundido com a própria empresa. Não há uma noção jurídica de empresa e, no campo econômico, denota uma organização dos fatores de produção, a fim de se obter lucro e benefícios.⁸³⁶ Nota-se, então, que o escopo do empregador, da empresa, demonstrado pela própria noção conceitual, é o lucro, que é a remuneração do capital e não a do trabalho. O empregado mantém uma relação jurídica obrigacional com o empregador, mediante a qual é colocada a sua força de trabalho em benefício da atividade econômica, mediante uma remuneração. O fim do trabalho é obter uma remuneração e não o lucro.

Cada sujeito contratual busca algo distinto, fato este que não se pode deixar esquecer. Há, em verdade, uma cooptação dos trabalhadores para que, mediante comportamentos esperados, possa ser obtida, pelo empregador, em seu benefício, a garantia de atingimento dos fins pretendidos pela empresa. Entretanto, tal é possível sem a necessidade da aplicação de sanções punitivas ou violência.

A observância dos comportamentos esperados implica o cumprimento normal das atividades e funções pertinentes a cada trabalhador. O desempenho acima das expectativas, cumprimento exemplar dos deveres, empenhando-se para melhoria, deveria ser sempre recompensado. Ao contrário, a atitude em desconformidade com os deveres de conduta, será reprimida, pela visão de uma infração disciplinar sancionável.

2 - SUPRESSÃO DO PODER PUNITIVO

Advertiu Moraes Filho que a lei não esgota todo o direito, havendo sempre um fundo ético e normativo, preexistente, que a

⁸³⁶ GARCIA BECEDAS, Gabriel. *Introducción...*, p. 273.

submete, cedo ou tarde, a um rigoroso julgamento quanto ao conteúdo de justiça.⁸³⁷

Não se pode jamais esquecer que o direito do trabalho é um ramo do direito social, voltado à disciplina de relações humanas e, embora assentado em um sistema capitalista de reconhecimento da propriedade privada, deve voltar-se ao comprometimento com o resguardo da dignidade do homem.

Há de se reconhecer espaços de poder na empresa, tanto do empregador em comandar e dirigir a atividade produtiva como dos trabalhadores em participar da criação das regras que regerão sua relação. A indicação de que somente haveria um *titular de poder* na relação, serve exatamente para resguardar um poder de punição.

Assim também como o contratualismo aponta como mecanismo para sustentar a relação de trabalho, qualificando-a como de emprego e, conseqüentemente de subordinação, servindo para determinar os efeitos da execução das tarefas.

Muito embora seja alardeada um "*caráter pedagógico, cultural*",⁸³⁸ não se pode olvidar jamais que toda sanção punitiva é uma pena, é um castigo, e que tem como finalidade resguardar algum interesse que está a determinar um padrão de conduta. Garante a sobrevivência do poder, que necessita da sanção para tornar eficaz as normas criadas e se auto-sustentar, se bem que detenha ainda o poder premial, um *direito promocional*.

Adrede é afirmado que poder diretivo e poder disciplinador se mantêm sempre unidos, revelando o primeiro a subordinação, elemento caracterizador da relação de emprego, e o último a função de garantia do primeiro, assim funcionalizado: "[...] *corolário natural do*

⁸³⁷ MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão*..., p. 88.

⁸³⁸ Nesse sentido, alertando que o nosso sistema punitivo é "*falho, porque sua siingeleza não permite que se privilegie o caráter cultural e pedagógico que deveria ter qualquer sistema de sanções, vocacionado à reintegração do indivíduo em seu ambiente de trabalho*". DELGADO, Maurício Godinho. *O poder*..., p. 11.

poder de direção, o poder disciplinar dele decorre como consequência necessária".⁸³⁹

E, neste viés, é reafirmada a imprescindibilidade do poder disciplinar à viabilização do contrato de trabalho, aceita quer quando prevista expressamente em regras jurídicas, máxime regulamentos empresariais, quer, ainda suposta a partir da figura do empregador.⁸⁴⁰

Em verdade, inexistente uma correlação necessária e inafastável entre o poder de direção, subordinação e poder disciplinar. A autonomia do poder punitivo em relação ao poder diretivo determina a negação da função de garante e vem ressaltada inclusive pelos que acatam o poder do empregador de aplicação de medidas sancionadoras em relação às condutas desconformes dos empregados, diante da identificação de faltas que não se reportam direta ou indiretamente à prestação laboral, sendo tidas como deveres gerais emergentes do contrato, ou empregados que, pela posição do cargo que ocupam na estrutura organizacional hierárquica, não recebem ordens, detendo inclusive parcela do poder diretivo e estando sujeitos ao poder disciplinar.⁸⁴¹

Neste sentido, Mesquita, por exemplo, recusa sustentar que a faculdade de dirigir importa necessariamente a faculdade de punir. "*Não vale aqui o raciocínio: quem pode o mais pode o menos, isto é, quem pode dirigir pode punir disciplinarmente [...]*".⁸⁴² É possível encontrar um superior hierárquico com poder de dirigir, mas sem poder de punir.

O poder de direção decorre da organização dos fatores de produção, para atender aos fins da realização da própria atividade e se vincula à própria subordinação como apontado elemento distintivo da

⁸³⁹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXII e 81.

⁸⁴⁰ Muito embora Ramalho afirme exatamente o oposto, propugnando a prescindibilidade do poder diretivo e inevitabilidade do poder punitivo. PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 268.

⁸⁴¹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 266 e segs.

⁸⁴² MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 113.

relação de emprego;⁸⁴³ exatamente por tal característica o empregador assume os riscos do empreendimento. Não que se deva reconhecer um poder de direção amplo, inclusive desvinculado da prestação de trabalho. Ao contrário, se há um contrato, se a relação é obrigacional, o poder não pode ser pessoal e extrapolar o conteúdo da prestação devida.

O poder sancionador é indicado a partir de uma necessidade de trazer uma força coercitiva a agregar-se ao comando. "*Do contrário haverá anarquia na comunidade de trabalho, reinará a desordem entre os empregados e a empresa falhará. Deve haver, portanto, um poder sancionador, um como que direito penal interno do corpo social*".⁸⁴⁴

Tudo em nome e em benefício da ordem na empresa, do capital. Ainda que nenhuma sanção ou falta tenha sido prevista anteriormente, ainda que o trabalho tenha sido prestado conforme o contrato, é punido o empregado cuja conduta, na sua vida privada, é contrária ao bom andamento da atividade.

A ordem na empresa seria mantida afastando-se essas perturbações danosas ao ambiente de trabalho exclusivamente pelo poder disciplinar. Como se tão-somente fosse possível exercer autoridade e obediência ante a ameaça de um mal, pelo medo de uma punição.⁸⁴⁵

É factível e sustentável, entretanto, um espaço de *obediência - no sentido de cumprimento do pactuado* - e autoridade na relação de emprego sem violência, ameaça de um mal futuro ou iminente, pena, sanção moral ou econômica.

⁸⁴³ Nesse sentido, KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones...* Apud DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 615.

⁸⁴⁴ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 82.

⁸⁴⁵ Posição adotada por tantos, inclusive os que eticamente reconhecem ser indefensável. VIANA, Marcio Túlio. *Direito...*, p. 173.

Aliás, a doutrina alemã, ao contrário das demais, chega a negar essa importância vital ao poder punitivo, máxime diante da lei de co-gestão de 1978.⁸⁴⁶

Inicialmente, é necessário estabelecer que o poder disciplinar é fruto de construção doutrinária, atributiva e não reveladora.

Na Bolívia, a *Ley general de trabajo*, em seu art. 5º, ao definir contrato de trabalho, não há qualquer menção acerca da dependência ou subordinação, tampouco a direção, no que sofre a crítica doutrinária: “*el contrato de trabajo es individual o colectivo, según se pacte entre un patrono o grupo de patronos y un empleado u obrero, o entre un patrono o asociación de patronos y un sindicato, federación o confederación de sindicatos de trabajadores*”. Há, de qualquer sorte, aceitação do poder disciplinar.⁸⁴⁷

Na Alemanha a falta de tratamento de matéria disciplinar na lei, tanto no *Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB quanto no *Betriebsverfassungsgesetz* de 1972, não impediu a doutrina de reconhecer a subordinação e a aplicação de sanções disciplinares.⁸⁴⁸

Na Bélgica, a *Loi du 3 juillet 1978* prevê uma série de contratos de trabalho, tendo em comum o exercício de uma atividade “*sous l'autorité d'un employer*”.

Na Itália, entretanto, há reconhecimento expresso do poder sancionador; o empregado “*se obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro [...] alle dipendenze e sotto da direzione dell'imprenditore*” (art. 2094, CC), tendo dever de diligência (art. 2104) e fidelidade (art. 2105), cuja inobservância “*può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione*” (art. 2106), segundo disciplina prevista na Legge 20

⁸⁴⁶ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 68-9.

⁸⁴⁷ SANDOVAL RODRIGUEZ, Isaac & ARENAS DE SANDOVAL, Ada Rosa. *Legislación...*, p. 24

⁸⁴⁸ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p.30.

maggio 1970, n. 300 (G.U. 27.05.70) de tutela da liberdade e dignidade dos trabalhadores, no art. 7°.

Em França, não havia no *Code du travail* reconhecimento expresso do poder diretivo e disciplinar, tendo sido sempre aceito pela doutrina e jurisprudência, até a *Loi 4 août 1982, n.º 82.629, “relative aux libertés des travailleurs dans l’entreprise”* que introduziu uma subseção intitulada “*Protection des salariés et droit disciplinaire*” (art. L. 122-40 e segs.); trata das faltas, da sanção, do procedimento e do controle jurisdicional.

Na Espanha, o *Estatuto de los trabajadores, Real Decreto legislativo 1/1995* prevê, em seu artigo 58, que os trabalhadores poderão ser sancionados pelo poder de direção do empregador em virtude dos descumprimentos trabalhistas, em um sistema de gradação de infrações e sanções estabelecidas nas disposições legais ou convênios coletivos aplicáveis, sempre revistas pela jurisdição competente e, se graves, com “*comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan*”; há previsão, ainda, de um “*despido disciplinario*” quando o descumprimento pelo empregado seja grave e culposos (art. 54).

Por fim, em Portugal, o Decreto-lei n.º 49.408, de 24 de novembro de 1969, em seu art. 26, reconhece o poder disciplinar à entidade patronal sobre os trabalhadores que se encontrem ao seu serviço, “[...] *exercido directamente pela entidade patronal como pelos superiores hierárquicos do trabalhador [...]*” aplicado mediante sanções tipificadas como repreensão, repreensão registrada, multa, suspensão com perda da retribuição e despedimento sem indenização ou compensação (art. 27); a regulamentação do exercício e limites é exaustiva e detalhada (art. 26 a 35).

A aceitação ou não de um poder disciplinar não pode ser perquirida por meio de uma avaliação restrita ao direito positivado,

porquanto através de alguns exemplos, tem-se a aceitação quer quando há previsão expressa na legislação, quer quando a lei é omissa, tanto em relação ao poder de aplicação de sanções quanto em relação à própria subordinação.

Delgado menciona que o direito do trabalho ainda encontra-se, no tocante ao poder disciplinar, em uma fase *semiprimitiva*, embora a doutrina e a jurisprudência dominantes não tenham, ainda, apontado na direção da suplantação deste modelo obsoleto, ultrapassado e autoritário.⁸⁴⁹ Santos Azuela, ao tratar do direito mexicano do trabalho, menciona a existência de uma verdadeira *crise do poder disciplinador do empregador*,⁸⁵⁰ superada pelo deslocamento do poder das mãos arbitrárias do empregador para entregá-la à empresa, como centro de trabalho, transformando o poder de mando e direção, bem como disciplinar, como expressão da vontade bilateral das categorias profissional e econômica representadas em uma comissão mista.

Ou então Mesquita, que propõe uma democratização industrial na empresa em um poder constitucional, com a participação dos empregados em Conselhos Disciplinares, sob argumento de que o poder disciplinar manifestado em um ato unilateral é odioso, respaldando Vasco de Andrade.⁸⁵¹

A definição dos deveres e das sanções, princípios e garantias, ou seja, em geral as regras de disciplina na empresa, pelo sistema trabalhista brasileiro, não passa pela participação, direta ou indireta do trabalhador. Excepcionalmente pode-se argumentar com a hipótese de regulamento de empresa como ato bilateral, ou nos acordos ou convenções coletivas de trabalho que contenham uma ou outra regras. A competência regulamentar é de titularidade do empregador. E, ainda que conte com a manifestação de vontade dos empregados, o que

⁸⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Poder...*, p. 145.

⁸⁵⁰ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 225.

⁸⁵¹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 113 e segs.

deve sempre ser almejado, continua sendo o poder de punição do empregador, havendo sempre uma *discricionarietà* na aplicação. A co-gestão ou autogestão, que alteram o fundamento do poder - não decorrente da propriedade do capital, mas da lei ou do contrato - poderiam determinar o compartilhar deste poder, mas não necessariamente implicariam sua superação.

A crise não reside propriamente no deslocamento da titularidade do exercício do poder, senão na sua própria existência.

O desaparecimento do poder de aplicar castigos, penas ou sanções da estrutura da relação de emprego, por inadimplemento de obrigações contratuais principal e ou secundárias, de desobediência à ordens ou irregular comportamento,⁸⁵² à medida que o motivo indicado falece de coerência, não determina o desaparecimento da disciplina e obediência aos comandos na empresa.⁸⁵³

Aliás, não há, em sede de contratos privados qualquer outro negócio jurídico no qual um sujeito contratante esteja em uma situação de supremacia e, ainda, seja titular de um poder punitivo exercido no próprio interesse, com características de unilateralidade, autodeterminação e discricionarietà, porquanto incompatível.⁸⁵⁴

Aliás, ao contrário, há uma repugnância a tal situação. Neste sentido, asseverou Mota Pinto que deve ser excluído todo recurso à força própria para obter a satisfação de uma obrigação. "*Exigências óbvias de defesa da paz social e da justiça excluem a licitude da justiça privada. O titular de um direito violado não pode reagir e obter ressarcimento através das vias de facto. Constitui princípio fundamental*

⁸⁵² MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 81.

⁸⁵³ Embora para Ramalho desapareça o próprio contrato de trabalho: "[...] é o elemento disciplinar que constitui o traço distintivo fundamental do contrato de trabalho". PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 295.

⁸⁵⁴ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Do fundamento...*, p. 279.

*de organização de uma sociedade civilizada a proibição da autodefesa".*⁸⁵⁵

Existem contratos no âmbito do direito civil em que há *ordens, determinações* de um sujeito a outro, bem como poder de controle e fiscalização da realização da prestação, assim como deveres de boa-fé e sigilo, sem que tal derive necessariamente na inevitabilidade de um poder de aplicação de punições.

O bom andamento da atividade empresarial, enquanto critério finalístico para adoção do poder sancionador, não depende tão-só do trabalho, mas ainda do capital enquanto elemento integrante da atividade. Note-se, por exemplo, a existência cada vez mais acentuada de indústrias nas quais o trabalho é quase insignificante na estrutura organizativa, dada a robotização ou informatização da cadeia produtiva, sem que se possa sequer mencionar que inexista um *bom andamento da empresa*.

Um dos argumentos que leva à aceitação do poder sancionador, enquanto solução adotada à semelhança de uma construção penal dos delitos e das penas, bem como administrativa das contravenções e sanções, diz respeito à ausência de outro mecanismo jurídico eficaz, sobretudo no âmbito do direito civil, que cumpra com o escopo de influenciar positivamente - coagir - no cumprimento dos deveres por parte dos trabalhadores.⁸⁵⁶

Deveres recíprocos ambos os sujeitos do contrato têm, decorrentes de uma multiplicidade de fontes reguladoras das relações de trabalho. Se o empregado tem dever de lealdade para com o seu empregador, este também deverá atuar com lealdade no trato com seus

⁸⁵⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria...*, p. 187.

⁸⁵⁶ A posição, acolhida por De La Cueva e Riva Sanseverino, vem seguida pela doutrina. Dentre tantos, ver DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 615; SANSEVERINO, Luisa Riva. *Il contratto...*, p. 159-60; BARASSI, Lodovico. *Il diritto...*, p. 324-5; MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 82; VIANA, Marcio Túlio. *Direito...*, p. 173.

empregados. Igualmente se dá com os devers de boa fé, diligência, fidelidade, convivência.

O descumprimento de deveres contratuais leva à resolução por inadimplemento contratual, sem que no âmbito do direito civil, se pudesse vislumbrar tal hipótese como aplicação de um *castigo* para o faltoso. Nenhuma distinção tem em relação a uma condição resolutória do contrato.

O direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho ante a prática de um ato faltoso pelo empregado, que descumpra um comando, por exemplo materializado em *insubordinação*, é tido como exteriorização do poder punitivo do empregador. Muito embora Mesquita tenha ressaltado a possibilidade de manutenção de sanções contratuais que determinam a rescisão por inadimplemento contratual grave e a sanção disciplinar por atentado à disciplina e organização da empresa.⁸⁵⁷

Ocorre que o empregador também descumpra determinadas obrigações contratuais ou deveres, jamais, ninguém, alega - porquanto suposto insustentável - estar diante de um poder *punitivo* do empregado que rescinde o contrato por *despedida indireta*.⁸⁵⁸

Cabanellas nega a existência de sanções que determinem a cessação do contrato de trabalho, reconhecendo que seriam sanções genuínas apenas as que permitem a subsistência do contrato de trabalho. A rescisão por justa causa é a consequência dos fatos praticados pelo trabalhador que impedem a continuidade do vínculo.⁸⁵⁹ A Deveali, igualmente, constatando a inconsistência da argumentação jurídica, retira o caráter de sanção punitiva da hipótese em que se dá a

⁸⁵⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. XXXII.

⁸⁵⁸ DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 229. E, ainda, MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 64.

resolução do contrato frente a descumprimento faltoso da contraparte, tendo em vista que a lei estabelece igualmente uma tipificação e o reconhecimento a ambas as partes de pôr um fim à relação jurídica de emprego.

A bem da verdade, a legislação aplica como sanção ou punição não o fim do pacto laboral, assegurado enquanto direito potestativo dos sujeitos acordantes, sem ter adotado a teoria da pressuposição,⁸⁶⁰ mas sim a perda do direito ao pré-aviso e à indenização fundiária, bem como outras restrições de direitos de crédito.

A advertência, igualmente, é apontada pela própria doutrina como uma medida menos sancionadora, no sentido de consubstanciar-se em um *castigo* e mais um instrumento de caráter precautório, uma espécie de aviso de que uma sanção poderá advir pela reiteração da conduta; é um alerta que o empregado poderá ser *castigado* no futuro, de forma a não reiterar a conduta desviante.⁸⁶¹

A suspensão é uma medida que afeta o direito ao trabalho e o direito à remuneração, sem que as faltas que lhe dêem ensejo estejam sequer previstas nas regras jurídicas trabalhistas e, ainda, sem que seja assegurado ao trabalhador o direito de defesa, assegurado pela norma constitucional.⁸⁶² A norma constitucional garante a todos um *processo pela autoridade competente* e que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5.º, LIII e LIV).

⁸⁵⁹ "Los hechos que dan origen al despido indican, principalmente, la imposibilidad de conservar un nexo convencional roto por causa imputable a una de las partes". CABANELLAS, Guillermo. *Tratado...*, t.2, p. 464.

⁸⁶⁰ A teoria da pressuposição, encabeçada por Windscheid, por volta dos anos 1850, coloca a pressuposição como uma condição não desenvolvida, que pertence à autolimitação da vontade, traduzida no fato de que se alguém se obrigou, o fez com base em determinado estado das coisas, como verdadeiro regulador da manifestação de vontade. Eminentemente subjetiva, não logrou aceitação. Sobre o tema, ver MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 89-90.

⁸⁶¹ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 222-3.

⁸⁶² "[...] *cumpra acolher, no mínimo, o direito de defesa do trabalhador punido, como exigência de equidade e do princípio de boa-fé*". ROMITA, Arion Sayão. *O poder...*, p. 207.

Trata-se, ademais, de sanção de natureza econômica, que afeta uma verba de natureza alimentícia, muito embora se argumente que referida medida disciplinar é a que "[...] *mejor responde a la tendencia protectora de la conservación del trabajo, que el Derecho del Trabajo habia assumido desde sus inicios*".⁸⁶³ Apena, outrossim, toda a família do empregado que poderá passar fome, além do que resulta ainda em uma pena moral, à medida que mais do que um direito, trabalhar é um dever, sendo reprimido penalmente como vadiagem aquele que não exercer nenhum labor.

Argumenta-se com a insuficiência dos mecanismos contratuais para dar eficácia ou determinar efeitos ao inadimplemento contratual, bem como a falta referir-se à ausência de atendimento aos deveres trabalhistas para além do contrato.

O direito somente ofertaria três ordens de medidas jurídicas, dentro de uma disciplina puramente contratualista, na hipótese de descumprimento a um comando do empregador: o poder disciplinar, a própria rescisão contratual por inexecução faltosa, a responsabilidade civil que implica indenizações por danos, bem como a possibilidade da execução coativa.

As duas últimas constituem um recurso extremo, de rigor excessivo, para situações nas quais a falta cometida não é de tal gravidade que determinasse tais efeitos.

Afirma-se ser a responsabilidade civil uma sanção pouco eficaz e de difícil aplicação, à medida que, a um, implica manifestação necessária do Poder Judiciário, determinando uma delonga danosa, a dois, os custos do acesso à Justiça não compensam por vezes a insignificância do prejuízo.

⁸⁶³ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 229.

Acrescente-se o fato de que, não raras vezes, inexistiu um dano ou prejuízo material efetivo, comprovável,⁸⁶⁴ senão “[...] *que, no obstante, la falta cometida implique un principio de desorden y un relajamiento de la disciplina que debe existir en todo centro de trabajo*”.⁸⁶⁵

Poder-se-ia estar diante de um dano puramente moral, revelado pela lesão à confiança do empregador no empregado.⁸⁶⁶ Todavia, é sempre proveitoso lembrar que o elemento confiança e boa-fé deve estar presente em relação aos dois sujeitos contratuais e em todos os contratos.⁸⁶⁷ Outrossim, a indenização resulta inservível ante a debilidade econômica do trabalhador e o caráter alimentar da remuneração. Permaneceria “*ilusorio el resarcimiento del daño*”.⁸⁶⁸

A rescisão contratual, medida punitiva restrita a faltas consideradas como graves, acabaria por ser utilizada para toda e qualquer hipótese de descumprimento, desde a falta de pequena ou quase nenhuma importância, até as mais graves.

Como “*tampoco seria posible dejar esas faltas sin castigo, por el apuntado peligro del relajamiento de la disciplina, se há reconocido la necesidad de organizar un sistema de medidas disciplinarias que corrijan el inconveniente de la responsabilidad civil y, a la vez, eviten la dureza de la rescisión del contrato*”.⁸⁶⁹

⁸⁶⁴ “La sanction disciplinaire este infligée en raison de la faute commise, même s’il n’en résulte pour l’employeur aucun préjudice matériel”. DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. *Traité...*, p. 437.

⁸⁶⁵ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 614.

⁸⁶⁶ CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 186; MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 90 e segs.

⁸⁶⁷ “Outro argumento que também desvalorizou muito esta característica de confiança no contrato de trabalho foi o uso excessivo que dela fizeram e ainda fazem os regimes autoritários, de Hitler, Mussolini, Franco ou Salazar. Atrás deste termo mágico, o que buscavam e buscam ainda os adeptos de tais regimes era, em realidade, a submissão cega do empregado ao empregador, porque o seu autor - principalmente no nazismo ou no fascismo - só se refere à fideducía como dever unilateral do empregado”. MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 91.

⁸⁶⁸ Para o autor, a responsabilidade indenizatória e a sanção disciplinar não se excluem mutuamente, porquanto visam a efeitos distintos, respectivamente a indenização e o efeito punitivo. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho...*, p. 365.

⁸⁶⁹ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho...*, p. 615.

O poder sancionador é apresentado, então, como medida de *preservação do contrato de trabalho*, limitando as reações que determinam a rescisão contratual tão-somente para descumprimentos graves e, outras faltas no curso da relação empregatícia, às vezes freqüentes, permitiriam a permanência do empregado no seu posto de trabalho.⁸⁷⁰ Sabe-se, entretanto, que está para preservação do capital, da empresa.

Contrato de trabalho pode haver, e ser preservado, inclusive com atendimento aos comandos do empregador, sem que o empregador se utilize de um poder sancionador punitivo como mecanismo útil e necessário para exercício do poder de direção.

Não há como criar um espaço de não-poder na empresa, existente ainda no âmbito sindical.⁸⁷¹ É insuperável a verificação de um poder de direção das atividades nas relações laborais. Porém, tal não implica necessariamente o reconhecimento de um poder de punição ou aplicação de *castigos* ao empregado faltoso como único meio de garantia da observância dos deveres a partir de uma obrigação contratual.⁸⁷²

O poder sancionador é superado, por exemplo, em pequenas empresas, nas quais as relações de trabalho são para ambos os sujeitos personalíssimas.⁸⁷³ Como ressalta Deveali, “[...] *en la generalidad de los casos, nunca pensará en infligirle una multa - aun donde esta sanción está admitida - o aplicarle una suspensión disciplinaria, puesto que después de esto las relaciones diarias*

⁸⁷⁰ Tal argumento é utilizado por Castro Argüelles, por exemplo, para aceitação da transferência forçada: “[...] *en favor del traslado cabe añadir que si se tiene en cuenta que es una sanción prevista para faltas muy graves, negarle un valor sancionador, o bien condicionar su ejecutividad a la previa confirmación judicial, requisito que ni siquiera se exige para el despido, puede suponer que el empresario decida sancionar, en todo caso, el incumplimiento grave y culpable con el despido, lo que evidentemente perjudica más al trabajador*”. CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. *El regimen...*, p. 236.

⁸⁷¹ A respeito do poder no sindicato, ver KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo...*, p. 55 e segs.

⁸⁷² De Litala afirma ser o poder sancionador incompatível com o contrato de trabalho de empregado doméstico, realizado no “[...] *chiuso ambito delle pareti domestiche* [...]”, que tornaria difícil o controle e a limitação do seu exercício não abusivo. DE LITALA, Luigi. *Il contratto...*, p. 253.

⁸⁷³ A própria subordinação é menos evidente no trabalho intelectual ou nas pequenas empresas. DE LITALA, Luigi. *Il contratto...*, p. 246.

resultarían muy difíciles y a veces prácticamente imposibles". Serve o poder disciplinar, portanto, para as grandes empresas, nas quais auxiliar na manutenção da eficácia do poder do empregador.⁸⁷⁴

A abolição da escravidão no Brasil determinou a eliminação no trabalho prestado como relação pessoal, com submissão da pessoa do trabalhador ao empregador, por medo de uma punição. Transformou a relação em obrigacional, cujo dever assenta-se no binômico trabalho/remuneração.

Historicamente, as formas de manifestação do poder sob ameaça de uma mal têm sido varridas⁸⁷⁵ e em seu lugar constitui-se um crescimento dos poderes condicionados e compensatórios.

A submissão deixa de ser a ordem natural das coisas, uma ação virtuosa, nem de uma crença, para depender de uma aquiescência, de um condicionamento implícito,⁸⁷⁶ de um consenso ainda que fruto de um engano de outros grupos.⁸⁷⁷

Outrossim, há no âmbito do trabalho um espaço de realização simbólica que determina o que Veblen⁸⁷⁸ denominou de *instinto para a arte no trabalho*. O trabalho não é mais um mal, uma pena em si, algo absolutamente execrável a que todos evitariam; é ainda um espaço de valorização pessoal e, assim, a sua execução não necessariamente implica uma coação.

A visão institucionalista, além de permanecer como uma manifestação de idealismo, enceta à alienação. Borram as fronteiras entre o capital e o trabalho, *"poniendo exageradas esperanzas en la*

⁸⁷⁴ "Sólo en la grande empresa el ejercicio del poder disciplinario resulta necesario y posible". DEVEALI, Mario L. *Lineamientos...*, p. 226-7.

⁸⁷⁵ O direito dos proprietários de indústrias de garantir os seus bens, recorrendo à violência física ou ameaça para cessar movimentos grevistas; o castigo, palmatória, nas escolas, a submissão das mulheres e dos filhos à autoridade paterna, dos militares na guerra. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 21-2.

⁸⁷⁶ WEBER, Max. GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 27.

⁸⁷⁷ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 55.

⁸⁷⁸ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia...*, p. 29.

<participación> y elevando la <coestión> casi a un nivel de credo religioso [...]"⁸⁷⁹

Faz crer aos trabalhadores que há um *esprit de corps*, um *interêt de l'entreprise* e que a empresa é, ainda, algo deles, que a eles também pertence, que eles poderão ter voz ativa, participar das decisões e repartir o resultado,⁸⁸⁰ criando assim um imaginário que mascara o conflito de interesses inerente em toda a sociedade capitalista e barra a luta pelas melhorias. Pode-se pensar que não mais é necessária a organização dos trabalhadores, nem restrição à autonomia da vontade das partes contratantes, pois estão todos em igualdade de condições na luta por um objetivo comum.

Se a empresa é de todos, todos devem *vestir a camisa*, dar a sua vida, o seu tempo de trabalho e seu tempo de descanso, ceder aos interesses comuns que, não passa, ao final, do interesse do resultado ou do lucro, já que permanece sempre como pena dissociada de qualquer conduta o direito potestativo de rescindir o contrato em nome dos interesses da atividade, o poder de punir para o bom andamento da empresa; se a empresa vai mal, o trabalhador é desqualificado, não preparado para desempenhar as funções requeridas pela atividade.

Uma moderna concepção de empresa é apresentada como uma convergência de interesses comuns, tanto dos trabalhadores quanto dos próprios capitalistas, que devem ser coordenados na execução da atividade econômica com produtividade em um sistema de mercado, para garantir o posto de trabalho. Mas a punição é aplicada para o bom andamento da empresa, no interesse da empresa que, ao final, é o do empresário, proprietário.

Se tal visão comunitária fosse verdadeira, de qualquer sorte não mais poderia conviver o direito do trabalho com uma estrutura

⁸⁷⁹ KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo*..., p. 65.

⁸⁸⁰ Como indica Mesquita. MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 21.

empresarial autoritária e ultrapassada, assentada na aplicação de castigos ou sanções punitivas ou com função exemplar.

Todo direito é comprometido ideologicamente; que o seja com o resguardo da dignidade humana, que tome partido da maioria dos trabalhadores que têm a função preponderante em uma sociedade,⁸⁸¹ e não com somente com o resguardo do capital e da propriedade, mascarado sob a paradoxal relação pessoal de trabalho, na qual o empregado se empenha pessoalmente, mas a empresa continua sendo impesscal, despersonalizada.

Note-se, assim, os termos da Constituição Federal de 1988 que, instituindo um *Estado Democrático, destinado a assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (Preâmbulo)*, garante a construção de uma *sociedade justa e solidária*, para *promover o bem de todos, sem formas de discriminação (art. 3.º, I e IV)*.

Conforme as palavras de Santos Azuela, a pretendida autoridade ilimitada da “sua” empresa, pelos empregadores, os faz imaginar que seu poder seja intocável e inquestionável e, o pior, com a aceitação e submissão dos empregados e sindicatos.⁸⁸²

O dever de lealdade e assistência, de fidelidade, não é somente do empregado para com seu empregador mas, ainda, do seu empregador para com seu empregado.⁸⁸³ Aliás, é dever acessório inerente a todo contrato, um dever de cumprimento dos contratos segundo o princípio da boa fé. E a Carta Magna assegura igualdade entre todos os cidadãos no tratamento jurídico (art. 5.º, “caput”).

⁸⁸¹ AGUIAR, Roberto A. R. *Direito...*, p. 67.

⁸⁸² SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 212.

⁸⁸³ Nesse sentido, ver Hueck & Nipperdey. HUECK, A. & NIPPERDEY, H.C. *Compendio...*, p. 119-20: “Así como el empleador está obligado a proteger y guardar lealtad al trabajador, así también existe para todo trabajador un deber de fidelidad general, determinante de su conducta total en el marco de la relación de trabajo”.

No entanto, se é facilmente aceita a possibilidade de punição do empregado faltoso, ninguém sequer levanta a possibilidade de punição do empregador faltoso, que falta com o dever de assistência do empregado. Inexiste motivo para que o empregado não possa punir seu empregador, com uma advertência pública, por exemplo, quando atrasa o pagamento dos seus salários. Afinal, se há contrato e há dois sujeitos da relação obrigacional empregatícia que têm um para com outro deveres, o descumprimento destes deveria gerar iguais direitos.

Democratizada a sua estrutura, “[...] se flexiona necesariamente el poder de dirección de los patrones desapareciendo, al carecer de base, su anacrónico poder disciplinario”.⁸⁸⁴

Vários óbices se apresentam de encontro à posição de que se trata de um direito penal das instituições ou um sistema punitivo privado ou, por fim, como quer Mesquita, um direito disciplinar do trabalho.

Lamarca, quase que solitário na rejeição ao poder punitivo, enquanto posição de supremacia de um sujeito sobre outro, afirma ser prerrogativa do Estado, como representante de uma sociedade politicamente organizada a aplicação de penas, bem como afeta a igualdade das partes contratantes, erigida a isonomia como princípio constitucional.⁸⁸⁵

O tratamento encetado à matéria permite a rejeição do acolhimento dos princípios inerentes ao direito penal, garantias constitucionais, como o *nullum crimen nulla poena sine lege*, por exemplo.

Segundo Mesquita, na omissão de uma previsão, seria possível ser incriminado pelo direito comum não escrito ou pelos princípios gerais do direito em matéria disciplinar, porquanto esse direito não escrito é de aplicação supletiva. Afinal, a ordem deve ser

⁸⁸⁴ SANTOS AZUELA, Héctor. *Estudios...*, p. 205.

assegurada, para que a instituição atinja a sua finalidade: o lucro, a remuneração do capital e, ademais, o "[...] o patrão é, juntamente, legislador e juiz [...]".⁸⁸⁶

De início, inexitem quaisquer preceitos na legislação trabalhista, ou no direito comum, que permita ao empregador impor medidas penalizadoras, que feriria o princípio da legalidade.

Ainda que houvesse expressamente lei prevendo tal poder, estaria em absoluta contradição com a norma constitucional que garante o respeito à dignidade da pessoa humana. Se há primazia, é do trabalho sobre o capital; o capital está para o homem e não o homem para a empresa.

Anote-se, ademais, as palavras de Mesquita: "[...] *prevenir a desorganização e, depois de violada a ordem, de causar ao empregado faltoso certa repreensão moral que servirá também de exemplo para os que com ele convivem, a fim de que não sejam cometidas novas infrações, atendendo-se contra o fim coletivo da empresa, que poderá até arruinar-se ou, pelo menos não atingir seus fins econômicos, quando invadida pela falta de ordem disciplinar*".⁸⁸⁷ Inaceitável, porém, a argumentação da exemplaridade como finalidade da sanção, eis que a medida não pode passar da pessoa do infrator.

O empregado já está controlado na sua conduta, podendo ser apenado a todo instante com a perda do posto de trabalho. Controlado a partir da fixação da remuneração dentro dos limites e possibilidades econômicas da empresa, subordinado na fixação do lucro, na maximização, disciplinado pela necessidade de atendimento à produção, pela otimização, controlado no seu tempo e no seu corpo. Controle no corpo pela necessidade que o empregado seja qualificado, detenha o conhecimento preciso para desempenho das tarefas. Controle

⁸⁸⁵ LAMARCA, Antonio. *Manual...*, p. 156.

⁸⁸⁶ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 152 e 159.

⁸⁸⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito...*, p. 83.

no seu tempo, à medida que não somente durante à jornada está à disposição do empregador, senão ainda durante o descanso, não podendo conduzir-se em contrariedade ao bom nome da empresa, devendo pensar como melhorar a cadeia produtiva, agir sempre pela empresa. Socialmente o homem é estigmatizado e controlado pelo que faz, o que produz, como produz, o que ganha pelo que produz.⁸⁸⁸

Mister lembrar os resultados da pesquisa de campo procedida por Viana, para a sua obra *Direito de resistência*, na qual os empregados entrevistados, em resposta à indagação se seria justificável o patrão punir o empregado, num total de 90% responderam que sim, bem como afirmaram que se submetiam às alterações unilaterais de função "*porque todo empregado tem de obedecer ao patrão*".⁸⁸⁹

Existe uma relação jurídica contratual entre empregado e empregador, em face da qual uma relação jurídica de emprego é criada. Trata-se, assim, de um negócio travado no âmbito das obrigações e não uma relação pessoal de sujeição. Outrossim, se por um lado existem deveres jurídicos das partes - e não somente do trabalhador - em face da relação obrigacional, deveres estes principais ou típicos e secundários ou acidentais,⁸⁹⁰ deveres de conduta como expoente da complexidade da relação obrigacional, tal não significa que possa haver uma distinção de tratamento entre os sujeitos contratuais para identificar a infração dos deveres do empregado como sujeitos à punição⁸⁹¹ e os do empregador, eventualmente, sujeitos às sanções contratuais. Aliás, segundo Varela, tais deveres acessórios, que recaem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, não determinam em sede

⁸⁸⁸ AGUIAR, Roberto A.R. *Direito...*, p. 95.

⁸⁸⁹ VIANA, Marcio Túlio. *Direito...*, p. 171 e 435.

⁸⁹⁰ "Deveres essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra [...] tal como esta tem de processar-se entre pessoas que agem honestamente, com a lealdade e a boa fé exigíveis no comércio jurídico", como quer Antunes Varela. Por exemplo, o princípio da boa fé nos contratos duradouros. ANTUNES VARELA, J.M. *Direito...*, p. 106.

⁸⁹¹ Nesse sentido, por exemplo, Wagner Giglio, ao tratar da justa causa, indica que a praticada pelo empregado enseja o exercício do poder disciplinar e a do empregador autoriza o empregado a dar por rescindido o contrato de trabalho. GIGLIO, Wagner Drdla. *Justa...*, p. 21 e 315.

contratual, ante a sua violação, uma ação judicial de cumprimento, mas a obrigação de indenizar os danos causados à outra parte, ou dão lugar à rescisão do contrato, se graves.⁸⁹²

Bem lembrou Viana que a própria Consolidação das Leis do Trabalho, dita protecionista ao empregado, não deixou de garantir o desconto na remuneração dos danos dolosos causados pelo empregado ou, indiretamente, a suspensão por até 30 dias sem pagamento de salários. Toda a argumentação de que outra sanção, compensatória, seria inviável ante o princípio da intangibilidade não se sustenta ante o tratamento atual da legislação.⁸⁹³

Nunca é demais lembrar as palavras de Arendt: *"poder e violência se opõem; onde um deles domina totalmente o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em perigo [...]"*.⁸⁹⁴

É preciso buscar a superação da dominação pessoal do trabalhador por meio da ameaça da punição, que somente encobre a primazia do capital sobre o trabalho, emancipando-o, libertando-o das penas impostas, rompendo com a ordem instituída exclusivamente em favor do empregador. Não é necessário ter um trabalhador dócil e obediente, senão consciente de sua existência humana e respeitado na sua dignidade. É necessário que o direito deixe de ser o do trabalho, simples elemento de produção e, assim, alienante, um fetichismo, e se constitua como direito ao trabalho, anterior à própria cadeia produtiva e instrumento de outros direitos,⁸⁹⁵ um trabalho vivo.

O contrato de trabalho é o instrumental para garantir os direitos dos trabalhadores, reagindo contra a simples apropriação da força de trabalho, estabelecendo uma relação jurídica entre quem vende e quem compra a força de trabalho. *"Deixar de reconhecer este segundo*

⁸⁹² ANTUNES VARELA, J.M. *Direito...*, p. 110.

⁸⁹³ VIANA, Marcio Túlio. *Direito...*, p. 170.

⁸⁹⁴ ARENDT, Hannah. *Crises...*, p. 132.

aspecto é considerar o trabalhador, que vende a sua força de trabalho, como um ser inferior a um vendedor de qualquer outra mercadoria, deixando-o, portanto, menos protegido do que este".⁸⁹⁶ Se o contrato de trabalho é um acordo bilateral, sinalagmático, o descumprimento das obrigações leva a que a outra parte possa exigir o cumprimento ou dar por resolvido o pacto, constituindo-se uma condição resolutória tácita, implícita em todos os negócios jurídicos bilaterais.⁸⁹⁷

O sistema estabeleceu uma desigualdade das partes contratantes, porém, em favor do empregador. O empregador pode punir o empregado, além da própria rescisão, atingindo o seu direito ao trabalho, mais do que uma situação patrimonial e pode, também, aplicar outras sanções, morais, pecuniárias, profissionais. O empregador não pode ser punido, se inadimplente e tem contra si apenas a rescisão contratual, se for grave a conduta faltosa do empregador. Se for leve, nada pode fazer o trabalhador senão sujeitar-se ante tal falta.

Acrescente-se o fato de que se o empregador não cumpre com as suas obrigações, não poderia exigir que o empregado o faça. Mas tal regra, *exceptio non adimplenti contratus*, do direito civil, foi abandonada com a autonomização deste ramo, que passou a ser mais protetivo a quem é hipossuficiente. Muito embora o empregado possa sempre ser punido, ainda que o empregador não tenha depositado o FGTS, pago as contribuições para a Seguridade Social, atrasado os salários.

É necessário superar a absorção da resolução dos contratos por um **sistema punitivo trabalhista**. A justa causa se apresentou

⁸⁹⁵ "[...] el discurso ideológico capitalista trata de hacer es encubrir su rango de derechos humanos fundamentales, reduciéndolos a ser meras necesidades humanas básicas subordinadas al funcionamiento de la economía capitalista". SANCHEZ RUBIO, David. *Enrique Dusse!*..., p. 538.

⁸⁹⁶ GENRO, Tarso. *Introdução*..., p. 92.

⁸⁹⁷ A partir dos artigos 1.183 e 1.184 do *Code Napoleon*, passou a regra para o *Codice Civile italiano*, recepcionado nos artigos 1.165 e, no Código Civil brasileiro, no artigo 119. implicitamente a

como liberadora do pagamento da indenização pela rescisão contratual, de tal forma que se pode incluir tanto as cláusulas contratuais propriamente ditas, quanto as outras obrigações, que gravitam em torno e que afetam dois elementos, a boa-fé e a confiança.⁸⁹⁸

Volta à tona a questão sugerida por Fernandes,⁸⁹⁹ acerca de quais os motivos que levaram os ordenamentos jurídicos a dar uma *preferência* atribuída ao um instrumental punitivo. Ao que responde, com a irrefutável constatação de que se trata da assunção da *hetero-disponibilidade do trabalhador*.

O tratamento via punição tornou possível a identificação de condutas que perturbassem a ordem do trabalho na empresa em hipóteses de justa causa. Assim, as partes podem ter cumprido o contratado e apresentar-se uma justa causa que permite ao empregador dar por rescindido o contrato sem o pagamento da indenização prevista. À semelhança, somente as situações que se consubstanciavam em inadimplência contratual grave foram admitidas na categoria de condutas faltosas. Estabeleceu-se um gênero, a **justa causa**, que englobou o inadimplemento contratual grave. O descumprimento leve ou menos grave, são ainda puníveis, com outras *sanções*.

Nota-se, assim, que mais do que o intuito de garantir o atendimento dos comandos empresariais, o sistema punitivo trabalhista visa dar respaldo à necessidade de se acolher numa estrutura contratual, condutas que extrapolam o cumprimento do pacto, tais como a conduta do empregado em relação aos seus colegas e aos superiores, a conduta privada dos trabalhadores quanto à moral e probidade. "*A justa causa pode coincidir com uma violação contratual grave, mas seus limites conceituais desbordam de muito das obrigações técnicas imediatas da relação de emprego [...] Enquanto, anteriormente,*

proibição do contrato para toda a vida. Sobre o tema, ver MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 55-6.

⁸⁹⁸ MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 65 e 81 e segs.

só se aceitava a condição resolutiva tácita de não-cumprimento das obrigações contratuais, vinha agora juntar-se a esta também a porta larga da justa causa, de limites imprecisos e de conceituação difícil".⁹⁰⁰

⁸⁹⁹ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Inexecução...*, p. 53.

CONCLUSÕES

1. A empresa é um centro de poder e um espaço de constituição simbólica do sujeito trabalhador.

2. O direito do trabalho identifica poder precipuamente relacionado com o empregador, em manifestações múltiplas de organização, direção, regulamentação, fiscalização e, em consequência, punição dos empregados.

3. Nas relações de poder e contra-poder deve-se buscar, no sistema trabalhista, o reconhecimento da alteridade, em uma posição de comprometimento com o trabalhador enquanto sujeito de direitos realizáveis e oponíveis, e não tão-só a representação de uma força de trabalho inserida numa atividade produtiva, coisificada.

4. O poder, enquanto imposição da vontade de Um sobre a conduta do Outro, pressupõe submissão, obtida não por meio da violência, mas ainda pela compensação, condicionamento e desejo.

5. A purificação e reificação do poder servem de instrumento de obtenção do consenso, por meio de projeção a terceiros, tais como os interesses da instituição, da atividade econômica, imperativos da organização.

6. A subordinação jurídica, elemento caracterizador da relação de emprego, ressalta esse elemento pessoal da obediência e sujeição.

7. A punição vem acatada no direito do trabalho como único instrumental de que dispõe o empregador para lograr

⁹⁰⁰ MORAES FILHO, Evaristo. *Rescisão...*, p. 82 e 83.

eficiência nos comandos e direção da atividade, mantendo a situação de sujeição.

8. A conduta desviante do empregado extrapola o próprio conteúdo negocial, atingindo o comportamento e vida particular do empregado, não se restringindo ao espaço físico do local de trabalho, nem se limitando ao horário de trabalho.

9. Os diversos fundamentos indicados na doutrina apontam para o direito de propriedade sobre os instrumentos de trabalho, a existência de um contrato, a necessidade em decorrência da estrutura organizacional hierárquica ou da inserção do empregado na instituição.

10. Sendo o poder inerente à conceituação do empregador, a ausência de previsão normativa ou regulamentação quanto à penalidade de advertência não impede o seu acolhimento.

11. O direito do trabalho não reconhece qualquer direito de defesa do empregado cuja conduta é imputada como falta punível e, com ressalvas, acata a possibilidade do Poder Judiciário apreciar a aplicação das penalidades de cessação do contrato, suspensão sem remuneração de até 30 dias e advertência pública ou particular.

12. A aplicação de castigos ou punições ao empregado é absolutamente incompatível com um direito do trabalho pautado pelos princípios democráticos e voltado para a tutela e proteção do trabalhador. A ameaça de punição apenas encobre a primazia do capital sobre o trabalho.

13. A estrutura contratual, máxime a trabalhista, não comporta o reconhecimento de uma supremacia de um dos sujeitos contratantes em relação a outro, para aplicação de punições pela prática de uma falta.

14. O direito de propriedade é sobre os bens, não implicando a dominação sobre as pessoas.

15. O tratamento para o descumprimento grave das obrigações decorrentes do contrato deve ter o tratamento de inadimplemento contratual e não gerar uma punição, mesmo porquanto inexistente castigo para o empregador faltoso.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Roberto A. R. Direito, poder e opressão. 3. ed. São Paulo : Alfa-Omega, 1990.
- ALONSO OLEA, Manuel & BARREIRO GONZALEZ, German. El estatuto de los trabajadores - texto, comentarios, jurisprudencia. 4. ed. Madrid : Civitas, 1995.
- _____ & CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. Derecho del trabajo. 14. ed. Madrid : Universidad complutense de Madrid, 1995.
- ANTUNES VARELA, J.M. Direito das obrigações. Rio de Janeiro : Forense, 1977.
- ARDAU, Giorgio. Corso di diritto del lavoro. Milano : Giuffrè, 1947.
- ARENDT, Hannah. Crises da república. São Paulo : Perspectiva, 1973.
- ARGÜELLO, Katie. Direito e política em Max Weber. São Paulo : Acadêmica, 1997.
- ARRUDA ALVIM PINTO, Tereza. Existe discricionariedade judicial ?. In : Revista de processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, n.70, abr-jun.1993, p. 232-4.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito e século XXI.: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna. Rio de Janeiro : Luam, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.
- BALARD, Michel, GENET, Jean-Philippe & ROUCHE, Michel. A idade média no ocidente: dos bárbaros ao renascimento. Lisboa : Dom Quixote, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- BARASSI, Lodovico. Il diritto del lavoro. v.2. Milano : Giuffrè, 1949.
- BERNARDES, Hugo Gueiros. Limites do poder disciplinar do empresário. In: Revista LTr, v.46, n.6, jun.82, p. 657-664.
- BERTI, Enrico et alii. La contraddizione. Roma : Città Nuova, 1977.
- BURDEAU, Georges. Traité de science politique. Paris : LGDJ, 1966, t.1.

- BOUTHOU, Gaston. L'Art de la politique. Vichy : Seghers, 1969.
- BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. Dicionário aurélio básico da língua portuguesa. Riode Janeiro : Nova Fronteira, 1994-5.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Santiago : Ediar - Conosur, s.d.
- CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Buenos Aires : El grafico, 1949, t.1.
- _____. _____. Buenos Aires : El grafico, 1949, t.2.
- CAETANO, Marcelo. Do poder disciplinar no direito administrativo português. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1932.
- _____. Manual de direito administrativo. 10. ed. Coimbra : Almedina, 1984, 2.t.
- CALDAS AULETE. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de janeiro : Delta, 1958. 4v.
- CALLIGARIS, Contardo. Hello Brasil!: notas de um psicanalista europeu viajando ao Brasil. São Paulo : Escuta, 1991.
- CARCOVA, Carlos María. Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política. Buenos Aires : Centro editor de América Latina, 1993.
- _____. Derecho, política y magistratura. Buenos Aires : Biblos, 1996.
- CAROSI, Gabriele Paolo. Compendio di filosofia. Roma : Paoline, 1984.
- CASTRO ARGÜELLES, Maria Antonia. El regimen disciplinario en la empresa: infracciones y sanciones laborales. Pamplona : Aranzadi, 1993.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito social brasileiro. 4. ed. v.2. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957.
- CHAUÍ, Marilena. Amizade, recusa de servir. In : Discurso da servidão voluntária. 3. ed. São Paulo : Brasiliense, 1982.
- _____. Convite à filosofia. 7. ed. São Paulo : Ática, 1996.
- CHEMAMA, Roland. O trabalho hoje: indicação para uma reflexão psicanalítica. Jornal da biblioteca freudiana de Curitiba. an.3, n.5. ago-97, p.20-3.
- CIRNE-LIMA, Carlos R.V. Sobre a contradição. Porto Alegre : Edipucs, 1993.

- Código Canônico. trad. Conferência nacional dos bispos do Brasil. anot. Pe. Jesús Hortal. 7.ed. São Paulo : Loyola, 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica. São Paulo : Saraiva, 1992.
- COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. In : Revista de direito mercantil. São Paulo : Revista dos tribunais, v.50, p.57.
- CORREIA DE OLIVEIRA, José Lamartine & FERREIRA MUNIZ, Francisco José. Direito de família : direito matrimonial. Porto Alegre : Fabris, 1990.
- CORREAS, Oscar. La eficacia como signo de hegemonia. In: Crítica jurídica - revista latinoamericana de política, filosófica y derecho, n.10, 1982, p. 37-94.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Psicanálise e processo penal - análise inseparável. In : Ciência jurídica. Salvador : Ciência jurídica, set-out.1992, v. 47.
- _____. Discrição e dosimetria da pena: fundamentação suficiente. In : Revista do Instituto dos advogados do Brasil, 1993. n.21, separata.
- DE BUEN L., Néstor & DE BUEN U., Carlos. El trabajo, el derecho y algo más. Cidade do México : Porrúa, 1995.
- DE LA CUEVA, Mario. Derecho mexicano del trabajo. 3. ed. Cidade do México : Porrúa, 1949, 2v.
- DE LITALA, Luigi. Il contratto di lavoro. 5. ed. Torino : Torinese, 1956.
- DELFIM NETO, Antonio. Flexibilidade do trabalho. Gazeta do Povo, Economia, 27.08.97.
- DELGADO, Maurício Godinho. O poder disciplinar do empregador: desajustes da velha ordem celetista ao novo quadro constitucional brasileiro. In: Síntese trabalhista. v.5, n.54, dez.93, p.7-13.
- DELGADO, Maurício Godinho. Poder no contrato de trabalho. In: Síntese trabalhista, v.8, n.95, mai.97, p. 117-150.
- DEVEALI, Mario L. Lineamientos de derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires : Argentina, 1953.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo : Atlas, 1991.
- _____. Direito administrativo. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1996.
- DIÉGUEZ, Gonzalo. Poder empresarial: fundamento, contenido y limites. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, 1987, v.15, n.6, p. 122-9.
- DURAND, Paul & JAUSSAUD, R. Traité de droit du travail. Paris : Dalloz, 1947.
- DURKHEIM, Émile. Sociologia e filosofia. São Paulo : Ícone, 1994, 145 p.
- ENCICLOPÉDIA EINAUDI. Modo de produção, desenvolvimento, subdesenvolvimento. Lisboa : Imprensa nacional - Casa da moeda, 1986.
- FARIA, José Eduardo. Poder e legitimidade. São Paulo : Perspectiva, 1978.
- FASSBENDER TEIXEIRA, João Régis & SIMM, Zeno. Teoria prática do direito do trabalho. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981, 416 p.
- _____. Introdução ao direito do trabalho: das origens de largo histórico à Constituição de 1988. Curitiba : Oficina de Letras, s.d.
- FERNANDES, Antonio Monteiro. Inexecução da "obrigação de fazer" no contrato de trabalho. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, v.17, n.9, set.89, p. 46-53.
- FERNANDES, Paulo Sérgio & FERNANDES, Geórgia Bajer. Nulidades no processo penal. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- FERRARI, Irandi. Fundamentos e exercício do poder disciplinar do empregador. In : Noções atuais de direito do trabalho : homenagem ao professor Elson Gottschalk. São Paulo : LTr, 1995, p. 163-174.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- FERREIRA, Jorge. Trabalhadores do Brasil: o imaginário popular. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: histórica da violência nas prisões. Petrópolis : Vozes, 1977, 277 p.
- _____. Microfísica do poder. 4. ed. Rio de Janeiro : Graal, 1984.

- GALBRAITH, John Kenneth. Anatomia do poder. 2. ed., São Paulo : Pioneira, 1986.
- GALENO LACERDA. Despacho saneador. 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1985.
- GARCIA BECEDAS, Gabriel. Introducción al derecho español del trabajo: caracteres e fundamento. Madrid : Civitas, 1993, 319 p.
- GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In : Fundamentos de história do direito. Org. Antonio Carlos Wolkmer. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- GENRO, Tarso. Direito individual do trabalho. 2. ed. São Paulo : LTR, 1994.
- _____. Introdução crítica ao direito. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988.
- GIDDENS, Anthony. A estrutura de classes das sociedades avançadas. Rio de Janeiro : Zahar, 1973.
- GIGLIO, Wagner Drdla. Justa causa. 2. ed. São Paulo : LTr, 1985.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GONÇALVES, Emílio. Poder regulamentar e poder disciplinar do empregador. In: Revista de direito do trabalho, v.13, n.74, jul-ago.88, p. 65-8.
- _____. O poder disciplinar do empregador. In: Revista de direito do trabalho, v.9, n.51, set-out.84, p. 42-52.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.
- HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. Tratado elemental de derecho del trabajo. 9. ed. Madrid : Instituto de estudos políticos, 1964.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos desde la escuela de budapest. Madrid : Tecnos, 1989.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. ed. São Paulo : Abril cultural, 1979.

- HUECK, A. & NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo. Madrid : Editorial Revista de derecho privado, 1963.
- ISFER, Edson. Sociedades unipessoais e empresas individuais: responsabilidade limitada. Curitiba : Juruá, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo : Revista dos tribunais, 1987.
- KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y derecho. 3. ed. Madrid : Ministerio de trabajo y seguridad social, 1987.
- KROTOSCHIN, Ernesto. Curso de legislación del trabajo. Buenos Aires : Depalma, 1950.
- _____. Manual de derecho del trabajo. atualizada por Gustavo Raúl Meilij. 4. ed. Buenos Aires : Depalma, 1993.
- LA BOÉTIE, Etienne de. Discurso da servidão voluntária. 3. ed. São Paulo : Brasiliense, 1982.
- LACERDA, Dorval de. A Falta Grave no Direito do Trabalho. 4. ed. Rio de Janeiro : Edições Trabalhistas, 1976.
- LAMARCA, Antonio. Manual das justas causas. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. Inexistência de poder disciplinar. In: Revista de direito do trabalho, v.2, n.9-10, set-dez.77, p. 19-27.
- LEFFORT, Claude. O nome de um. In : In : Discurso da servidão voluntária. 3. ed. São Paulo : Brasiliense, 1982, p. 178. p. 125- 171.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito do trabalho – primeiras linhas. Curitiba : Juruá, 199.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. Processo de execução. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1980.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. 5. ed. São Paulo : Nova cultural, 199.
- LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. Direito do trabalho; itinerários da dominação. São Paulo : LTr, 1994.
- LUHMANN, Niklas. Poder. Brasília : Universidade de Brasília, 1985.

- LUMINOSO, Angelo, CARNEVALI, Ugo & COSTANZA, Maria. Risoluzione per inadempimento. Bologna-Roma : Zanichelli - Foro italiano, 1990, t.1.
- MACHADO, Débora Maria Lima. O poder disciplinar do empregador e o controle jurisdicional : a possibilidade de dosagem da pena. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, 1992, v.19, n.12, p. 70-78.
- MACHADO FILHO, Sebastião. A pena de suspensão e a dignidade do trabalho. In: Revista LTr, n.34, p. 713-20.
- MAGANO, Octávio Bueno. Manual de direito do trabalho : direito individual do trabalho. 4. ed. São Paulo : LTr, v.2, 1993.
- _____. Do poder diretivo na empresa. São Paulo : Saraiva, 1982.
- _____. O poder disciplinar do empregador. In: Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário. n.2, jan.94, p.30-2.
- MARANHÃO, Délio. Direito do trabalho. 11. ed. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1983.
- MARAVALL, José Antonio. A função do direito privado e da propriedade como limite do poder do Estado. In : Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p.230-247.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Menton. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista. 4. ed. São Paulo : LTr, 1992.
- MARTINS CATHARINO, José. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. v.1. São Paulo : Saraiva, 1978.
- _____. O poder disciplinar do empregador e o princípio da ampla defesa. In: Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário. n.24, dez.93, p.434-6.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Iniciação ao direito do trabalho. 23. ed. São Paulo : LTR, 1997.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Compêndio de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 1976.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro. 6. ed. Milano : Giuffrè, 1988.

- MESQUITA, Luiz José de. O princípio de proporcionalidade e o controle das sanções disciplinares pela Justiça do Trabalho. In : Revista LTr, São Paulo : LTr, v.39, p.1125-36.
- _____. Direito disciplinar do trabalho. São Paulo : LTr, 1991, 356 p.
- _____. Em defesa da suspensão disciplinar. In: Revista LTr, v.36, p. 194-7.
- _____. O princípio de não duplicidade disciplinar e a cumulação de sanções. In: Revista LTr. v.41, p. 185-192.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo. Granada : Comares, 1997.
- _____. Introducción al nuevo derecho del trabajo : una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo. Valencia : Tirant lo blanch, 1996.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del trabajo. 17. ed. Madrid : Tecnos, 1996.
- MORAES FILHO, Evaristo. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1968.
- _____ & FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. Introdução ao direito do trabalho, 6. ed. São Paulo : LTr, 1993.
- MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 3. ed. Coimbra : Centelha, 1978.
- MORRAL, John B. Aristóteles. Brasília : Universidade de Brasília, 1981.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 3.ed. Coimbra : Coimbra, 1994.
- NEME, Oswaldo. Poder disciplinar do empregador. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 1977, v.1, p. 58-62.
- OFFE, Claus. La sociedad del trabajo: problemas estructurales y perspectivas de futuro. Madrid : Alianza, 1984.
- _____. Problemas estruturais do estado capitalista. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1984.
- OLIVERA, Julio Ramos. La empresa: enfoque laboral. Montevideo : Fundación de cultura universitaria, 1993.

- PALMA RAMALHO, Maria do Rosario. Do fundamento do poder disciplinar laboral. Coimbra : Almedina, 1993.
- PARANHOS, Adalberto P. Dialética da dominação: dominação ideológica e consciência de classe. Campinas : Papirus, 1984.
- PASSARELLI, Santoro. Noções de direito do trabalho. São Paulo : Revista dos tribunais, p.
- PEREZ BOTIJA, Eugenio. Curso de derecho del trabajo. Madrid : Tecnos, 1950.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teoría del derecho : una concepción de la experiencia jurídica. Madrid : Tecnos, 1997.
- PIC, Paul. Traité élémentaire de législation industrielle. 6. ed. Paris : Rousseau, 1931-33.
- PLÁ RODRIGUEZ, Americo. Los principios del derecho del trabajo. 2. ed. Buenos Aires : Depalma, 1978.
- POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. 2. ed. São Paulo : Cultrix, 1972.
- POULANTZAS, Nicos. O estado, o poder, o socialismo. 3. ed. São Paulo : Graal, 1990.
- RICARDO, David. Princípios de economia política. São Paulo : Abril, 1974.
- RIVAS, Daniel. La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo. Motevidéu : Fundación de cultura universitária, 1996.
- RIVERO, Jean & SAVATIER, Jean. Droit du travail. 9. ed. Paris : Presses universitaires de France, 1984.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo : LTR, 1994.
- ROMAGNOLI, Umberto. El derecho, el trabajo y la historia. Madrid : Consejo economico y social, 1997.
- ROMITA, Arion Sayão. O poder disciplinar. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1983.
- _____. A subordinação no contrato de trabalho. Rio de Janeiro : Forense, 1979, 116 p.
- ROSS, Sir David. Aristóteles. Lisboa : Dom Quixote, 1987.

- RUAS, Miriam Diehl. A doutrina trabalhista no Brasil (1945-1964). Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. 6.ed. Curitiba : Juruá, 1997.
- _____. O empregado e o empregador no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo : LTr, 1978.
- SAMPAIO, Marcus de Abreu. O poder de cautela do juiz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- SANCHEZ RUBIO, David. Enrique Dussel: el lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica. Anuario de filosofía del derecho. t.XI. Madrid : Nueva epoca, 1994, p. 522-40.
- SANDOVAL RODRIGUEZ, Isaac & ARENAS DE SANDOVAL, Ada Rosa. Legislación del trabajo. La Paz : Los amigos del libro, 1993.
- SANSEVERINO, Luisa Riva. Il contratto individuale di lavoro. Padova : Cedam, 1953.
- SANTOS AZUELA, Héctor. Estudios de derecho sindical y del trabajo. Cidade do México : Unam, 1987.
- SMITH, Adam. Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. São Paulo : Abril, 1974.
- SOTO CERBON, Juan. Teoría general del derecho del trabajo. Cidade do México : Trillas, 1992.
- TOFFLER, Alvin. Powershift : as mudanças do poder. 4. ed. Rio de Janeiro : Record, 1995.
- TRUEBA URBINA, Alberto & TRUEBA BARREIRA, Jorge. Ley federal del trabajo : comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía. 76. ed. Cidade do México : Porrúa, 1996.
- VIANA, Márcio Tulio. Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo : LTr, 1996.
- WARAT, Luis Alberto. Abuso del derecho y lagunas de la ley. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1969.

WEBER, Max. Conceitos básicos de sociologia. São Paulo : Moraes, 1987.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e direito. 2.ed. São Paulo : RT, 1995.

_____. Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil. São Paulo : Acadêmica, 1989.

_____. Pluralismo jurídico. São Paulo : Alfa Omega, 1994.

_____. Elementos para uma crítica do estado. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1990.

ZACCARIA, Francesco. Obbedienza. In: Novissimo digesto italiano. v.XI. Torino : Utet, 1965.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de derecho penal : parte general. 5. ed. Buenos Aires : Ediar, 1987.

ÍNDICE

Apresentação	iii
Sumário	vi
Capítulo I - Empresa como centro de poder	1
Seção I - Poder	5
n.1 - Instrumentos	9
n.2 - Obediência	22
n.3 - Propriedade	37
Seção II - Poder na empresa	55
n.1 - Empresa	57
n.2 - Empresa como espaço simbólico	73
n.3 - Empresa como organização hierárquica	81
Capítulo II - Punição	95
Seção I - Poder punitivo	97
n.1 - Direito ou faculdade	103
n.2 - Legitimidade	113
Seção II - Fundamentação	121
n.1 - Organizacional	124
n.2 - Normativista	126
n.3 - Contratualista	129
n.4 - Contrato e propriedade	134
n.5 - Propriedade privada	135
n.6 - Controle	137
n.7 - Instituição	138

Seção III - Exercício do poder punitivo	145
n.1 - Falta	148
n.2 - Sanção	160
n.3 - Tipicidade	170
n.4 - Aplicação	185
n.5 - Finalidade	192
n.6 - Apreciação pelo Poder Judiciário	200
Capítulo III - Superação do castigo	206
Seção I - Contrato	208
n.1 - Individualismo e liberdade	212
n.2 - Consenso	218
n.3 - Superação de dogmas	225
n.4 - Incompatibilidade	232
Seção II - Poder punitivo superado	239
n.1 - Obediência sem punição	244
n.2 - Supressão do poder punitivo	259
Conclusões	283
Bibliografia	286
Índice	297