

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

PEDRO GUILHERME BORATO

**DA TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO:
UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DO SISTEMA PENAL
INTEGRADO**

FRANCA

2015

PEDRO GUILHERME BORATO

**DA TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO:
UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DO SISTEMA PENAL
INTEGRADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA

2015

Borato, Pedro Guilherme.

Da tutela penal das relações do mundo do trabalho : uma abordagem na perspectiva do sistema penal integrado / Pedro Guilherme Borato. – Franca : [s.n.], 2015.

192 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Fernando Andrade Fernandes

1. Direito penal. 2. Relações trabalhistas. 3. Criminologia.
I. Título.

CDD – 341.5

PEDRO GUILHERME BORATO

**DA TUTELA PENAL DAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO:
UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DO SISTEMA PENAL
INTEGRADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2015

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos é um momento de reconhecimento, de modo que não há como não agradecer a certas pessoas e entidades pelo auxílio dado durante a realização desse trabalho. Entretanto, não os faço em agradecimento aos momentos de ajuda em dificuldades, pelo contrário, os agradecimentos que aqui faço são no sentido da participação ímpar no processo de grande aprendizagem que tive durante o mestrado, de modo que não houve sérias dificuldades, mas sim uma estrada de alegria e engrandecimento.

A Deus, pelo talento que me deu, por ter me dado um destino muito diferente do que jamais imaginei.

A Valdir e Magda, pelo apoio e confiança. Por permitirem que seja eu mesmo o senhor de meu destino.

A Lucas e Ana Clara, pelo entrosamento e amor que apenas os irmãos que passaram por muitas provações têm uns pelos outros.

A República Olimpo, ou seja, para Xoxó, Marasmo, Fofinho, Netto, Jiban, Azulejo, Djair, Limeira, Zeca, Christian e Sabiá. Pelo tempo de graduação e pelo primeiro ano de mestrado e seus momentos maravilhosos que guardo com muita saudade.

Ao Professor Fernando Fernandes, o verdadeiro artífice para que as coisas pudessem ter ocorrido como ocorreram, não só pela confiança em mim depositada, mas muito mais, em caráter presente e futuro, pelo trato filial que, para minha honra pessoal, me atribui.

A Ferrer e Montanha, amigos presentes por toda uma vida.

A República Sarjeta e República Curral, amigos que me fazem ter na boca de novo o gosto de estar na Olimpo.

A Zé Paulo, João Guilherme e Pedro Russo pela amizade e pelos momentos.

A Laura Pujol, pela excelente companhia em boa parte dessa caminhada.

Aos professores da Universidade Estadual Paulista, em nome da Profª. Elisabete Maniglia.

Aos funcionários da UNESP, em nome de Laura Odette Dorta Jardim.

Ao Núcleo Quente do Mestrado, que tornou mais leve o outono e o inverno da pesquisa.

Por fim, um agradecimento especial para Henrique Hass, o Azulejo, que mais que um amigo se tornou um irmão.

INVICTUS

“Dentro da noite que me rodeia
Negra como um poço de lado a lado
Agradeço aos deuses que existem
por minha alma indomável

Sob as garras cruéis das circunstâncias
eu não tremo e nem me desespero
Sob os duros golpes do acaso
Minha cabeça sangra, mas continua erguida

Mais além deste lugar de lágrimas e ira,
Jazem os horrores da sombra.
Mas a ameaça dos anos,
Me encontra e me encontrará, sem medo.

Não importa quão estreito o portão
Quão repleta de castigo a sentença,
Eu sou o senhor de meu destino
Eu sou o capitão de minha alma.”

William Ernest Henley.

BORATO, Pedro Guilherme. **Da tutela penal das relações do mundo do trabalho: uma abordagem na perspectiva do sistema penal integral**. 2015. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

RESUMO

O presente estudo detém como objetivo específico uma reflexão acerca da proteção às normas administrativo-laborais por intermédio da prevenção jurídico-penal a partir da dogmática penal em um contexto de análise através do modelo integral das Ciências criminais. A metodologia eleita conjuga diversos modelos metódicos com destaque para o método sistemático e para o método problemático que são utilizados em conjunto em uma relação de complementaridade, proporcionando uma análise holística do fenômeno jurídico da prevenção penal das relações de trabalho. O objeto central mostra-se atual, complexo, controverso e necessitado de bibliografia que aborde a temática a partir de uma ótica dogmática, o que traz a justificativa para uma pesquisa científica no campo. O estudo consubstancia-se em uma ponderação introdutória acerca das bases pela qual serão refletidas as violações das relações laborais, delimitando a doutrina base do Funcionalismo Sistemático que o guia. Também o modelo metodológico é explicitado, determinando sobre quais aspectos as violações das relações trabalhistas serão avaliadas. Após, o núcleo do estudo é alvo de uma análise criminológica e político-criminal que fornecem o substrato empírico e valorativo necessário para uma reflexão dogmática do fenômeno. Desse modo, enquadra-se a configuração social contemporânea para que se saiba em qual realidade as violações ocorrem, porque ocorrem e sob quais aspectos, informando o Sistema Jurídico-Penal da realidade na qual esses crimes acontecem, partindo de uma ponderação através do objeto de estudo da Criminologia. Também ocorre a valoração político criminal dessas violações e dessas informações trazidas ao Sistema, o que proporciona uma limitação do valor, de modo que se enquadre constitucionalmente a política pública de cunho criminal. Por fim, vislumbram-se as violações das relações de trabalho por intermédio da dogmática jurídico penal, buscando delimitar quais violações trabalhistas demandam intervenção criminal por intermédio dos critérios político-criminais de merecimento e necessidade de pena e pela Teoria da Imputação Normativa. Avalia-se também através de outros institutos dogmáticos que estão inseridos no contexto do núcleo do estudo e que promovem uma prevenção jurídico-penal adequada, racional e orientada a fins.

Palavras-chave: direito penal. violações das relações de trabalho. dogmática jurídico-penal. funcionalismo sistêmico. modelo integral das ciências criminais.

BORATO, Pedro Guilherme. **The criminal tutelage of the world of work relations: an approach from the perspective of the whole criminal justice system.** 2015. 192 f. Thesis (Master of Criminal Law) – Faculty of Humanities and Social Sciences, University of São Paulo State, Franca, 2015.

ABSTRACT

This study has as specific goal a reflection on the protection the administrative and labor standards through legal and criminal prevention from the criminal dogmatic in an analytical context through the integral model of Criminal Sciences. The chosen methodology combines various methodical models highlighting the systematic method and the problematic method which are used together in a complementary relationship, providing a holistic analysis of the legal phenomenon of criminal prevention of labor relations. The central object shows up current, complex, controversial and in need of literature that addresses the issue from a dogmatic point of view, which brings the justification for scientific research in the field. The study is consolidated in an introductory consideration about the bases in which the violations of labor relations will be reflected, delimiting the foundation doctrine of systemic functionalism that tab. Also the methodological model is explained by determining which aspects violations of labor relations will be evaluated. After the study of the nucleus is the target of a criminological analysis and political-criminal that provide the empirical and evaluative substrate needed for a dogmatic reflection of the phenomenon. Thus falls within the contemporary social setting so that it is known in which reality violations occur, why they occur and under what aspects, informing the Legal and Penal System of the reality in which these crimes occur, based on a weighting through the object study of Criminology. It also occurs to criminal political analysis of these violations and that information brought to the system, which provides a value of limitation, so that constitutionally frame the public policy of criminal nature. Finally, envision yourself violations of labor relations through the criminal legal dogmatic, seeking to define which labor violations require criminal intervention through the criminal-political criteria of merit and need for pen and Theory of Normative Attribution. Also evaluated by other dogmatic institutes that are placed in the context of the study of the nucleus and that promote a legal and criminal prevention proper, rational and oriented purposes.

Keywords: criminal law. violations of labor relations. criminal legal dogmatic. systemic functionalism. integral model of criminal science.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 ANÁLISE CRIMINOLÓGICA ACERCA DAS VIOLAÇÕES NAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO	36
1.1 A configuração atual da sociedade	40
1.1.1 O Risco	41
1.1.2 A Liquidez e o Medo	45
1.1.3 A Informação e a Técnica	48
1.1.4 A Mundialização	51
1.2 Criminologia e Funcionalismo Sistêmico	53
1.3 Análise criminológica das violações envolvendo as relações de trabalho	58
1.3.1 O crime	61
1.3.2 O criminoso.....	64
1.3.3 A vítima.....	68
1.3.4 As instâncias de controle	70
1.4 Conclusões Parciais	74
CAPÍTULO 2 ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL ACERCA DAS VIOLAÇÕES NAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO	81
2.1 O merecimento de pena e a necessidade de pena à luz das violações das relações de trabalho	95
2.2 Outras considerações político-criminais acerca das violações das relações laborais	105
2.3 Conclusões Parciais	119
CAPÍTULO 3 ANÁLISE DOGMÁTICA ACERCA DAS VIOLAÇÕES NAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO	122
3.1 Abordagem dogmática das violações envolvendo as relações de trabalho	129
3.1.1 Delitos de perigo e infrações de dever	139
3.1.2 Delitos Omissivos	147
3.1.3 Responsabilidade penal das pessoas coletivas	154
3.1.4 Posições de garantia	158
3.1.5 Imputação normativa e questões em órbita	164
3.2 Conclusões Parciais	176

CONCLUSÃO..... 179

REFERÊNCIAS..... 186

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo específico realizar um estudo dos crimes inseridos no contexto da proteção penal das relações do mundo do trabalho. O estudo visa uma reapreciação da dogmática jurídico-penal almejando uma melhor prevenção jurídico-penal no ambiente das relações de trabalho. A perspectiva da qual se parte para realizar a pesquisa é a de que a função do Direito Penal é garantir a identidade normativa, garantir a constituição da sociedade.¹ Eleger a função deste ramo jurídico é essencial para que melhor se compreenda e se desenvolva qualquer temática com ele relacionada. Nesta perspectiva, atribui-se uma maior atenção para o componente normativo, onde se radicaliza a função dessa área jurídica para a proteção normativa, ou seja, da dogmática jurídico-penal.

O direito penal das condições de desenvolvimento das relações de trabalho está inserido em um contexto de direito penal econômico, ramo vinculado ao direito penal secundário, já que, como aponta Klaus Tiedemann, diferencia-se do direito penal patrimonial por relacionar-se com um bem jurídico vinculado à economia, mas que possui caráter coletivo ou supraindividual (social), participando da regulação da produção e da fabricação e distribuição de bens econômicos.²

Os crimes praticados contra a classe dos trabalhadores incidem sobre a produção e fabricação dos bens econômicos da sociedade. O trabalho hoje assume um caráter basilar na vida moderna, de modo que o Estado deve se prontificar a tutelar, numa perspectiva supraindividual, os interesses vinculados a esse ramo do Direito. Atuando, assim, na proteção desse enorme grupo de pessoas que, através de seus diversificados ofícios, contribuem para o funcionamento de toda e qualquer comunidade.

Em uma perspectiva mais metodológica, o estudo aqui apresentado está inserido em um contexto jurídico-penal que vem sendo nomeado como Funcionalismo Sistêmico, como se depreende da função do Direito Penal em que se fundamenta o presente estudo. Além disso, também utiliza-se o modelo de Ciência Global do Direito Penal. Conforme Sérgio Salomão Shecaira³: “[...] pode-se asseverar que o direito penal, a criminologia, e a política-criminal são os três pilares de sustentação do sistema integrado das chamadas ciências criminais.” Direito Penal deve ser utilizado como sinônimo de dogmática jurídico-penal nesse contexto, o que

¹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 1.

² TIEDMANN, Klaus. **Poder económico y delito** (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel, 1985. p. 21.

³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 42.

abarcará, por obviedade, também as leis processuais penais, dentro de um panorama de integração sistemática entre tais ciências que, em conjunto, formam o Sistema Jurídico-Penal.⁴ Válido ressaltar que metodologia funcionalista e ambiente do Sistema Integral (Global) são itens distintos, no entanto, compreende-se aqui que a primeira resta melhor operacionalizada no contexto da segunda e é nesta perspectiva pela qual se pretende guiar o estudo presente.

A estruturação, feita dessa forma, optando por uma metodologia sistêmica visa dar maior adequação à resolução dos problemas que permeiam as Ciências Criminais. Tal método também é, como na versão funcionalista racional-teleológica, “[...] fundado na perspectiva de se estabelecer uma conexão direta entre os elementos integrantes do Sistema Jurídico-Penal e a sua respectiva função”⁵ já que, segundo Figueiredo Dias⁶, política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são assim, do ponto de vista científico, três âmbitos autônomos, ligados em vista do integral processo da realização do direito penal, em uma *unidade teleológico-funcional*. Ressalta-se que, apesar da orientação sistêmica, ela não deixa de ser orientada a fins, com o sentido de racionalizar a concepção. É a esta unidade que continua hoje justificadamente a convir o antigo conceito de v. Liszt de “*ciência conjunta do direito penal*”.

Tal posição supera as antigas visões de se trabalhar o direito penal, como o movimento Finalista, por exemplo, que será mais bem pontuado em breve. Mesmo tais visões aceitando a ideia de um sistema, acabavam por encontrar barreiras que problematizavam e impediam uma maior simbiose entre essas ciências. O que resultava em reconhecimento dos vínculos que as aproximam, mas impedia uma verdadeira comunicação entre elas.

O Sistema Jurídico-Penal, constituindo-se embora em um subsistema do sistema jurídico como um todo, o qual constitui, por sua vez, um subsistema do sistema social, possui de todo o modo, a sua teleologia própria, seu específico caráter funcional e a sua racionalidade estratégica própria. Ele configura-se, nesta acepção e nesta medida, mais que um sistema autônomo, um sistema autopoietico.⁷ Esta confissão a favor de um sistema

⁴ FERNANDES, Fernando Andrade. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 829.

⁵ Id. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 80.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 49. (grifo do autor).

⁷ Exatamente como na compreensão de Teubner, expoente do pensamento problemático, e sua compreensão de Direito como sistema autopoietico. Esse termo sociológico reporta-se à ontologia do fenômeno jurídico enquanto um sistema que se cria, diversifica e reproduz-se a partir de si próprio, a partir de sua própria estrutura e significados, mas que necessita relacionar-se com sistemas parciais com quem dialoga e auxilia em sua autopoiesis. Verificar: TEUBNER, Gunther. *Juridificação – noções, características, limites, soluções*. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano 14, p. 17-100, 1988.

teleológico-funcional e teleológico-racional da dogmática jurídico-penal não significa, porém a recusa da intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidade normativas na dogmática, nem, muito menos, o pronunciamento a favor de argumentos de pura engenharia social. Os desenvolvimentos mais recentes e com maior significado da dogmática jurídico-penal e dos seus pressupostos fundamentais revelam que uma tal oposição não se faz necessária e que, no lugar dela, o que entre aquelas concepções deve interceder é uma relação dialética capaz de conduzir, no fim, a uma unidade axiológico-funcional.⁸ Com isso, podemos conceber a noção de Ciência conjunta do direito penal como uma estrutura aberta a valorações que devem ser orientadas a fins.

A partir de tais ideias, percebem-se as vantagens de se refletir sobre o problema criminal num ambiente de Ciência Conjunta. Nos quadros de um Estado de Direito material, assumidas as vantagens de compreender-se e interpretar o Sistema Jurídico-Penal de maneira teleológica, foi-se aos poucos sedimentando uma nova postura que convencionou-se chamar de teoria racional-final. A política criminal deixa então de assumir uma posição somente auxiliar e passa a atuar na determinação dos conceitos e categorias dogmáticas. Exercendo, então, uma posição privilegiada no discurso jurídico⁹, a política criminal passa a deter local de maior destaque exatamente porque é ela que dentro do sistema atua como o componente valorativo. Lembrando que a Criminologia é o componente empírico e a dogmática jurídico-penal o normativo. Bem nos moldes do pensamento de Radbruch¹⁰ e de Reale, com a tríade fato-valor-norma sendo correspondente a Criminologia-Política criminal-Dogmática penal.

Essa tríade tem sua importância destacada por Roxin¹¹, no sentido de que um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível, e, também, o procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido. Pois, transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, de *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.

Essa concepção busca oferecer mais adequação das normas jurídico-penais aos casos concretos porque abre o sistema normativo para informações empíricas já valoradas de acordo com as regras limitadoras do sistema. Então, apesar de sua fundamentação normativa, uma tal

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 37-28.

⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 419, jan./fev. 2012.

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

¹¹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

dogmática está bem mais estritamente ligada à realidade que a feita no reino das pirâmides sistemáticas de conceitos. Pois, enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam, numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais requer que passe em revista toda a matéria de regulamentação. Apenas a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que possibilitam uma solução correta, ou seja, adaptada às peculiaridades do caso concreto.¹²

Com essa inversão metodológica, as investigações a respeito do Sistema Jurídico-Penal no pós-guerra distanciaram-se cada vez mais de dados prévios ontológicos e de estruturas lógico-reais, sobre os quais a Teoria Finalista¹³ queria fundamentar o direito penal, intentando desenvolver a teoria geral do delito a partir de pontos de vista normativos. Não que a teoria finalista não detenha seus méritos, como ter favorecido a busca de princípios e valores que devem ser independentes da vontade do Estado e que têm de lhe fazer oposição em uma época onde imperava um positivismo formalista.

Essa nova opção metodológica fez evoluir as Ciências criminais e a fez entrar no contexto do Funcionalismo. A necessidade de abertura das categorias a valores, a necessidade da ampliação da relação teleológica entre as categorias, fez nascer a necessidade dessa evolução. O Movimento Finalista, escola anterior a essas alterações, que abriram o Sistema novamente para os valores, acabou reforçando o formalismo jurídico porque deduz de elementos ontológicos todo o sistema jurídico. Ou seja, fecha-se o sistema por meio da categoria da ação. Portanto, o movimento pós-finalista assevera que o direito penal não deve trabalhar conceitos de conduta humana que não expressa aquilo que é, já que direito penal não é mero juízo de legalidade. Não é qualquer conduta típica que interessa a esse ramo jurídico, ele pode eleger, a partir de um juízo de realidade, aspectos pertinentes ao sistema penal, valorando tais comportamentos. A conduta só será relevante se ela cumprir todos os requisitos do tipo em uma perspectiva mais normativa e não tão empírica.¹⁴

¹² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 83.

¹³ Como expoentes do Finalismo Jurídico-Penal podemos citar Hans Welzel e Luiz Regis Prado. A escola Finalista conjuga fenomenologia e ontologia. Através de seu método indutivo de lógica concreta, pautava na categoria da ação todo o funcionamento do Sistema Penal. Buscava limitar os juízos de valor no campo do Direito Penal, tanto que como noção de Culpabilidade apenas interessava a inexigibilidade de conduta adversa e, transferindo o dolo e a culpa para o tipo, trazia toda a conduta humana para o tipo fechando, assim, sua noção empírico-naturalista. Grande avanço impetrado pelo Movimento Finalista foi levar o Direito Penal para considerações filosóficas e antropológicas, avanço de reconhecida e extrema importância para o atual estágio da Ciência. Para maiores informações consultar: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001 e PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

¹⁴ ROXIN, op. cit., p. 56-59.

O Movimento Jurídico-Penal Funcionalista, no qual insere-se o Funcionalismo Sistemático alicerce do estudo, nasce exatamente com a alteração metodológica acima explicitada. As alterações no plano da estrutura dos componentes da Teoria do Delito não foram muito grandes, o mais importante foi a forma com a qual se passou a lidar com as categorias integrantes da Teoria do Delito, os esquemas de imputação, a relação com a Constituição e, entre outras, a maneira como mandamentos político criminais passaram a influenciar o plano normativo, não no plano da construção da norma, mas sim no plano da sua aplicação prática e sua relação com conceitos como o da Culpabilidade. O componente valorativo passou, mais a uma vez, como aconteceu na era do Neokantismo, a ter papel de destaque, mas dessa vez, com limitações para que não fosse qualquer valor, considerando-se a acertada crítica que foi dirigida à mencionada concepção no sentido de possibilitar um “relativismo axiológico”.

Esta primeira fase do Funcionalismo passou a ser doutrinariamente conhecida como de Racionalismo Funcional-Teleológico ou Funcionalismo Racional-Teleológico. Baseando-se na função do direito penal como sendo a tutela dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade, conseguiu, durante muito tempo, manter o poder de descrição e de crítico-reflexão dos componentes do Sistema Jurídico-Penal. Entretanto, após a crise da Teoria do Bem Jurídico, suas bases teóricas foram abaladas, perdendo seu potencial descritivo e crítico-reflexivo, abrindo a possibilidade de evolução e melhor adequação das Ciências criminais às novas necessidades jurídicas que a Teoria do Bem Jurídico já não conseguia mais manter e atender.¹⁵ É nesse ambiente de necessidade de uma teoria que conseguisse deter potencial descritivo e potencial crítico-reflexivo que Günther Jakobs traz sua proposta de evolução da Teoria Funcionalista: o Funcionalismo Sistemático.

O Direito Penal, nesta perspectiva, restabelece, no plano da comunicação, a vigência perturbada da norma, cada vez que se leva a cabo um procedimento que tem como consequência uma violação normativa. A prestação que é realizada pelo direito penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade social. O delito não é concebido como princípio de uma evolução nem como evento que deva solucionar-se de maneira cognitiva, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua. Nesse plano, o elemento empírico atua como sendo o campo onde se apreende o delito, o processo e sua relação. Com isso, não se pode compreender empiricamente o fenômeno da confirmação da identidade normativa, porque isso não é

¹⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 184.

consequência do processo, é seu significado.¹⁶ A partir disso se explica, por exemplo, porque os estudos empíricos vinculados à análise da prevenção geral positiva parecem deslocados. Para Jakobs¹⁷, a constituição da sociedade se dá por meio das normas.

No campo dessa teoria, a conduta de alguém que realiza um injusto perturba a vigência da norma. Ou seja, a conduta contradiz a vigência normativa já que a mensagem que a ação passa (ou passa até o ponto onde podemos compreender tal como seu significado) é de que aquela norma que dizia ser proibido realizar aquele ato, pois ele estaria em desacordo com o direito, não possui validade.

Como aponta Saad-Diniz, a representação funcional do normativismo de Jakobs oferece necessário contraponto reflexivo ao se ponderar na literatura jurídico-penal sintomática do esgotamento da racionalidade penal, sobretudo nas ideias recentes de Roxin, que vão cedendo à “flexibilização” dos fundamentos da Teoria do Bem Jurídico. O anacronismo das ideias penais já atua na literatura sob o estado latente de “relativização teórica” e perda de consistência do referencial sistemático, permitindo a crítica à infra-complexidade da compreensão político-criminal. Acontece tal porque colhe sua auto-compreensão em campo quase ilimitado de percepções e combinações de fraca precisão teórico-conceitual (juízos deontológicos livres), ausente a referência criteriosa que guie o sentido operacional do Sistema Jurídico-Penal (poder descritivo). Essa crítica à infra-complexidade reporta-se aos níveis intoleráveis de indeterminação e identificação da “política-criminal”, cujo sentido opera-se com a mesma vagueza e ambiguidade do próprio conceito de inimigo em matéria criminal. A falta de consistência sistêmica da consagrada tese de abertura a princípios (valorações) para uma solução justa e adequada a casos concretos de natureza política criminal afeta o sentido operacional da repressividade. No lugar de abertura cognitiva dinamizar o fechamento operacional do sistema jurídico-penal às irritações do sistema político, ocorre o oposto.¹⁸

Na mesma linha segue Michael Pawlik, entendendo o autor que há uma lacuna entre o juízo sistêmico da moderna dogmática jurídico-penal e a sua aplicação. O meio de superá-la passa pela necessidade de uma ambiência político-científica com a qual o distanciamento teórico sirva precisamente como referencial qualitativo para uma aproximação de maior reflexão teórica, e não menor. Por isso que as Ciências Criminais detém a necessidade de uma Teoria da Ciência do Direito Penal. Esse seria o meio para a resolução da luta do empírico

¹⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 4-5.

¹⁷ Ibid., p. 10.

¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 89-91.

com a filosofia e a garantia de que no lugar dessa luta, ambos se integrem livremente, convivam e apoiem-se harmoniosamente. Contudo, é duvidoso se de fato, a atual dogmática, está disposta ao cultivo filosófico rigoroso de uma Teoria da Ciência do Direito Penal. É mais provável que a evolução da tendência à refinada ornamentação de minúcias traga consigo a supressão da disciplina sistemática da totalidade. O resultado seria a continuação do reforço de um ecletismo presente, de modo refletido ou não, na discussão da atual dogmática jurídico-penal e mediante o qual pretende literalmente fundamentar toda a práxis da persecução penal. Dessa forma, genericamente, seria ainda mais lamentável que, mesmo após as demais particularidades históricas, a tradição de uma dogmática jurídico-penal filosoficamente refletida atinja o declínio. Tradição essa que Pawlik considera ter atingido na obra de Jakobs um dos pontos mais elevados, e que entende que ainda é possível, através dele, evitar-se a completa perda da descrição e da crítico-reflexão da Ciência Criminal.¹⁹

A noção de “bem jurídico”, que deveria balizar e restringir a atuação do direito penal apenas ao que realmente é digno de uma intervenção tão violenta por parte do Estado na liberdade do cidadão, reverteu-se em meio pelo qual o Sistema Jurídico e, mais precisamente, o Sistema Jurídico-Penal, fosse irritado ainda mais pelo Sistema Político, sistema esse que não possui os mesmo filtros e barreiras que o Sistema Jurídico-Penal detém que visam dar racionalidade à intervenção punitiva. Essa inversão refletiu-se em uma corrida criminalizadora que possibilitou uma ampliação sem critérios do *ius puniendi* do Estado. Não apenas isso, essa inversão criou um déficit descritivo imenso no seio do Sistema Jurídico-Penal já que as categorias, que necessitam de uma plena afinação entre si para o funcionamento racional do sistema, encontraram-se em completo desafino já que a teoria base em que se construía a orientação funcional do Sistema (Teoria do Bem Jurídico) simplesmente entrou em colapso. Dessa maneira, categorias como Injusto, Culpabilidade, noção de Lei Penal no Tempo e no Espaço, Princípio da legalidade, foram, uma a uma e por derivação, perdendo sua capacidade de cumprir funcionalmente as missões que eram a elas estabelecidas.

Entretanto, cumpre salientar que nem o próprio Jakobs despreza por completo a noção de Bem Jurídico. Observa-se que, em seu entendimento, apesar dos efeitos intrínsecos da Teoria do Bem Jurídico, não se deve abandoná-la já que a mesma tem uma função de evidenciar a configuração social.²⁰ Outros autores, como Polaino Navarrete, entendem que é possível conciliar a ideia de proteção de bens jurídicos com a ideia de confirmação da

¹⁹ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 37-38.

²⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 57.

vigência normativa, de forma que, para o autor, o conceito de bem jurídico permanece um conceito transcendental para a determinação de conteúdo do injusto-típico, assim como a determinação da função que corresponde desempenhar o direito penal. Assim, a função do direito penal para o autor segue como proteção de bens jurídicos, mas com um adicional, reconhecendo também a *prevenção* de ataques lesivos aos mesmos. Dessa maneira, a confirmação da vigência da norma, mais do que uma função propriamente dita, seria uma consequência direta e principal da proteção dos bens e valores jurídicos instituídos na norma. A consequência seria que a tarefa de proteção de bens jurídicos não é incompatível com a manutenção da vigência normativa. Antes disso, ambas as questões reclamam-se mutuamente, ainda que atuam em planos distintos: a primeira legitima o sistema punitivo, a segunda configura a estrutura do sistema jurídico e, portanto, social. A compatibilidade e a contingência de suas finalidades (orientação teleológica) demonstram que, na Dogmática penal atual o conceito de bem jurídico permanece desempenhando um papel importante na fundamentação material do injusto e na determinação da função do Direito Penal.²¹

Luz entende que a opção por uma funcionalidade focada na proteção normativa comporta uma vantagem fundamental, sendo que o modelo de delito como lesão de deveres normativos parece guardar, ainda, uma grande vantagem sobre a Teoria do Bem Jurídico: o fato de evidenciar que a opção por uma maior ou menor intervenção penal é, no limite, uma decisão política, determinada contingencialmente, e não aferida em um processo dedutivo pelos teóricos penalistas.²²

Para Renato de Mello Jorge Silveira, ainda que se possa entender que a própria lei deva exercer papel de regulação do legislador, visando obstaculizar a criação de tipos ilegítimos, genericamente, parece que a estipulação de bens jurídicos guarda razão e essência de ser. As críticas de Jakobs quanto ao seu significado até podem se justificar em parte, mas elas são primordiais em países onde a irracionalidade do legislador e a mais que eventual obediência cega dos operadores do Direito levam a situações de anomia jurídica.²³ Atualmente, em ambiente pátrio, sente-se essa irracionalidade do legislador e essa cega obediência dos operadores, o que faz com que se tenha ainda mais a necessidade de ponderação sobre a situação atual do Direito Criminal.

²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 126-127.

²² LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 174.

²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 146.

A concepção Sistêmica do Funcionalismo em Jakobs baseia-se em três alicerces que visam dar maior racionalidade, operacionalidade, atualidade e potencial descritivo e crítico-reflexivo ao Sistema Jurídico-Penal. Aliando a ideia de comunicação de Habermas, a força de noção de Estado de Hegel e a estruturação racionalista que visa compreender a sociedade em conjunto, em totalidade da Teoria dos Sistemas, Jakobs intenta recuperar a tradição de uma dogmática jurídico-penal filosoficamente refletida.

Quando se fala de comunicação na teoria de Jakobs, podemos rapidamente conectá-la com os conceitos de comunicação desenvolvidos por Habermas. Quando o penalista diz que o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação²⁴ ele transfere para outro plano toda a compreensão desse ramo jurídico.

Cabe inicialmente diferenciar os tipos de comunicação e como o funcionalismo sistêmico compreende a comunicação. “Os sujeitos não são eles mesmos ante fundo de objetos, mas apenas perante outros sujeitos”²⁵, essa afirmação é básica na compreensão de toda a ideia sobre comunicação nesse plano teórico. Habermas afirma que a razão comunicativa sobressai na força vinculante do entendimento intersubjetivo e do reconhecimento recíproco; circunscrevendo, ao mesmo tempo, o universo de uma forma de vida coletiva.²⁶ Ou seja, através da sobreposição de sujeitos perante sujeitos é que possuímos a possibilidade de defini-los como tal e a comunicação é o caminho de circunscrição da vida coletiva e desse reconhecimento recíproco dos sujeitos.

A comunicação, no funcionalismo sistêmico pode ser dividida em dois tipos. O primeiro é a comunicação instrumental, onde a comunicação pode servir a alguma finalidade ou não, mas, em qualquer caso, o participante não possui nenhuma vinculação que o obrigue a qualquer coisa, ou seja, nesse tipo de comunicação ele não é pessoa. Essa espécie pode ser encontrada, por exemplo, no trato de uma máquina. A máquina não possui direito algum de ser utilizada da maneira correta.²⁷

Na comunicação instrumental tomamos o sujeito de maneira completamente isolada. Para o indivíduo particular, o mundo exterior surge como nada além de um gigantesco corpo organizado pela sua psique. Ela determina todos os contornos, mas nada determina seus contornos próprios porque ela, como fundamento da sua determinação, está obrigatoriamente oculta em suas próprias determinações. Nesse contexto, o indivíduo é guiado simplesmente

²⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 44.

²⁵ Ibid., p. 48.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Tópicos). p. 450.

²⁷ JAKOBS, op. cit., p. 46.

por seus próprios impulsos de satisfação e insatisfação. Ele até pode se relacionar com outros sujeitos, mas para ele nada mais eles são do que signos externos, não alterando em nada seus padrões de condução por satisfação e insatisfação. Nesse ponto, o sujeito não possui identidade subjetiva alguma, como já alertaria Rousseau. Com tal, para esse indivíduo particular, o mundo nada mais é do que um contexto onde ele surge como centro preferencial, onde até poderiam existir outros centros preferenciais, ou seja, outros indivíduos. E nesse caso, o outro não importa, no caso de a satisfação que o primeiro almeja encontra o outro como barreira. Não há reconhecimento do outro como pessoa, pois não há balizas para sua própria autodeterminação. Essa é a base da comunicação instrumental, a luta pelo reconhecimento de uma existência em sociedade pressupõem que já não nos encontremos perante a mera atuação de centros preferenciais, mas de sujeitos portadores de autoconsciência, pois só detém valor o respeito daquele a quem o próprio respeitado estima.²⁸ Essa luta supera a comunicação instrumental.

A comunicação pessoal é o outro tipo de comunicação. Nela, o outro (sujeito) é mais que o objeto de um cálculo estratégico, é uma pessoa em Direito. Na comunicação jurídica isto se estabelece por outras construções, como o contrato social ou por essência racional. Todo aquele que segue sua própria racionalidade de maneira demasiada, ou seja, é tiranizado por sua psique, estabelecendo sua identidade de maneira excessiva independentemente das condições de uma comunidade jurídica não há de ser sujeito, há de ser um centro preferencial.²⁹

Esse outro tipo de comunicação aparece quando a relação com ao menos outro indivíduo não se embasa somente sobre as próprias vontades e preferências, mas antes de tudo, define-se mediante ao menos uma regra independente de tais preferências, de tal modo que o outro possa invocar essa regra. Essa regra poderia ser considerada como norma social em sentido estrito, se infringe-se tal norma, significa eleger uma configuração de mundo que exclui o outro. Apenas ante o perfil de outro sujeito pode-se compreender o sujeito por si mesmo, com o nascimento no mesmo berço lógico que o outro, a definição de uma norma em sentido estrito que se encontre entre eles. É com essa norma que os sujeitos se reconhecem como tais, pois é ela que faz com que sejam sujeitos perante sujeitos e não sujeitos frente objetos. Na maior parte dos casos, vai se além de uma norma, mas são sempre as normas que constituem a relação entre sujeitos. Essas normas são o mundo objetivo, objetivo porque

²⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 46-53.

²⁹ Ibid., p. 46.

determinam a comunicação e o fazem de maneira a operar distante das preferências particulares de cada indivíduo.³⁰ A norma, portanto, é o veículo de comunicação que permite que sujeitos sejam reconhecidos.

Isso vai de encontro em perfeita harmonia com o que é compreendido por Habermas. Para ele, em processos comunicativos sistematicamente limitados, ou seja, limitados pelos parâmetros jurídicos que fornecem contornos para a liberdade, os participantes formam convicções subjetivamente não coercitivas, mas ilusórias; a partir disso, geram comunicativamente um poder que pode ser usado contra esses mesmos participantes, no momento que se institucionaliza.³¹ Trata-se aqui das normas jurídicas institucionalizadas, que podem ser utilizadas, nos moldes ditados por Jakobs, para que se balize a atuação do outro, que passa por cima delas ao atender apenas a suas necessidades de satisfação.

Assim, o sujeito passa a conceber-se, já que, ao conceber-se de uma maneira mediada pelo normativo, também reconhece o outro, mas usa sua própria auto referência e mantém-se como item particular seu. Frente ao outro constitui-se o sujeito por meio da vinculação à norma e se faz necessária a própria auto referência do outro para que este se converta em sujeito. O mundo vinculante está constantemente restringido forçosamente ao alcance da norma ou das normas concebidas. Os sujeitos aparecem com essa limitação apenas no âmbito social, como portadores de funções (papéis) ou pessoas. Por isso tudo, pelo reconhecimento do outro, é que a comunicação é pessoal e não instrumental.³² Comunicação, então, é conduta com sentido.

A ação comunicativa consegue constituir-se como meio através do qual o mundo da vida se reproduz em seu todo. Os participantes da interação já não surgem mais como os autores que dominam as situações com a ajuda de ações imputáveis, mas sim como o produto das tradições em que se encontram, dos grupos solidários aos quais são pertencentes e dos processos de socialização que desenvolvem. O mundo da vida, aqui, reproduz-se na medida em que se cumprem três funções que ultrapassam a perspectiva do ator: o prosseguimento das tradições culturais, a integração por meio de normas e valores e a socialização das gerações que se sucedem. Dessa forma, o que nasce com estrondo à nossa frente são, em geral, as propriedades dos mundos da vida comunicativamente estruturados.³³ Em Jakobs, a estruturação social por meio da comunicação é latente, e a norma é o item objetivo que possibilita essa construção. Por isso que, em sua edificação teórica, o Direito Penal tutela a

³⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 54-55.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Sociologia**. Organizadores da coletânea B. Freitag e S. P. Rouanet. Seleção e trad. Bárbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1980. (Grandes cientistas sociais). p. 115-116.

³² JAKOBS, op. cit., p. 55.

³³ HABERMAS, op. cit., p. 417-418.

norma, pois ao tutelar a norma ele protege a comunicação, sendo ela o único meio de reconhecimento dos sujeitos como pessoas em direito. O diálogo entre ele e Habermas é incontestável, os dois compreendem a comunicação como instrumento fundamental para que a vida em sociedade seja possível.

No funcionalismo sistêmico, o tipo penal constitui-se como a comunicação da expectativa cognitiva institucionalizada. A norma penal é por onde se estabelece a comunicação entre os sujeitos de suas expectativas cognitivas que guardam referências com a estruturação básica da sociedade. As normas penais são as que mais devem estar resguardadas da perda de validade, pois é nelas que se encontra a própria validade de uma sociedade num processo comunicativo. “A expectativa normativa se transforma com igual frequência antes numa expectativa cognitiva.”³⁴ Toda ordem delinea um conjunto de normas que devem conservar certa estabilidade para possibilitar a realização das interações sociais livre de perturbações. A problemática da pena aponta em Jakobs como um problema de natureza normativa, que se dirige à reposição da ordem perturbada. A pena demonstra a medida necessária à preservação da estabilidade normativa afetada, o que permite conceituá-la como reação à quebra da norma.³⁵

Dentro do Funcionalismo Sistêmico, tipicidade e ilicitude, são itens inseparáveis, já que é apenas com a conjugação dos dois institutos e suas funções é que se consegue identificar a falha na comunicação explanada por um sujeito. Como aponta Figueiredo Dias, um dos maiores problemas que ainda se encontra na construção do sistema do fato punível é o de encontrar a concepção mais adequada das relações entre tipo e ilícito ou, melhor, entre tipicidade e ilicitude.³⁶ Sendo o tipo penal o primeiro degrau da comprovação do injusto, vinculando uma ação a um tipo, a ilicitude surge como o segundo degrau mostrando que não existe causa de justificação para aquela conduta típica, conferindo então o Injusto. Completado será o Injusto com a Culpabilidade Jurídico-Penal, gerando a imputação. No Funcionalismo Sistêmico, por mais que dogmaticamente ainda não esteja resolvida toda a discussão sobre como melhor relacionar os dois componentes do Injusto, os limites entre eles tornam-se mais palpáveis, já que remontam a uma questão objetiva.

Hegel tem um importante papel na compreensão da pena nessa linha teórica, mas não é apenas ali que esse importante filósofo alemão é perene, em vários outros pontos

³⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 40-41.

³⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 62-63.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 265.

vislumbramos sua influência. Como, por exemplo, na compreensão do Estado. No costume tem o Estado a sua existência imediata, na consciência em si, na atividade do indivíduo e no seu saber há sua existência imediata. O indivíduo realiza a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como essência, como ao fim e ao produto de suas atividades.³⁷ A ligação entre indivíduo e Estado é grande também no pensamento de Jakobs.

A ligação maior, e desde já explicitada, refere-se à própria função do direito penal de proteger a validade normativa. Sendo este o desiderato do Direito Penal, a vinculação dessa concepção ao Estado hegeliano é muito forte. Pois, cabe ao Estado produzir as normas jurídico-penais.³⁸ Assim, demonstra-se ainda mais o papel funcional do Direito Penal nessa perspectiva. Seria então esse ramo jurídico uma das ferramentas mais fortes do Estado, já que serve a ele o papel de guardião das normas mais importantes produzidas por este ente. Resguardando a vigência normativa, ao mesmo tempo também reafirma o poder estatal.

Como aponta Hegel³⁹:

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.

A visão de Jakobs de direito como instância comunicativa que proporciona a vida em sociedade vislumbra-se também nessa concepção de Estado como via de conhecimento da liberdade. Sendo a norma estatal o norte que dinamiza os atos humanos em sociedade, é compreensível que só é entendido como liberdade, aquilo que o papel do homem não se confronta em relação ao direito. Segundo Pawlik⁴⁰, O pensamento de Hegel é de grande simplicidade; ele é bem conhecido do instituto da reparação do dano. Dessa forma, todo aquele que provocar um dano está obrigado a equiparar ao agir destrutivo um construtivo. Ele carrega a preocupação de restabelecer, na medida do possível, a situação anterior. A aparência de justiça isonômica deve ser descartada, pois cria uma sequência dupla negativa do mal. A obrigação de reparar o dano implica mais do que uma capacidade positiva na medida em que

³⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos). p. 216.

³⁸ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003b. p. 36.

³⁹ HEGEL, op. cit., p. 217.

⁴⁰ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 26.

ela restitui um estado de perturbação com justa distribuição da liberdade.

A pena produz apenas a impressão de que a irresponsabilidade não é alternativa viável para as relações sociáveis, rejeitando a condição de sociabilidade desse comportamento que movimentou o procedimento de imputação. No entanto, não possui pretensão intimidadora e, sim, generalizadora com o objetivo da afirmação da confiança no direito. O que Jakobs pretende com o recurso à expectativa é operacionalizar o ciclo de confiança das relações sociáveis, que um ser humano tenha suas atitudes de acordo com a expectativa conforme à norma, orientando a repressividade para o futuro, reafirmando o seu papel preventivo. A imputação monitora e coordena a repressividade, sem a qual não se opera a estabilização da norma. O autor labora com o centro de imputação de responsabilidade, noção de pessoa e reconhecimento interpessoal em trama de solidariedade, na realização do espírito objetivo e eticidade. A base teórico-conceitual dele para a imputação de responsabilidade é filosófica, com recurso à interpretação de cariz psicológico dos fundamentos da filosofia do direito de Hegel. A pena é entendida no sentido hegeliano da contradição à quebra da norma, cujo sentido é manipulado tecnicamente pelas categorias da dogmática jurídico-penal, tarefa que não cumpre à Teoria dos Sistemas.⁴¹ E aqui se mostra fundamental a opção por trabalhar a orientação funcionalista em conjunto com a noção de Sistema Integral das Ciências Criminais, pois como supramencionado, tal porção do processo não está no âmbito da Teoria dos Sistemas e sim no da Dogmática Jurídico-penal que nada mais é que o produto final do Sistema Integral. A norma é o instrumento de trabalho das Ciências Criminais no contexto do Direito.

A Teoria dos Sistemas é componente de extrema importância na construção teórica do penalista da Escola de Bonn. Segundo Alfred Büllesbach, as teorias dos sistemas (ou sistêmicas) visam compreender a sociedade em conjunto (na sua totalidade). Especialmente em Luhmann, a teoria crítica da sociedade está relacionada com o interesse na análise da sociedade no seu todo. Isto acaba por exigir tanto uma teoria da evolução social como uma teoria da estrutura da sociedade, nas suas implicações sociais, econômicas e políticas. Questões como a das relações da teoria dos sistemas com concepções histórico-filosóficas; como a da unidade entre a teoria e a prática; como a da autoconstituição da sociedade e seus subsistemas; como a da discussão atual de uma teoria dos sistemas vivos (sistemas autopoieticos), consubstanciam-se outras tantas problemáticas ulteriores da teoria dos sistemas. Os princípios da teoria sistêmica são na contemporaneidade utilizados com interesse

⁴¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 71-72.

na solução de questões sociopolíticas atuais. Na Ciência do Direito, as contínuas transformações estruturais exigem que se tenha em consideração estes desenvolvimentos de maneira a superar uma concepção relativamente limitada das relações jurídicas.⁴²

As modernas teorias sistêmicas não devem ser apenas entendidas como meras teorias dos sistemas, mas detêm a pretensão de ser, também, uma modalidade de análise da sociedade global. A sociedade como sistema social compõe-se de ações dirigidas por expectativas, sendo os sistemas vistos como molduras de orientação da ação incorporando muitas variáveis. O direito é uma dessas variáveis. Compreende-se sob o termo sistema a ideia de uma série de elementos e de uma série de relações entre eles existentes, em que todas as totalidades isomorfas pertencentes a um tipo são consideradas como um e o mesmo sistema. A série de relações entre os elementos representa a estrutura do sistema. A estrutura de um sistema é a ordenação pela qual a complexidade se transmuta em ordem, a partir do ponto de vista da Teoria da Informação. Partindo da aptidão dos sistemas jurídicos para se formalizarem, estes passam a ser calculáveis e, assim, comparáveis a outros sistemas formalizados (comparação jurídica) e, além disso, modificáveis e algo suscetíveis de planificação (no âmbito das políticas jurídicas, sociais, *criminais*). De fato, o planejamento social pressupõe uma análise das dependências globais do sistema. A transposição desta teoria para a Ciência do Direito voltou a colocar no seu centro o conceito de informação, além de outros conceitos fundamentais como regulação e sistema. A importância da informação (a sua troca, seus fluxos, a sua disponibilidade, etc.) aumentou com a evolução da tecnologia da informação. O uso da tecnologia da informação e comunicação modificou a aplicação do direito na área da administração e também na da justiça. A legislação é afetada duplamente por isso, ela deve, por um lado, ajustar-se à automatização; e, por outro e especialmente, garantir relações que, do ponto de vista da dignidade humana, se conformem com os valores da Constituição. A teoria dos sistemas contribui para a construção dos instrumentos de que a teoria jurídica carece para lidar com os problemas jurídicos fundamentais.⁴³ E é nessa perspectiva de construção dos instrumentos que intenta-se analisar o objeto principal do estudo com relação às violações das relações de trabalho.

Saad-Diniz é reticente quando se intenta relacionar o modelo sistêmico de Luhmann à concepção de Jakobs. Para o autor, cada modelo corresponde a uma universalidade própria, cada qual atende a categorias qualitativamente distintas entre si. Nesse caso, antes de

⁴² BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 409.

⁴³ *Ibid.*, p. 410-411.

submeter os modelos a uma relação comparativa, tendo que são universos muito diversos, um operando no campo da sociologia, outro mais arraigado a princípios da filosofia do direito, mais vale para a auto-compreensão do direito penal da sociedade submeter Jakobs à observação de terceira ordem e, a seu tempo, evidenciar que existe muito mais Hegel do que Luhmann em Jakobs. Segundo Saad-Diniz, embora recorrentes as referências à sociologia luhmanniana no manual de direito penal publicado por Jakobs em 1993, em 1995 os estudos “Direito penal entre o funcionalismo e pensamento principiológico” já anunciam a clara intenção do autor em se posicionar contrariamente à teoria dos sistemas em matéria penal. Com efeito, em Jakobs, a ordem mantém a ordem e se movimenta por sentido normativo que é o símbolo e o gozo de si próprio. No entanto, a expectativa em Jakobs opera no plano da ação e no terreno da culpabilidade. A sociologia não compreende os fatos sociais a partir dos elementos constituintes do direito. Pode observá-los, captar seus sentidos, inclusive o operacional, mas para ela a faticidade é a norma. As aproximações ao modelo luhmanniano operam-se pelo recurso à ideia de expectativa e de legitimidade. Há de fato referências e marcos teóricos que possibilitam avizinhar a teoria da pena em Jakobs a uma perspectiva sistemática. No entanto, essa crítica que aponta tal ou qual semelhança não se encontra além do mero nominalismo, não basta para identificar universalidades tão distintas como em Jakobs e em Luhmann.⁴⁴

Luz considera o contrário, de que é possível sim aliar Jakobs a Luhmann. Infere o autor que Jakobs partilha com Luhmann, e que o segundo seria um de seus principais inspiradores, a crença de que a Teoria do Direito e a Dogmática têm de se mostrar adequadas à complexidade da sociedade na qual elas são construídas. Assim, surge como mérito de Jakobs reconhecer que, por maiores que sejam os refinamentos conceituais de um dado complexo de categorias, ele de nada adianta se tiver perdido a referência central da realidade social, de onde o Direito surge e sobre o que age.⁴⁵ O presente estudo não intenta dirimir se existe ou não aliança entre Jakobs e Luhmann, de modo que basta-se em reconhecer aqui a importância do uso da Teoria dos Sistemas na compreensão de diversos fenômenos que ocorrem nas Ciências Criminais contemporâneas, exatamente porque a noção sistêmica levanta-se como um dos meios de compreensão da sociedade, o que aceita-se na pesquisa.

Um dos itens interessantes que a Teoria dos Sistemas traz é o método *input-output*. Esse método serve bem para tornar visíveis as chamadas funções de transição de um sistema.

⁴⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 67-70.

⁴⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 136.

A função de transição contém uma indicação sobre o modo como a saída (*output*) de um sistema se relaciona com a entrada (*input*). Para tal, não são absolutamente necessários conhecimentos sobre a estrutura interna do sistema. Caso os conhecimentos forem nulos ou incompletos, fala-se então em um sistema em *black-box*.⁴⁶ Ele é interessante para que se perceba como que as irritações entre os sistemas acabam influenciando os sistemas. Alterações no campo econômico, por exemplo, irritam o sistema jurídico para que esse dê respostas, normalmente normativas, para o que ocorre no plano da economia. O método *input-output* é que nos faz compreender como que essas irritações ocorrem.

Como aponta Büllesbach, a complexidade, como a totalidade dos acontecimentos possíveis no mundo, tem de ser reduzida a uma medida que permita que a vida e a ação humanas consigam se orientar. A redução da complexidade realiza-se, fundamentalmente, pela construção de sentido ou de sistema, isto é, pela seleção e definição de limites entre o interior e o exterior.⁴⁷ Essa é uma das aplicações mais fundamentais que a Teoria Sistêmica traz para o campo jurídico, o direito é a via com a qual reduzimos a complexidade do mundo em normas produzidas pelo Estado, ente legítimo da produção legislativa e detentor de seu monopólio, porque ele é a instituição que foi desenvolvida pela sociedade civil como instrumento para que se consiga obter uma possibilidade de vida em sociedade. O cidadão, como bem demonstra os contratualistas, abre mão de sua liberdade plena em nome da possibilidade de coexistir em sociedade. Como já trabalhado, a norma é a via de comunicação que a linguagem, item que viabiliza a relação sujeito-sujeito que permite o reconhecimento de pessoas e não de centros referenciais, encontrou para que o cidadão saiba qual é a fronteira de liberdade que ele cedeu para que se possa viver em sociedade. Jakobs reconhece a norma como essa via e, devido a isso, que o alvo de tutela penal é a norma, porque é ela que possibilita a existência de pessoas, de cidadãos.

Segundo Pawlik⁴⁸, até a segunda metade do Século XVIII, “sistema” não significava na Jurisprudência mais do que uma teoria e limitava a produção da Ciência jurídica à articulação de novos modos de representação. Com o giro Copérnico, os pensamentos, que não vão do conhecimento ao objeto, mas sim devem os objetos conduzirem-se ao nosso conhecimento, alcançam a possibilidade de diferenciar internamente os objetos dos sistemas da Ciência. E, assim, se dá sequência ao pensamento Kantiano da reposição do conceito de

⁴⁶ BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 418-419.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 425.

⁴⁸ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 11.

sistema. Para Kant, o sistema tem a missão de resolver a racionalidade em juízo de coerência interna e organizativa.

Ocorre com o Direito Penal contemporâneo, e também com o Direito como um todo, que as alterações no modelo social atual (modelo social que será melhor detalhado em momento posterior) implicam em uma nova configuração do sistema jurídico. E foi essa nova configuração que causou, através da irritação entre os sistemas, a crise da Teoria do Bem Jurídico e a desafinação das categorias do Sistema Jurídico-Penal, porque elas estão configuradas para um modelo social que já não mais existe, ou que está aos poucos desaparecendo. Com a evolução civilizacional, a complexidade das condições de vida de uma sociedade se faz aumentar. Essas condições tornam-se cada vez mais variáveis; e, então, a anterior ordem jurídica rígida fracassará ou renunciará progressivamente à invariabilidade dos seus princípios (que é o que está acontecendo no atual momento histórico). A complexidade de um sistema tem de estar correlacionada com a complexidade do seu meio ambiente.⁴⁹

Analisar a questão pela ótica de Jakobs torna-se imperativa. Existe uma sincronização entre seus referenciais teóricos de grande interesse. Habermas aproveita a ideia de Luhmann de conceber o direito como um sistema autopoietico, considerando ainda que esta evolução é ainda útil do ponto de vista de uma teoria crítica do direito. Ele caracteriza a teoria sistêmica do direito através de três transformações conceituais estratégicas. A primeira, como a redefinição da natureza do dever das normas jurídicas no sentido de torná-las passíveis de uma ponderação funcional. A segunda, como a tradução de um modelo funcionalista para o modelo de um sistema jurídico diferenciado e completamente autonomizado e, por fim, a terceira como a explicação da legitimidade a partir da legalidade como uma ilusão estabilizadora do sistema, a qual acaba ratificada pela lei e pelo próprio sistema jurídico.⁵⁰

No entanto, cumpre salientar que Habermas e Luhmann não aceitam, na íntegra, as ideias um do outro em sua completude. Habermas considera infundada a tese de que a análise funcionalista indica o único caminho admissível da racionalização. A teoria sistêmica seria a única grande tentativa de fundamentação construída para realizar o objetivo prático de colocar uma análise orientada diretamente no sentido das tecnologias da sociedade em lugar do interminável pseudo-discurso sobre questões políticas (o que se considera aqui, um interessante avanço). Tal análise política seria incapaz de obter a verdade e, por isso, de terminar de uma vez com as ilusões de uma realização da razão política, ou seja, com

⁴⁹ BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 426.

⁵⁰ Ibid., p. 429.

tendências de democratização. A teoria sistêmica da sociedade representa a forma suprema de uma consciência tecnocrática que permitiria definir questões políticas como questões técnicas e, assim, privá-las de uma discussão pública e natural. Já o conceito de discurso de Habermas é ao contrário do conceito de sistema, edificado sobre a intersubjetividade e o consenso. A teoria sistêmica de Luhmann ofereceria ao observador apenas um esquema, ou seja, a distinção entre o que é sistema e o que é meio ambiente.⁵¹ O que nos remete mais uma vez ao problema já explicitado sobre a influência ou não do modelo luhmanniano em Jakobs e seus limites.

Desse modo, com Pawlik, entende-se que no lugar da representação de uma Ciência unitária do Direito Penal, pretende-se atingir o entendimento de que no teto da dogmática jurídico-penal cabem tanto a exigente concepção kantiana de sistema quanto uma metodologia tópica nuclear em distintas relações mistas (aonde contribui em muito a noção de Ciência Conjunta do Direito Penal). Por tal razão, a Teoria da Ciência do Direito Penal não pode e nem deve oferecer uma fórmula mágica⁵², com a qual se possa resolver a prática dos problemas do Direito Penal. Uma teoria científica do direito penal é uma teoria na qual, a fim de assegurar-se, a dogmática jurídico-penal pode afiançar pretensões para se constituir enquanto Ciência sistemático-racional. A teoria científica do direito penal não é a dogmática em sentido próprio, a qual produz a interpretação dos elementos jurídicos dados. Ela também não é apenas uma forma de reserva argumentativa para o trato de casos-limite de difíceis resoluções. Além disso, ela prepara laboriosamente as premissas metódicas e de conteúdo, sob as quais deve operar a observação da dogmática, para deter cientificidade no sentido de Kant e Feuerbach. Não se consegue encobrir as expectativas por uma dogmática jurídico-penal em estrito sentido sistemático-científico. Hegel se posiciona, com razão, contra a noção de que poderia constituir-se por meio de um desenvolvimento sistemático dos conceitos jurídico-filosóficos um código positivado, isto é, assim como o Estado atual necessita. Apesar disso, o conhecimento possui suas consequências racionais na determinação do direito positivo, que resulta da comparação dele com as relações jurídicas dadas na sua esfera própria e na sua apreciação. Ele posiciona-se somente fora das relações com a observação filosófica. De fato, as inúmeras questões jurídico-penais polêmicas não se deixam responder; comprove-se pela interpretação dos variados elementos normativos do tipo dos delitos da parte especial; pelo recurso concreto às categorias jurídico-penais fundamentais, mas sim pela interpretação de

⁵¹ BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 439.

⁵² Uma fórmula mágica da paz?

cunho racionalista, da tomada de decisão, apenas desse modo e não de outra forma, tornada efetiva pelo legislador positivo.⁵³

Assim, como aponta Saad-Diniz⁵⁴, o Direito Penal se presta à garantia da combinação das regras que determinam as relações sociáveis. A sociedade aproveita-se dessa proteção para dar vazão às expectativas de funcionalidade. Somente porque o direito penal sustenta a validade das normas ao contradizer a quebra da norma, por negar a desilusão das expectativas, é que a sociedade adquire condições de identidade e reprodução dessa mesma identidade. O direito penal formalmente válido garante materialmente a identidade e o sentido social. Os padrões de orientação de comportamento oferecem o substrato para a criação das expectativas normativamente garantidas. Mas a condição de existência da expectativa normativa é sua desilusão. Essa tensão entre identidades (expectativa normativa e quebra da norma) resta por gerar uma construção com identidade própria, cuja importância consiste em viabilizar que um ser humano mantenha contato com outro ser humano (comunicação pessoal) de acordo com determinados padrões de comportamento. A identidade dessa identidade é o verdadeiro objeto de proteção do direito penal em Jakobs.

Isso conduz à ponderação acerca do próprio título do presente estudo. Ao entender e aceitar a ideia de tutela da validade normativa o que se apreende também é que a atuação do direito penal no campo dos direitos supraindividuais, como na pesquisa, além de orientar-se para a prevenção, intervém reforçando as normas não penais. No campo do mundo do trabalho existe uma ordenação normativa que já detém cariz de proteção do trabalhador, mas não a tutela de nível jurídico-penal. Assim, o papel do direito penal no objeto específico do trabalho é atuar por meio de normas reforçando as normas desse outro ordenamento que, no caso, é o ordenamento laboral. É dar a mensagem de que, em certos lugares onde se entende que a ordenação trabalhista deva ser maior contingenciada na sua proteção de direitos, esse auxílio virá com caráter jurídico-penal, já que a violação daquele direito trabalhista afetará também um direito digno de tutela jurídico-penal. Um exemplo disso é com relação à segurança do trabalhador. A possibilidade de o trabalhador ter sua saúde física, mental, ou até mesmo sua vista exposta a perigo pela atuação de seu labor é preocupante. Dessa maneira, essas normas laborais que impõe exigências à empresa recebem um reforço maior advindo do plano criminal, levando a mensagem de que aquele direito trabalhista deve receber atenção redobrada por parte da empresa, de forma a reforçar a orientação preventiva, ou a sanção será

⁵³ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 16-17.

⁵⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 83-84.

aquela mais potente que o Estado possui.

A escolha de se trabalhar a partir dessa visão do Sistema Jurídico-Penal inserido no âmbito do Funcionalismo Sistêmico é fundamental para que se consiga analisar o tema central do estudo, a proteção penal das relações do mundo do trabalho, em uma perspectiva que observe a temática a partir da ótica da Criminologia, da Política Criminal e da Dogmática Jurídico-Penal. De modo que as conclusões inferidas detenham comunicação com o plano da realidade e as estratégias a serem traçadas realmente possuam o condão de interferir de forma racional e orientada a fins no problema.

Ressalta-se, também, o ambiente no qual se encontra o objetivo específico da presente pesquisa. Segundo Tiedmann⁵⁵, por conceito de delito econômico compreende-se em primeiro lugar as transgressões ocorridas no âmbito do Direito Administrativo-Econômico, ou seja, contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia. Compreende também as infrações no campo dos demais bens jurídicos coletivos e supraindividuais da vida econômica, os quais por necessidade conceitual transcendem os bens jurídicos individuais. A proteção penal das relações do mundo do trabalho encontra-se inserido nesse contexto, pertence ao Direito Penal Secundário, mais detidamente na categoria do Direito Penal Econômico.

Como aponta Baldan, não podemos afirmar que a doutrina nacional tenha dado caráter autônomo a um verdadeiro direito penal do trabalho, muito embora sejam notórias as violações de conotação criminal, sob variadas naturezas, de que são alvo as relações de trabalho. No entanto, a atenção dos penalistas europeus para esse ramo do direito penal existe desde o surgimento da discussão sobre o direito penal secundário, de modo que os italianos chamam esse ramo de “*Diritto Penal del Lavoro*”, os espanhóis de “*Derecho Penal del Trabajo*” e os alemães “*Arbeitsstrafecht*” como meio de designar tal campo do direito Penal.⁵⁶

Cumprе ressaltar a necessidade de diferenciar o Direito Penal Secundário do Direito Penal Clássico, para que melhor se compreenda que, apesar de inserido no âmbito penal, são campos distintos, e tal diferenciação se nota principalmente na categoria de bens jurídicos que são tutelados por esses dois ramos.

O direito penal do trabalho pode ser entendido como o ramo do ordenamento jurídico que possui como objetivo tutelar penalmente os direitos conferidos aos trabalhadores em nível constitucional ou ordinário.⁵⁷

A diferença entre os bens jurídico-penais a que se refere o direito penal secundário e

⁵⁵ TIEDMANN, Klaus. **Poder econômico y delito** (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel, 1985. p. 12.

⁵⁶ BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 223.

⁵⁷ Ibid.

os que guardam referência o direito penal clássico está na esfera desses bens jurídicos. Cabe ao direito penal clássico o remeter aos bens jurídicos individuais e ao direito penal secundário a relação com os bens supraindividuais, mas todos necessários para a existência da sociedade. Sobre tal diferenciação, Figueiredo Dias⁵⁸ explana que:

A distinção relativa entre o direito penal clássico e secundário – ou entre direito penal de justiça e direito penal administrativo – vai pois buscar a sua legitimação última à dupla função desempenhada pela personalidade do homem no contexto material do Estado de Direito: surgindo embora sempre como concreto e socializado, o homem realiza a sua personalidade na dupla esfera da sua actuação pessoal e da sua actuação comunitária, sem que uma se sobreponha à outra no seu relevo ou na sua validade originária; à proteção daquela se dirige o direito penal clássico (e, só neste sentido, ‘primário’), à proteção desta o direito penal administrativo (*hoc sensu*, ‘secundário’).

Notamos que a tutela penal das relações do mundo do trabalho é necessária e está inserida em um contexto de direito penal secundário, e, no interior deste, dentro da categoria de direito penal econômico. Ressalta-se que o direito penal econômico liga-se com os bens jurídicos de ordem econômica, relacionando-se com o sentido de que os delitos são contra as disposições legais que organizam e protegem a vida econômica.

Assim, o direito penal de proteção ao trabalho também está enquadrado na problemática atual do direito penal secundário. Como aponta Guilherme Gouvêa de Figueiredo, os crimes relacionados ao direito penal econômico não estão adequados à função do direito penal e ao respeito aos seus princípios fundantes como subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, entre outros. E assim, surge como sintoma a ineficácia dos instrumentos formais de controle para a tutela real e efetiva dos bens jurídicos alvos dos crimes em análise, a edição casuística e inflacionada de tipos penais no contexto do direito penal secundário. Dessa maneira, a inflação legislativa em relação a esse direito penal extravagante, com maior incidência na busca por prevenir os crimes praticados pelos poderosos possui um papel de censurar fatos e não seus autores, já que não geram penalidade. Tratando-se de uma legislação edificada para ser virtual, com a finalidade de ser estigmatizante para fatos e indulgente com os autores desses fatos.⁵⁹

A discussão da temática é necessária e atual. Atualmente estamos elaborando, em

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 422-423, jan./fev. 2012.

ambiente legislativo, um novo Código Penal que, se não estiver atento às novidades (outras nem tanto, mas nem por isso estão sendo debatidas da maneira como deveriam como é a situação das medidas de segurança) existentes num contexto de Sistema Jurídico-Penal, corre o risco de já nascer ultrapassado.

O estudo abarca questões complexas e controvertidas. Como aponta Cláudia Cruz Santos⁶⁰, deve-se superar a ideia de que os criminosos desse direito penal são tratados com brandura, já que existiria uma relação consistente e positiva entre o estatuto socioeconômico do agente e a severidade da condenação. O ponto estaria na possibilidade de condenação, já que para ela, os aplicadores da lei não possuem qualquer intenção ou consciência de tratar diferentemente os agentes com características mais específicas. A própria estrutura das relações de confiança é que dificulta a descoberta do ilícito e a aplicação da pena, o que importaria, na administração da justiça, em deslocar das especificidades do agente para as particularidades da infração. A complexidade da temática muito se relaciona com a questão das características especiais desse tipo de crime.

Tal posicionamento também é contraposto. Existe um grande movimento que propugna o foco na prevenção geral negativa, ou seja, que acredita que os crimes estão sendo tratados com brandura, de modo que o que deveria ser feito é o aumento das penas vinculadas. Ou seja, existe grande discussão acerca da forma como se devem estruturar as políticas públicas de cunho criminal no ambiente das violações referentes aos direitos supraindividuais e, mais especificamente, na questão que dialoga com a proteção penal das relações do mundo do trabalho. Assim, a temática eleita demanda uma pesquisa científica por ser tema com relevante grau de complexidade, controverso, atual e que possui escassez de bibliografia no Brasil.

Por fim, a metodologia que será empregada mostra-se crucial. Dentre os diversos modelos metodológicos de realização do Direito, atualmente destacam-se aqueles que se voltam para uma maior racionalidade, ou seja, o pensamento sistemático, com sua respectiva racionalidade de cunho hermenêutico e o pensamento problemático, com sua racionalidade pautada na tópico-retórica.⁶¹

Segundo Luhmann uma das características mais importantes de um sistema é a sua relação com a complexidade do mundo, como já foi exposto acima. Aqui, deve-se entender

⁶⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e os problemas do modelo de controlo. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 199.

⁶¹ FERNANDES, Fernando Andrade. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 17.

complexidade como a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real, quer seja no mundo quer seja num sistema. Para cada construção sistemática é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita uma limitada gama de possibilidades e as efetive. Os sistemas se constituem numa diferença entre interior e exterior, numa diferenciação em complexidade, ou ordem. O seu ambiente é sempre excessivamente complexo, impossível de se distinguir limites e incontrolável, em oposto, a sua ordem própria é extremamente valiosa na medida em que reduz essa complexidade; e, como ação inerente ao sistema só admite, dentro de comparações, algumas possibilidades. Na ordem do sistema pertence ainda um projeto seletivo de ambiente, uma visão subjetiva do mundo, que, entre as possibilidades do mesmo, escolhe apenas alguns relevantes fatos, acontecimentos, expectativas, que são mensurados significativos. É através de tal redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da ação.⁶²

Ou seja, os sistemas generalizam a imensa pluralidade, para que se opere uma mecanização. Com isso possibilita-se que sejam eleitas certas inferências como gerais e, a partir disso, operacionalizar um sistema. Ao selecionar, no âmbito jurídico, quais são os acontecimentos, expectativas e fatos, criam-se os imperativos categóricos que regem o sistema social. Na ordem jurídico-penal, criam-se as normas penais, seguindo um padrão de seleção desses aspectos ditados por seus princípios, construindo um sistema. Esse sistema funciona baseando-se em generalidades, que o elemento empírico faz com que essa generalidade seja acoplada ao caso. Já que é impossível sistematizar toda a pluralidade, forjam-se regras básicas flexíveis que serão completadas com esse elemento empírico.

A sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de um modo diverso de como está configurado no caso concreto. Visto que se trata da configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens. O contexto de comunicação deve ser capaz de manter sua configuração diante de modelos divergentes, se se quer evitar que toda divergência se tome como começo de uma evolução, e, inclusive neste caso devem ser assegurados os requisitos da evolução, pois do contrário não se poderia distinguir o que é evolução do que é casual.⁶³

Essa conclusão de Jakobs está intimamente atrelada ao pensamento sistêmico de Luhmann. Para ele, um sistema social constitui, através do direito, as expectativas de

⁶² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980. (Pensamento político, 15). p. 39.

⁶³ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 10-11.

comportamento e utiliza a sua interpretação simbólico-significativa como estrutura de comportamento. A função dessa estrutura reside na redução da complexidade das variantes possíveis de comportamento dos indivíduos. Esta função exige que o direito, nos procedimentos estruturados por ele, não possa sofrer alterações, deve ser pressuposto como invariável, porque, sem tal suposição, perdem-se todos os pontos de referência e anulam-se todas as premissas. Esta irrevogabilidade e indisponibilidade são de importância muito grande, tanto que, para Luhmann, constituem em primeiro lugar o sentido do direito. Prever a par da invariabilidade indispensável, conjuntamente a sua variabilidade, resulta em surgir uma contradição evidente. Defender um direito completamente alterável parece tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas.⁶⁴ Assim, como aponta Canaris⁶⁵, o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A noção funcionalista no plano jurídico-penal dialoga muito bem com a perspectiva sistemática, já que as alterações que se fizeram no pós-guerra acompanha essa tendência de relação sistêmica entre os componentes das Ciências criminais.

Os sistemas sociais, segundo Büllesbach⁶⁶, têm frequentemente que se adaptar muitas vezes, através de regras e organização, a um meio ambiente em constante transformação. A identidade do sistema nestes processos de transformação realiza-se por intermédio do fato de que as convicções e juízos valorativos da organização permanecem constantes, enquanto tudo o resto se transmuta estruturalmente. Com isso, reforça-se a ideia de que a referência à valores é o que, de certa maneira, consegue lidar com uma sociedade contemporânea que comporta-se como dunas em um deserto, que alteram sua feição e seu lugar diariamente.

Com relação ao pensamento problemático, como aponta Roxin⁶⁷, frente a um determinado problema, como acontece com frequência no diálogo científico e na discussão das deliberações judiciais, em primeiro lugar colocam-se todas as soluções e argumentos imagináveis e, após a ponderação das vantagens e desvantagens de cada um, seria tomada uma decisão passível de consenso. Essa seria a essência do pensamento problemático. A noção de pensamento problemático no âmbito da metodologia jurídica não é muito diferente

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980. (Pensamento político, 15). p. 120.

⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Intr. e Trad. A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 23.

⁶⁶ BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 436.

⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte geral**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 215.

daquela ideia de que o direito é e permanece como uma técnica de resolução de problemas.⁶⁸

O pensamento problemático dialoga muito bem com a jurisprudência na Ciência do direito, possuindo maior valor em sistemas de *Common Law* já que o direito costumeiro detém melhor posição para a jurisprudência do que o sistema da *Civil Law*.

A tópica (pensamento problemático), como mostra Canaris⁶⁹, não abarca com correção e no fundamento a estrutura da Ciência jurídica, no entanto, há áreas nas quais ela tem uma função legítima a desempenhar. Elas surgem, sobretudo onde faltem valorações legais bastantes e onde, por isso, não haja espaço para o pensamento sistemático. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se em parte.

Fernandes⁷⁰ aponta que à uma indagação de se uma interpretação jurídica teleológica, orientada para as consequências do plano do real, detém perspectiva de futuro enquanto método universalmente aplicável e se ela oferece um fundamento para a compreensão dogmáticas da *ratio legis*, Luhmann responde que a interpretação à fins do direito põe ao serviço das classificações do *input* uma orientação às consequências simplificadas ao extremo. Sob a ótica técnica a metódica de racionalização das decisões programadas segundo um fim não cria resistência à sua limitação jurídica através de proibições ou condicionamentos. Já tendo sido doutrinariamente questionada, de maneira satisfatória, a pertinência de uma teleologia técnica, lastreada num finalismo tecnológico, talvez seja mais adequado reconhecer uma teleologia prática, fundada numa prática normatividade material, na qual os fins são intenções práticas a sustentarem juízos práticos. O que objetiva-se no estudo.

Dessa forma, a metodologia do presente estudo pauta-se no pensamento sistemático e no problemático. Também serão utilizados outros métodos como o histórico, que consiste em recolher informações disponíveis acerca de acontecimentos passados, a fim de caracterizar o contexto histórico em que se insere o objeto de estudo, suas fundamentações e ainda sua evolução através do tempo, essa metodologia será essencial para analisar a compreensão da evolução do Trabalho, como fenômeno social humano, e também na compreensão da existência dos Direitos Sociais. Também será utilizado o método dedutivo-bibliográfico⁷¹ que consiste em uma pesquisa no campo teórico, acerca de diferentes teorias já existentes, procedendo-se por meio das deduções, a fim de analisá-las e compará-las.

⁶⁸ FERNANDES, Fernando Andrade. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 18.

⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Intr. e Trad. A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 288-289.

⁷⁰ FERNANDES, op. cit., p. 23.

⁷¹ POZZEBON, Paulo Moacir Godoy. As ciências humanas. In: _____ (Org.). **Mínima metodológica**. Campinas: Alínea, 2004. p. 28.

Outro processo a ser utilizado é o dogmático-jurídico. Este, específico da ciência do Direito, visa o estudo e a interpretação das diferentes doutrinas, jurisprudências e das próprias leis, dispostas no ordenamento brasileiro e estrangeiro. Não se pode deixar de mencionar ainda o método dialético. Com base no materialismo histórico, essa metodologia tem a pretensão de demonstrar uma tese através da contradição de ideias, partindo de uma visão geral, do todo, para chegar a uma visão específica permitindo compreender a evolução e construção dos fenômenos sociais⁷² como é o caso das evoluções no campo laboral. Além do já mencionado método racional teleológico-funcional, específico do Sistema Jurídico-Penal e extremamente pautado no pensamento sistemático.

Desta maneira, pretende-se desenvolver a análise da proteção penal das relações de trabalho iniciando pela ponderação criminológica, com o intuito de descobrir se existe um problema na área e se esse problema possui dignidade penal, ou seja, que necessite de intervenção do direito penal. Havendo tal necessidade, refletir-se-á sobre quais seriam as opções político-criminais para trabalhar o problema, baseando-se nos mandamentos constitucionais e principiológicos do direito penal, valorando-o. Por fim, adentraremos na análise principal, da dogmática jurídico-penal, buscando alternativas dogmáticas referentes ao direito penal econômico para as violações sofridas no campo das relações do mundo do trabalho no Brasil.

⁷² POZZEBON, Paulo Moacir Godoy. As ciências humanas. In: _____ (Org.). **Mínima metodológica**. Campinas: Alínea, 2004. p. 29.

CAPÍTULO 1 ANÁLISE CRIMINOLÓGICA ACERCA DAS VIOLAÇÕES NAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO

A atividade laboral detém importância basilar na vida contemporânea. No entanto, como aponta Pozzoli e Antico¹, as mudanças na economia impulsionam uma nova realidade mundial, que afetam as relações de trabalho. No processo de adequação para manter-se no mercado, as empresas tomam medidas que possuem o objetivo principal de maximizar os resultados positivos. A vulnerabilidade dos direitos fundamentais relativos ao trabalho é ampliada e o cenário laboral acaba sendo marcado pela eminente inexistência de condições dignas de trabalho. O aviltamento do valor social do trabalho é latente e, como consequência, o da dignidade da pessoa humana.

Principalmente a partir da década de 90, como infere Ricardo Antunes², com a intensificação do processo de reestruturação produtiva do capital no Brasil, sob a condução política em conformidade com o ideário e a pragmática definida no Consenso de Washington e aqui seguida, pelos governos de Collor e de Fernando Henrique Cardoso, presenciou-se várias alterações, configurando uma realidade que comporta tanto elementos de descontinuidade quanto de continuidade em relação às fases anteriores da organização das forças produtivas no país. Ocorrendo que no estágio atual do capitalismo brasileiro, combinam-se processos de enorme enxugamento da força de trabalho, acrescidos às mutações sociotécnicas no processo produtivo e na organização social do trabalho. A flexibilização, desregulamentação, terceirização, as novas formas de gestão da força de trabalho, dentre outras, estão presentes em grande intensidade, indicando que, se o fordismo parece ainda dominante quando se olha o conjunto da estrutura produtiva industrial e de serviços no país, ele também se mistura com novos processos produtivos. Tais são consequências da liofilização organizacional, dos mecanismos da acumulação flexível e das práticas de cunho “toyotistas” que foram, parcialmente, assimiladas no setor produtivo pátrio.

Segue Ricardo Antunes asseverando que, sendo verdade que a baixa remuneração da força de trabalho, que se caracteriza como elemento de atração para o fluxo de capital externo produtivo no Brasil, pode-se constituir, em certa medida, em alguns ramos produtivos, como

¹ POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). **Tutela dos direitos humanos fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui: Boreal, 2011. p. 3.

² ANTUNES, Ricardo. Anotações sobre o capitalismo recente e a reestruturação produtiva no Brasil. In: _____; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010a. p. 22-23.

elemento obstaculizador do avanço tecnológico em nosso país, da mesma maneira, a combinação obtida pela superexploração da força de trabalho com padrões produtivos mais avançados acabou por constituir-se em elemento que segue particularizando o capitalismo brasileiro. Tal ocorre porque, para os capitais nacionais e transnacionais produtivos, interessa a confluência entre força de trabalho qualificada, polivalente, multifuncional, preparada para operar com os equipamentos informacionais, percebendo, no entanto, salários bastante dilapidados, sub-remunerados, em patamares muito inferiores àqueles recebidos nas economias tidas como “avançadas”. E, acrescenta-se, vivenciando condições de trabalho fortemente precarizadas.³

Na mesma linha segue Navarro, afirmando que no Brasil a intensificação do processo de reestruturação produtiva é observada a partir dos anos de 1990, em meio à aceleração do processo de globalização da economia e da abertura econômica brasileira à competição internacional. O novo cenário aberto pelo mercado internacional começou a exigir produtos com maior variedade, com mais qualidade e a preços competitivos. Em soma a isso, a adoção de políticas recessivas, de cunho neoliberal, levou à promoção, por parte das empresas, de profundas transformações em seus processos produtivos. Essas mudanças ocorridas na organização e nos processos de trabalho que buscam aumento da produtividade, melhoria de qualidade do produto e dos serviços, e a redução dos custos de produção, têm resultado na diminuição dos postos de trabalho, no aviltamento do valor dos salários e no aumento da informalidade do emprego, em um quadro que aponta uma precarização das condições e das relações de trabalho de uma significativa parcela da força de trabalho do país.⁴

Ou seja, essa nova configuração social que se moldou a partir do período supramencionado trouxe problemas para a área do trabalho. A violação de alguns direitos começou a ser mais constante e maior noticiada. Frise-se que quando falamos em violações de direitos e garantias trabalhistas estamos falando de violações de direitos fundamentais, mais precisamente de direitos fundamentais de segunda geração. Ressalta-se ainda que tais direitos encontram-se decantados pelo ordenamento, de forma que além de violações de direitos positivos também podemos encontrar a agressão ao que se pode ser chamado de liberdades sociais.

Sobre tais direitos e classificações, Ingo Wolfgang Sarlet disserta que o impacto da

³ ANTUNES, Ricardo. Anotações sobre o capitalismo recente e a reestruturação produtiva no Brasil. In: _____.; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010a. p. 23.

⁴ NAVARRO, Vera Lucia. A reestruturação produtiva na indústria de calçados de couro de Franca (SP). In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 68-69.

industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não restava por gerar a garantia do seu efetivo aproveitamento horizontal acabaram, já no decorrer do Século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado um comportamento proativo na realização da justiça social. As características distintivas desses direitos são a sua dimensão positiva, vez que se cuida não mais de evitar a intervenção estatal na esfera da liberdade individual, mas, sim, de proporcionar um direito de participar do bem-estar social. Não se trata mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Esses direitos fundamentais caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, tais quais: assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros. Revelando assim uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. É no Século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que esses novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativos de Constituições, além de terem sido objeto de variados pactos internacionais. Tais princípios nascem com o âmago voltado ao princípio da igualdade numa acepção não mais formal, porém sim material.⁵

Segue o constitucionalista afirmando que ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão (sociais) há que prestar atenção para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”. Tais podem ser exemplificadas como sendo a liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para exemplificar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, inobstante o cunho positivo possa ser considerado como o marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais.⁶

Dessa forma, detendo-se nas relações do mundo do trabalho que é o foco do presente estudo, há de se inferir que o trabalho integra a pessoa em sociedade, na medida em que dignifica, estabelece modos de viver, hábitos, direitos e deveres. É no trabalho que o ser humano encontra sentido para a vida, sentido esse que se altera quando há desqualificação e

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47-48.

⁶ Ibid., p. 48.

degradação profissional. Não é qualquer ofício, portanto, que torna o trabalho elemento que detém o condão de dignificar o ser humano. A identidade social do ser humano apenas será assegurada se o seu labor for digno. Tal deve ser compreendido por meio da permanente contradição que se desenvolve no interior da sociedade civil: ao mesmo tempo em que o trabalho traz a possibilidade da construção da identidade social do ser, pode também destruir sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício.⁷

Atualmente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera como trabalho digno aquele que é executado em condições de liberdade, equidade e dignidade⁸. Para a OIT, o conceito de trabalho digno, condensa as aspirações do ser humano no ambiente profissional e abrange variados elementos, quais sejam, oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho, proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens.⁹

Como se observa, o labor detém importância extrema na vida do ser humano. Fonte não apenas de renda, mas também de desenvolvimento individual e social ele se apresenta como elemento chave na vida do homem na contemporaneidade. Por tantas vezes esquecido ou precariamente trabalhado no contexto jurídico-penal, esse quinhão dos direitos sociais apresenta violações constantes que variam em tamanho. Existem agressões às relações de trabalho que assuntam seriamente, como é o caso da redução à condição análoga a de escravo, onde não apenas direitos trabalhistas como tantos outros são violados. No entanto, esse tipo de crime não é o foco do presente estudo. O que se pretende aqui é analisar aquelas violações também graves, não tanto quanto a redução à condição análoga a de escravo, mas que também podem trazer significativos danos a um trabalhador ou a uma coletividade de trabalhadores, como é o caso da segurança no trabalho, por exemplo.

Apenas a título de ilustração, por ora, observe-se o que Jesús-María Silva Sánchez apontou sobre os “desafios pendentes” com relação à teoria do delito e o direito penal

⁷ POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). **Tutela dos direitos humanos fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito.** Birigui: Boreal, 2011. p. 10-11.

⁸ Segundo Juan Somavia, Diretor-Geral da OIT: “Atualmente, o principal objectivo da OIT consiste em promover oportunidades para que mulheres e homens possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade e dignidade.” OIT-Lisboa. **Trabalho digno: a chave do progresso social.** Lisboa, dez. 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

⁹ Ibid., p. 11.

econômico. Ao discutir a questão da responsabilidade penal das empresas (ou pessoas coletivas) no âmbito do direito penal econômico, existe um ponto que desafia de maneira interessante as construções para a teoria do delito própria do direito penal secundário, e ele possui grande relação ao direito penal de proteção ao trabalho. O princípio da autorresponsabilidade com relação à responsabilização do empresário por atos cometidos por seus funcionários. O que leva a enormes dúvidas quanto à posição de garantia do empresário. Vinculados aos comprovados problemas cognitivos dos trabalhadores, derivado, em regra geral, de sua habituação ao risco, com a sua conseguinte desvalorização do próprio risco, tal situação levaria a afetação da racionalidade dos trabalhadores refletindo assim em uma diminuição de sua autorresponsabilidade.¹⁰

Como exemplo, pode-se considerar qual seria a responsabilidade jurídico-penal de um empresário do ramo da construção civil que fornece todo o material e equipamento previsto na legislação, e que possui um funcionário que em certa situação na qual está habituado a trabalhar não cumpre o procedimento de segurança e causa um acidente grave com vítimas. Ou qual seria a responsabilidade dele caso ele estivesse comprovadamente pressionando tal funcionário para que o serviço fosse feito com maior rapidez. São essas as questões que se pretende analisar.

1.1 A configuração atual da sociedade

Como se observou, a perspectiva laboral mudou porque a sociedade também se alterou. A Criminologia é o elemento empírico da relação jurídico-penal, é ela que cuida de comunicar os fatos da materialidade para o Sistema Jurídico-penal e assim impedir que a pirâmide dos conceitos dogmáticos se afaste da realidade ao qual ela se reporta. Como o intuito nesse momento é identificar se existe ou não um problema digno do Direito penal, envolvendo as violações conexas às relações do mundo do trabalho, deve-se entender qual é essa realidade atual, ou seja, qual é a configuração da sociedade no presente momento histórico.

Desde já cumpre ressaltar que se considera fundamental a relação entre direito e sociedade porque tal implica reconhecer que também a dogmática jurídico-penal, como setor de reflexão do direito penal, deve, necessariamente, adotar uma perspectiva externa, ou seja, tem que construir o processo de imputação baseando-se não em um sistema fechado de

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 352-353, nov./dez. 2012.

categorias, como ação, antijuridicidade e/ou culpabilidade, mas sim na prestação que o direito penal exerce no âmbito social¹¹. Portanto, pensar dessa maneira é orientar-se a fins, teleologicamente, como marca o referencial do pensamento problemático, demonstrando, mais uma vez, que a opção metodológica corresponde às necessidades contemporâneas do manuseio sistemático penal.

Se é a Criminologia que detém a tarefa de embeber o Sistema Jurídico-Penal na realidade social, deve-se compreender, desde o início, em que sociedade a Criminologia irá colher suas informações. Ajudando, dessa forma, a atualizar as categorias da dogmática de modo que haja coerência entre a necessidade de atuação e os instrumentos para ela.

A configuração atual da sociedade é chamada por muitos de pós-modernidade. A perspectiva histórica da pós-modernidade, o contexto espacial do pensamento ocidental e o referencial temporal que gira ao redor da metade do século XX até os dias atuais são os pontos básicos de partida para a reflexão da estruturação contemporânea da sociedade em que pensamos nosso Sistema Jurídico-Penal.

Não intentaremos conceituar pós-modernidade. Por ser extremamente complexa a temática, sendo que nem sua nomenclatura é pacífica, quanto mais sua definição, não é objetivo aqui dar uma noção mais nítida dessa perspectiva histórica, talvez até por ter em sua marca essa indefinição. O que será buscado é dar elementos chave dessa nova configuração. Para tal missão, apoiar-se-á em referencial teóricos bases de cada ideia que compõe essa perspectiva, como o risco, o medo, a liquidez, a informação, a mundialização e a complexidade.

1.1.1 O Risco

Ulrich Beck, teórico do risco, abre portas para uma modernização reflexiva, uma alteração da sociedade que visualize oportunidades de ampliação dos horizontes dessa configuração atual. Supondo que modernização reflexiva signifique que uma mudança da sociedade industrial ocorrida sub-repticiamente e sem planejamento no início de uma modernização normal, autônoma, e com uma ordem política e econômica inalterada e intacta implica a radicalização da modernidade, que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para uma nova modernidade.¹²

¹¹ LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 137.

¹² BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997. p. 13.

Assim, qualquer um que conceba a modernização como um processo de inovação autônoma deve levar em conta até mesmo a obsolência da sociedade industrial. O outro lado dessa obsolência é o surgimento da sociedade do risco. Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a fugir das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial. A partir disso, duas fases podem ser aqui distinguidas: a primeira, um estágio em que os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos, entretanto não se tornam questões públicas ou o centro dos conflitos políticos. Neste ponto, o autoconceito da sociedade industrial ainda predomina, tanto multiplicando como legitimando as ameaças produzidas por tomadas de decisão, como riscos residuais, a sociedade do risco residual. A segunda fase, em uma situação completamente diferente surge quando os perigos da sociedade industrial começam a dominar os debates e conflitos públicos, tanto político como privados. Nesse caso, as instituições da sociedade industrial concebem-se como os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar. O que acontece neste estágio é que alguns aspectos da sociedade industrial passam a ser socialmente e politicamente problemáticos. De um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade do risco.¹³

O risco faz parte da configuração atual da sociedade. A era industrial potencializou a criação de riscos que fugiram de seu controle próprio e passaram a ser pauta das mais importantes discussões globais. A questão da destruição do meio ambiente, da genética, da superprodução do lixo, a questão dos riscos decorrentes do fortalecimento do poder econômico das corporações, são apenas alguns exemplos do resultado da hipertrofia da sociedade industrial. Num processo de superação reflexiva, o controle desses riscos se torna pauta do dia, ainda mais com exemplos que cada vez mais se proliferam, como o caso da usina de Chernobyl. Na busca por produção de mais energia para movimentar o mecanismo da sociedade, ocorre um acidente de enormes proporções, onde seus efeitos se perpetuam no tempo e se perdem a ver no espaço, são incalculáveis, difusos. Esse é apenas um exemplo de uma nova preocupação que não existia na configuração anterior da sociedade e que demanda respostas também jurídicas.

¹³ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: _____.; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997. p. 15-16.

Pois bem, a Criminologia, detectando a necessidade da intervenção penal nessa área, leva os dados empíricos para as valorações político criminais que, após avaliar através dos princípios essa necessidade de intervenção, transfere para a dogmática penal a estruturação da normatividade da política pública de cunho criminal. Com relação à sociedade do risco, o fenômeno da expansão do direito penal na área do meio ambiente, por exemplo, é demonstrativo de como essa configuração social está afetando o sistema.

Silva Sánchez infere que desde a enorme difusão da obra de Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como “sociedade do risco”. Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem precedentes em toda a história humana. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e permanece tendo, repercussões diretas em uma melhora do bem-estar individual. Como também as têm a dinâmica dos fenômenos econômicos. Convém, entretanto, não ignorar suas consequências negativas. Entre elas, a que interessa ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso se deve ao fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos, entre outros) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, por exemplo. Mas, também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, transfere para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são notados pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.¹⁴ Isso causa uma expansão do direito penal, que é chamado a atuar em novas áreas que até então não eram por ele alcançadas.

Da mesma forma observa Gérson Pereira dos Santos¹⁵, entre a sociedade industrial moderna, que potencializa, inclusive, os nomeados “riscos residuais”, e a sociedade (pós) moderna de riscos se sente a urgente necessidade de redeterminar os *standards* precedentes em matéria de responsabilidade, segurança, educação, controle, distribuição e limitação dos danos acaso provocados em face de “novos” perigos. Desenvolvem-se processos e estruturas que ultrapassam, de maneira constante, territórios e fronteiras, onde avultam corporações transnacionais. Esse é o caminho preocupante para o “sistema mundial”.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 35-36.

¹⁵ SANTOS, Gérson Pereira dos. A modernidade, a pós-modernidade e o processo de globalização à luz do pensamento criminológico. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2014. p. 176.

Sobre essa “sociedade do risco” disserta Figueiredo Dias que a ideia de que se esse *topos* se não inclui na problemática mais vasta da pós-modernidade, por vezes não mesmo com ela se confunde. Parece hoje indiscutível que a ideia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis. As implicações dessa ideia com a matéria penal põem em evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente num futuro próximo. Tal ideia anuncia o crepúsculo de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais ou provinham de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente “tutelados” e, dessa forma, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. A ideia da sociedade do risco proclama o fim dessa sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global. Em uma tal configuração, a ação humana, as mais das vezes anônima, revela-se suscetível de produzir riscos também globais ou tendendo para tal, suscetíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da própria vida humana no planeta.¹⁶

Apenas de maneira ilustrativa, Beck¹⁷, referindo-se a como o trabalho humano se altera com essa nova configuração, escreve que a flexibilização temporal e contratual do trabalho assalariado tem sido reivindicada e modernizada por muitos, mas em resumo rompe as velhas linhas limítrofes existentes entre o trabalho e o não trabalho.

Ou seja, a nova configuração social comporta a sociedade do risco. Tal, como se viu, caracteriza-se pela constatação de que os paradigmas da modernidade estão sendo rompidos e que uma nova ordem mundial está sendo consolidada. O avanço da técnica, as alterações nos padrões de consumo, a crise ecológica, o reconhecimento de que o homem é realmente capaz de acabar com o próprio homem e com todo o planeta são algumas das características e conclusões sobre essa nova era. Os riscos são globalizados, eles detêm procedência humana e são incalculáveis. O tempo de duração e de produção dos efeitos decorrentes do risco são imprevisíveis, atingindo a todos. Outro fator importante vinculado a ele é que a percepção dos riscos se dá de maneira absurda, de modo que a objetividade do risco nem sempre é

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Coord.). **Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa**. Madrid: Ara, 2005. p. 131-132.

¹⁷ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997. p. 14.

proporcional à sua percepção. E isso traz, obviamente, alterações no mundo jurídico também. Reconhecendo o direito como sistema social parcial admite-se que as irritações advindas dessas alterações no sistema social realmente gera a necessidade de mudanças nos outros demais sistemas parciais, o que inclui o direito.

1.1.2 A Liquidez e o Medo

Zygmunt Bauman, e seu conceito de liquidez, também contribui para o delineamento da nova configuração social. A ideia central é a de que existe um processo de desagregação de tudo que era homogêneo, causando completa instabilidade de todos os fenômenos, seja no campo dos valores, seja na área dos comportamentos. Como aponta o sociólogo, a modernidade que antes era alvo das reflexões teóricas e, também, seu quadro cognitivo, parece muito diferente da sociedade atual, muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece pesada contra a leve modernidade contemporânea. Detém aspecto sólido e não uma aparência líquida como se verifica atualmente. Era uma modernidade condensada, em confronto com a situação difusa que rege a contemporaneidade.¹⁸

Na era da modernidade pesada, que nos termos de Weber era também a da racionalidade instrumental, o tempo era o meio que necessitava de administração prudente, para que o retorno de valor, que era o espaço, pudesse ser maximizado; já na era da modernidade leve, líquida, a eficácia do tempo como meio de alcançar valor tende a aproximar-se do infinito, com o efeito paradoxal de nivelar por cima, o valor de todas as unidades no campo dos objetivos potenciais. O ponto gravitacional se muda do lado dos meios para o lado dos fins. Se aplicado à relação tempo-espaço, isso significa que, como todas as partes do espaço podem ser atingidas no mesmo período de tempo, isto é, em tempo nenhum, nenhuma parte do espaço é privilegiada, nenhuma detém valor especial. Se todas as partes do espaço podem ser tocadas a qualquer momento, não há razão para alcançar nenhuma delas num dado momento e nem razão para se preocupar em garantir o direito de acesso a qualquer uma delas. O tempo instantâneo e sem substância do mundo líquido é também um tempo sem consequências, é o desaparecimento do interesse, pois tudo é instantâneo, tudo está ao alcance de um “click”, de um telefonema. A distância em tempo que separa o começo do fim está diminuindo, ou mesmo, desaparecendo.¹⁹

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 33.

¹⁹ Ibid., p. 137.

Esse momento líquido da sociedade traz reflexos também para a estrutura do Sistema Jurídico-Penal. Se as assertivas empíricas que a Criminologia está trazendo não possuem estabilidade, a ferramenta que consegue, pelo menos até certo ponto, paralisar esse processo é a referência a valores. Assim, no contexto funcional, o componente valorativo, facilita o labor do direito na sociedade líquida. De modo que o Funcionalismo Sistemico, por dar maior atenção à norma, aos valores, consegue de certo modo orientar de melhor maneira a fins as informações trazidas pela Criminologia. E nesse ponto, percebemos que o papel criminológico é otimizado pela teoria de Jakobs, porque suas edificações orientadas à tutela de vigência normativa conseguem trabalhar de uma melhor forma com o que a Criminologia está levando ao sistema. Se o Funcionalismo Racional-Final não mais se comunicava de forma livre com a sociedade contemporânea e sua nova configuração, muito por conta de como a função do direito penal era compreendida e a Criminologia parecia não conseguir transferir mais dados empíricos para a relação, na sua versão sistêmica, a comunicação se reestabelece.

Nota-se que a característica líquida da sociedade contemporânea dialoga muito bem com a noção de sociedade do risco. De modo que as duas qualidades se tocam em um mesmo ponto: a incerteza. Essa dinâmica constante da modernidade líquida, que torna liquefeito todos os conceitos, atos e fatos talvez seja o outro lado da moeda da sociedade do risco, que parece ser o desenrolar de uma situação de completa instabilidade.

Pode-se também relacionar a questão do medo, da sociedade contemporânea, com sua repercussão jurídico-penal. Sendo Bauman nosso referencial teórico mais uma vez, como em todas as outras formas de coabitação humana, nossa sociedade líquido-moderna é um dispositivo que tenta tornar a vida com medo uma coisa tolerável, possível. Em outras palavras, um dispositivo destinado a reprimir o horror ao perigo, potencialmente conciliatório e incapacitante; a calar os medos derivados de perigos que não podem, ou não devem, pela preservação da ordem social, ser evitados efetivamente.²⁰ A questão bate no ponto que a sociedade atual está com sua expectativa cognitiva extremamente avariada. Ou seja, é uma sociedade que poderíamos até chamar de apavorada. E, como aponta Silva Sanchez²¹, “o problema, portanto, não radica mais nas decisões humanas que geram os riscos, senão também nas decisões humanas que os distribuem”. Em continuação, o modelo de configuração social, no seu aspecto subjetivo, parte da perspectiva que nossa sociedade pode

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 13.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

ser melhor definida como a sociedade da insegurança sentida. Um dos traços mais significativos da sociedade na era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, ou seja, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos.²² É mais razoável sustentar que, por múltiplos e diversos fatores, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos. Colocando de outra forma, existe uma elevadíssima sensibilidade ao risco.²³

O medo faz parte do direito penal. Como aponta Bauman poder-se dizer que a insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos. Suspeitamos dos outros e de suas intenções, nos recusamos a confiar (ou não conseguimos fazê-lo) na constância e na regularidade da solidariedade humana.²⁴ O medo dos crimes e dos criminosos é uma excelente demonstração de como essa distribuição e essa percepção do risco estão causando grandes efeitos na sociedade. Impulsionados pelos meios de comunicação que fazem, em parte, essa distribuição dos riscos de uma maneira altamente questionável, as pessoas cada vez mais estão perdendo a confiança não apenas em seus pares mas também no Estado. Dessa forma, vislumbramos como equipamentos de segurança cada vez mais sofisticados, por exemplo, são adquiridos cada vez em maior quantidade. A percepção do risco, por vezes, se faz muito maior do que o próprio risco em si.

Os riscos que mais importam e que detém maior necessidade de serem computados se tornam mais densos quanto mais se aproximam, espacial e temporalmente, dos atores e suas ações. As incertezas, porém, se difundem de forma exatamente oposta - elas se expandem e se adensam quanto mais se afastam do ator e da ação. Com o aumento da distância *espacial*, crescem também a complexidade e a densidade da malha de influências e interações; com o crescimento da distância *temporal*, cresce também a impenetrabilidade do futuro, aquele outro "absoluto", notoriamente incognoscível. Daí o paradoxo: os efeitos de nossas ações, que agora têm um alcance profundo sobre as vidas de gerações ainda por nascer, exigem uma circunspeção sem precedentes e um imenso poder de previsão; um poder que, não obstante, parece inatingível - não por causa das falhas retificáveis e, logo, ao que se esperam transitórias em nossos esforços e faculdades cognitivos, mas devido à aleatoriedade essencial e incurável do futuro (do "ainda não"). O impacto das contingências resultantes expande-se a um ritmo exponencial a cada passo que nossa imaginação dá no intuito de alcançar uma duração cada vez mais longa dos resultados diretos e dos efeitos colaterais de nossas decisões.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

²³ *Ibid.*, p. 46.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 2.

Até mesmo a menor modificação das condições iniciais, ou um minúsculo desvio em relação aos desenvolvimentos inicialmente previstos, pode resultar numa inversão completa dos estados que ao final eram esperados ou desejados.²⁵

Traz-se um pouco do conceito de medo para a relação de trabalho. A questão da instabilidade se interpenetra por diversos setores da vida contemporânea. No ambiente de trabalho, o receio de perder o emprego é uma constante na vida de milhares de trabalhadores. Sem a fonte de renda, o trabalhador se observa em uma situação complicada, já que possuímos uma economia baseada no crédito, a perda da fonte de renda, abala toda a pequena estabilidade que o trabalhador possui. Esse medo do desemprego faz com que trabalhadores aceitem situações em sua vida profissional que não haveriam de se submeter caso a situação fosse outra. Assim, acaba por acontecer um fenômeno um tanto quanto curioso. Como no exemplo já dado, um trabalhador do ramo da construção civil que, pressionado pelo superior hierárquico para que acelere a obra, tende ao desvalor do risco, ou seja, o medo de perder o emprego o leva a situação de ignorar procedimentos de segurança que “atrasariam” a obra para que ela seja terminada o mais rápido possível, potencializando o risco de um acidente. Dessa maneira, nota-se como esse medo difuso, essa situação de insegurança, também interfere no ambiente laboral.

1.1.3 A Informação e a Técnica

A sociedade atual detém também a característica de ser extremamente técnica. A técnica se tornou o recurso de superação do tempo e do espaço. Principalmente após o avanço das telecomunicações ocorreu a aproximação absurda de todos os fenômenos. Como aponta McLuhan²⁶, a automação foi inicialmente sentida e aplicada em larga escala nas indústrias petroquímicas e metalúrgicas. As grandes mudanças nesse setor, que foram possibilitadas pela energia elétrica, já começaram a se manifestar, graças aos computadores, em todas as áreas da administração e dos colarinhos brancos. Em consequência, muitas pessoas começaram a encarar a sociedade inteira como uma máquina unificada destinada à criação de riquezas. Esta sempre foi a perspectiva normal do corretor da Bolsa, habituado a manipular títulos e informações com o auxílio dos meios elétricos da imprensa, do rádio, do telefone e do teletipo. Mas a manipulação especial e abstrata da informação como meio de criar riqueza não

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 131-132.

²⁶ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964. p. 396.

é mais um monopólio do corretor de títulos. Já é partilhada pelos engenheiros e por todas as indústrias da comunicação. Com a eletricidade, energética e sincronizadora, todos os aspectos da produção, do consumo e da organização estão sujeitos à comunicação. A própria ideia de comunicação como inter-relação é inerente ao elétrico, que combina a energia e a informação em sua multiplicidade concentrada.

Além, portanto, da dimensão técnica, a informação tornou-se peça fundamental na dinâmica social contemporânea. Como se observa acima, a informação passou a ser fonte de riquezas e o avanço da técnica foi fundamental para tal situação. A velocidade com a qual atualmente se transpõe o espaço gerou também a necessidade de aceleração da produção da informação, o que rapidamente foi assimilado pelo mercado.

Essa velocidade “elétrica” com a qual o homem passou a trabalhar e produzir a partir dessas transformações também é alvo de considerações de McLuhan, já que para ele a automação não é uma extensão dos princípios mecânicos da fragmentação e da separação de operações. Trata-se antes de tudo da invasão do mundo mecânico pela instantaneidade da eletricidade. É por causa disso que todos aqueles que estão envolvidos na automação insistem em que ela é tanto um modo de pensar quanto um modo de fazer. A sincronização instantânea de numerosas operações põe fim com o velho padrão mecânico do arranjo das operações em sequencia linear. A linha de montagem teve o mesmo destino das filas de homens nas reuniões sociais.²⁷

Com isso temos que a sociedade de hoje se apresenta como uma sociedade amplamente técnica e que se pauta na informação para que se movimente. Muito tem a ver com a sociedade do risco essa sociedade técnica e pautada na informação. Como aponta Beck²⁸, a sociedade do risco não é uma escolha que se pode fazer ou não fazer no decorrer das disputas políticas. Ela simplesmente surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus efeitos e ameaças. De forma cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e por final acabam por destruir as bases da sociedade industrial.

Esse é um processo, como aponta Beck, que não se opta ou não por fazer. Na mesma linha segue McLuhan que disserta que os novos meios e técnicas pelos quais nos ampliamos e prolongamos constituem vastas cirurgias coletivas levadas a efeito no corpo social com o mais

²⁷ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964. p. 390.

²⁸ BECK BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997. p. 16.

completo desdém pelos anestésicos. Se as intervenções se impõem, a inevitabilidade de contaminar todo o sistema tem de ser levada em conta. Ao se operar uma sociedade com uma nova técnica, a área que sofre a incisão não é a mais afetada. A área da incisão e do impacto fica entorpecida. O sistema inteiro é que se altera. O efeito do rádio é visual, o efeito da fotografia é auditivo. Qualquer impacto altera as *ratios* de todos os sentidos. O que procuramos na atualidade é controlar esses deslocamentos das proporções sensoriais da visão social e psíquica — quando não evitá-los por completo. Ter a doença sem os seus sintomas é estar imune. Nenhuma sociedade teve um conhecimento suficiente de suas ações a ponto de poder desenvolver uma imunidade contra suas novas extensões ou tecnologias.²⁹

Segundo Silva Sánchez, é inegável que a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedades em contínua aceleração. Dessa forma, depois da revolução dos transportes, a contemporânea revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta, sentida e provavelmente real, de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode se traduzir senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma verdadeira informação fidedigna em uma sociedade (a da economia do conhecimento) caracterizada pela avalanche de informações. Estas, que de maneira frequente mostram-se contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. Em terceiro lugar, há de se ressaltar que a aceleração não é somente uma questão técnica, mas, precisamente, também da vida. A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, já que estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De maneira que, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que gera uma perplexidade adicional no ambiente das relações humanas. Nesse contexto de aceleração e incerteza, de obscuridade e confusão, produz-se uma crescente desorientação pessoal, que se manifesta naquilo que já se denominou perplexidade da relatividade, que nada mais é do que a perda de referências valorativas objetivas.³⁰

Essas alterações supramencionadas refletiram no ambiente de trabalho. Como aponta Maria Aparecida Moraes Silva, antes da fase atual de modernização produtiva, a probabilidade de emprego era muito grande, dado o desenvolvimento das forças produtivas que requisitavam grandes contingentes de força de trabalho. Tal situação foi sustentada

²⁹ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964. p. 83.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 41-43.

durante várias décadas pelos excedentes, residentes em várias regiões do Brasil, que alimentaram o fenômeno migratório para a região sudeste do país. Quando ocorreu a transformação técnica as cancelas das usinas se fecharam aos milhares que continuavam chegando e também àqueles que foram gerados em seu território, impondo-lhes o desemprego. Os mais rejeitados são as mulheres, consideradas frágeis, não aptas aos trabalhos pesados e os acima dos trinta anos, que são considerados incapazes. Para aqueles cuja atuação política remete em questão esse estado de coisas, também há o descarte. Imprime-se aos trabalhadores a culpa por seu desemprego.³¹

Por fim, cumpre analisar o fenômeno da Globalização. Silva Sánchez coloca que a globalização dirige ao Direito Penal demandas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade. A reflexão científica quanto a essa característica não aparece como produto de uma aspiração intelectual de unidade ou de perfeição teórica. Trata, na realidade, de dar respostas à exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do Direito, impotentes na batalha dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional.³²

1.1.4 A Mundialização

Segundo Crivelli³³, Globalização é um fenômeno associado a um acelerado processo de internacionalização econômica, financeira, e do desenvolvimento das técnicas vinculadas a informação e dos meios de comunicação e, ainda, dos meios de transporte. No entanto sua definição não é pacífica, de modo que muitas existem. Isso há de estar atrelado à sua realidade multifacetada. Há, portanto, uma diversidade de variáveis analíticas a serem levadas em conta na análise e compreensão do processo que se tem comumente denominado como sendo globalização³⁴. É necessária a consideração de que a globalização é um processo, o que ressalta uma realidade e natureza preponderantemente fugidas, como algo em plena construção.

Para Bauman, o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a falta de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete

³¹ SILVA, Maria Aparecida Moraes. Se eu pudesse, eu quebraria todas as máquinas. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes. (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 36-37.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 98.

³³ CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010. p. 100.

³⁴ Ressalta-se aqui que entendemos ser mais correta a nomenclatura “Mundialização” ao invés de Globalização.

administrativo. A globalização é a “nova desordem mundial” de Jowitt só que com outro nome. Esse caráter, inseparável da imagem da globalização, posiciona-a radicalmente à parte de outra ideia que aparentemente substituiu: a da “universalização”. Outrora constitutiva do discurso moderno acerca das questões mundiais, porém no momento caída em desuso e raramente mencionada, talvez até mesmo esquecida, a não ser pelos filósofos. O novo termo, Globalização, refere-se aos efeitos globais, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às iniciativas e empreendimentos globais. Esse fenômeno em apreço diz respeito ao que está acontecendo com todos nós, seres humanos. A ideia de globalização refere-se explicitamente às “forças anônimas” de von Wright operando na vasta “terra de ninguém” – nebulosa, lamacenta, intransitável e indomável – que se estende para além do alcance da capacidade de desígnio e ação de quem quer que seja em particular.³⁵ A ideia de Globalização altera a noção de Estado, já que a informação, digitalizada, não obedece a fronteiras. Assim, surge a interação constante dos Estados que observamos. Um problema econômico em um país asiático se reflete nas Américas e vice-versa.

Assim, de qualquer maneira, os desafios da globalização estão postos à agenda do direito internacional e, mais especificamente, para o direito internacional do trabalho. Os fatores relacionados no processo de globalização são, pela sua própria natureza, fragmentários e fugidios, de difícil apreensão para uma investida regulatória. As diferentes definições do seu significado e seu processo refletem as percepções conflitivas que os diversos autores possuem dele. Esse processo dificulta a elaboração de universalidade típicas ao processo de globalização que permita à OIT superar uma política normativa que ainda é, em grande medida, fruto de um período histórico anterior. Essa política normativa é ditada por um modelo de direito internacional que está em crise.³⁶

Por fim, resta a conclusão de que a configuração contemporânea da sociedade detém muitas facetas. Entretanto, como percebe-se, compartilham características e por vezes parecem ter relações de causa e efeito. O fenômeno da Globalização mostra-se aliado ao avanço da técnica e da realidade atual do trânsito de informações. A sociedade do risco dialoga com a globalização e por sua vez vê-se em relação com o medo e com a liquidez dos processos e esses são apenas alguns exemplos de como tais características interagem entre si, de modo que tantas outras semelhanças podem ser notadas. Por exemplo, Ulrich Beck, relaciona sua concepção de Sociedade do Risco com o fenômeno da Globalização de maneira

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 67-68.

³⁶ CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010. p. 106.

que ao tentar diferenciar a ideia de sociedade moderna e sociedade da pós-modernidade (ou pós-industrial ou, ainda, primeira e segunda modernidade), sendo que utiliza do primeiro termo para descrever as sociedades baseadas no Estado-nação, onde a sociedade, as relações sociais e a comunidade em si se concebe em uma noção territorial. As pautas coletivas de vida, progresso, pleno emprego e exploração da natureza típicas dessa primeira modernidade, foram suplantadas por cinco processos correlacionados: a Globalização, a individualização, a revolução dos gêneros, o subemprego e os riscos globais. O verdadeiro desafio teórico e político da segunda modernidade é o fato de que a sociedade deve responder simultaneamente a todos esses desafios.³⁷

Essa configuração social atual ajusta todos os sistemas, inclusive o sistema jurídico, para que estes operem seu funcionamento em confluência com essa sua nova dinâmica. Dessa forma, entende-se qual é o panorama que trouxe tantas alterações para a área do trabalho humano que foi mencionado por Ricardo Antunes.

1.2 Criminologia e Funcionalismo Sistêmico

Pois bem, compreende-se em qual contexto social encontramos as atuais violações referentes às violações do mundo do trabalho. Essa nova configuração social detém a marca da instabilidade dos fenômenos, instabilidade essa que foi transferida também para o ambiente laboral como se pôde assimilar. Cumpre compreender no momento como que o Sistema Jurídico-penal recebe essas informações e as transfere para o plano da política criminal e para a dogmática jurídico-penal com o intuito de, após, analisar quais são as características dessas violações, quem são os violadores, quem são os violados e por que são infrações.

Apesar da dimensão do conceito de trabalho digno e do envolvimento constitucional que se destina à tutela do trabalho e da dignidade do trabalhador, visualiza-se que a reestruturação produtiva tem tornado o trabalho precarizado, flexível, fragmentado e produtor de desemprego. O contexto laboral é marcado por exclusões notadamente retratadas por altos índices de desemprego e subemprego. O trabalho é revestido de várias formas de precariedade, tais como a falta de segurança, baixa remuneração, desigualdades entre os sexos, discriminações, exploração de trabalhadores, falta de representação sindical, proteção social deficiente diante das contingências e riscos sociais, especialmente a maternidade, a infância, a doença e a idade avançada. Muitos trabalhadores estão submetidos a variadas

³⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002. p. 2.

formas de trabalho que não se coadunam com o conceito de trabalho digno. A violência no ambiente de trabalho é uma das mais antigas e tristes facetas presentes nas relações laborais, sendo que o poder de direção do mais forte que subordina o mais fraco sempre existiu. O trabalho exercido sem condições mínimas de dignidade acarreta consequências nocivas a todos os trabalhadores, porquanto causam conflito em suas vidas, mudam valores, transtornam as emoções e corroem o caráter individual, contribuindo para a fragmentação das biografias laborais e a destruição dos laços de amizade no coletivo. A esta situação, acrescenta-se o incremento de atos de violência nas relações trabalhistas, associados ao incentivo à competitividade e à instalação da indiferença com o sofrimento do próximo. As mudanças na economia impulsionam uma nova realidade global, afetando as relações laborais. No marco das transformações no mundo do trabalho, os trabalhadores sentem-se isolados e solitários em coletivo, sem reconhecimento de suas potencialidades e criatividade, com a ausência de autonomia e liberdade. É a dignidade humana o elemento central atingido pelas mudanças no plano laboral, na medida em que são elementos intrinsecamente ligados.³⁸

Com relação a questões sensíveis no ambiente trabalho, por exemplo, Cuenca García³⁹ coloca que a Constituição impõe ao Estado o compromisso de garantir a saúde e a segurança no trabalho com o compromisso de oferecer políticas públicas de proteção à saúde do trabalhador através da prevenção dos riscos derivados de seu trabalho. Encontram-se tais políticas parte no ordenamento jurídico trabalhista e administrativo e parte no ordenamento jurídico-penal. Como aponta a autora, a concorrência de sanções de natureza penal e administrativa não necessariamente proporciona uma melhor proteção aos trabalhadores frente ao sinistro laboral. A questão é que os delitos contra a higiene e a segurança no trabalho, pelo menos na Espanha, configuram-se como delitos de perigo⁴⁰, para superar as antigas lesões trabalhistas que se estruturavam como delitos de resultado. Ao mesmo tempo, as infrações de cunho administrativo-trabalhista apresentam estrutura parecida o que conduz a problemas que cabe analisar como possível fator de ineficácia, levando em consideração que a diferença entre a infração penal e a administrativa é meramente quantitativa e, portanto, com referência a maior ou menor gravidade do perigo.

³⁸ POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). **Tutela dos direitos humanos fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui: Boreal, 2011. p. 12.

³⁹ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33 p. 2-3, 2013.

⁴⁰ A utilização e o conceito desse expediente será melhor trabalho na parte da pesquisa que aborda a dogmática jurídico-penal, de forma que no momento apenas nos limitaremos a demonstrar qual é a tendência atual de prevenção do sinistro.

Segue-se que de acordo com o caráter subsidiário do direito penal, a hipótese de partida é que o direito administrativo trabalhista deve ser a primeira via de dissuasão frente ao não cumprimento da normativa de prevenção de riscos trabalhistas. Reserva-se, assim, a responsabilidade penal de atuação apenas contra aos ataques mais gravosos aos direitos trabalhistas. A resposta penal deve se configurar de forma a atuar apenas frente àquelas infrações que sejam especialmente graves, e em matéria trabalhista, quando frente ao descumprimento das normas de prevenção se gere um perigo grave e concreto para a vida e a saúde dos trabalhadores.⁴¹

A partir disso, a Criminologia detém material para informar o Sistema Jurídico-penal sobre violações contra as relações do mundo do trabalho. Ela reúne informações acerca de como está configurada a sociedade atual, qual é a situação presente dos trabalhadores no Brasil, como que estão sendo estruturadas as políticas públicas com relação a essas violações e se tais políticas estão sendo (ou não) efetivas para amenizar o problema identificado e quem são os violadores e como se dá tais violações. Tais informações serão valoradas e, caso necessário, orientadas a fins. É válido frisar que a concepção funcional-sistêmica aqui adotada é a de que o Sistema Jurídico-penal é um instrumental, de modo que a visão funcionalista de Jakobs radicaliza o componente valorativo também na relação entre perspectiva funcional e modelo social. A perspectiva funcional não está presa a um modelo social determinado. Há sociedades liberais organizadas de modo funcional, enquanto as sociedades coletivas organizadas de modo disfuncional desaparecem como nos ensina a história mais recente. Quem só sabe que uma sociedade está organizada de modo funcional nada sabe sobre sua configuração concreta, ou seja, não sabe sobre os conteúdos das comunicações suscetíveis de serem incorporadas, mas sabe-se uma coisa, que essa sociedade possui instrumental e se utiliza dele para tratar os conflitos que se produzem cotidianamente, como por exemplo, os delitos, de tal forma que os contrapesos deslocados voltam a equilibrar-se. A partir de uma perspectiva funcional, só essa força de autoconservação é a que conta. Não obstante, nenhum sistema pode renunciar a essa força: uma “crise do *ius puniendi* público”, que, por exemplo, conduzisse a uma ampla retirada para medidas jurídico-civis, seria uma crise não só do *ius puniendi*, mas também do público.⁴²

O papel da Criminologia e dos demais elementos empíricos no Funcionalismo Sistêmico continua sendo o mesmo do que ela possuía no Funcionalismo Racional-Final,

⁴¹ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 3, 2013.

⁴² JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 1.

entretanto, foi otimizada sua atuação devido ao fato de que na teoria de Jakobs, as estruturas teleológicas foram revistas, adequando de novo a comunicação do sistema com a realidade. Essa alteração se deu principalmente na superação da Teoria do Bem Jurídico⁴³ e na aplicação metodológica que se deu dentro dessa nova fase.

A ideia de que a Criminologia informa o Sistema Jurídico-Penal acerca da nova configuração social, dos problemas vinculados às violações das relações do mundo do trabalho, entre outras, pode-se chamar de comunicação mediata, aquela onde a Criminologia atua de forma mais contundente, informando o sistema da configuração social a que ele se refere e ajudando a estruturar as proposições dogmáticas.

Já a comunicação imediata seria o papel desempenhado pela Criminologia nos casos concretos, no caso individualizado. Ela está alinhada a outra categoria do Funcionalismo, a Imputação Objetiva.⁴⁴

Jakobs⁴⁵ inicia sua teoria da imputação objetiva dizendo que ela possibilita uma vida em sociedade. Porque as relações sociais são complexas e que o estágio de evolução das relações sociais exige a admissão do risco de se viver em sociedade. Dessa maneira ele começa criticando as teorias causais porque elas possuem uma possibilidade de responsabilização por cometimento de fato típico que impediria a vida em sociedade, a conduta (causação), ainda como conduta adequada ou dolosa, apresenta-se de modo manifestamente insuficiente para fundamentar por si só a imputação. A conduta unicamente afeta o aspecto cognitivo do fato ocorrido, daí que não aporte orientação social alguma. Se em todo e qualquer contato social todos houvessem de considerar todas as consequências possíveis a partir de um ponto de vista cognitivo, a sociedade permaneceria paralisada. Não se montaria nem registraria nenhum automóvel, não se produziria nem se serviria álcool etc., e isso até o extremo de que, na hora de pagar suas dívidas, todos os devedores deveriam ter consciência de que o credor não planejasse realizar algo ilícito com o dinheiro recebido. Em síntese, a interação social ver-se-ia asfixiada por funções de supervisão e outras auxiliares, restando plenamente comprometida.

⁴³ Maiores explicações acerca da Teoria do Bem Jurídico, sua crise e como se deu sua superação a partir das ideias de Jakobs serão dadas no momento de análise político criminal do problema em apreço.

⁴⁴ A Teoria da Imputação Objetiva é um conceito e um instituto da Dogmática Jurídico-Penal de grande importância e bastante discutida no contexto das Ciências Criminais. No entanto, fez-se a opção de já nesse momento da pesquisa trabalhar com ela com o intuito de melhor se fazer compreender a funcionalidade da Criminologia no Funcionalismo Sistemático e de evidenciar como é profícua a relação entre o elemento valorativo-normativo e o elemento empírico. Com a impressão de que não há prejuízo algum em adiantar uma categoria dogmática para, desde já, demonstrar como a comunicação entre os elementos se dá. De forma a possibilitar trazer para o plano prático as constatações criminológicas.

⁴⁵ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

Jakobs segue explicando que a Imputação Objetiva visa evitar o exposto acima, ela objetiva criar imputações apenas com relação ao papel que cada personagem possui na vida social, ele considera que a imputação permite que sejam responsáveis pelo delito apenas aqueles que realmente cometeram o fato típico e não aqueles que seriam responsabilizados como um todo pelo cometimento do fato em sede mediata e imediata, como aconteceria na teoria causal⁴⁶, com essa explicação ele acredita que fica claro qual é o alvo na imputação objetiva do comportamento: imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as *capacidades de quem atua*, mas as *capacidades do portador de um papel*, referindo-se a denominação *papel* a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata, assim, de uma instituição que se orienta baseando-se nas pessoas.

A concepção da imputação objetiva de Jakobs é verificada, realmente, apenas na questão objetiva do papel que determinada pessoa detém na sociedade. O papel pode ser traduzido pela prescrição normativa. O autor exemplifica dizendo que, aquele que agride outrem enfiando-lhe uma faca de grandes dimensões no ventre, realiza, pela ótica objetiva, um comportamento homicida, e normalmente entende o que está fazendo com essa conduta e compreende que é uma conduta vedada, no entanto, para a imputação objetiva do comportamento apenas o primeiro aspecto de tal descrição é interessante, não sendo importante para sua teoria a noção sobre o conhecimento da ilicitude da conduta.⁴⁷

Jakobs fundamenta sua teoria na busca da paz social, já que tais comportamentos delitivos causam uma perturbação na sociedade. Ele especifica sua concepção compreendendo que só aquilo que é objetivamente imputável pode denominar-se num sentido geral, ação. Por conseguinte, sob o ponto de vista do Direito Penal, não se coloca a questão sobre se uma ação produziu-se de maneira objetivamente imputável, mas se um resultado, por ser objetivamente imputável, constitui uma ação de relevo para o direito penal. Sem o esquema objetivo de interpretação não se alcança o âmbito do social.⁴⁸

Jakobs passa a analisar a forma de construção de uma dogmática jurídico-penal assentada em sua concepção sobre imputação objetiva. E ele conclui que não se deve tentar construir o delito normativamente com base em dados naturalistas como causalidade ou dolo, para ele o mais correto é que a construção ocorra em cima de seu conceito de violação de um

⁴⁶ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

⁴⁷ Ibid., p. 23.

⁴⁸ Ibid., p. 24.

papel. Considerando insuficiente a equiparação entre delito e lesão de um bem jurídico.⁴⁹

O controle de violação do papel é feito em quatro níveis por Jakobs: o risco permitido, o princípio de confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima. Esses critérios possuem o papel de dizer se o autor do fato típico realmente violou seu papel dentro da sociedade, e praticou uma ação que cause perturbação no corpo social, atentando contra a vigência da norma.⁵⁰

É no plano do resultado que se verifica a entrada do elemento empírico na relação. Enquanto o nível do perigo permitido corresponde ao juízo valorativo, pois será o interprete que fará a avaliação se o risco criado é um risco permitido, ou não, o resultado que trará o dado naturalístico. Ou seja, existe sim reporte ao dado naturalístico, a questão é que esse dado passará pela avaliação do componente axiológico, determinando se, aquela ofensa ao bem jurídico é ou não relevante ao direito penal. E é aí que está o radical valorativo, caberá a tal averiguação compreender se há ou não abalo à vigência normativa, mesmo ocorrendo ofensa ao “bem jurídico”. Caso não haja atentado à norma, não poderá ocorrer imputação.

Segundo Luz⁵¹, nessa concepção o mundo em que opera o direito penal deixa de ser visto como um complexo de bens a ser protegido, e passa ser entendido como um mundo de titulares de direitos que, de modo recíproco, detém o dever de respeitar os direitos alheios. Assim, o delito não viola um bem jurídico, mas sim uma relação jurídica entre pessoas, estruturada normativamente.

1.3 Análise criminológica das violações envolvendo as relações de trabalho

Criminologia, como aponta Figueiredo Dias, deve ser considerada como “ciência das causas do crime e da criminalidade”⁵². Mais amplamente, pode-se conceituar criminologia, como sendo uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo. Trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime. Contempla o fenômeno criminal como problema individual e social, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de

⁴⁹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

⁵⁰ Ibid., p. 25-33.

⁵¹ LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 141.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 24.

intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.⁵³

Essa é uma das diversas definições que podem ser dadas a essa ciência. Escolhe-se esta para a presente pesquisa já que nos parece mais didática e mais condizente com nosso próprio esquema jurídico. Entretanto, sua definição conceitual ainda não é pacífica, de maneira que é possível encontrar diversas concepções sobre o conceito de Criminologia, variando de acordo com o ambiente teórico em que se questiona.

A Criminologia é, dentro do Sistema Jurídico-Penal, a Ciência que estabelece o contato dos demais componentes deste Sistema com a materialidade, com a experiência real. É ela que traz as informações relevantes para o direito penal colhidas no plano da realidade. Por isso a Criminologia reivindica uma posição de autonomia e transcendência em relação ao horizonte jurídico-criminal.⁵⁴

Importante ressaltar que o pensamento criminológico é um pensamento científico. Ele reúne uma informação válida, confiável e contrastada sobre o problema criminal, que é obtida através de um método empírico que se baseia na análise e observação da realidade. Portanto, não se trata de uma arte ou de uma práxis, senão de uma Ciência genuína. Precisamente por isso, dispõe de um objeto de conhecimento particular, de um método ou métodos e de um corpo doutrinário sólido sobre o fenômeno delitivo, confirmado por mais de um século de investigações. Entretanto, isso não significa que a informação subministrada pela Criminologia deva ser tida como exata, concludente ou, ainda, como definitiva. Pois é uma ciência empírica, uma ciência do ser, não uma ciência exata. Afirma-se, inclusive, que o paradigma da ciência atualmente dominante diferencia-se em muito do causal-explicativo acolhido pelo Positivismo naturalista criminológico⁵⁵, com base em pretensões de segurança e certeza.⁵⁶

Assim, entendendo a importância e o conceito de Criminologia, acompanha-se

⁵³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 37.

⁵⁴ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 423, jan./fev. 2012.

⁵⁵ Embora seja possível identificar razões de natureza criminológica em momentos anteriores, o *Positivismo Criminológico* é apontado como a primeira fase dessa Ciência. Pautada numa perspectiva unicamente etiológica, muito ligada ao movimento Positivista, buscava as causas do crime em traços físicos, como intentava Lombroso e sua linha antropológica ou em características mais sociológicas como queria Ferri, por exemplo. Apesar de atualmente vislumbrarmos tal concepção como ingênua até, ela foi muito importante para o desenvolvimento das Ciências criminais, pois foi em seu contexto, por exemplo, que nasceu a noção de Medida de Segurança.

⁵⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 50-51.

Shecaira e Corrêa Júnior quando afirmam que para o futuro dos estudos dos objetos científicos no plano da dogmática jurídico-penal, interessa não apenas as instituições e institutos como são em seu núcleo, mas também o trabalho de aprofundamento epistemológico da criminologia. No interior de uma abordagem interdisciplinar que detém por objeto a análise do delito, do delinquente, da vítima e do controle social se o Direito valora, ordena e orienta a realidade para explicá-la, trazendo, portanto, um evidente conteúdo deontológico, a Criminologia, por sua vez, aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações, na busca por obter uma informação direta da realidade. Sendo verdadeira a ideia de que o Direito limita interessadamente a realidade criminal observando-a sempre sob a perspectiva do modelo típico, com apoio no princípio da legalidade, subsidiariedade e fragmentariedade, a Criminologia, por seu turno, é uma ciência de cunho empírico com uma missão de reflexão totalizadora do delito, sem mediações formais ou valorativas que relativizem ou obstaculizem seu diagnóstico. Afirmar que a Criminologia é um saber empírico é o mesmo que dizer que seu objeto insere-se no plano do real, do verificável, do mensurável, e não no plano axiológico, como o saber normativo e dogmático. O pensamento criminológico baseia-se mais em fatos do que em opiniões, mais na observação que nos discursos retóricos ou nos silogismos.⁵⁷

Na contemporaneidade, os diferentes paradigmas explicativos da Criminologia apontam para uma ética da ação comunicativa, ou seja, possui referencial teórico também em Habermas. Tal ponto de partida permitiria o surgimento de um espaço público de diálogo tecido numa intersubjetividade racional, cujo pressuposto é o caráter incondicional e incondicionado da ética humana. O adágio Clássico onde agir virtuosamente é agir em conformidade com a Natureza; o adágio cristão, onde agir virtuosamente é agir em conformidade com a vontade divina; o adágio iluminista, em que agir virtuosamente é atuar em conformidade com a razão; o adágio marxista, para o qual agir virtuosamente é agir em contato com a maioria indicam diferentes caminhos para se chegar à Ética dos valores. Na realidade, pouco importa o caminho para se atingir o fim. Parece que mais importante é circunscrever melhor o conceito de ética associando-o à virtude cosmopolita, pública e pluralista.⁵⁸ Essa noção científica aproxima o saber criminológico da materialidade.

No entanto, como apontam Hassemer e Munõz Conde, de todos os saberes empíricos

⁵⁷CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sergio Salomão. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 363-364.

⁵⁸Ibid., p. 364.

que subministram dados para elaborar as decisões e teorias jurídicas, o mais complexo e confuso é o que tem relação com a criminalidade, suas causas e efeitos, e com as formas de controle social da mesma. A Criminologia, que é a Ciência que deveria subministrar e englobar todo esse saber se encontra em farrapos, e apesar de sua mais que centenária existência, segue sem explicar de maneira satisfatória a maioria dos enigmas e problemas ao redor de seu principal objeto de estudo: a criminalidade. Talvez porque este objeto se subtrai a uma observação puramente empírica, ou porque sua própria realidade detém inúmeras facetas que não podem ser analisadas ou estudadas desde um ponto de vista unitário ou unidimensional. Ou ainda porque sua própria existência é também um produto normativo que, como tal, não pode ser objeto de um estudo estático e imutável através do espaço e do tempo, como são as leis tautológicas da matemática, da física ou da química.⁵⁹

Dessa maneira, e tendo conhecimento das limitações da Criminologia, busca-se compreender o fenômeno das violações contra as relações de trabalho sob uma ótica criminológica com o intuito de descobrir se aqui há um problema que reclama intervenção devida do direito penal. Buscar-se-á tal objetivo a partir do objeto de estudo criminológico, ou seja, através do crime, do criminoso, da vítima e das instâncias de controle. Tal será com o intuito de identificar como que são dadas essas violações de direitos e quais são suas características, entendendo se é um crime e como ele é feito. Após, investigaremos o perfil do criminoso, para entender quais são suas características básicas e mais recorrentes. Debruçaremos-nos também sobre o papel da vítima, quem são e quais os efeitos do crime nelas. Por fim, averiguar-se-á as instâncias de controle, de forma a assimilar como os órgãos de investigação e o judiciário estão lidando com tais situações e se existiriam outras instâncias de controle informais aptas a desempenhar algum papel importante na prevenção desse tipo de criminalidade.

1.3.1 O crime

Como aponta Tiedmann, os delitos econômicos são delitos especiais.⁶⁰ Dessa forma, o que definiria o crime que acontece no interior do direito penal econômico seria principalmente a violação da confiança. Os criminosos do colarinho branco desenvolvem sua atividade delituosa de forma muito diferente do criminoso comum, já que, para além de quase nunca

⁵⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 23.

⁶⁰ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal económico: introducción e parte general**. Arequipa: Grijley, 2009. p. 83.

recorrerem à violência, utilizam-se de artifícios peculiares relacionados ao aproveitamento dos vínculos de confiança, que vão se multiplicando ao passo em que as relações sociais e econômicas tornam-se mais complexas, e à burla pelo emprego fraudulento de conhecimentos muito específicos e refinados. Dessa maneira, as formas de controle social aptas a surtir algum efeito preventivo deveriam concentrar seus esforços na análise dos meios que levam àquela violação da confiança.⁶¹

O crime que ocorre no contexto do direito penal econômico situa-se em um campo particularmente fértil, encontra-se na problemática da omissão. O comportamento socialmente esperado, porque é axiologicamente relevante, e que tende a evitar um resultado proibido, não sendo efetivamente praticado, merece uma censura ético-jurídica. O direito penal econômico é um dos domínios de eleição dos delitos por omissão, desde que se tenha como base, como parece dever se ter, que o direito penal econômico interventor quando não se cumpre certas regras. Ou seja, quando se omitem certos comportamentos legalmente exigidos é então que uma importante área do direito penal econômico se faz sentir. E a omissão que implica a violação de um dever jurídico é, como se sabe, extraordinariamente sensível nos crimes negligentes, que são, por sua vez, também significativos na fenomenologia da criminalidade econômica⁶², segundo Manuel da Costa Andrade e José de Faria Costa.

Figueiredo Dias⁶³ infere que ao nível do agente, as especificidades resultarão, sobretudo, da circunstância de os tipos de ilícito se apresentarem no direito penal secundário, as mais das vezes, como delitos de dever, na sua subespécie de delitos específicos. Isto é, como delitos aos quais é consubstanciada a violação, para além do dever geral que encontra-se na base de qualquer tipo de ilícito, de um dever específico anterior (e, em regra, também exterior) à norma penal, e cujos destinatários se caracterizam por uma especial relação, via de regra, de tipo profissional, com o conteúdo ilícito do fato. Reforça-se, assim, a necessidade de adotar nesse campo um conceito restritivo de autoria, ainda quando no direito penal clássico pudesse aceitar-se o conceito extensivo. Esta especificidade dogmática do direito penal secundário detém, de resto, a sua correspondência ao nível sócio-criminológico, enquanto traduz-se e se funda empiricamente nos variados papéis sociais dos agentes respectivos. Também nesse plano se não trata só do papel geral

⁶¹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 428, jan./fev. 2012.

⁶² ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 356.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 49-50.

de desviante, mas do específico papel que ao agente advém da categoria social em que atua, ou seja, do seu específico “estatuto social” no qual o tipo de ilícito ancora-se, tal como comerciante, como operário, como contribuinte.

Outro ponto também deve ser observado acerca das características dos crimes envolvidos no contexto do direito penal econômico. Deve-se desde já sublinhar como aspecto determinante a complexidade e a opacidade, ou a “aparência externa de licitude”, das condutas criminosas resultantes. Com o desenvolvimento científico que é característica marcante do tempo presente, houve necessariamente uma repercussão no mundo das relações humanas e, por consequência, das atividades criminosas, com uma “especialização laboral com consequências decisivas para o objeto do estudo”. Portanto, com a exigência de conhecimentos muito específicos, várias atividades acabaram por tornarem insindicáveis por todos aqueles que não dominam o *modus operandi* dos novos *experts*. Por lógica decorrência, ocorre a falta de visibilidade social das condutas criminosas já que ocorrem, diferentemente do crime comum, distante dos olhos da sociedade e, pois, distantes de uma exposição relevante para efeitos de persecução penal.⁶⁴

Característica desta espécie de criminalidade é o fato de via de regra, não haver necessidade em recorrer à violência para sua prática. Disso deriva, mais uma vez, a opacidade das condutas delituosas dessa natureza, por ser menos perceptível a existência de um conflito, o que, conseqüentemente, torna imperceptível a prática da infração e obstaculiza a intervenção penal.⁶⁵

Segundo Fernando Andrade Fernandes⁶⁶, os crimes praticados no interior do direito penal econômico reportam-se a infrações de dever de cuidado e na acentuação da garantia da não ocorrência da defraudação normativa. Essa alteração do padrão tradicional de crime do direito penal clássico vincula-se, estreitamente, às mudanças ocorridas na configuração da sociedade.

Um dos pontos principais acerca do crime em si nesse contexto é que, aquele padrão do crime de resultado, comissivo e doloso se alterou para o crime de perigo, omissivo e, muitas vezes até, culposos.

⁶⁴FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 441, jan./fev. 2012.

⁶⁵ Ibid., p. 442.

⁶⁶ Posição assumida pelo professor durante aula da matéria “Política criminal e sistema jurídico-penal” ministrada no curso de Pós-graduação em Direito da UNESP no ano de 2013.

1.3.2 O criminoso

O criminoso do direito penal econômico é, em particular, um agente curioso.

Figueiredo Dias⁶⁷ coloca que na formação da razão técnico-instrumental concorreram, por mais paradoxal que pareça, o idealismo e o naturalismo, tanto num como no outro cabendo papel decisivo à concepção da objetividade científica como *Gegenstand* e à do sujeito como mera consciência universal, intemporal e impessoal. Daqui uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber como poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou de “doença da razão”, o dominador absoluto do mundo e da natureza; e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo oeconomicus* e no espírito do capitalismo o seu modelo socioeconômico acabado, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade.

A questão resvala no seguinte ponto, na contemporaneidade houve uma acentuação do *homo oeconomicus*. Essa acentuação vincula-se, em importante grau, à alteração da relação do homem com a natureza, onde ela passa a ser vista como mero objeto. E assim, rompe-se o equilíbrio entre o homem e a natureza, de forma que resta por ocorrer uma exploração massiva dos recursos naturais. Não apenas isso, tendo a ciência de que o homem atual é urbano, distante do plano rural, toda essa carga econômica transfere-se para a vida do homem na cidade. Sendo o Capitalismo o critério econômico-social exclusivo, a substituição das referências do bem/mal para o meu/teu muito atrelado ao individualismo que impera, a troca na noção de comunidade para sociedade, a conotação negativa que se construiu a partir de uma noção de Ciência como transformadora do mundo e, por fim, o câmbio da busca da verdade pela maximização da utilidade trouxe para parcela da população uma nova razão calculadora. Essa *ratio calculatrix* pós-moderna, implanta e se funda sobre um cálculo acerca do custo-benefício, comportando sempre uma racionalidade reflexiva: a atitude intelectual perante os resultados possíveis.

Pois bem, para uma conclusão acerca de quem é o delinquente dos crimes inseridos no contexto do direito penal econômico, há de se realizar uma análise econômica do direito penal. A análise econômica do direito penal pressupõe a adoção de uma perspectiva consequentialista e orientada às Ciências sociais na análise dos fenômenos relevantes no

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Coord). **Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa**. Madrid: Ara, 2005. p. 136.

âmbito jurídico-penal. Nessa perspectiva, o delito é uma classe de atos socialmente indesejáveis porque suas consequências são superiores aos benefícios sociais que, também, caberia esperar que uma determinada conduta trouxesse. Com isso, é possível qualificar o delito como conduta ineficiente caracterizada pela transferência puramente coativa de riqueza, realizada à margem do mercado, o que constitui o meio mais eficiente de consignação de recursos. Estabelecido que o delito configura-se como ato ineficiente, a questão é como fazer frente à sua realização tratando, ao menos, de reduzir sua frequência a fim de que, no conjunto, o sistema detenha maior eficiência possível. A economia é a Ciência da eleição racional de um mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades e desejos humanos. A conduta humana segue o critério da eleição racional, a busca dos próprios interesses na maior medida possível. Para empreender essa busca, os sujeitos são motivados por estímulos. Partindo dessa premissa, a análise econômica do Direito penal infere que aqueles que cometem crimes são sujeitos racionais, os quais, em sua atuação delitiva, obedecem a considerações de eficiência, ou seja, calculam os custos e as vantagens que cada ação proporciona. Isso determina que, através das informações que o indivíduo detém, se uma das alternativas de comportamento mostra-se menos vantajosa por força das circunstâncias, a possibilidade de que ele opte por ela diminui. Um sujeito cometerá um crime se, e apenas se, a sanção esperada foi inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato. Essa concepção vincula-se à teoria do comportamento racional da criminologia.⁶⁸

Válido aqui ressaltar que, entende-se no presente estudo, que tal explicação criminológica não vale para todo e qualquer indivíduo que venha a cometer delitos. Ela explica uma parcela dessa massa completamente heterogênea. Seria, em nossa opinião, extremamente ingênua a consideração de que existe uma explicação única para toda a criminalidade que ocorre. Se os tipos de crime e os tipos de criminosos são tão diferentes entre si, é de se concluir que as explicações para o comportamento criminoso sejam tão variadas e plurais quanto a própria criminalidade em si.

A questão central seria determinar se o modelo de homem do Estado moderno é o mesmo do Estado liberal ou o do Estado social; ou, ao contrário, uma versão superada de ambos. Reconhece-se e se aceita o modelo de *homo oeconomicus* para a delinquência econômica.⁶⁹

A teoria do comportamento racional propõe uma consequência nada desprezível para o

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11). p. 7-12.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 16-17.

quadro geral de uma política criminal humana. Se o que move o delinquente é a consciência de que o delito traz maiores vantagens que o comportamento legal alternativo, parece evidente que a criminalidade pode ser combatida não apenas com o seu desestímulo, tornando maiores os custos (pena) para a ação delitativa, mas também mediante ampliação das alternativas legais, para que pareçam mais vantajosas. Como exemplo, reduzindo o nível de desemprego.⁷⁰

Outra informação interessante sobre o perfil do agente que comete crimes de cunho econômicos é que esse tipo de delinquente, diferentemente do delinquente comum, não necessita para a realização do ilícito-típico de expor-se, bastando abusar de sua situação privilegiada.⁷¹

Não há como falar em criminoso econômico, ou criminoso do colarinho-branco sem mencionar a importante Teoria da Associação Diferencial que possuía em Sutherland seu maior expoente. Como aponta Anitua, as investigações de Sutherland sobre a criminalidade de colarinho-branco revelaram-se fundamentais por variados motivos. Um deles foi de apontar como errôneas, definitivamente, as teorias que até então continuavam falando de genes, de teste de inteligência, de complexos psicológicos, de uma forma ou de outra, de uma anormalidade e de uma inferioridade individual do delinquente. Ele também denunciava como equivocadas a vinculação da delinquência a pobreza. Segundo Sutherland, essa vinculação baseava-se nos estudos da delinquência que era detectada e esse “detectar” omitia sistematicamente os delitos realizados pelas demais classes sociais que eram e são, inegavelmente, muito numerosos. Por outro lado, as teorias que surgiam da explicação de crime por questões individuais como a herança, o fator psicológico ou a pobreza, não conseguiam explicar a delinquência do colarinho-branco e, por causa disso, não eram consideradas teorias gerais. Tampouco a delinquência comum pode ser explicada somente pela existência de fatores como a pobreza, já que a maioria dos pobres não delinque. Por essa segunda razão, terá maior valor a explicação que baseia-se em processos sociais com maior amplitude, os que estudam sociologicamente, como o próprio Sutherland fez. A Teoria da Associação Diferencial é tida por Sutherland como geral, pois tanto explica o delito das classes desprovidas de poder quanto a criminalidade do colarinho-branco. Com efeito, para ele, a delinquência econômica também é um comportamento aprendido. Tais delitos integram a forma socialmente admitida de fazer negócios entre determinados grupos. Isso aconteceria

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11). p. 19.

⁷¹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 442, jan./fev. 2012.

porque os próprios homens de negócio, que transmitem, de geração em geração, um código valorativo distinto do legal, e com excesso de valorações favoráveis a infringir a lei.⁷²

Sutherland verificava, no mundo dos negócios, uma real situação de desorganização social. Haveria uma situação de anomia, já não mais de valores diferentes dos legais. Não era possível, em virtude da velocidade das mudanças, da complexidade técnica, da invisibilidade e generalidade das vítimas, elaborar valores ou normas sociais próprias para esses grupos sociais. Não havia unidade no grupo, mas tampouco, e isso é o que tornava mais anômico, havia coerência entre a opinião pública e o Estado para que fosse tomada alguma providência contra esse tipo de delito. Não havia consenso sobre ele, e isso daria margem a pesquisas posteriores que acabariam por expor a relação entre o poder e a criminalidade.⁷³

Quando observa-se o criminoso do objeto de estudo em apreço encontram-se várias das características fornecidas acima. O crime que viola as relações do mundo trabalho na perspectiva eleita na presente pesquisa é feito sem o emprego da violência física. Pode-se falar de violência psicológica e assédio moral, entretanto, tais tipos de agressão não deixam marcas físicas. São crimes cometidos por pessoas que estão hierarquicamente bem posicionadas nas empresas, de modo que um dos debates mais fortes acerca do crime contra o as relações de trabalho, e que será mais bem explorado à frente, é sobre a posição de garantidor que certos profissionais detêm com relação a seus subordinados. Isso, principalmente no campo da segurança e da saúde no trabalho, é bem ampliado quando vislumbramos a questão dos acidentes de trabalho. São agentes que possuem boa imagem perante a sociedade, que não estão tão expostos ao sistema penal e que, muitas vezes, nem percebem que cometem crimes, já que por vezes há uma cultura no meio empresarial que “permite” ser visto como corretas diversas violações à saúde e à segurança dos trabalhadores, por exemplo.

Aponta Cuenca García⁷⁴ que as exigências típicas subjetivas confirmam o perfil do possível sujeito ativo como pessoa que conhece a normativa laboral e, eventualmente, de sua escassa aplicação. Isso permite constatar certa ineficácia preventivo-intimidadora dos tipos penais quando esses se dirigem a sujeitos que conhecem as dificuldades de aplicação dessas normas de cunho criminal.

⁷² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias do pensamento criminológico**. Trad. Sérgio Lamarcão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 495.

⁷³ Ibid., p. 496.

⁷⁴ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 10, 2013.

Tiedmann⁷⁵ endossa tal perfil do criminoso considerando que o direito penal econômico considera acertadas as constatações de Sutherland de que esse agente é uma pessoa de respeitada posição social e que possui “colarinho-branco”. Esse perfil foi melhor desenvolvido pela criminologia contemporânea de modo a evoluir o conceito do *occupational crimes*, ou seja, crimes cometidos em função de uma posição profissional.

Dessa forma constitui-se o criminoso do campo do direito penal econômico e, mais precisamente, do agente que viola as relações do mundo do trabalho.

1.3.3 A vítima

O perfil da vítima das violações das relações de trabalho também possui muitas semelhanças com o perfil vitimológico do direito penal secundário.

Como aponta Figueiredo, outro fator que contribui para a diferenciação dos crimes do colarinho-branco da criminalidade comum divisa-se na perspectiva da relação entre a conduta do delinquente e da vítima. Ocorre uma difusão, na criminalidade econômica, das vítimas que, mais uma vez, implica na opacidade da conduta delinquente. De fato, nesta espécie de criminalidade as vítimas desconhecem sua condição: seja porque os crimes cometidos, notoriamente desvaliosos, atingem as vítimas apenas de modo reflexo ou bagatelar em relação a cada uma delas, mesmo sendo o resultado inegavelmente ofensivo aos interesses coletivos, sejam porque muitos dos agentes justificam sua atitude por serem eles mesmos vítimas das mesmas. Ou seja, acaba por ocorrer uma maior tolerância social, à medida que a conduta passa a ser socialmente aceita com a explicação de que “todos fazem o mesmo”. É o que acontece, por exemplo, nas infrações penais ecológicas e tributárias. É de grande importância a posição da vítima na seleção da criminalidade: crimes com vítimas difusas ou crimes sem vítimas importam em enormes cifras negras.⁷⁶

A questão da vítima nesse contexto jurídico é muito interessante. Como as violações afetam direitos sociais os efeitos se espalham por uma coletividade de indivíduos. O ponto é que como afeta a todos em pequena proporção, esse coletivo em si não se sente diretamente violado. Por exemplo, nas fraudes tributárias, onde o desfalque que se dá afeta um número quase que incalculável de pessoas, as vítimas acabam não se sentindo tão patrimonialmente lesadas como se houvessem sido furtadas. A vitimologia já demonstrou que se não há vítimas,

⁷⁵ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal econômico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009. p. 72.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 442, jan./fev. 2012.

a cifra negra aumenta. Isso colabora para que o crime em questão pareça atraente e o criminoso sintá-se mais confortável acerca do cometimento da conduta.

No caso das relações do mundo do trabalho, as vítimas são mais facilmente identificáveis. Essa coletividade a qual tais crimes se reportam é facilmente perceptível apenas analisando o quadro de funcionários de uma determinada pessoa jurídica que através de alguém em situação de garantidor, viola os direitos trabalhistas desses empregados e atenta contra sua segurança, saúde, condição emocional, entre outras.

Segundo Nise Jinkings, analisando o trabalhador bancário, por exemplo, infere que nos bancos, como em outros segmentos da classe trabalhadora, a pressão por produtividade se apresenta diluída e mistificada pelas “leis” do mercado e exigências atribuídas à concorrência interbancária e aos clientes. Do mesmo modo, os mecanismos de dominação entranhados nos programas de “qualidade total” e “remuneração variável” agem com o objetivo de mascarar e intensificar a exploração capitalista do trabalho nos ambientes bancários. Pois, criando equipes de qualidade, organizando campanhas de vendas de “produtos” e serviços, determinando metas de produtividade individuais e coletivas, estabelecendo um sistema complexo de premiações e punições, tais programas constituem-se em importante ferramenta da gestão do trabalho nos bancos. O controle burocrático detém sua importância minguada nesse cenário, no qual predominam a ansiedade e o medo, a sobrecarga de trabalho, bem como os artifícios gerenciais para fragilizar a luta sindical e os laços de solidariedade entre os trabalhadores.⁷⁷ Ou seja, é possível identificar esse coletivo, de modo que a principal diferença que essas vítimas possuem com as demais vítimas do direito penal secundário é exatamente essa possibilidade. No entanto, questão interessante é o fator de se entender como vítima, de maneira que muitos deles não se compreendem nesse contexto, colaborando para a manutenção dessas violações.

Válido ressaltar que um direito penal orientado à prevenção se preocupa com a vítima apenas de maneira tangencial. Sua meta é prevenir o futuro e se pergunta sobre as possibilidades de melhorar o autor do delito, de dissuadir futuros delinquentes e de reforçar o sentido social de respeito pelas normas.⁷⁸

⁷⁷ JINKINGS, Nise. As formas contemporâneas da exploração do trabalho nos bancos. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 187-188.

⁷⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 213.

1.3.4 As instâncias de controle

Papel importante desempenha também as instâncias de controle quando se trata de direito penal econômico. Pablos de Molina coloca que a moderna Criminologia se preocupa, também, com o controle social do delito, principalmente por seu cariz cada vez mais sociológico e dinâmico. Essa abertura à análise das instâncias de controle representa um giro metodológico de importância, ao qual não está alheia a Teoria da Rotulação Social (Labelling Approach) pela relevância que os partidários dessa concepção criminológica assinalam a certos processos e mecanismos do chamado controle social na configuração da criminalidade. Neste sentido, vemos não só mais um enriquecimento do objeto da Criminologia, senão também um novo modelo ou paradigma desta (o paradigma do controle), dotado de uma considerável carga ideológica.⁷⁹

O controle social dispõe de numerosos meios ou sistemas normativos (religião, costume, direito etc.); de diversos órgãos ou portadores (família, igreja, partidos políticos, organizações), de distintas estratégias ou respostas (prevenção, repressão, socialização etc.), de diferentes modalidades de sanções (positivas, negativas etc.) e de particulares destinatários. Como indica-se, a Justiça constitui-se apenas um dos possíveis portadores do controle social. O direito penal representa, também, tão somente um dos meios ou sistemas normativos existentes, do mesmo modo que a infração legal constitui nada mais que um elemento parcial de todas as condutas desviadas; e a pena significa uma opção dentre as muitas existentes para sancionar a conduta desviada. Mas é inegável que o Direito penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, possuindo uma estrutura com maior racionalidade e com o mais elevado grau de divisão do trabalho e de especialidade funcional dentre todos os subsistemas normativos.⁸⁰

A área do direito penal econômico está sofrendo uma grande expansão, de forma que diversos tipos penais foram sendo criados durante os últimos anos na busca pela tutela dos direitos sociais. Dessa forma, as instâncias de controle se mostram cada vez mais preocupadas com o problema relacionado às violações dos direitos sociais. Entretanto, isso não quer dizer que essas criminalizações são completamente devidas e que estão sendo feitas de forma correta, o que acarreta problemas das mais variadas feições.

⁷⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 118.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 121.

Como aponta Silva Sánchez⁸¹, não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais e também do agravamento dos tipos já existentes, que pode-se encaixar no marco geral da restrição, ou uma nova interpretação das garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal. A criação de novos “bens jurídico-penais”, o aumento dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, uma maior flexibilidade das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia não passariam de aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo expansão. Apesar das propostas iniciais de acolher, prudentemente, novas formas de delinquência e eliminar figuras delitivas que perderam sua razão de ser, na realidade, o evidente é que a acolhida dessas novas formas e o agravamento geral das penas imponíveis a delitos que já existiam, sobretudo os socioeconômico. Em contrapartida, a transcendência da eliminação de certas figuras delitivas resulta, na prática, insignificantes.

Não é estranho que a expansão do direito penal apresente-se como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente uso da legislação penal uma aparente solução fácil aos problemas sociais, levando ao plano simbólico, ou seja; da declaração de princípios, tranquilizando a opinião pública, o que deveria se resolver ao nível da instrumentalidade, portanto, da proteção efetiva. Sem negar que essa explicação possua alguma razão, há de ser ingênuo situar as causas do fenômeno de maneira exclusiva na superestrutura jurídico-política, na instância estatal. As causas para o fenômeno, apesar de possuir sua parcela no Estado, podem estar em lugares mais profundos, fundados no modelo social que vem se configurando no decorrer das últimas três décadas e na consequente alteração da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao direito penal.⁸²

Estamos com Jakobs no sentido de que a solução de um problema social por meio do direito penal tem lugar, em todo caso, por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, isso significa que possui lugar dentro do corpo social. Assim, é impossível separar o direito penal e a sociedade. Esse ramo do direito constitui um cartão de visitas da sociedade de grande expressividade, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o direito penal. Exemplificando, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar piadas sobre o Führer ou por homicídio, caracteriza ambos,

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 28-29.

⁸² Ibid., p. 29-30.

o direito penal e a sociedade. Portanto, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal. Cabe requerer ao direito penal que realiza esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social. Da mesma forma que, inversamente, o direito penal pode recordar a sociedade que deve possuir certas máximas que se consideram indisponíveis. Por isso deve compatibilizar-se com as condições da evolução. Nem o sistema social, nem o jurídico, saltam por cima de sua própria sombra. Desse modo, por um lado, não se pode relegar o direito penal ao papel de mero lacaios, pois é parte da sociedade e, através de uma metáfora, deve possuir um aspecto respeitável ainda a plena luz do dia. Mas, ao inverso, o direito penal tampouco pode constituir-se na base de uma revolução social, pois como não mais contribua à manutenção da configuração desta, falta faz a base sobre a qual poderia se iniciar com sucesso uma revolução.⁸³ O direito penal surge para consolidar situações de fato através da norma e não criar situações no plano fático.

Ou seja, a evolução do direito penal caminha lado a lado com a sociedade, ou pelo menos, deveria caminhar. No processo de expansão relatado por Silva Sánchez, o processo expansionista intenta, através da criminalização, apaziguar ânimos sociais, criando novos tipos penais e agravando os já existentes. Mas apazigua tais ânimos porque a sociedade compreende que a intervenção do direito penal detém o condão de alterar a sociedade. Como verificamos com Jakobs, não é possível se direcionar a sociedade com o direito penal. Nessa linha, Fernandes disserta que se nos é lícito reconhecer que, em certa medida, o Direito Penal é chamado a atuar na vida em sociedade, no limite do mínimo necessário para proteção e segurança jurídicas por meio das normas, é indevida, e desborda sua capacidade, a atribuição às normas jurídico-penais da missão de dirigismo social, como expediente de qualquer engenharia ou tecnologia social.⁸⁴ A questão da expansão do direito penal será melhor trabalhada mais a frente. O que interessa no momento é demonstrar que existe um fenômeno de expansão do direito penal em curso⁸⁵ e ele se aplica em grande medida às criminalizações relacionadas com o direito penal econômico.

⁸³ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 7-9.

⁸⁴ FERNANDES, Fernando Andrade Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 55.

⁸⁵ Outra via de expansão que, além da área do direito penal econômico, está em curso é a relacionada com o “núcleo duro dos direitos humanos”. Muito atrelada ao fenômeno dos “gestores atípicos da moral” é uma via de criminalizações que, na busca pela defesa de direitos humanos, está encontrando no direito penal uma ferramenta de eleição para sua estratégia de tutela. Questionável meio e método, propõe recrudescimentos e criminalizações relacionadas a gênero, homofobia, *bullying*, racismo e tantas outras.

Figueiredo aponta alguns problemas que os órgãos de controle estão enfrentando com as novas criminalizações objeto do estudo. Da referida complexidade das condutas deriva outro problema, a dificuldade dos órgãos formais de controle de selecionar e reagir às condutas criminosas. Além de ser indispensável um conhecimento muito especializado por parte dos órgãos institucionais para a descoberta da *deviance*, sobretudo, num primeiro momento, da polícia, o que se nota é que o próprio legislador revela, tantas vezes, problemas na regulamentação de matérias mais complexas, e as autoridades judiciárias sentem, também, particulares dificuldades na apreciação das mesmas. Mais especificamente no que tange à atividade legislativa, o que parece notório é que o legislador nacional não se atém aos problemas técnicos suscitados, atuando de maneira casuística e expansiva, o que implica em problemas de legitimidade e eficácia.⁸⁶

De modo mais objetivo, um dos problemas mais preocupantes relacionado às normas do direito penal econômico está na sua eficácia. As instâncias de controle não possuem aparelhamento necessário para investigar os crimes complexos do direito penal econômico. Assim, possuímos um arsenal normativo criado para não funcionar, de modo que, apesar de haver exceções, muitas dessas leis penais não estão aptas a fazer com que se previnam os crimes aos quais elas guardam referência.

Outro interessante item conexo com as instâncias de controle, esse mais próximo do nosso objeto principal, é o sindicato. Como foi possível ver, as instâncias de controle são muito variadas, e sem dúvida, o sindicato é uma instância de controle importantíssima para a proteção da classe trabalhadora não apenas no Brasil como no resto do mundo.

No entanto, percebe-se que o sindicato não vem sendo muito efetivo na proteção do trabalhador. Infere Giovanni Alves que apesar da explosão do sindicalismo, a maioria dos analistas sociais destacou, como uma das principais fraquezas do sindicalismo brasileiro nos anos 80, a estrutura sindical corporativa. Ela crescia, mas permanecera com as mesmas visões e ferramentas, incapaz de contrapor-se às novas provocações do capital que surgiam com o novo e precário mundo do trabalho. A estrutura sindical pátria é descentralizada, fragmentada e dispersa por uma miríade de sindicatos municipais, em sua maioria com baixa expressividade e exígua capacidade de barganha. A estrutura é desenraizada, em virtude de não ter inserção nos locais de trabalho, sendo uma estrutura externa às empresas. É uma estrutura verticalizada, com imensas dificuldades de articular, numa perspectiva horizontal de

⁸⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 442, jan./fev. 2012.

maior amplitude, a organização e a resistência da classe, permanecendo vinculada à categoria assalariada. Sob o novo complexo de reestruturação produtiva, que tende a promover a descentralização produtiva; com a nova e radical terceirização, assumindo maior intensidade e amplitude; o padrão de organização vertical encontra sérias dificuldades para instaurar a nova resistência da classe à ofensiva do capital na produção. Verifica-se que a vida sindical organizada no país ainda é uma experiência compartilhada por um segmento minoritário da classe dos trabalhadores assalariados no país. O Brasil detém uma taxa de densidade sindical modesta, comparada aos países capitalistas centrais.⁸⁷

O sindicato no Brasil, como se observou acima, não consegue se articular de modo a defender a classe de trabalhadores brasileiros. As instâncias formais de controle atreladas ao Judiciário também encontram dificuldades para que se investigue e processe os crimes contra os direitos sociais e, mais atentamente, contra as relações do mundo do trabalho, colocando os trabalhadores à mercê das empresas e da nova configuração social mundial que precariza sistematicamente o mundo laboral. Entende-se aqui que existe certa urgência no aparelhamento das instâncias de controle, principalmente a investigativa, para que melhor e com maior eficácia se proteja o trabalhador e seus direitos.

1.4 Conclusões Parciais

Para Terradillos Basoco, possui razão Hassemer e seus colegas da Escola de Frankfurt em seu alerta a um possível processo de expansão do direito penal que venha ultrapassar os limites fixados por seus tradicionais princípios e transforme-se em um instrumento de programas políticos. Entretanto, ao menos no marco do sinistro laboral, os direitos colocados em jogo distanciam-se bastante de serem criações artificiais do legislador. E, por outro lado, não parece ser esse âmbito o mais acintosamente necessitado de um recorte da intervenção punitiva. O viés classista com que vem sendo caracterizado o direito penal como instrumento de controle não pode simplesmente ignorar a reivindicação de ampliar o seu campo de ação a novas condutas de expressiva lesividade e se manter preso em seus tradicionais guetos de criminalidade.⁸⁸

A delinquência da globalização é econômica, em sentido amplo, ou ainda em todo caso, é uma delinquência lucrativa, ainda que exponham outros direitos a perigo. Isso

⁸⁷ ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 282-283.

⁸⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral. **Cuadernos Penales José María Lidon**, Bilbao, ano 3, n. 3, p. 16, 2006.

significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (como o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como crimes dos poderosos; delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se encontra parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico.⁸⁹

Compreendendo a nova configuração da sociedade percebe-se que ela expõe a classe trabalhadora a violações diárias e constantes que influenciam na vida dessas pessoas em diversos níveis. Como em boa parcela do direito penal econômico, a violação se dá inicialmente no plano da normativa específica da área, no caso dos direitos trabalhistas e sindicais. Não apenas os trabalhadores mais marginalizados possuem seus direitos violados, como se percebe, desde os cortadores de cana até os bancários estão expostos a uma situação complexa e que se repete diariamente.

Uma alternativa satisfatória para os problemas relacionados ao direito penal econômico e, mais detidamente, às violações dos direitos laborais de cariz criminal, mais especificamente a busca por respostas institucionais (jurídicas) alternativas aptas a combater de maneira minimamente eficaz e legítima a criminalidade do colarinho-branco, só será encontrada se partirmos de uma abordagem criminológica.⁹⁰ E foi o que buscou-se fazer nesta análise: começar por uma reflexão a partir da Criminologia para verificar se existe um problema, digno do direito penal, verificado nas relações de trabalho.

Para Tiedmann⁹¹, se outorga um âmbito maior ao conceito de delitos econômicos, aceitando a ideia de que o Direito Econômico está formado pelo conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção e da fabricação e distribuição de bens econômicos. E, para diferenciar esses delitos dos que correspondem aos do direito penal patrimonial, faz-se prevalecer o bem jurídico coletivo ou supraindividual (social). Com esse critério, sustentado na Alemanha principalmente pela Corte Constitucional Federal, clara fica a inevitável interpenetração entre a direção da política econômica e a polícia econômica quando da proteção contra os perigos econômicos. Para isso se conta com disposições tais como as

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 99.

⁹⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 423, jan./fev. 2012.

⁹¹ TIEDMANN, Klaus. **Poder económico y delito** (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel, 1985. p. 19.

ditadas em matéria de monopólios, leis contra a concorrência desleal, normas sobre o crédito, direito da economia hídrica e energética, direito (penal) industrial e, entre tantos, o direito (penal) de proteção do trabalho.

Ou seja, não restam dúvidas sobre a importância de se tutelar as relações do mundo do trabalho para garantir que a produção e distribuição dos bens econômicos sejam mantidas. Há de se verificar se essa tutela também deve ser penal e, segundo o penalista alemão, o direito penal é sim apto a contribuir nessa área.

Segundo José Faria da Costa e Manuel da Costa Andrade⁹², as transformações operadas nas representações filosófico-culturais e políticas que trouxeram ao primeiro plano os valores da igualdade e da solidariedade, a reivindicação cada vez mais generalizada por uma igualdade real entre os cidadãos veio colidir com a experiência de um direito penal que prende os pequenos e deixa fugir os grandes. Para o que muito contribuíram as modernas criminologias do conflito, das cifras negras e da seletividade que vieram colocar em crise um sistema penal que, sob uma ideologia igualitária, distribuiu diferencialmente a criminalização e a impunidade, tanto em sede legislativa como em reação formal. Por sua vez, ao converte-se num dos estandartes fundantes do moderno Estado de prestações sociais, a ideia de solidariedade veio imprimir um novo *ethos*, valorativo e político, aos comportamentos desviantes em matéria de ordenação econômica. Tudo teria que se alterar a partir do momento em que se atualizou a consciência de que a intervenção no plano econômico é um pressuposto para que o Estado se possa assumir como garantidor de níveis mínimos de dignidade para os cidadãos em sua generalidade.

Seguem os penalistas portugueses afirmando que as transformações verificadas no plano econômico em geral se reconduzem, em resumo, à superação do modelo liberal no que respeita às relações entre o Estado e a Sociedade, o Direito e a Economia. Definindo-se como Estado de Direito Social, a verdade é que o Estado contemporâneo viu-se confrontado com a necessidade de multiplicar as injunções sobre a vida econômica. O que tem como reverso a mobilização praticamente cotidiana das reações criminais para tentar induzir certa conformidade. Necessidade tanto mais urgente quanto é certo que os tradicionais imperativos econômicos não se inscrevem, via de regra, sobre linhas de valoração cultural pré-existentes, interiorizadas e atuantes no consciente coletivo. Não é realista contar com a reação espontânea da comunidade (com estigma e distância social) aos infratores, normalmente os símbolos do sucesso e, por isso mesmo, da própria virtude. Daí que o recurso ao direito

⁹² ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 348.

criminal e às emoções específicas que ele desperta apareça como caminho privilegiado de emprestar carga ética a tais condutas ilícitas. Igualmente decisivo tem sido o impacto da crise econômica dos últimos anos que vem imprimindo força aos argumentos a favor da criminalização em matéria econômica. Apesar de supostamente conjuntural, a síndrome da crise tem encontrado no domínio específico do direito penal econômico um efeito homólogo ao da reivindicação *law and order* no plano do direito penal clássico. E vem estimulando o recurso, por vezes precipitado, à criminalização como forma de obviar aos inconvenientes da descontinuidade e dos sobressaltos da gestão econômica.⁹³

O ponto é que, apesar das muitas vezes precipitadas intervenções jurídico-penais, as relações de trabalho aparecem como condição de existência de toda a atividade econômica. E, dada tal importância, como item digno de proteção por parte do Estado como meio de garantir toda a produção e distribuição de bens já que, apesar do enorme avanço da técnica e da globalização, o homem ainda se faz necessário nesse ciclo produtivo, mas tratado é como se máquina fosse. Dessa forma, não há como não ponderar acerca do princípio da eficiência no Direito penal, de modo a questionar se uma intervenção jurídico penal detém o condão de colaborar para que, de modo mais do que subsidiário, tutele-se as relações do mundo do trabalho.

Segundo Silva Sánchez⁹⁴, a questão de saber onde se encontra o limite normativo-valorativo das considerações de eficiência e como, a partir de certas premissas, ele pode ser determinado resvala na opção de se aceitar, de início, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado. No entanto, isso pressupõe o repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura desse juízo à sociedade, com a finalidade de permitir a autêntica integração em seu núcleo dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível abandonar a ideia limitada de eficiência (impraticável nesse ponto) para conhecer o valor que, no contrato social, assinalou-se a todos e a cada um dos direitos ou princípios de garantia jurídico-penais, quais vantagens associam-se à sua vigência e que custos implica sua privação. O conhecimento de tal valor constitui pressuposto necessário da posterior aplicação do cálculo de custo/benefício a atos ou instituições concretas. É mais que discutível que esse valor - convencional, constitucional, cultural – atribuído a direitos e garantias possa ser

⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 348-349.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11). p. 66-68.

alcançado sem abandonar o método de análise econômica do direito. Contudo, o valor social e econômico que, em termos contratualistas, atribui-se a tais direitos e garantias acaba por definir um campo cultural em que devem operar as ponderações de custo/benefício, das quais resultará a eficiência de um determinado sistema de direito penal.

Ora, se o que possuímos é um arsenal de ferramentas que se organiza de modo funcional para o labor social e que a perspectiva é de ser um sistema normativo aberto a valorações que devem ser orientadas a fins no campo jurídico-penal, há exatamente de se realizar tais juízos deontológicos com a finalidade de se optar ou não pela intervenção punitiva no campo. Aqui compartilhamos a ideia inicial de Terradillos Basoco de que há sim papel a ser desempenhado pelo direito penal no campo da tutela das relações do mundo do trabalho. Talvez, e isso que se procurará analisar a partir de tal constatação, não tenha o direito penal muito a realizar no campo, mas que o problema detém sim dignidade penal parece-nos restar incontroverso.

Tanto que Terradillos Basoco⁹⁵ coloca a intervenção penal no campo imprescindível pela a vulnerabilidade dos trabalhadores-vítima, cujo temor no recorrer à justiça pode ver-se potencializado pela oferta de indenizações condicionadas ao abandono das vias penais e pela excessiva duração dos processos. Ao lado das testemunhas de tais sinistros que eram originariamente companheiros do acidentado e dependentes do mesmo empresário. A isso se reúne a já difundida cumplicidade social com o qual o criminoso do colarinho-branco é tratado, uma consolidada inércia entre os aplicadores do direito, que leva a refletir acerca dos desafios inerentes às novas figuras delitivas, o constatado aumento das possibilidades que surgem a partir dos delitos de perigo contra a vida ou a saúde dos trabalhadores, que só são perseguidos em termos relevantes quando já está produzido algum resultado lesivo e, finalmente, a influência na prática judicial de certo desconhecimento das condições em que se trabalha parcela dos trabalhadores. Numerosas sentenças que admitem a concorrência de culpas (empregador e trabalhador) argumentam pressupondo alguma autonomia do trabalhador que é irreal: a organização do tempo no e de trabalho é, também de fato, competência empresarial, e ainda mais em períodos de alta flexibilidade, de desregulamentação e precariedade, que obrigam a aceitar péssimas condições de trabalho. Frente a essa realidade tão pouco otimista, o recurso ao sistema sancionador penal resulta inevitável frente às condutas mais intoleráveis por sua gravidade.

Corretamente se enfatiza a função preventiva da pena, que pode ser útil para garantir,

⁹⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral. **Cuadernos Penales José María Lídon**, Bilbao, ano 3, n. 3, p. 25, 2006.

como ameaça prévia ao comportamento delitivo, um nível de proteção que não alcançam as indenizações nem sanções administrativas. É necessário, portanto, superar a já ultrapassada noção de que a intervenção penal é um recurso meramente punitivo, quando não vingativo. Esse tipo de concepção carece de todo um fundamento, a ameaça da pena tem uma função didática: mostra a coletividade que a vida e a saúde dos trabalhadores não são bens triviais, mas sim que se integram no catálogo de direitos a serem protegidos, de irrenunciável tutela pública. Por outro lado, a cominação de pena desperta um efeito preventivo de complexa quantificação, porém, em todo caso, certo. A eventual pena a sofrer, que se unem aos estigmas do processo, é um fator a mais, se não for o único, na hora de decidir pela observância da normativa em matéria de segurança e saúde do trabalhador. E ainda mais nesses casos, quando quem responde é o delinquente racional do colarinho-branco. A execução da pena imposta pode, ademais, gerar efeitos preventivos-gerais, já que prova que a ameaça da lei penal é suficientemente séria e deve ser levada em consideração no futuro. Sem falar nos óbvios efeitos preventivos-especiais que ocorrem em certas penas de viés inócuo, como podem ser as desabilitações.⁹⁶

Assim contemplada, a intervenção penal deixa de ser um eventual castigo vingativo, para se converter em um instrumento de prevenção que só terá eficácia se houverem certas condições. A primeira delas é uma maior e melhor implicação do Ministério Fiscal. Que como vem sendo constatado, que, inclusivamente quando atua frente a delitos de resultados lesivos, o faz com excessiva lentidão e leniência. Também é imprescindível potencializar a atuação dos trabalhadores e seus sindicatos, como agentes institucionais, frente aos julgados de cunho criminal. Essa presença deve ser sentida já na fase de denúncia, pois dada a inibição de particulares e autoridades policiais frente situações de risco, apenas a inspeção do trabalho e os trabalhadores sindicalmente organizados podem ser meios idôneos para que a notícia do crime chegue ao Ministério Público. Também é importante a presença sindical no processo, assumindo, antes da produção do sinistro laboral irreversível, as funções, tão gravosas para a vítima individual, da parte acusadora. Finalmente, uma polícia judicial especializada, que trabalhasse com procedimentos adequados, poderia fechar o círculo de elementos instrumentais necessários para que o conteúdo da norma penal não fique apenas como mera declaração de intenções.⁹⁷

O objetivo, a partir da conclusão parcial aqui construída, é de como se devem estruturar as políticas públicas de caráter criminal, ou seja, de como se deve refletir político

⁹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral. **Cuadernos Penales José María Lido**n, Bilbao, ano 3, n. 3, p. 26, 2006.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 26-28.

criminalmente acerca dessa constatação empírica inicial de que há um problema digno do direito penal e, mais a frente, como se devem estruturar e quais serão as categorias dogmáticas que irão ser edificadas para que haja a prevenção dessa criminalidade.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL ACERCA DAS VIOLAÇÕES NAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO

De acordo com o que consta no estudo até o momento e também segundo Gallego Alonso¹, vivemos em um Século XXI em que a nossa sociedade ocidental está instalada em um estado global de bem-estar que de modo ficto estende a todos os benefícios do progresso e onde os avanços tecnológicos parecem ter reforçado a atávica característica humana em encontrar espaços de segurança. Espaços onde se pode estar “a salvo” vivendo de forma razoavelmente livre. Resulta ao todo que o cenário mundial padece agora de um brutal desequilíbrio econômico e o Primeiro Mundo, privilegiado, sofre com os males da insegurança. Tanto é assim que este sentimento acabou sendo um dos fatores políticos mais decisivos. Estamos frente à sociedade do risco, segundo expressão cunhada por Beck, trata-se de uma sociedade ameaçada por um potencial de males muito superiores ao de outros momentos históricos. Já não são mais as pragas ou epidemias mortais ou as catástrofes naturais que aterrorizam os habitantes das sociedades contemporâneas. Somos nós mesmos que com os avanços tecnológicos, *a divisão do trabalho*, os modernos métodos de produção e as novas formas de exploração dos recursos econômicos que colocamos em perigo as fontes de bem-estar do planeta, da vida e da saúde, entre outros, de seus habitantes. A energia nuclear, o uso de produtos químicos, o impacto ecológico causado pela exploração do meio ambiente, a tecnologia genética e a manipulação dos alimentos, tudo isso acaba por encerrar uma capacidade letal de proporções incalculáveis. A isso se soma a enorme dificuldade para delimitar as responsabilidades em um contexto de uma crescente e alarmante cultura da impunidade: são os efeitos colaterais do progresso.

Chegou-se à conclusão parcial de que, criminologicamente, existe sim um problema que inspira intervenção jurídico-penal envolvendo as relações no mundo do trabalho. Cabe, no presente momento, compreender de que modo essa intervenção (política pública de cunho criminal) deve ser feita, valorando critérios a partir dos princípios do Sistema Jurídico-Penal e também da Constituição Federal para que essa intervenção seja feita de maneira racional, obedecendo aos mandamentos normativos voltados para a prevenção e para o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana.

Como aponta Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, uma

¹ GALLEGO ALONSO, Celima. Siniestralidad laboral: aproximación al fenómeno desde una perspectiva autocrítica de la respuesta jurisdiccional. Estudio del consejo general del poder judicial. **Cuadernos Penales José María Lídon**, Bilbao, ano 3, n. 3, p. 183, 2006.

contemporânea política criminal apta a valorar os dados criminais trazidos pela Criminologia, não há de se tratar apenas de saber como *deve reagir-se*, mas também e principalmente *a que deve reagir-se*. Ou seja, ao invés de uma política criminal intra-sistemática, hoje possuímos uma política criminal trans-sistemática. Compete à política criminal traçar os limites últimos do punível, competindo à dogmática jurídico-penal a identificação do comportamento punível dentro daqueles limites. Há que se ter presente que a transcendência da política criminal em relação ao direito penal não colide de modo algum com a autonomia do discurso jurídico-penal, nem implica a sua redução ou homogeneização ao discurso da política criminal. Na medida em que a política criminal se proponha alcançar os seus fins e dar corpo aos seus valores por intermédio do direito penal, terá de fazê-lo respeitando os seus princípios estruturais, eles próprios igualmente aquisições civilizacionais irrenunciáveis e, por isso, também valores políticos.²

Guilherme Costa Câmara³ infere que o magistério da doutrina tem vindo a conceder à política criminal um maior relevo no arranjo das Ciências totais do Direito penal, ao fundamento de que o Direito Penal (*strictu sensu*), por não constituir um espaço hermético técnico e alheio às relações existenciais, ao mundo da vida, e aos mais variados influxos ideológicos⁴ (logo, valorativos e que funcionam como uma espécie de filtro seletivo de condutas), surge, brota, eclode exatamente de exigências político-criminais, que se destinam a promover o harmônico convívio comunitário. Atribui-se à política criminal, destarte, uma função essencial: tanto no processo de estruturação do sistema (logo em etapa preliminar ao trabalho de normatização jurídica); como em momento subsequente, ao instante de sua interpretação. Ou seja, a política criminal deve interferir em momento anterior, auxiliando e orientando a produção normativa e também em momento posterior auxiliando a hermenêutica da norma jurídico-criminal já produzida.

² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 106-107.

³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 168.

⁴ Afirmação com a qual não concordamos. A noção de que a dogmática jurídico-criminal encontra-se em revelia aos fatos da existência já não mais se mostra verdadeira principalmente após o advento do Funcionalismo Racional-Teleológico utilizado em conjunto com o modelo de Ciência Conjunta do Direito Penal. Se o modelo baseia-se exatamente na melhor comunicação entre os elementos integrantes do Sistema, produzindo uma dogmática que vem lastreada por considerações de valor depuradas pela política criminal e que pode ser orientada por esses mesmos valores no caso concreto, não há que se falar em dogmática alheia às relações existenciais. Como já pormenorizado no estudo, a evolução para uma noção sistêmica do Funcionalismo pretende aumentar ainda mais a carga valorativa na dogmática jurídico-penal, principalmente com foco no papel comunicativo que a norma traz de orientação à prevenção. Se a realidade judiciária mostra-se indiferente ao produzido pela Ciência Jurídico-Criminal e continua a conceber a dogmática de uma maneira crua e indiferente a valores, isso acaba por não ser problema apto a ser enfrentado pelas Ciências Criminais e sim pela Administração Pública.

Delmas-Marty⁵ coloca que tomar como objeto de estudo a política criminal compreendida como “o conjunto dos procedimentos por meio dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal” permite considerar os fenômenos da perda da especificidade das categorias penais e a emergência de novas categorias jurídicas. Dessa forma, a perspectiva fica, de fato, ampliada a diversos títulos: dos procedimentos somente repressivos a todos os demais “procedimentos”, sobretudo aqueles baseados na reparação ou na mediação; do Estado ao “corpo social” como um todo, mas desde que este organize suas respostas, o que exclui o caso de uma resposta totalmente isolada, não admitida pelo grupo, mas permite incluir determinadas práticas da sociedade civil, como a organização de milícias privadas ou de redes de mediação; de reagir a “responder”, a fim de introduzir, ao lado da resposta “reacional” (*a posteriori*), a resposta preventiva (*a priori*); enfim, do crime ao fenômeno criminal, englobando qualquer comportamento de distância das normas, infração ou desvio. Política criminal, portanto, como qualquer outra política, ao mesmo tempo uma forma de organização da vida social baseada na atribuição do poder que determina a repartição dos bens, garante as instituições em sentido amplo (família, escola, igreja, entre outros) e propõe os valores; e uma ação, uma estratégia, um movimento para atingir determinado objetivo.

Segundo Mir Puig, existem dois enfoques possíveis na valoração dos interesses coletivos. Um, é contemplar a partir do ponto de vista da importância dos interesses coletivos para o sistema social. O outro se baseia em fazer-se a valoração em função de sua repercussão nos indivíduos. O primeiro é tipicamente adotado pelo Estado social autoritário, caracterizado por subordinar o indivíduo ao corpo social. No Estado Democrático de Direito material há de se preferir o segundo enfoque. Importam os interesses coletivos na medida em que condicionem a vida dos indivíduos. A razão é óbvia, trata-se de colocar o sistema social à serviço do indivíduo, não de colocar o indivíduo a serviço do sistema social.⁶ Como já explicitado, o objetivo específico do estudo com relação às violações envolvendo o mundo do trabalho está inserido nesse campo dos direitos supraindividuais. Segue-se aqui a ideia de Mir Puig, enfrentando a problemática a partir do segundo enfoque.

Frente ao exposto, segue-se Roque de Brito Alves na concepção de que política criminal tem como objeto todos os instrumentos ou medidas culturais, sociais, jurídicas e

⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 42-44.

⁶ MIR PUIG, Santiago. Concepto de bien jurídico-penal como límite del ius puniendi. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2014. p. 430.

científicas que visem ao controle da criminalidade. Detém o objetivo de prevenção do delito e não sua repressão, como predominantemente ainda ocorre em nossos dias. Ciência não apenas empírica ou puramente normativa, mas possuindo, sobretudo um caráter finalístico, qual seja a atividade que uma sociedade politicamente organizada deve desenvolver para o devido controle da criminalidade, com um conteúdo, portanto, prático e teleológico. É Ciência eminentemente política e sob tal natureza a Política Criminal deve entender-se como um sistema coordenado e coerente, simultaneamente, de princípios teóricos e de ações concretas, com a união de fórmulas teóricas indispensáveis a meios objetivos, utilitários reais.⁷

Infere-se, assim, que o objeto específico do presente estudo necessita de um enfrentamento político-criminal a partir das constatações até agora desenvolvidas na pesquisa. No entanto, essa abordagem necessita de direcionamento. Buscando evitar a possibilidade de justificar “qualquer valor”, como ocorreu no Movimento Jurídico-Penal do Neokantismo, e na tentativa de se fazer uma reflexão político criminal para o problema das violações envolvendo as relações de trabalho, utilizar-se-á duas categorias político-criminais cunhadas no contexto do Funcionalismo que intentam adequar o enfrentamento ao Estado Democrático de Direito Material e a um Sistema Jurídico-Penal aberto a valorações que devem ser orientadas a fins: o *merecimento de pena* e a *necessidade de pena*. O uso de tais categorias visa contribuir para uma estruturação racional da análise político criminal.

O primeiro conceito, o merecimento de pena, também entendido como dignidade penal⁸, deve ser encarado como um “[...] juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”, como infere Manuel da Costa Andrade⁹. O que significa que apenas aqueles fatos de considerável danosidade social devem ser alvo da proteção jurídico-penal.

O segundo conceito, como aponta Fernandes¹⁰, a necessidade de pena, que também pode ser entendido como carência de tutela penal, é expressão dos princípios da subsidiariedade, *ultima ratio* e proporcionalidade, pelos quais o Direito Penal só deve intervir

⁷ ALVES, Roque de Brito. Política criminal contemporânea. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014. p. 417.

⁸ Nomenclatura já utilizada no presente estudo durante o primeiro capítulo.

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina “teleológico-racional” do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 184, abr./jun. 1992.

¹⁰ FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld**. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 373-374.

quando a proteção dos bens jurídicos¹¹ não possa alcançar-se por meios menos gravosos. Trata-se de um referente político criminal, de caráter particularmente funcional, que implica em um duplo juízo: o da necessidade, dizendo respeito à inexistência de outros meios (jurídicos ou não) capazes de oferecer uma tutela adequada e suficiente (subsidiariedade); o da idoneidade, relativo à aptidão e eficácia da tutela penal para a proteção do bem (adequação); o da proporcionalidade, que implica em uma verificação das vantagens e desvantagens político-criminais da intervenção penal, com vistas a se poder afirmar que a proteção não gera mais custos que benefícios.

A distinção entre merecimento e necessidade de pena aparece como relevante tanto em relação ao aspecto político-criminal, voltado para a decisão acerca da criminalização de uma determinada conduta, quanto em relação ao aspecto dogmático, voltado para a decisão acerca da sua punibilidade. Em uma perspectiva político criminal os juízos acerca do merecimento e da necessidade de pena são apontados como referências imprescindíveis para o legislador, na medida em que expressam os princípios fundamentais que fixam os limites entre a decisão criminalizadora ou não de uma conduta determinada, tendo, inclusive, fundamentado todo o movimento de descriminalização verificado em alguns ordenamentos jurídicos em um passado relativamente recente e, pois, sendo aptos principalmente para a ponderação acerca da manutenção de qualquer criminalização.¹²

Ainda com relação ao primeiro critério, o merecimento de pena, acentuando seu aspecto valorativo, acrescenta-se que a gravidade do juízo ético-social depende não só da conduta de lesão ou exposição a perigo, mas também da própria natureza do bem jurídico, de modo que quanto maior for o valor de um determinado bem jurídico segundo a ordem valorativa, maior será o merecimento de pena; diversamente, a menor importância de um bem jurídico implicará em que menor será também o merecimento de pena desde a perspectiva do desvalor social. No juízo do merecimento de pena, não há de se levar apenas o desvalor da ação e do resultado de uma determinada conduta, mas também a importância da comunicação que estava estabelecida naquela norma. O Injusto e a Culpabilidade têm de ser elementos essenciais do delito. Eles determinam a desaprovação pública que sobre a conduta recai, resultando no merecimento de pena que da sua prática decorre. Dessa maneira, o juízo sobre o merecimento de pena refere-se ao caráter injusto e culpável da conduta. Em tal

¹¹ No presente estudo entende-se não como proteção de bens jurídicos, mas sim como estabilização normativa. Então, a concepção mantém-se, no entanto, o que se almeja é a reafirmação do ordenamento que só deverá ser feita pelo direito penal quando não se possibilitar alcançar essa revalidação através de meio menos gravoso.

¹² FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 375.

perspectiva, o merecimento de pena fica condicionado a três variáveis: o valor do bem jurídico (aqui entendido como a importância da comunicação para o corpo social que está incluso naquela norma), implicando a sua lesão em um desvalor do resultado; forma e a intensidade da conduta lesiva, que determina a maior necessidade de proteção a favor da comunidade; e o grau de reprovabilidade da atitude interna do agente, expressa esta no menosprezo pelos valores fundamentais da convivência social. Os três fatores juntos (o valor do bem jurídico protegido, a perigosidade do ataque e a reprovabilidade da atitude interna) convertem o fato em um exemplo insuportável que ganharia adeptos se o Estado não o combatesse com a pena.¹³

A dignidade penal ou merecimento de pena configura-se como uma espécie de dimensão transcendental da dogmática penal, atuando como uma qualificação possível de todos os elementos do crime, possibilitando repercussão também no direito de medida da pena e no próprio processo penal. Representa um sistema autorreferente, dotado de uma intencionalidade, lógica e sentidos próprios e, a partir de sua projeção nos singulares elementos do crime que a dignidade penal ganha sentido definitivo e revela-se de modo operativo.¹⁴

Os supramencionados critérios devem ser avaliados na análise da situação do caso em concreto submetido à intervenção penal, o que, todavia, não impedem que possam ser utilizados também para se verificar a pertinência da decisão legislativa no sentido de criminalização ou não de condutas.¹⁵

Já no que toca ao segundo critério (necessidade de pena), Fernandes e Costa Andrade afirmam que detendo viés teleológico, no sentido de fundamentar um juízo de natureza político-criminal sobre os fins da pena estatal reconhece-se que a sanção criminal é o meio irrenunciável para defender a sociedade de sua desagregação, preservando a ordem jurídica. No plano trans-sistemático a decisão quanto à criminalização ou não de uma determinada conduta resta a depender também da ponderação acerca da necessidade de tutela penal, aferida por referência aos princípios de subsidiariedade e de último recurso do Direito Penal. Assim, a intervenção penal apenas se revela necessária na medida em que a proteção dos bens jurídicos essenciais não possa ser feita com recurso a meios menos gravosos para a liberdade.

¹³ FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 377.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina “teleológico-racional” do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 195, abr./jun. 1992.

¹⁵ FERNANDES, op. cit., p. 378.

O juízo acerca da necessidade de tutela penal vincula-se, pois, à constatação de que a intervenção penal é adequada e necessária para a prevenção da danosidade social que decorre da conduta, bem como de que no caso concreto ela não desencadeia efeitos secundários, lesivos de maneira desproporcional. A necessidade de tutela penal decorre da ausência ou impossibilidade de uso de alternativa idônea e eficaz de tutela que não seja de natureza penal (juízo de necessidade), da idoneidade da intervenção penal para assegurar a tutela e de que o recurso ao Direito Criminal não importe no sacrifício desproporcional de outros bens jurídicos, em especial a liberdade.^{16 17}

É da articulação entre merecimento de pena e necessidade de pena que torna-se possível avaliar o *se* e o *como* da intervenção penal. Dessa maneira, mesmo que comprovado o âmbito de proteção penal, e com isso o merecimento de pena, desde que se leve em conta o princípio da *ultima ratio* não resulta naturalmente que a proteção mediante o direito penal deva ser realizada. Ocorrendo uma limitação do merecimento de pena pela necessidade de pena.¹⁸

Vocacionadas para intervir tanto no discurso político criminal como dogmático, a dignidade penal e a carência de tutela penal têm conhecido um considerável sucesso nos dois domínios. O seu triunfo na política criminal, máxime numa perspectiva sistêmico-transcendente e, por isso, tendencialmente crítica, parece inquestionável. Na síntese conjugada nas suas injunções de sentido, a dignidade penal e a carência de tutela penal são atualmente assumidas como arquétipo para o legislador, como fórmula concentrada do conjunto dos princípios reitores em matéria de política criminal, jurídico-constitucionalmente sancionados. São, na verdade, elas que mediatizam e tornam operativos os princípios constitucionais que demarcam o horizonte da criminalização: imanência sistêmico-social, proporcionalidade, caráter fragmentário e subsidiariedade.¹⁹

Importante deter-se no presente momento a um princípio de grande importância e que vêm ganhando cada vez mais força e espaço no debate científico principalmente pelo caráter argumentativo que detém: o princípio da proporcionalidade, que integra a ponderação sobre necessidade de pena e que será de grande utilidade na reflexão do objeto principal do estudo com relação às violações do mundo do trabalho.

¹⁶ FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld**. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 391-392.

¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina “teleológico-racional” do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 186, abr./jun. 1992.

¹⁸ FERNANDES, op. cit., p. 393-394.

¹⁹ ANDRADE, op. cit., p. 187.

Como infere Soraya Lunardi, o Princípio da Proporcionalidade vem ganhando cada vez mais espaço e importância principalmente pela sua utilidade na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais.²⁰ No ambiente criminal não é diferente, segundo Fernandes cada vez mais relevante é a projeção do Princípio da Proporcionalidade no âmbito penal, que faz referência não apenas ao princípio penal da proporcionalidade entre gravidade do delito e a gravidade da pena, mas sim a um princípio mais geral, de nível constitucional, que deve balizar toda a atuação do Estado que afete algum direito fundamental. Nessa concepção mais alargada, inclui-se no princípio da proporcionalidade três subprincípios: o de idoneidade da intervenção estatal para conseguir sua finalidade, o de necessidade da mencionada intervenção para tal fim e o de proporcionalidade em sentido estrito entre o custo da intervenção em termos de afetação de direitos e o benefício representado pelo fim a ser obtido.²¹

Essas considerações a partir dos conceitos político-criminais acerca do merecimento de pena e da necessidade de pena (esse último com foco maior no Princípio da Proporcionalidade) serão de grande utilidade no campo das violações envolvendo o mundo do trabalho. Se, como sustentado, existe sim um problema digno do direito penal envolvendo a classe dos trabalhadores brasileiros que se encontram em uma situação cada vez mais precarizada devido às alterações na configuração da sociedade contemporânea, ele deve ser enfrentado de forma racional, produzindo uma política pública de cunho criminal que esteja apta a prevenir essas violações. Essa política pública de fortalecimento das normas trabalhistas deve ser guiada principalmente pelo juízo de necessidade de pena, onde o princípio da proporcionalidade atuará de forma ímpar no sentido de avaliar o modo com o qual esse tipo de violações será compreendido e enfrentado. Ressalta-se que uma intervenção penal no mundo das relações de trabalho é uma intervenção estatal na economia, devida, mas que deve ser muito bem ponderada, por estarmos diante de direitos fundamentais. Há de se entender também que a política criminal é uma das políticas públicas de enfrentamento do problema, guardando que, apesar da sua importância, ela também possui um limite e deve ser conjugada com outras medidas na prevenção dessas violações.

Sobre o Princípio da Proporcionalidade e essa sua concepção mais alargada, Rodríguez disserta que a proporcionalidade assume, em relação ao Direito Penal, um segundo

²⁰ Posição assumida durante aula ministrada pela professora junto ao Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista na disciplina Direitos Humanos em Ignácio Ellacuria no ano de 2013.

²¹ FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 382.

sentido, que se afigura mais controverso na atualidade, embora não necessariamente mais importante. Se a sanção criminal implica, compulsoriamente, a constrição a um direito fundamental do indivíduo (direitos que são assegurados constitucionalmente) tal constrição se legitima apenas caso ocorra em nome de outro princípio ou direito fundamental (danosidade social de cariz criminal), do cidadão ou da coletividade. Trata-se de um princípio de hermenêutica da Carta Magna, que por sua vez interfere na dogmática penal. O reconhecimento no plano constitucional de um leque cada vez maior de direitos colocou em evidência a garantia dos direitos como um cálculo binário de sim e não. Longe de existir um único plano de direitos, com uma fronteira linear segura e unidimensional, os direitos fundamentais e princípios interferem-se uns em outros, invadem-se e se sobrepõem. Sua principal utilidade é resolver os dilemas da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se então um “princípio dos princípios”, que determina a busca por uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos outros. Assim, porque representa grande parte do conteúdo de fundamentação nos conflitos entre direitos fundamentais, não se pode deixar de analisá-lo, mesmo que se possa compreendê-lo, afinal, como uma regra hermenêutica (em sentido *lato*), um lugar argumentativo.²²

Faz-se uma tripartição do princípio da proporcionalidade em requisitos diversos. O primeiro, a idoneidade, aponta para o fato de que a intervenção deve ser adequada ou idônea para a finalidade a que se propõem. Ou seja, a medida deve ser válida para alcançar o fim almejado, pois, no caso de não alcançar, passa a ser desproporcional. O segundo, a necessidade ou indispensabilidade, aponta para a escolha do meio menos danoso para a consecução do fim a que se pretende. Ou se possível, deve-se alcançar a mesma finalidade sem promover dano algum. O terceiro, a ponderação, é para muitos autores o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Levando-se em conta que há conflitos entre princípios, ou entre princípios e regras, deve-se preservar ao máximo cada um deles. Será ilegal o meio utilizado para alcançar determinado fim, se não for mínima a compreensão que faça a um dos direitos sacrificados. A preservação do valor da dignidade da pessoa humana, por mais que vários princípios possam ser comprimidos, nos limites da razoabilidade, é essencial. O princípio da proporcionalidade não está inscrito na Constituição pátria. Encontra-o em vigor

²² RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria do crime. São Paulo: Atlas, 2010. p. 96.

em nossa legislação por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”²³. A opção do legislador constitucional por omitir-se nessa enunciação pode ser que tenha sua razão, caso entenda-se não tratar-se de um princípio em si, mas de uma fórmula hermenêutica que dispensa alicerce legislativo. Não há como negar que, neste último sentido, o vínculo é estrito entre a proporcionalidade e a aferição de constitucionalidade de uma norma penal. Por tal que a invocação do princípio da proporcionalidade deve-se restringir a tais hipóteses de controle, seja ele difuso ou concentrado. Ou seja, na interpretação ou aplicação da norma constitucional.²⁴

Com isso, considera-se acertada as ponderações de Roque de Brito Alves no sentido que no momento, a reação social ante o crime, em termos de prevenção e de repressão ao delito não pode mais possuir caráter passional, apressado, superficial, e sim racional, guardando à vista, sobretudo, o conhecimento profundo e progressivo que a moderna Criminologia vem ofertando sobre o fenômeno do delito como uma realidade humana e social, em sua objetividade natural e histórico-social. Postando-se ao lado do apurado e mesmo refinado aperfeiçoamento técnico de natureza normativa e dogmática que o Direito Penal contemporâneo apresenta sobre o fato punível. Dessa maneira, a atual política criminal não deve ser entendida ou aplicada somente como Política Anticriminal, não de força dissuasiva ou intimidadora da pena privativa de liberdade, numa excessiva tipificação, criminalização ou penalização de fatos, e sim deve procurar e apelar para ações ou instrumentos de prevenção (geral e especial), e ainda principalmente para as medidas substitutivas das penas detentivas, como agora ocorre com as denominadas “penas alternativas” de nossa legislação vigente. Se inserida dentro de ampla Política Social, a Política Criminal tem de ter em vista a própria planificação do desenvolvimento social e econômico da nação, ao lado da necessária liberdade política, do respeito aos direitos humanos como princípio maior das democracias, tudo relacionado com a produção e distribuição da riqueza, com a urbanização planificada, a industrialização, a revolução tecnológica, a segurança social, entre outras. Sem tal planificação irá falhar a Política Criminal, pois falha é a Política Social do Estado. Portanto, o precário ou deficiente desenvolvimento econômico e social, em termos puramente materiais, objetivos, surgirá como

²³ BRASIL. Constituição Federal. In: BECKER, Camila. (Org.). **VADE MECUM**: 2013: com foco no exame da OAB e em concursos públicos. Camila Becker (Org.). 4. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 120.

²⁴ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria do crime. São Paulo: Atlas, 2010. p. 97-98.

fator criminógeno, com efeitos nocivos sobre a vida nacional.²⁵

De modo científico, no amplo esquema da Ciência Conjunta do Direito Penal, a política criminal deve se relacionar e receber sempre as contribuições da Criminologia e do Direito Penal, situando-se como ciência e arte entre estas duas ciências que se debruçam sobre o fenômeno do crime sob aspectos distintos, como fenômeno humano e social e como fenômeno jurídico, respectivamente ético. Por outro lado, a política criminal por melhor que seja planejada ou estruturada (como uma outra forma de controle social da criminalidade) falhará em sua missão se as demais políticas, instituições ou sistemas de controle social, como o sistema normativo penal, o judicial, o cultural, ou familiar, o educacional, o de comunicação de massas, o legislativo, o policial etc. não estiverem relacionados ou coordenados positivamente com a política criminal. Se um desses sistemas estiver em crise em tal missão racional (não passional) de prevenção e repressão do delito, também serão insuficientes as medidas puras de política criminal. Assim, a prevenção e a repressão do crime para atingir os fins almejados devem ser enfrentadas dentro de uma estratégia global da programação geral da Política Social do Estado, mesmo que qualquer proposição ou medida da sociedade para a prevenção ou combate da delinquência seja da competência privativa da política criminal, inclusive o tratamento ou recuperação social do delinquente.²⁶

Como já afirmado, para lidar com as violações envolvendo as relações de trabalho, não apenas a política criminal deve estar adequada, mas também a fiscalização do trabalho, os sindicatos, a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, os empregadores, devem estar todos adequados aos objetivos consubstanciados em nossa Constituição Federal e voltados para o respeito aos direitos dos trabalhadores. Não apenas adequados em si, mas também entre si. De modo a existir sintonia entre todos esses componentes, objetivando uma significativa redução das violações envolvendo as relações de trabalho e atento ao modo como o labor se comporta na sociedade contemporânea. Apenas com uma ampla Política Social estatal é que realmente haverá sucesso nesse objetivo. A política criminal adequada é apenas um dos componentes desse processo.

Como já exposto, o que se visa proteger através do direito penal com relação às violações das relações de trabalho são exatamente essas relações. Ou seja, o que se pretende é reforçar essas normas extra-penais. Costa Andrade e Faria Costa inferem que ao direito penal

²⁵ ALVES, Roque de Brito. Política criminal contemporânea. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014. p. 418.

²⁶ Ibid., p. 418-419.

econômico, ao proteger direitos supraindividuais, depara-se imediatamente com a dificuldade de uma definição rigorosa do conteúdo daqueles direitos. E, mesmo existindo referente normativo constitucional, a delimitação dos direitos econômicos permanece bastante imprecisas já que aqueles se traduzem, boa parte das vezes e para largos setores da doutrina, numa obrigação de meios. Por outro lado, há que ter presente que a ordem econômica é uma realidade histórico-social muito anterior a eventual existência de um direito penal econômico. Mais, essa mesma ordem econômica, quer num sistema capitalista, quer num sistema socialista, é regida por uma infinidade de normas de direito civil, administrativo e comercial (laborais também) que nada tem a ver, numa primeira aproximação, com o direito penal econômico. Este aparece depois, como *ultima ratio* do sistema sancionador estadual. Nesta perspectiva, a ilicitude do direito penal econômico é derivada e periférica. Desse modo, o direito penal econômico aparece para incriminar a violação das normas extra-penais. O que faz com que se verifique uma separação entre a descrição dos fatos e a ameaça da sanção. Configura-se a norma sancionadora que é reenviada para uma outra norma que descreve o comportamento proibido. Acrescente-se que tal técnica, chamada de reenvio, pode assumir a forma de reenvio interno, isto é, a norma tipificadora da conduta faz parte do mesmo texto legislativo da norma sancionadora. Ou de reenvio externo, em que a norma *ad quem* pertence a outro texto legal. Fácil é compreender que é extraordinariamente difícil erradicar, pelas razões atrás expendidas, tal técnica legislativa do direito penal econômico.²⁷ Obviamente, a técnica do reenvio, aceita no ordenamento jurídico pátrio, traz de volta a possibilidade de se estar perante uma norma penal em branco, e com isso, todos os problemas que acarretam a utilização de tal espécie de norma penal. Agrava-se a situação no tocante ao ponto de que a norma de referência (extra-penal) nem sempre é elaborada segundo os melhores princípios da tipicidade e da legalidade. E isso traz dificuldades no planejar político-criminal de estruturação da abordagem dogmática.

Segue Figueiredo Dias expondo que a especificidade do direito penal secundário parece acentuar-se quando se atenta na necessidade político criminal de criação de medidas individualizadas no seu campo, tanto a nível legislativo estrito como a nível organizatório. Reflita-se sobre questões como a da especificidade de certas sanções, a da aceitação de princípio da responsabilidade das pessoas coletivas ou a da constituição e funcionamento dos órgãos encarregados da persecução penal e do julgamento das infrações e logo se terão

²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 354-355.

alinhado boas razões para ver no domínio do direito penal secundário, em especial no econômico, um campo dotado de autonomia político-criminal e instantaneamente carecido de reforma. Assim, torna-se de imediato compreensível a acuidade da sua penetração e esclarecimento ao nível dogmático (que é o que se pretende no estudo), tarefa ainda mal esboçada mesmo nas doutrinas mais evoluídas. Na doutrina geral da infração criminal questões existem que, dada sua primacial relevância no espírito do sistema, possuem uma particular aptidão para o iluminar na sua generalidade, constituindo como que pontos de vista englobantes ou perspectivas centralizadoras, perenes nas difíceis opções dogmáticas que no âmbito daquela doutrina têm de ser tomadas. E sendo uma dessas questões, sem dúvida, a da estrutura, sentido e função do tipo que estão presentes no domínio dogmático do direito penal secundário.²⁸

Outro campo de especialidades em que o direito penal econômico é particularmente fértil situa-se no problema da omissão. O comportamento socialmente esperado, porque axiologicamente relevante, e que objetiva evitar um resultado proibido, não sendo efetivamente levado a cabo, merece uma censura ético-jurídica. E o direito penal econômico é um dos domínios de eleição dos delitos por omissão, desde que se tenha por assente, como parece dever ter-se, que o direito penal econômico é um ramo do direito interventor quando se não cumprem certas regras. Isto é, quando se omitem certos comportamentos legalmente exigidos é então que uma grande área do direito penal econômico se faz sentir-se. E a omissão que implica a violação de um dever jurídico é extraordinariamente sensível nos crimes culposos, que são, por sua vez, também significativos na fenomenologia da criminalidade econômica. No entanto, nos crimes dolosos o dever jurídico cuja violação por omissão é o cerne da punibilidade do agente deve encontrar-se rigorosamente definido em diploma legal que, em verdadeiras contas, deve ter a mesma força normativa da norma sancionadora. Entretanto, desse jeito cai-se novamente no reenvio e em todos os perigos que o envolve.²⁹

Os crimes de perigo foram considerados como uma modalidade delituosa eficaz na prevenção da criminalidade econômica. Como se sabe, a grande maioria dos danos provocados pela criminalidade econômica não é suscetível, muitas vezes, de uma apreciação direta e imediata. Por isso não há de se dizer, como Delmas-Marty, que aqueles danos não estão aptos a uma apreciação científica já que se entende que mesmo a valoração mais

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 22-24.

²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 354-356.

objetiva de um qualquer dano, ainda que certo e determinado, não pode ser qualificado, quando se está no mundo do direito, de uma maneira científica. Haverá quando muito e sempre uma aproximação ao montante qualificado do dano. E a única aproximação que tem aqui significado é aquela que pode ser caracterizada como justa. É fundamentalmente devido ao fato de a criminalidade econômica ser refratária a uma valoração objetiva do desvalor do resultado, este traduz-se muitas vezes unicamente numa *violação da confiança* do sistema econômico, que o legislador sente a necessidade de considerar que o mero pôr em perigo determinados bens jurídicos é um elemento do tipo (crimes de perigo concreto) ou mesmo entender que a produção do perigo nem sequer é elemento do tipo (crimes de perigo abstrato). É evidente que principalmente os crimes de perigo abstrato facilitam de grande maneira a superação das dificuldades de prova que a criminalidade econômica acarreta.³⁰

Na mesma linha segue Silva Sanchez, demonstrando o extremo cabimento dos juízos-conceitos político criminais trazidos, em especial o da necessidade de pena, para um sistema orientado para a prevenção. Ele disserta no sentido de que entre os diversos mecanismos de que dispõe o Direito Penal, melhor será optar por aquele que se mostre mais eficiente, isto é, que acarrete menos custos sociais. Os enunciados anteriores acolhem três princípios básicos de grande tradição na disciplina: o da necessidade, o da subsidiariedade e o da proporcionalidade, esta entendida, em termos utilitaristas (ressalta-se que a compreensão do autor é a partir de um juízo de eficiência). Daí a existência de observações muito semelhantes em descrições, por assim dizer, mais clássicas, das fundamentações utilitaristas do Direito Penal. Na verdade, a partir de uma perspectiva preventiva geral, a cominação e imposição de penas estariam justificadas acaso se dessem as quatro condições que seguem: *estas penas dissuadissem outras pessoas de cometerem infrações ao Direito; evitem mais sofrimento do que o próprio delito ocasionaria; não houver outra forma de pena que, com a mesma eficácia preventiva, produza um dano menor e, por fim, a pena não for substituível por outra medida com o mesmo efeito preventivo e que cause menor sofrimento*. O debate gira, todavia, em torno da insuficiência destes pressupostos para legitimar a intervenção do Direito Penal e não em torno da sua desnecessidade. O ponto que tem gerado discussão, ao contrário, é o relativo à eficácia preventiva do Direito Penal, que é *conditio sine qua non* da sua eficiência.³¹

Com efeito, o Direito Penal, que possui custos sociais que ninguém discute, mostra-se ineficaz para ao menos reduzir o custo social do delito, o que compensaria seu uso, então não

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 356.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11). p. 32-33.

é possível fundamentar sua existência. Dessa forma, significativos setores doutrinários contestam a eficiência preventiva-intimidatória do Direito Penal, indicando que, se há pessoas que se abstêm do cometimento de delitos, não é pelo peso que sobre eles recai essa motivação jurídico-penal, mas por outras razões. A consequência iniludível desta proposição são ideias abolicionistas ou próximas disso, ou então outras que proponham uma reação terapêutica contra quem já tenha cometido o delito. O quadro oposto reconhece a eficácia da prevenção jurídico-penal, item indispensável da eficiência do Sistema Jurídico-Penal, mas atribui tal eficiência a razões distintas: dissuasão não apenas por ameaça de sanção, mas também pela comunicação do valor, unidos à integração da norma penal num contexto geral de socialização. Essa abordagem é considerada a mais razoável por Silva Sanchez e por nós. Pois, na realidade, a crítica que cabe dirigir à perspectiva da análise econômica é por sua redução da racionalidade humana a uma racionalidade utilitária, instrumental, negando toda relevância à racionalidade valorativa. Isso quando se percebe que nas decisões humanas nem sempre primam as considerações de pura utilidade. Se, de modo oposto, aceitam-se formas de prevenção complementares e estritamente intimidatórias, como a que acontece mediante a comunicação da relevância social do valor protegido pela norma, parece possível admitir tal eficiência preventiva. É certo que muitas pessoas cumprem as normas não apenas em virtude de um cálculo racional-instrumental. Todavia, também é correto que a disposição para o cumprimento das normas não opera quando a infração destas normas se faz especialmente atrativa; e que essa disposição diminui quando se percebe que aquele que as infringe não é sancionado,³² o que demonstra a necessidade de existência do Direito Penal.

2.1 O merecimento de pena e a necessidade de pena à luz das violações das relações de trabalho

O objeto específico do presente estudo, para ser mais bem trabalhado em sede dogmática necessita ser refletido, valorado, a partir de critérios político-criminais que o alinhem ao modelo social contemporâneo. Também reclama ponderações de cunho sistemático, para que esteja em confluência e sintonia com os princípios constitucionais e também criminais que orientam o sistema. As categorias do merecimento de pena e da necessidade de pena detêm cariz difuso, influenciando todo o Sistema Jurídico-Penal, o que demonstra o maior cabimento de passar em análise o objeto principal por esses dois

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11). p. 33-35.

importantes elementos, visando, acima de tudo, uma resposta racional e adequada ao problema encontrado com relação às violações envolvendo as relações de trabalho.

Essa característica difusa dos conceitos é de suma importância para o enfrentamento. Como aponta Costa Andrade, existem autores que apontam para uma intervenção concentrada da dignidade penal e da carência de tutela penal, fixando-as a determinado estágio da construção do crime. Ou vinculando-as a uma das categorias tradicionais da doutrina da infração (tipicidade, ilicitude e culpa), ou criando para o efeito uma nova e autônoma categoria dogmática. Do outro lado, encontram-se os autores que defendem uma representação difusa do merecimento e da necessidade de pena e apontam para uma intervenção e inserção centrífugas. Que resulta em significações tendencialmente diferenciadas.³³ Alinha-se aqui aos que entendem uma representação difusa dos conceitos. Frente a todo o supraexposto compreende-se que é de modo impossível deixar estanque tais elementos em alguma porção do sistema já que eles nascem e intervêm no sistema como um todo. Desde a representação dos princípios até a consubstanciação do Injusto, o merecimento e a necessidade de pena parecem estar decantados por toda a sistemática, o que demonstra que esses critérios político criminais são os meios pelos quais, como pretendia Roxin, a política criminal pode atuar em todos os componentes sistêmicos, orientando-os a fins e contribuindo na correta valoração dos itens.

Isso permite que tais elementos detenham certa característica flexível, possibilitando uma orientação dependendo de que ponto do sistema eles são chamados a intervir. Limita-se essa flexibilidade ao seu elemento ôntico de formação, que é a noção admitida por função do direito penal e também pelos princípios que regem esse diploma legal e pela Constituição. Sendo que presta-se a atuar em uma sociedade contemporânea que possui a instabilidade, a liquidez, como característica cerne, essa flexibilidade dos conceitos de merecimento e necessidade de pena auxiliam na valoração do caso concreto em análise e também em momento legislativo.

Inicia-se a ponderação das violações envolvendo as relações laborais pela primeira categoria, o merecimento de pena (dignidade penal). A imanência da dignidade penal a todas as pedras da construção do crime não neutralizam nem reduzem o seu significado dogmático. *Conditio sine qua non* do ilícito penalmente relevante, a dignidade penal qualifica, ou pelo menos reflete a qualificação, e, por isso, singulariza o ilícito penal face às demais

³³ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina “teleológico-racional” do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 189, abr./jun. 1992.

manifestações de antijuridicidade. Tudo com implicações no campo normativo, dogmático e prático jurídico, cuja revelação constitui um dos desafios que esperam a dogmática jurídico-penal.³⁴ A relação entre Injusto e merecimento de pena é grande. Como já afirmado, no juízo do merecimento de pena, não há de se levar apenas o desvalor da ação e do resultado de uma determinada conduta, mas também a importância da comunicação que estava estabelecida naquela norma. O juízo de merecimento passa por três reflexões: o valor do bem jurídico, a perigosidade da conduta e a reprovabilidade da atitude interna. Sendo um sistema auto-referente animado por intencionalidade, lógica e sentido próprios.

Com relação ao valor do bem jurídico, que no presente estudo é apoiado em Jakobs, entende-se que ainda serve como ponto de referência, não resta muitas dúvidas. A feição fundamental das relações de trabalho para o funcionamento da sociedade, o valor econômico que o labor possui na sociedade atual, a necessidade de se regular essas relações para que haja a tutela do trabalhador frente à sua situação hipossuficiente em defesa do valor da dignidade humana, o papel cada vez maior que se dá aos direitos supraindividuais, a significativa quantidade de acidentes de trabalho com graves consequências, a precarização do trabalho pós-moderno, entre tantas outras justificativas abordadas na primeira porção do estudo, escancaram a importância das comunicações contidas na lei trabalhista (em suas normas).

Dessa maneira, o juízo primeiro com relação ao que está sendo reforçado pelas normas jurídico-penais não deixa dúvidas sobre a importância das relações de trabalho e da prevenção de suas violações. Isso sem adentrar a questão de ser o labor considerado direito social de segunda geração incluído no art. 6º de nossa Constituição Federal, ou seja, possui resguardo constitucional.

Os outros dois critérios parece-nos estarem mais alinhados à análise do caso concreto. Mas mesmo assim vamos refletir sobre eles. Com relação à perigosidade do ataque há a necessidade de valorar sobre a *danosidade social* da conduta. Verificar se esse atentado aos direitos trabalhistas colocou em xeque a validade normativa das relações, ou seja, guarda mais relação com o desvalor do resultado. O que se depreende do juízo acerca da perigosidade do ataque é o significado que ele possui para a coletividade, se aquela conduta animaria demais empregadores na violação dos mesmos direitos, e na mesma medida, a se portar de forma similar se não houver alguma sanção. Aqui o caráter preventivo é maior, não apenas com foco no agente, mas também na sociedade em si. A sanção aparece mais uma vez como

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina “teleológico-racional” do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 196, abr./jun. 1992.

reafirmação da comunicação que estava contida na norma, ou normas, não obedecidas. Se a comunicação for de suma importância, como por exemplo, um acidente de trabalho com mortes envolvendo uma coletividade de trabalhadores (o despencar de um andaime por instalação precária) existe a necessidade de prevenção através de sanção penal.³⁵ Portanto, no caso concreto, a perigosidade do ataque estaria completa, preenchendo o segundo requisito.

O terceiro e último juízo, o da reprovabilidade da atitude parece-nos estar mais próximo do juízo com relação ao agente. O ataque perigoso relaciona-se com o resultado, já a reprovabilidade dá indícios de estar mais próximo do desvalor da ação. Nem toda conduta possui a mesma reprovabilidade da atitude, ela varia dependendo da forma como se configura a postura do agente. Um acidente grave de trabalho causado pela conduta culposa de um empregador não detém a mesma carga de reprovabilidade do que aquele causado por plena e consciente omissão do mesmo com relação, por exemplo, ao fornecimento de equipamentos de proteção individual. Assim o merecimento de pena também irá variar a depender da forma como a conduta foi feita pelo agente.

Completando esses três juízos têm-se o critério de merecimento de pena completo. Atentado grave contra comunicações trabalhistas que demandam uma prevenção através de sanção também pelo direito penal (não excluindo as sanções de caráter administrativo-trabalhista), perigosidade do ataque relacionando-se com a danosidade social desse atentado grave e, por fim, a reprovabilidade da atitude do agente, averiguando (valorando) de qual forma ele deu causa ao atentado grave contra as comunicações pertencentes às normas.

Se o merecimento avalia o *se* da intervenção penal, completados os juízos, nota-se que há necessidade de se utilizar o direito penal na matéria. Cuenca García³⁶ coloca que a doutrina especializada considera que a normativa laboral não pode afrontar, de forma exclusiva, a árdua tarefa de garantir um nível desejável de segurança no trabalho. Para isso, é inevitável o recurso ao sistema penal, sem que isso signifique renunciar a prevenção a favor da repressão, mas sim que comporta a integração do subsistema preventivo-penal em um marco preventivo de maior amplitude.

Entende-se que na análise criminológica da pesquisa já se deixou bem claro que o juízo de merecimento de pena, quando se trata de violações envolvendo o mundo do trabalho, está mais que completo. Havendo dignidade penal para intervenção desse subsistema na problemática de forma que o que se pretendeu aqui foi passar o objeto específico do estudo

³⁵ Claro que consideramos aqui a necessidade de regulamentação penal para tal conduta, de forma que existam meios legais e que obedeam aos critérios jurídico-penais para que haja imputação.

³⁶ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 44, 2013.

pelos critérios doutrinariamente construídos no intuito de afirmar ainda mais o cabimento do direito penal na prevenção contra essas práticas.

Passa-se agora a observar o fenômeno pela ótica do outro critério, o da necessidade de pena (ou carência da tutela penal). Parte-se do pressuposto de que mesmo havendo merecimento de pena, não significa que exista obrigação de punição desde que a análise da necessidade se mostre contrária a isso. Ou seja, apenas com a conjugação completa desses dois elementos é que a sanção penal deve ser aplicada (após óbvia ponderação acerca do Injusto e da Culpabilidade).

Tal juízo de necessidade possui apenas um critério, mas de maior complexidade que deve conjugar dois princípios jurídico-penais (subsidiariedade e *ultima ratio*) aliados ao elemento hermenêutico-constitucional da proporcionalidade para averiguar a necessidade ou não da intervenção punitiva. Esse é a reflexão acerca do *como* da sanção.³⁷

Com a observação de verificar se a intervenção penal é adequada e necessária, o juízo de necessidade passa por dois princípios que estão em total conexão, sobre o caráter de subsidiariedade e *ultima ratio* Roxin³⁸ coloca que a “proteção dos bens jurídicos” não se realiza apenas mediante o direito penal, para isso existe todo um instrumental cooperativo que provêm de todo o ordenamento jurídico. O direito penal é apenas mais um e o último dentre todas essas medidas protetoras que existem para se considerar, é decidir que apenas haverá intervenção quando falharem as demais medidas de solução social para o problema (como a ação civil, as regulações de polícia ou técnico-jurídicas, as sanções administrativas, entre outras). Por tal razão que se denomina a pena como a *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária dos bens jurídicos. Na medida em que o direito penal apenas protege uma parcela dos bens jurídicos, e inclusive essa proteção não é feita de forma geral, mas sim frequentemente apenas frente a formas de ataques concretos, assim se fala também da natureza fragmentária do direito penal. Essa limitação do direito penal se depreende do princípio da proporcionalidade, que por sua vez é derivado do Princípio do Estado de Direito com base constitucional. Como o direito penal possibilita a mais dura de todas as intromissões estatais a liberdade do cidadão, só haverá seu uso quando os outros meios menos violentos não prometam ter êxito suficiente. Pois supõe uma violação da proibição de excesso o ato do Estado de utilizar da afiada espada do direito penal quando

³⁷ Válido apontar que essa divisão entre *se* e *como* detém uma intenção bem mais didática do que realmente conceitual, de modo que esses elementos estão em auto-referência constantemente o que impossibilita uma plena cisão entre esses juízos frente ao seu caráter difuso.

³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t. 1. p. 65-66.

outras medidas de política social podem proteger igualmente, e inclusive com maior eficácia, um determinado bem jurídico (o que aqui entendemos como proteção da validade normativa). Por exemplo, as infrações contratuais habituais se podem compensar muito bem mediante a ação civil e pelas medidas de execução forçada, pelo qual seria inadequado intervir nesses casos com o direito penal. Apenas se alguém prejudica mediante engano e com ânimo de lucro a outra parte de um negócio que o bem jurídico patrimônio se vê tão afrontado que entre em jogo um tipo penal para tutelá-lo.

A ideia de subsidiariedade deixa aberta uma ampla margem de jogo ao arbítrio do legislador. É certo que teoricamente o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional básico, pela qual a punição de uma infração insignificante poderia ser nula por violar a proibição do excesso. Porém, na prática há de se negar a inconstitucionalidade se o legislador deixa disponível para infrações de escassa gravidade penas correlativamente benignas. E se não há certeza se outros meios mais leves, como as meras sanções civis, prometem ou não um êxito suficiente, ao legislador está atribuída uma prerrogativa de estimação. Por isso que o princípio da subsidiariedade é mais diretriz político criminal que um mandado vinculante. É uma questão de decisão de política social fixar até que ponto o legislador deve transformar atos puníveis em contravenções ou se considera adequada a descriminalização, por exemplo, de furto em locais comerciais ou em empresas.³⁹

Sobre a mesma temática de Roxin, Rodríguez coloca que seja para proteger bens jurídicos determinados ou para assegurar o equilíbrio do sistema social como um todo, o Direito Penal não é o único instrumento regulatório do Estado. Por isso se diz que a pena é a *ultima ratio* a que o sistema social recorre para solucionar seus conflitos, ou seja, o direito penal é subsidiário, quando comparado a outros modos de regulação. A complexidade do sistema social tem alertado seus componentes para a insuficiência do sistema punitivo estatal, não somente pela duvidosa eficácia da pena⁴⁰, mas também pelo custo econômico e pelas dificuldades de apuração de eventuais injustos criminais. Dessa maneira, ao arrepio das tendências expansionistas (devidas ou não) do Direito penal, várias alternativas, inovadoras ou nem tanto, a ele vêm se aperfeiçoando. Aponta-se algumas delas: o sistema punitivo que funciona bem do Direito civil, quando uma condenação cível de pagamento de quantia maior

³⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t.1. p. 67.

⁴⁰ Importante frisar que no presente estudo considera-se falida a pena de prisão do modo como ela está estruturada atualmente, o que não significa que não se admite a eficácia da sanção criminal. Como já apresentado, a concepção funcionalista sistêmica a qual o trabalho se filia percebe na sanção criminal diversos significados, principalmente de caráter preventivo-geral, que possuem importância. Sanção criminal não é sinônimo de prisão.

à equivalente à reparação do dano tem por escopo o desestímulo ao cometimento do ilícito-civil. O sistema de agências reguladoras, que detém por objetivo o autocontrole, mesmo feito por parte do Estado, com alguma abertura aos representantes sociais. As regras axiológicas dos órgãos de classe ou de profissão, que, na prática, podem resultar reprimendas muito mais graves ao profissional que aquelas que seriam impostas em alguns casos aos ilícitos-penais. Os sistemas de autorregulamentação, eficazes na atuação em círculo hermético de profissionais ou empresas, que dependem estritamente do bom nome e que não se submetem a um sistema hierárquico de comando administrativo. Quando existem esses meios, o Direito Penal reserva-se a atuar somente quando aqueles houverem fracassado. Essa é a subsidiariedade.⁴¹

Como se pode depreender do exposto, razão assistia a Silva Sánchez quando este colocava seus três últimos critérios para aferição do juízo de necessidade, tais quais: evitarem mais sofrimento do que o próprio delito ocasionaria; não houver outra forma de pena que, com a mesma eficácia preventiva, produza um dano menor e, por fim, a pena não for substituível por outra medida com o mesmo efeito preventivo e que cause menor sofrimento. Eles são nada além da forma ou fórmula encontrada para averiguação dos princípios supracitados. O mais valorativo deles, o primeiro: que as penas impostas devem dissuadir outras pessoas de cometerem infrações ao Direito, como há de se perceber, dialoga com o critério de merecimento ainda mais que os outros, os conectando de maneira a impedir fazer o juízo sobre merecimento de pena sem fazê-lo sobre a necessidade de pena, mostrando que a análise da ótica da eficiência possui sim grande cabimento quando observamos o fenômeno criminal, principalmente, sob as lentes do Funcionalismo.

Aproximando-se mais do objeto principal do estudo, a averiguação acerca da necessidade de pena parece estar mais conectada com os casos práticos, mas sua utilidade em momento legislativo é inegável, como demonstrou Roxin. Dessa maneira, entende-se que a regra deve ser o uso das sanções já estabelecidas no plano laboral-administrativo, já que na maioria das vezes, tais sanções desde o início demonstrarão utilidade e eficiência. No entanto, concordando com Cuenca García e Terradillos Basoco, haverá momentos onde o atentado contra as comunicações normativo-trabalhistas possuirão um desvalor tão grave que a invocação do Direito Penal para agir será inevitável. Dessa forma, de modo *standart* será possível apresentar uma cominação em abstrato, de modo que o tipo poderá ser afastado ou não a depender do caso concreto, como ocorre no exemplo dado por Roxin com relação à

⁴¹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria do crime**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 90-91.

violação contratual que possuirá situações de mera sanção civil e haverá momentos onde o afastamento do tipo penal será inviável. Dentro da sanção jurídico-penal também surgirá o requerimento de possibilidades sancionadoras variadas, de modo que a cominação em abstrato consiga dar a possibilidade desde multa, restrição de direitos e privações de liberdade de curta duração (que são as, criminologicamente, mais indicadas para esse tipo de criminalidade e agente), visando à prevenção.

Sobre a questão da sanção para os crimes do direito penal econômico, importante são as considerações de Anabela Miranda Rodrigues no sentido de que a previsão, ao nível legal, da pena de prisão como pena principal aplicada a pessoas singulares surge como inteiramente correta. Tanto mais quanto, da mesma maneira, não se retira a possibilidade de previsão, em alternativa, da pena de multa, utilizada também como pena principal. Mas são bem conhecidos os óbices levantados à utilização da pena de multa nessa tipologia criminal, sem que, com isso, queira-se já invalidar o papel da multa relativamente a este tipo de criminalidade, para que se possa prescindir da pena de prisão. Esta será, em abstrato, a pena mais adequada por ser a única capaz (eficácia) de responder às necessidades, por vezes acrescidas, de promover o respeito às normas, não se lhe podendo assacar, por sua vez, os efeitos criminógenos que normalmente andam vinculados ao cumprimento dessa forma de sanção criminal.⁴² O perfil do criminoso do direito penal econômico é crucial na forma como se pretende encarar a sanção criminal para esse tipo de criminalidade.

De forma similar coloca Guilherme Gouvêa de Figueiredo que por ser a criminologia da reação social extremamente avessa aos instrumentos institucionais de controle, nomeadamente os processos de criminalização, as vias institucionais de persecução e a pena privativa de liberdade as propostas reformistas vão por caminhos “não institucionais” no campo dos delitos econômicos.⁴³ Em contrapartida, já para os teorizadores do *white-collar crimes*, em resposta à premente impunidade que caracteriza os crimes dos inatingíveis, deveria haver por parte das instituições criminais não apenas um endurecimento das sanções em relação aos crimes já tipificados como uma crescente busca pela edição de novos tipos legais de crime.⁴⁴ A dúvida parece surgir na duração das penas.

Para Anabela Rodrigues, fazendo apelo aos fatores da sensibilidade à pena e

⁴² RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 185.

⁴³ Como os programas de *compliance*, por exemplo.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 435, jan./fev. 2012.

suscetibilidade de ser influenciado pela pena, que já em concreto devem ser considerados na determinação da medida da pena, penas curtas de prisão, bem como pequenas variações quantitativas de penas, são suscetíveis de produzir aumentos exponenciais na taxa de eficácia. Os sentimentos de vergonha social sentidos por efeito da aplicação da pena de prisão são aqui de tomar em consideração, dado o médio ou elevado estatuto socioeconômico que usualmente possuem os autores desses crimes, fazendo crer, e investigações recentes comprovam, que já uma curta pena oferece a possibilidade de o agente ser, de modo positivo, influenciado por ela. Adicionando que o requisitório contra as penas curtas de privação de liberdade perde aqui muita de sua força: os efeitos dessocializadores que lhe andam ligados, na maior parte dos casos, não se fazem sentir ou são substancialmente minorados. O destinatário da pena ou é imune aos seus efeitos ou é detentor de um maior potencial de *delabelling*.⁴⁵ Ideia similar detém Silva Sánchez quando coloca que acerca da pena privativa de liberdade, quando se trata de sua imposição aos “poderosos”, parece que a pena privativa de liberdade experimente um tipo de redenção intelectual que faz com que sua imposição seja legítima mesmo quando os objetivos de prevenção geral negativa já tenham sido amplamente alcançados no curso do processo e não se vislumbre a possibilidade de efeitos de prevenção especial positiva.⁴⁶

Quando uma ação atentar contra a validade normativa de alguma norma laboral haverá de se fazer a valoração, após ou em conjunto com o juízo sobre merecimento de pena, também sobre o juízo de necessidade com o intuito de entender se é necessário o uso do direito penal para o sancionamento daquele agente e para a prevenção do ato. Tal juízo passará pela ponderação, em unidade, dos princípios supramencionados verificando se o uso da mais violenta arma estatal cabe no caso concreto. Após verificar se existe algum meio de maior idoneidade que o direito penal (havendo não se fará uso dele), se tal uso não produzirá efeitos derivados mais gravosos que o próprio ato (se produzirá então também a opção pelo *ius puniendi* também há de ser descartada), e em que *proporção* esse uso do direito penal, através do instrumento hermenêutico-constitucional do princípio da proporcionalidade, detém cabimento; é que haverá de se refletir acerca da sanção.

No momento da sanção também os juízos se farão presente, orientando a medida da pena. Estabelecendo, através do mesmo mecanismo, qual sanção e qual será sua duração ou montante. Se a necessidade de prevenção for leve, caberá a sanção criminal mais leve, na

⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 185.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 229.

proporção da culpa do agente. Se, por outro lado, a necessidade de prevenção for maior, a pena terá sua gradação cada vez maior na medida em que esse requerimento preventivo exigir (obedecendo ao Princípio da Culpabilidade). São todas valorações que mostram como a abertura da categoria à valores traz racionalidade ao sistema e como a orientação à fins possibilita, além dessa racionalização, um funcionamento eficiente e correto do Sistema Jurídico-Penal. De modo que com Fernando Fernandes e Silva Sanchez percebe-se que é possível que o centro de gravidade do sistema da teoria do delito possua a tendência de deslocar-se, por um lado, desde o critério reitor do merecimento de pena para o, seguramente, mais difuso da necessidade de pena. Por sua vez, este centro gravitacional, em sua dimensão temporal, poderia deslocar-se do fato delitivo como acontecimento histórico ao significado delitivo daquele fato no momento de sua reconstrução processual.⁴⁷ O que demonstra como tais juízos político-criminais possuem extrema importância não apenas na questão dos crimes do Direito Penal Secundário, mas como também de todo fenômeno da criminalidade encarada pelo Estado. Ente este que pretende ao mesmo tempo respeitar o valor da dignidade humana e prevenir que sua estrutura normativa arruíne-se e, por consequência, inviabilize as comunicações na estrutura contidas impedindo a existência da vida em sociedade. Os critérios de merecimento e necessidade de pena serão de grande utilidade na porção final do estudo, quando abordar-se-á o plano dogmático jurídico-penal da questão.

Por fim, cabe-se ponderar acerca da reflexão de Jakobs sobre os institutos em apreço. Segundo o autor, o tratamento de certos elementos como condições de punibilidade funda-se quase sempre em que o comportamento do autor é, por si, merecedor de pena, mas apenas quando a materialização do resultado é também necessitado de pena. E, assim, surge a distinção entre o merecimento da pena e sua necessidade político-criminal. Nesta distinção entre merecimento de pena e necessidade de pena se passa que para a determinação de todos os pressupostos da punibilidade só pode verificar-se em consideração à necessidade de se solucionar mediante sanção criminal um conflito, ou seja, em consideração à necessidade de pena. Antes da função do tipo penal de contribuir na resolução de um conflito não existe tarefa dogmática alguma e, portanto, tampouco possibilidade de determinar o que há de ser castigado, em si, sem consideração a dita função. O que não se tem o que castigar também não é merecedor de pena. Exemplo, se o legislador estabelece que se castigue o furto apenas se cumprido certo requisito, a alteração na significação social da propriedade que se

⁴⁷ FERNANDES, Fernando Andrade. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 394.

evidenciaria com esse condicionamento surtiria efeito também na determinação do que há de se tratar como injusto típico, não se trataria apenas de uma alteração na punibilidade.⁴⁸ O que se nota no supracitado posicionamento acerca dos institutos em análise é que a concepção de Jakobs se alia a demais autores que os compreendem de modo concentrado em um dos estágios da construção do crime, como apontava Costa Andrade. A ideia que se possui no presente estudo é de que são elementos de cariz difuso, influenciando em toda Ciência Jurídico-Criminal, de forma que nesse ponto, o modo como se compreende tais elementos faz toda diferença. O merecimento de pena e a necessidade de pena são instrumentos valorativos de organização de outros valores. Eles operacionam diversas análises deontológicas dentro de uma estrutura de otimização valorativa. E não apenas nas condições de punibilidade ou através da análise do injusto-típico é que tais elementos se fazem presentes, eles estão decantados por todo o Sistema Jurídico-penal e são úteis em qualquer momento sistêmico onde haja lugar para valores. Se está se buscando uma maior abertura normativa, a utilidade de tais critérios também são aumentadas. Por isso, e por outros motivos, que se compreendem aqui tais critérios não de modo concentrado, mas sim de modo difuso, o que permite que ele atue não apenas quando se está ponderando a partir da dogmática, mas sim também e através com/da dogmática.

O importante é que essa compreensão difusa não sentenciar um distanciamento de uma posição funcionalista sistêmica, mas importa na alteração da forma com que se observam certos objetos sistêmicos. No fim, entende-se aqui que tal ótica possibilita uma ponderação valorativa de maior racionalidade, pois empreende uma organização de valores perene.

2.2 Outras considerações político-criminais acerca das violações das relações laborais.

Importante aventar propostas de cunho político criminal que elucidem o tratamento que deve ser dado para os delitos econômicos de cariz supraindividual dos quais a violação das relações de trabalho faz parte. Buscando empreender possibilidades diversas para o enfrentamento e para a prevenção desses crimes, pretende-se ponderar acerca de proposições possíveis.

Segundo Silva Sánchez⁴⁹, o conflito entre um direito penal amplo e flexível, que acabaria convertido em um indesejável *Soft Law*, e um direito penal mínimo e rígido, certamente impossível na atualidade, deve buscar uma solução no ponto médio da configuração

⁴⁸ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 407-408

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 189-190.

dualista. Não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um direito penal com orientação ao paradigma do “direito penal mínimo”. Porém isso não significa que a situação conduza a um modelo de direito penal máximo. A função racionalizadora estatal sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro, garantista. Trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão. De outra maneira, a propósito do direito penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (como a responsabilidade penal das pessoas coletivas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro, entre outras), como também dos princípios político-criminais (como o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio da culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá atualmente entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão.

À medida que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria correto manter um sistema claro de imputação individual. Caso a sanção não for de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. Para que atingisse tal nível de razoabilidade, seria de suma importância que a sanção criminal fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo a preservar os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito penal na medida do possível. Assim, é possível afirmar que certamente existe um espaço de expansão razoável do Direito penal. O espaço da expansão razoável do Direito penal da pena de prisão é fornecido pela existência de condutas que, apenas por elas mesmas, lesionam ou colocam em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supraindividuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados em perigo real pela conduta do agente concreto. A razoabilidade da expansão necessitaria de plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a tal pode-se admitir com ressalvas a expansão (já produzida) do Direito penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais. Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de

prisão.⁵⁰

Dessa forma estariam estabelecidas as duas velocidades do direito penal. Uma velocidade, representada pelo “Direito Penal da prisão”, na qual se haveria de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais e, uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar certa flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.⁵¹

A proposta de Silva Sánchez parece interessante. A possibilidade de existência de duas estruturas jurídico-penais aptas a lidar com as duas porções mais visíveis da criminalidade poderia auxiliar na racionalização dogmática da questão e também resolver problemas de séria complicação que envolve a persecução e a imputação dos crimes econômicos aos seus agentes. Uma estrutura garantista que mantém rígidos os princípios e a estrutura de imputação está muito bem alinhada aos tipos delituosos do direito penal clássico, baseados em crimes comissivos, dolosos e de resultado. Já por outro lado, muito interessante a possibilidade de se deter uma estrutura mais flexível de imputação e princípios aptos a conseguir apurar e imputar os crimes aos agentes da criminalidade econômica já que sua forma de ação é apta a “escapar” da imputação e da estrutura do direito penal clássico. Sua estrutura delitiva que se baseia em crimes omissivos, de perigo e que são muitas vezes culposos escapa à estrutura do direito penal voltada para a imputação de crimes envolvendo direitos individuais.

Tanto que, como já exposto, a ideia de princípio da legalidade, lei penal no tempo e no espaço, entre outros, estão lastreados em uma ideia de crime típica do crime do direito penal clássico. Possuindo tipos delitivos que se espalham pelo tempo e pelo espaço, repartem a ação entre diversos agentes que às vezes sabem e às vezes não detêm a consciência da ilicitude de seus atos, essas ideias acabam sendo barreiras na prevenção dessa criminalidade, pois os agentes criminosos se escondem atrás dessas muralhas garantistas, com plena consciência desse ato.

Obviamente que essa flexibilização necessita de uma contrapartida. A contrapartida é a sanção mais branda. Menos garantias, menos sanção criminal. Da mesma maneira, pelo outro lado, mais garantias, mais sanção criminal. O que alinharia racionalmente, e com o auxílio do princípio da proporcionalidade, a montagem desses dois sistemas. As duas estruturas estariam inseridas no contexto do Sistema Jurídico-Penal já que as normas tuteladas possuem

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 191-192.

⁵¹ *Ibid.*, p. 192.

comunicações de grande significância para a existência da sociedade, mas encontrar-se-iam em diferentes lugares dentro desse sistema. A danosidade social dos crimes econômicos, e de todo Direito penal secundário, reclama uma atuação mais pró-ativa do Estado, de forma que este necessita encontrar alternativas para prevenir esses delitos que, atualmente, encontram-se sem a prevenção adequada.

A necessidade de se enfrentar a matéria sob a ótica Funcionalista (mais valorativa) é sublinhada por Silva Sánchez no sentido de que para fazer frente àqueles fatos-atos criminosos em que estão ausentes o caráter imediato de tempo e espaço e a visibilidade dos casos clássicos, as teorias normativistas mostram, com efeito, uma especial capacidade de rendimento no momento de edificar “equivalentes funcionais” às estruturas clássicas, ampliando o alcance das categorias e instituições.⁵²

Com relação mais próxima ao núcleo do estudo, quando se observa as violações envolvendo as relações de trabalho, de um modo geral, a imputação de responsabilidade é a mais desafiadora barreira. Conseguir estabelecer a conexão do fato a certo agente em posição de garantia é uma dos desafios. A posição de garantidor muitas das vezes apenas responde por omissões, raramente por ações. De modo que a estrutura dos delitos envolvendo o agente em posição de garantia será baseada no crime omissivo. Outro problema, quando se encontram vários agentes na posição de garantidor, o que traria dificuldades para responsabilizar o garantidor que realmente foi omissivo. Outra questão, se caberia a responsabilização penal da empresa para qual os trabalhadores prestavam seu labor. A possibilidade de uma estrutura diferenciada de imputação, que permitisse a flexibilização de certos mandamentos é muito atrativa.

Guilherme Gouvêa de Figueiredo⁵³ aponta que variados setores do direito penal secundário em que se exige uma flexibilização das regras tradicionais de imputação, *locus* privilegiado de atuação dos criminosos do direito penal econômico, tem-se defendido que um redimensionamento dogmático apenas seria legítimo a partir de uma configuração dualista que cominasse para estes crimes penas não privativas de liberdade. Apenas dessa maneira legitimar-se-ia uma atenuação das cerradas regras de imputação do direito penal clássico, indispensável à tutela efetiva dessa tipologia criminal.

Acerca da proposta de Silva Sánchez, Figueiredo Dias infere que esta posição do

⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 331, nov./dez. 2012.

⁵³ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 452-453, jan./fev. 2012.

pretende responder ao problema através de uma política e de uma dogmática criminais duas ou dualistas. Deve manter-se a existência de um cerne do direito penal, relativamente aos quais válidos, imodificados, os princípios do direito penal clássico, dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, assente na individualização da responsabilidade e consequentemente na ação, na imputação objetiva e subjetiva, na culpa e na autoria, também, puramente individuais. Mas deve existir também uma periferia jurídico-penal, especificamente dirigida à proteção contra os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontrem amortecidos ou mesmo transformados, cedendo lugar a outros princípios, de flexibilização controlada. Princípios estes que estariam assentados na proteção antecipada dos interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e, por conseguinte, numa expressão: de “menor intensidade garantística”. Mas princípios estes, em todo o caso, e nesse ponto reside o principal e a especificidade desta concepção, ainda formalmente pertencentes ao direito penal, embora substancialmente aparentados com os princípios do direito sancionatório de cunho administrativo. Com a reserva absoluta em todo o caso de que todos os comportamentos ameaçados com penas de prisão deveriam ser imputados, por claras razões de defesa dos direitos, liberdades e garantias, ao núcleo duro (clássico) do direito penal, não à sua flexível periferia.⁵⁴

Outra proposta interessante é a que faz Hassemer e a Escola de Frankfurt. Como aponta Figueiredo Dias, perante as dificuldades traduzidas nas aporias que a tutela dos novos riscos parece apresentar ao direito penal, há aqueles que sustentam que o direito penal não deve, nem pode, arvorar-se em instrumento de tutela dos novos e grandes riscos próprios da sociedade contemporânea e, ainda mais, da sociedade do futuro. Há, em contraponto, que guardar o patrimônio ideológico do Iluminismo penal, reservando à esse subsistema jurídico o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais do indivíduo) e os seus critérios experimentados de aplicação, e inclusive que reforçar a ideia de que se está perante um autêntico bem jurídico-penal somente quando ele se possa conceber como expressão de um interesse do indivíduo. Nesse ponto de vista, para proteção perante os mega-riscos da sociedade pós-industrial só pode ser pedido auxílio a outros ramos de direito (não-penal) e, porventura sobretudo, a meios não jurídicos de controle social. A tentativa de estabelecer um direito penal do risco conduziria a uma excessiva antecipação da tutela, através da eleição de bens jurídicos vagos, incapazes de cumprir a função crítica que lhe é reconhecida e suporte de

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 141-142.

um aumento excessivo de crimes de perigo abstrato. À categoria de bem jurídico-penal cabe assim a função de lançar para fora da normatividade penal todos os fenômenos sociais patológicos incapazes de lesar ou pôr em perigo objetos dignos de serem considerados autênticos bens jurídicos, quer no domínio dos novos riscos, quer no domínio estatal e econômico. De tal forma que, no limite, um direito penal reduzido ao seu núcleo essencial deveria ser exaurido, entre outros, dos crimes econômicos, dos crimes tributários e dos crimes ambientais. De maneira que ao aceitar os bens jurídicos supraindividuais correr-se-ia o perigo de conceber o direito penal não mais como *ultima ratio*, mas sim como *prima* ou até *sola ratio* da proteção de bens jurídicos.⁵⁵ Dessa maneira, essa corrente político-criminal compreende que a forma correta de se lidar com a proteção dos direitos supraindividuais, como é o caso das violações das relações de trabalho, haveria de ser feito por um Direito Administrativo Sancionador que levaria orientações principiológicas do Direito penal mas as conjugaria com princípios do Direito Administrativo.

De forma tal que no minimalismo da Escola penal de Frankfurt o marco político-filosófico é o do Direito de Intervenção. Este se apresenta como a alternativa cunhada por Hassemer com o objetivo de restringir o Direito penal ao paradigma clássico, se resguardando da expansão. Esse direito de intervenção procura tutelar bens jurídicos supraindividuais pelo instrumento da prevenção técnica e orgânica, afastando a pena de prisão em contrapartida à flexibilização de garantias e critérios de imputação. Entretanto, seu recorte social, a indefinição de seus limites e o discurso de resistência à possibilidade surgem como aspectos problemáticos do Direito de Intervenção que consubstanciam-se como os desafios a serem enfrentados por essa Escola, no Brasil e em outros países de estrutura jurídica similar. Nessa linha teórica o Direito penal deve-se permanecer restrito ao seu núcleo duro, lastreando-se em critérios estritos de subsidiariedade, e não por refletir valores sociais. Outro desafio é conseguir estabelecer rígidos critérios acerca da sanção administrativo-sancionadora, de maneira a deixar extremamente visível as diferenças entre ela e a pena criminal. Essa tendência facilitaria reproduzir em ambiente pátrio o movimento despenalizador europeu, por intermédio do Direito Administrativo-Sancionador,⁵⁶ o que, realmente, aparenta-se possível, já que a quantidade de tipos penais que já não merecem mais existir é significativa, mas que se não se alocar no plano criminal, não haveria como alocar outro lugar. Esse “novo” subsistema surgiria como local possível para a transferência de tais tipos.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 137-138.

⁵⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 263.

Acerca da questão relativa ao Direito Administrativo Sancionador, Figueiredo Dias aponta que o direito de ordenação constitui uma espécie de limite negativo de todo o direito penal, neste incluído o direito penal administrativo. Por outro lado, a de que, se o direito penal secundário é, na sua essência e no seu âmbito, direito penal administrativo, ele não é direito de mera ordenação, é, sim, verdadeiro direito penal. A distinção entre direito penal de justiça e direito penal administrativo seja apenas relativa, num particular sentido de que o direito penal administrativo é o fruto da necessidade de que, para a preservação da ordem jurídica, se edifiquem certos bens imateriais e sem portadores individuais (os bens administrativos - supraindividuais) que até então haviam apenas integrado um genérico “bem-comum”, em bens jurídicos secundários, destinados a atuar de maneira antecipada dos bens jurídicos individuais, defendidos pelo direito penal de justiça (clássico) e ancorados em portadores individuais. Lastreados na Constituição deve-se afirmar a específica juridicidade do direito penal administrativo e a especificidade dos bens jurídicos que este tutela. Concluindo pela relativa autonomia do direito penal secundário no corpo, fundamentalmente unitário,⁵⁷ do direito penal.⁵⁸

Uma relativa autonomização do direito penal administrativo, dentro do direito penal, apenas se torna compreensível no quadro de um Estado de Direito Material (em particular quando ele se apresenta como Estado de Direito social). Dessa maneira o Estado, e apenas ele, mantenha incólume a sua ligação ao Direito e mesmo a um esquema rígido de legalidade no que toca a definição formal dos seus pressupostos, ao processo da sua atuação constitucional e ao respeito e garantia dos direitos fundamentais. Mas que, por outra parte, se mova no interior deste esquema em função de considerações deontológicas matérias de justiça na promoção de todas as condições (econômicas, sociais e culturais) de livre desenvolvimento da personalidade do homem. Nesse contexto se compreende bem a existência de duas áreas relativamente autônomas na atividade do Estado. Uma com o objetivo de tutelar a esfera de atuação especificamente pessoal, embora não necessariamente individual, do homem e que em primeira linha se conforma pelo intermédio de seus direitos fundamentais; outra com o intuito de proteger a sua esfera de atuação social e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres econômicos, sociais e culturais (ou, em uma expressão de enorme sentido, dos seus direitos sociais). E assim existirá um Estado que sem renunciar a uma específica intencionalidade axiológico-normativa, nem por isso atenua a sua ligação ao direito nos quadros da legalidade democrática. No preciso campo em que aquela intencionalidade

⁵⁷ Ou seja, não aceitando a possibilidade de Silva Sánchez e um direito penal de dupla “velocidade”.

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 33-36.

material se faz sentir de maneira particular, no campo mais diretamente envolvido com a realização das tarefas sociais do Estado, pode se dar e aceitar a necessidade de em alguma coisa alterar as exigências tradicionais do Estado de Direito formal em matéria de balizamento do poder punitivo estatal. Esse será o campo de eleição do Direito Penal Administrativo e este o étimo jurídico-político à luz do qual a sua autonomia se deixa pensar sem contradições.⁵⁹ Ou seja, Figueiredo Dias compreende que uma cisão não é indicada, nem para fora do direito penal, nem interno a ele. A divisão fica apenas no plano em que ele aponta, vislumbrando diferenças, mas sem alterar de modo brusco a configuração atual.

Apenas de modo ilustrativo, dada a importância que vêm sendo colocada para essa nova tendência, coloca-se também a orientação do direito penal para a tutela de relações da vida como tais, ou, ainda, como direito penal das gerações futuras, cunhada por Stratenwerth. Mais uma vez utilizando de Figueiredo Dias, afirma que Stratenwerth aceita e proclama a função irrenunciável que, até por razões de cunho moral, cabe ao direito penal a função de tutela das gerações futuras. Função relativamente à qual, no entanto, parece impossível falar-se em tutela de bens jurídico-penais na acepção tradicional e ainda hoje dominante. Ao que acrescentará a circunstância de tal tutela das gerações futuras perante riscos globais implicar o afastamento de um direito penal de resultado, para se tornar um direito penal de comportamento, por intermédio do qual se penalizem puras relações de vida como tais. Em outras palavras, o desempenho da função penal passa pela tutela de “normas de comportamento”, afastando-se do dano e mesmo do perigo de dano, pois de perigo só se pode falar-se com referência a bens jurídicos concretos. Ora, justamente, a categoria do bem jurídico-penal, enquanto item com ligação à proteção de interesses individuais concretos, falha completamente nos crimes referidos ao futuro. Frente à impossibilidade de resolver os problemas nascidos no limiar do Séc. XXI com os instrumentos dogmáticos do Séc. XVIII, uma tutela eficaz das potenciais vítimas do futuro deve ser prosseguida também pelo direito penal; mas deve sê-lo não tanto através da estrutura típica dos crimes de perigo, nomeadamente de perigo abstrato, referida à proteção de bens jurídicos, mas através de normas que assegurem o controle de comportamentos. A categoria do bem jurídico deve por isso, pelo menos nestes casos, ser abandonada e substituída pela proteção direta de relações ou contextos de vida enquanto tais.⁶⁰ Interessante posição, que parece tender para uma

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 37-38.

⁶⁰ Id. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 140-141.

compreensão do direito penal para uma nova configuração social do mesmo modo como interpreta-se no presente estudo, mas com alternativas e orientações diferentes. O que se entende como sendo particularmente interessante nessa nova teoria é o ponto de compreender a crise da Teoria do Bem Jurídico e aventar alternativas para ela, do mesmo modo como se pretendeu aqui demonstrar anteriormente. Sendo a tutela da vigência da norma, ou a proteção das gerações futuras, o que parece ponto comum entre as teorias é a compreensão do esgotamento descritivo e crítico-reflexivo da Teoria do Bem Jurídico. A superação desse paradigma é importantíssima para o avanço da Ciência Jurídico-Penal, pois com sua substituição é possível criar novas alternativas mais condizentes com o que o sistema jurídico precisa fornecer para equilibrar o *input-output* que vem recebendo dos demais sistemas sociais. E, como já supraexposto, não é necessário um completo abandono da ideia de bem jurídico, ideia com a qual concorda Jakobs, o que surge como necessária é a alteração da importância que essa ideia detém no sistema, de passar de ideia-base de função do direito penal para uma construção voltada para a orientação valorativa de princípios como o da subsidiariedade ou de conceitos político-criminais como merecimento e necessidade de pena.

Como se pode compreender das novas tendências expostas, a Teoria do Bem Jurídico está presente em todas elas em estado de crise, não conseguindo mais impedir uma expansão do direito penal. O que faz com que se reflita acerca de possibilidades que supram essa deficiência. A volatilidade de uma proteção penal de *standards* de segurança e de riscos difusos teria desfeito o vínculo entre delito e juízo de reprovação moral, evidenciando a contingência das normas jurídico-penais e a insustentabilidade de um conceito de crime fundamentado em um rol pré-positivo de bens. A proteção de uma série de situações garantidas não apenas pelo, mas também e principalmente em nome do Estado relativizaria a ideia de que toda norma penal deve fazer referência à maximização da liberdade dos indivíduos; e a proliferação de delitos de perigo abstrato e de mera conduta colocaria em evidência um cada vez maior apelo do Direito penal contemporâneo ao chamado desvalor da ação, imergindo em crise o chamado “princípio da ofensividade” e colocando em xeque a noção de delito baseada na lesão naturalística de bens materiais, evidenciada no tradicional paradigma dos crimes de resultado.⁶¹

Um direito penal do bem jurídico terá de ser abandonado na sociedade do risco se considerar-se que, para que o bem jurídico cumpra a função de critério legitimador e de padrão crítico da incriminação, se torna indispensável guardar um seu caráter extremamente

⁶¹ LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 184.

antropocêntrico, que dele só permite falar quando estão em causa interesses reais, tangíveis e, portanto, também atuais do indivíduo. Para além de que esta via de resolução da crise não parece dar o lugar devido à necessidade de superação do dogma da razão técnico-instrumental, ela minimiza, de forma inaceitável, a função do direito penal no corpo social. Para controle das fontes dos novos riscos tornam-se imprescindíveis normas de comportamento cuja violação, nos casos mais gravosos, exige uma punição penal. Esperar uma proteção capaz de meios não jurídicos de política social, como o fomento de formas de auto-proteção da vítima ou das forças auto-reguladoras do mercado, afigura-se expectativa inconsistente. Como também o é a esperança depositada em meios jurídicos não-penais, nomeadamente na proteção jurídico-civil ou numa tutela jurídico-administrativa intensificada. Hipóteses diversificadas bem presentes hoje no espírito coletivo como as da danificação da camada de ozônio, dos lixos tóxicos, da clonagem reprodutiva de seres humanos ou da disseminação do HIV, mostram como a punição dos agentes responsáveis não pode limitar-se com sanções civis ou administrativas, ainda que mais intensas. Uma solução como essa significaria colocar o princípio jurídico-penal da subsidiariedade e da *ultima ratio* de pernas para o ar, ao subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas tão graves que colocam do mesmo passo em causa a vida do planeta, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as demais pessoas, com as que existem e com as que hão de existir (gerações futuras).⁶²

Tiedmann também coloca que o direito penal, por se tratar do meio invasivo mais grave que detém o Estado, só há de ser utilizado em último caso, já que por razões constitucionais surge no direito penal econômico a particularidade de que o estabelecimento de tipos penais contra determinados comportamentos abusivos, deve ser considerado como menos invasivo que a instalação de uma rede de controle onicompreensiva constituída por mecanismos jurídico-administrativos. Mas esse ponto de vista é questionado por razões de política criminal, devido ao fato que se abandona a afetação individual e se centra em uma perspectiva macro, a afetação de todos aqueles que exercem alguma atividade em determinado ramo econômico mediante uma regulamentação jurídico-econômica. Assim mesmo, o caráter fragmentário do Direito penal não se pode cumprir permanentemente em razão do tamanho e da importância de numerosos bens jurídicos econômicos. A ideia do caráter fragmentário do Direito penal não constitui um pressuposto normativo, apenas que

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 146-147.

desempenha sim uma função meramente empírico-descritiva.⁶³

A partir de uma aproximação mais detalhada do tema central, nota-se que as propostas aventadas dialogam em certa medida com problema relacionados às particularidades das violações envolvendo o mundo do trabalho. A separação em “duas velocidades” como propõe Silva Sánchez, por exemplo, auxiliaria no modo como se perseguiria os criminosos desse quinhão criminal no ponto onde seria interessante uma responsabilização penal das pessoas coletivas, o que, na concepção mais individualista do direito penal (direito penal clássico) isso se torna óbice à imputação. Uma estrutura particular voltada aos delitos econômicos, com menos garantias e menos pena é interessante para a prevenção dessa criminalidade dada a alternativa sancionatória mais indicada das prisões de curta duração e pela possibilidade de se estruturar melhor os delitos de perigo que são a opção cada vez mais utilizada na prevenção da criminalidade do risco.

Uma estruturação administrativo-sancionatória também surge como interessante possibilidade no tratamento dos delitos envolvendo as relações de trabalho. A mesma opção por um sistema menos voltado aos delitos envolvendo direitos individuais auxiliaria na prevenção dessa prática. Entretanto, dado o caráter nocivo dessas violações, entende-se aqui, como já supraexposto, que a manutenção da prevenção e reafirmação normativa feita pelo direito penal, ainda se mostra a mais indicada.

De qualquer forma, tais alternativas político-criminais devem ser ponderadas no debate acerca da melhor estruturação dogmática para o enfrentamento dos crimes laborais na tentativa de se obter uma visão holística do fenômeno. Os crimes laborais detêm características próprias como a possibilidade de responsabilização penal de pessoas coletivas. Também suas vítimas são menos difusas, havendo a possibilidade de se pormenorizar melhor quais foram os afetados pelo delito, observando o quadro de empregados de uma empresa. A fixação de posições de garantia também facilita a responsabilização de agentes que, normalmente através de uma conduta omissiva, cometem tais violações. Entretanto, com o estabelecimento de posições de garantia no quadro de uma empresa, há de se ter possibilidades de averiguar em qual situação realmente ocorreu tal conduta, de maneira a evitar uma responsabilização jurídico-criminal objetiva do garantidor.

Os juízos de merecimento e necessidade de pena auxiliam nessas questões. Por exemplo, a responsabilização penal de uma pessoa coletiva deve ser muito bem ponderada à luz do quesito da necessidade. Recordando que a imputação não deve degradingar mais

⁶³ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal econômico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009. p. 89-90.

danosidade social que o próprio crime em si, seria extremamente contraindicado uma penalização monetária que obrigaria o fechamento da empresa, dada a quantidade de pessoas que seriam colocadas na situação de desemprego. Um garantidor que tenha realizado uma omissão, mas que através do juízo de merecimento perceba-se que dadas às particularidades do caso não há indicação de uma responsabilização penal, apenas administrativa e civil, deve ser poupado de uma sanção criminal dado o fato de que há de se olhar com muita cautela para a possibilidade de uma responsabilização objetiva, evitando-a ao máximo. Essa possibilidade valorativa é que impulsiona um melhor enfrentamento da temática, pois retira o excesso de ontologismo que imputaria crime a esse agente.

Sobre a questão do garantidor Cuenca García aponta que deve ter-se em conta que a delegação que assinala uma nova posição de garantia que situa o delegado como garantidor formal sem cancelar a que ostenta o delegante, essencialmente porque possui um dever de vigilância e controle que o obriga a substituir o delegado frente ao não-cumprimento de suas obrigações. Para tal, a doutrina das audiências provinciais espanhola exige para sua efetividade a concorrência de alguns elementos, tais qual o dever de eleição (que o delegado tenha capacidade suficiente para o exercício das funções delegadas); o dever de instrumentalização (que sejam colocados a sua disposição pelo delegante meios suficientes para o desenvolvimento da missão) e o dever de controle (permanece o delegante com a função originária de garantia a respeito da neutralização das fontes de perigo). De forma que o possível autor não apenas será quem ostente juridicamente a condição, mas também todos aqueles que exercem de fato faculdades de direção e organização sobre a prestação laboral. Assim mesmo, assinala-se que a posição de garantidor do sujeito ativo deriva da sua relação objetiva com os atos. Em consequência, será autor quem possuindo a possibilidade fática de evitar a situação de perigo e estando jurídico-laboralmente obrigado a fazê-lo, não o faz.⁶⁴

Atualmente encontra-se no Brasil uma política criminal um tanto quanto desencontrada quando o tema central são os delitos econômicos. Como coloca Guilherme Gouvêa de Figueiredo, muito declarado é o desordenado e ilegítimo quadro que desenha-se quando em conta a relação entre o problema criminal e as respostas institucionais que o direito penal oferece. Observa-se uma política legislativa em que o que sobreleva é o desrespeito por parte do legislador a mandamentos político-criminais que buscam restringir a intervenção penal a condutas de fato ofensivas a valores fundamentais à sobrevivência da sociedade. Ademais, aos casos em que a cominação, aplicação e execução da pena são

⁶⁴ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 9, 2013.

ineficazes sob a ótica preventiva geral e especial. Desdenha-se, então, a necessidade de criminalizar somente condutas de fato relevantes, o que implica em um conjunto legislativo casuísta e simbólico; por outro lado, segue-se uma orientação de recrudescimento das respostas punitivas em relação aos crimes dos menos favorecidos e, em contrapartida, uma parca intervenção, do ponto de vista da sua efetividade preventiva, em relação à criminalidade econômica e política.⁶⁵ A política criminal somente deve existir e ser aplicada em função de uma ampla Política Social planejada, programada, não pode existir independentemente desta, é um capítulo de grande importância dela, não havendo a possibilidade de ser algo isolado de uma Política Geral do Estado, sob pena de falhar em sua finalidade.⁶⁶ A realidade da política criminal brasileira em relação aos delitos econômicos está cada vez mais em causa frente aos atuais escândalos de corrupção que são pauta do dia no Brasil contemporâneo. Nota-se, cada vez mais, como a edificação legislativa no campo se deu de maneira desencontrada e confusa, denotando a necessidade de revisão de quase todos os diplomas legais envolvendo os crimes econômicos.

A eticização do debate político, segundo Frederico Figueiredo, também merece atenção especial, pois determina a forma como a política criminal se apresenta na prática. Segundo as regras do jogo político, seus atores devem, na medida do possível, responder aos mais diversos apelos sociais, e devem ser incluídos aqui também os exclusivamente emocionais. É essa referência, bem sucedida, que pode garantir a esses atores a (re) eleição. Esse apoio é fundamental para o êxito político tende a ser tão mais fácil segundo a apresentação de soluções viáveis para a satisfação dessas necessidades sociais. Em um primeiro olhar, essa parece ser uma difícil tarefa: a complexidade da constelação social exigiria logicamente solução do mesmo modo complexa. Mas o importante nesse cenário não é tanto as situações de como as situações de conflito social (danosidade social) se configuram de fato, mas, sobretudo como elas emergem na esfera pública, uma esfera pública ancorada nos meios de comunicação de massa. Basta, portanto, que os problemas sociais sejam apresentados de uma maneira simplificadora e tão mais simples serão suas soluções. E não há nada mais simplificador e, portanto, nada mais adequado do que a redução da colorida

⁶⁵ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 422, jan./fev. 2012.

⁶⁶ ALVES, Roque de Brito. Política criminal contemporânea. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014. p. 417.

realidade social numa imagem em preto e branco.⁶⁷ Esse maniqueísmo é uma das formas de simplificação da problemática que deve ser evitado para um tratamento racional da matéria. Atualmente observa-se grande influência do sistema político no sistema jurídico (*input-output*) de modo que parece não haver barreiras que limitem essa intervenção. A necessidade de uma reconstrução do Sistema Jurídico-Penal através do câmbio de sua função passa também pela possibilidade de maior limitação desse tipo de influência, protegendo o sistema jurídico de “tempestades” políticas que instrumentalizam o direito de modo a fazer este não mais cumprir com suas funções e nem obedecer a seus princípios e valores. A reconstrução racional do tratamento da criminalidade econômica passa também pela reflexão acerca de como impossibilitar que o direito seja mais uma ferramenta do jogo político para transmutar-se em barreira para ele. A referência a bens jurídicos já se mostrou extremamente manipulável e argumentativa nesse cenário, a inversão de sua natureza delimitadora para um caráter fundamentador de toda sorte de criminalizações demanda alternativas para que se balize essa possibilidade. O rearranjo sistêmico mostra-se imperativo se almeja-se uma intervenção criminal racionalizadora no âmbito econômico.

Como aponta Mir Puig, do conceito dogmático de bem jurídico não cabe esperar, pois, a esperável função limitadora do poder de punir do Estado. Tampouco é suficiente a capacidade de limitar o legislador que pode ter um conceito político-criminal de bem jurídico. O que tal conceito pode decidir é o que pode ser considerado como bem jurídico, ele não serve por si só para resolver a questão de quando tal consideração exige a proteção jurídico-penal.⁶⁸ Dessa maneira, assim como Jakobs, entende-se que a função baseada unicamente na tutela de bens jurídicos já não mais responde satisfatoriamente às exigências do sistema. O que não conduz a um completo abandono da Teoria do Bem Jurídico, mas que a leva a perder o protagonismo que hoje detém.

Tal leva a entender que, por exemplo, com relação à análise crítico-reflexiva acerca de uma descriminalização ou de uma criminalização, os critérios de merecimento e necessidade de pena detém um potencial de resposta satisfatória muito maior do que a Teoria do Bem jurídico. O mesmo acontece com a situação descritiva do Sistema quando observada através da capacidade do funcionalismo sistêmico que radicaliza o componente normativo e, utilizando-se do conceito de comunicação, consegue ilustrar muito melhor o funcionamento

⁶⁷ FIGUEIREDO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 119-120, jan./fev. 2008.

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. Concepto de bien jurídico-penal como límite del ius puniendi. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2014. p. 426.

do sistema, item que a Teoria do Bem jurídico já não mais consegue fazer. Outros exemplos são as questões dos crimes de perigo, das normas penais em branco, da violação da confiança, entre outras, que são bem melhor descritas e acopláveis ao Sistema quando observadas através da função de estabilização normativa (prevenção) que a Teoria de Jakobs possui do que da ideia de bem jurídico que está mais atrelada aos delitos comissivos de resultado do Direito penal clássico.

2.3 Conclusões Parciais

Nota-se que a abordagem político-criminal das violações envolvendo as relações de trabalho faz retornar a diversos problemas também político-criminais que orbitam ao redor do direito penal econômico. Entretanto, através da conjugação dos juízos de merecimento e necessidade de pena, percebe-se a quantidade de possibilidades que eles ofertam ao sistema orientando as valorações através dos princípios, atuando tanto em sede legislativa quanto em casos concretos. O que se concluiu também é que uma nova função para o direito penal, como aqui se propõe, possui efeitos em todo o sistema e em diversos âmbitos internos.

A reflexão político-criminal acerca das violações envolvendo o mundo do trabalho é uma das partes mais importantes de toda a reapreciação da temática. Ponderar acerca de como as políticas públicas de cunho criminal se estruturam é de extrema valia para a abordagem dogmática que segue.

Teoricamente se desenvolveram diversas concepções acerca de como o Estado e o Sistema Jurídico-Penal devem observar o fenômeno da criminalidade econômica. Desde propostas variadas como a divisão intersistêmica em “velocidades” até o completo abster do Sistema Criminal para essa nova criminalidade do risco, o que se nota e é comum a quase todas essas ideias é a dificuldade em lidar com a Teoria do Bem Jurídico como ela se encontra atualmente. Acredita-se aqui que a proposta de Jakobs de um direito penal funcional voltado para a proteção normativa é uma das mais importantes e possíveis opções para que se reorganize todo o sistema trazendo racionalidade, potencial descritivo, potencial crítico-reflexivo e também para uma melhor recepção de conceitos valorativos como o do merecimento e da necessidade de pena (que, frisa-se, não são conceitos aceitos pelo autor. No entanto, entende-se aqui que é possível a sua utilização dentro do modelo, pela possibilidade de organização dos valores que tais conceitos trazem). A orientação a valores é a saída para o direito penal da sociedade contemporânea.

O retorno aos princípios do direito penal e a alternativas hermenêutico-constitucionais

também fornecem possibilidades, principalmente quando utilizados à luz dos critérios de merecimento e de necessidade de pena. Através desses princípios (valores) é que se intenta reconstruir o potencial crítico-reflexivo do Sistema, buscando perceber quais decisões criminalizadoras estão equivocadas e realmente o que necessita ser tocado pelo direito penal. Também na análise do caso concreto, como já exposto, tais critérios podem ser utilizados fundamentando o *se* e o *como* da instituição de uma sanção criminal, reforçando a caráter de *ultima ratio* desse subsistema jurídico.

O objeto central do estudo oferece interessantes desafios para a estruturação de uma política criminal na área. As peculiaridades como a posição de garantidor, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa coletiva, o caráter ao mesmo tempo supraindividual, mas passível de individualização das violações envolvendo as relações de trabalho fazem com que o sistema jurídico seja forçado a propor novas alternativas dogmáticas para a questão. O “novo” mundo do trabalho, alterado pela nova configuração da sociedade contemporânea, mostra-se um campo fértil para reavaliações jurídicas das políticas públicas implementadas na área e com o direito penal isso não é diferente. Saindo do paradigma da redução à condição análoga a de escravo, percebe-se que existem violações de considerável importância quando observa-se a situação da saúde e da segurança do trabalhador, por exemplo.

A política criminal é o elemento valorativo do Sistema, nela os valores estão livres, não foram depurados ainda, como no caso da dogmática, o que torna o labor valorativo aqui extremamente importante e trabalhoso. Seu papel fundamental é oferecer respostas através de políticas públicas de caráter criminal para os problemas sociais que são informados pela Criminologia, depurando os valores através dos princípios do Direito Penal e da Constituição Federal, ofertando valores depurados, ou seja, oferecendo Dogmática jurídico-penal apta a lidar sistemicamente com os problemas antes informados, com ordenação, organização, sintonia e afinação entre tudo, por isso Roxin sempre evidenciou a importância desse componente.

Assim, com Cláudia Cruz Santos, afirma-se que aqueles que acreditam que o criminoso comum deve ser punido de acordo com a medida da sua culpa, não logram ultrapassar a dificuldade inerente ao fato de, quanto aos criminosos do colarinho-branco, as coisas nem sempre podem passar-se desse modo. No entanto, se se defende que a punição de todos os criminosos só deverá existir quando for necessária à luz de considerações de prevenção geral e especial, funcionando a culpa apenas como pressuposto e limite inultrapassável da pena, talvez o problema da desigualdade, pelo menos no plano dos princípios, deixe de se colocar com tanta acuidade. Será a partir dessa ideia, que para a autora

deve constituir a trave mestra em matéria de controle dos crimes econômicos, que se chega à reflexão em torno de dois diferentes níveis de intervenção: o da prevenção (agora não no sentido técnico-jurídico que assume a propósito a problemática dos fins das penas, mas apenas no sentido comum de evitar a ocorrência de um mal) e o da repressão. E se o primeiro deve portar-se com algumas especificidades por força das características próprias da criminalidade econômica, o segundo apenas concretizará a exigência de necessidade que haverá de presidir a toda e qualquer sanção criminal. E, sendo desse modo, com o modelo de repressão regido, tanto para o crime comum como para o crime de colarinho branco, por considerações de prevenção apenas limitadas pela culpa, talvez se possam diminuir as desigualdades que se crê ainda existir na administração da justiça penal. No âmbito dos crimes econômicos, a importância da prevenção é acrescida, em primeiro lugar, porque o dano pode ser de tal modo grave e vitimar um tão elevado número de pessoas que a necessidade de evitá-lo é especialmente imperiosa. Em segundo lugar, porque a repressão é confrontada com tantos problemas, sobretudo de cunho prático, que a sua eficácia é frequentemente escassa. Finalmente, porque, sendo o agente do colarinho-branco alguém que atuará regra geral, no quadro de escolhas racionais, tornar-se-á mais simples a prevenção situacional.⁶⁹ Estruturar uma dogmática penal no campo das violações envolvendo o mundo do trabalho é extremamente necessário para a prevenção desse tipo de criminalidade. Em sequência intentar-se-á abordar a questão dogmática com base na totalidade do que já se demonstrou no presente estudo.

⁶⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e os problemas do modelo de controle. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 211.

CAPÍTULO 3 ANÁLISE DOGMÁTICA ACERCA DAS VIOLAÇÕES NAS RELAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO

A opção eleita no presente estudo é construir uma abordagem dogmática das violações envolvendo as relações de trabalho. Essa escolha não foi feita a partir de qualquer critério ou justificativa, uma abordagem dogmática surge como inafastável exatamente porque a constituição da sociedade se dá por meio de normas. Dessa maneira, como aponta Gimbernat Ordeig¹:

La dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática juridicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y metódica que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que – por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico – se desconoce su alcance y su límite.²

A dogmática jurídico-penal, e sua abordagem, nascem e derivam de ponderações criminológicas e político-criminais, por isso que o presente estudo iniciou-se por essas considerações. Ao compreender como se dá o fenômeno delitivo envolvendo o mundo do trabalho na sociedade pós-moderna, contemporânea, e como as informações fornecidas pelo elemento empírico do sistema são valoradas a partir dos valores consubstanciados na

¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 158.

² *A dogmática deve nos ensinar o que é devido com base no Direito, deve averiguar o que diz o Direito. A dogmática jurídico-penal, pois, averigua o conteúdo do Direito Penal, quais são os pressupostos que devem ocorrer para que entre em jogo um tipo penal, o que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impunível e onde começa o punível. Torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtrai-lo da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação. Quanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação ou absolvição. Se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não se estabeleceu dogmaticamente seu alcance, a punição ou a impiedade de uma conduta não será a atividade ordenada e metódica que deveria ser, apenas uma questão de loteria. E quanto menor for o desenvolvimento dogmático, mais loteria, até chegar a mais caótica e anárquica aplicação de um Direito Penal do qual – por não ter sido objeto de um estudo sistemático e científico – se desconhecem o alcance e o limite.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **O futuro do direito penal**: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

Constituição, nos princípios do Direito penal e nos critérios de merecimento e necessidade de pena, chegou-se a conclusões relevantes para uma abordagem dogmática racional e preparada para a prevenção desses comportamentos. A elaboração dogmática é complexa e necessita de uma detida análise holística do fenômeno, é uma bela-arte que serve à sociedade e que possibilita sua existência, é Ciência na acepção mais pura da palavra. Dar operacionalidade para os valores objetivados pelo corpo social, produzindo mecanismos jurídicos que orientem a melhor decisão ao caso concreto é a função social da dogmática jurídico-penal. Como supraexposto, quão maior for a acuidade da dogmática jurídico-penal em um ordenamento, mais previsível se torna a decisão, mais objetiva fica a ponderação, mas sem jamais abandonar a possibilidade valorativa que carrega em seu núcleo e que, ao mesmo tempo que reduz sistematicamente conceitos para que sejam eles manuseáveis, também comporta a pluralidade da vida real ao possibilitar o preenchimento de seus institutos com as informações empíricas de cada caso. A dogmática no contexto do funcionalismo aparece como um arsenal de ferramentas que estão aptas a serem utilizadas dependendo da situação em que é chamado a intervir. Uma dogmática ponderada e refletida poderá fornecer respostas valoradas e condizentes com os objetivos e valores eleitos na Constituição e nos princípios do Direito penal, trazendo racionalidade, segurança e sincronia entre os ordenamentos jurídicos, o direito e os valores, em completa afinação orquestral.

Às vezes se objeta à dogmática penal que trata de partir um tanto incompleta sua excessiva e exagerada elaboração conceitual. Mas se si recorda a significação da pena, haverá que se responder a essa objeção de modo que dificilmente pode exagerar a dogmática ao fazer referência à fixação de conceitos. Pois a pena, que é o meio mais doloroso de que dispõe o Estado para controlar a vida social, está apenas justificada porque tanto quanto dolorosa é necessária. A diferença entre dispor ou não de uma dogmática jurídico-penal desenvolvida é a diferença entre dispor dos mecanismos precisos para que a pena permaneça sempre sob controle e não seja aplicada mais do que naquelas hipóteses em que é verdadeiramente necessária para a manutenção de uma convivência social suportável, e perder o controle sobre esse terrível meio de política social, pois a insegurança conceitual incapacita, em primeiro lugar, para obter formulações legais que abranjam todos e apenas os casos que se considerem socialmente necessário reprimir e traz consigo, em segundo lugar, que uma vez posto um tipo penal no mundo, inicie-se uma marcha que se desconhece para onde, por qual caminho e de que modo se conduzirá.³

Importante sobre a questão dogmática também o que aponta Fernandes, no sentido de

³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **O futuro do direito penal**: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 40-41.

que na hipótese de uma dogmática jurídica que empregue as consequências como critérios de lícito e do ilícito existe o perigo de que um sistema jurídico do qual se exija uma orientação sócio-política para as consequências abandone o seu auto-governo dogmático e já não se oriente por critérios que transcendam o programa decisório, mas apenas diretamente pelas próprias expectativas das consequências. De acrescentar que uma dogmática jurídica orientada funcionalmente necessita de uma específica compreensão das normas de uma especial interpretação de seus vínculos, no entanto, trata-se de uma vinculação não no sentido de imutabilidade, mas sim de mutabilidade segundo condições dadas. Nisto detém a sociedade contemporânea a sua própria adequação, que a capacita para propor conceitos jurídicos adequados à sociedade. Portanto, o que importa é uma verdadeira abertura para o sistema social, dando possibilidade a uma interação com a sua complexidade, com vista a alcançar a realização da sua função. Dito de diverso modo, se um sistema jurídico aberto sugere que ele seja orientado para as consequências que pode produzir no sistema social, impõe-se que ele assuma a complexidade deste último, numa compreensão pré-jurídica, para que se possa realizar a sua função.⁴

Pawlik⁵ coloca que o ponto de partida de toda dogmática jurídico-penal é se o Estado pode realmente intervir punitivamente (merecimento de pena), e caso puder, debaixo de quais pressupostos (necessidade de pena), a fim de que lhe sejam tomadas em sério as implicações de suas inter-relações teóricas. Quando dedica-se à construção do conceito de delito, isso se dá não com interesses de certa forma independentes, mas sim porque a terminologia “delito” indica o substancial dos pressupostos essenciais do direito material, sob os quais uma pena é atribuída. Porque delito e pena como tipo e consequência jurídica se referenciam-se entre si. Decididamente a formação do conceito de delito depende da forma da legitimação da pena, um pensamento preventivo-especial que legitima difere da pena retributiva. Caso queira-se descobrir o conceito que um delito recomenda, deve-se recorrer à teoria da pena.

De modo que a dogmática jurídico-penal recorre à culpabilidade para construir o sentido técnico da pena, delimitando os contornos que modelam a responsabilidade e comunica ao direito, globalmente considerado, medidas adequadas de intervenção. A repressividade pode, na maioria das vezes, comunicar reações alternativas.⁶

No contexto do Estado Democrático de Direito Material a função e a tarefa da

⁴ FERNANDES, Fernando Andrade. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 24-25.

⁵ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 19-20.

⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 65.

dogmática jurídico-penal transformam-se profundamente. O jurista deixa de ser considerado um simples fazedor de silogismos, que limita-se em deduzir do texto legal as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, para tornar-se alguém sobre quem recai a indeclinável responsabilidade de procurar e encontrar, de modo jurídico-formalmente válido, a solução mais justa para cada um daqueles problemas. Deste modo, a questão metodológica retorna a adquirir particular ressonância, nomeadamente quanto, a saber, até onde o pensamento problemático se pode introduzir no, ou mesmo se sobrepor, ao pensamento sistemático, em geral dominante na dogmática jurídico-penal.⁷

Assim, segue Figueiredo Dias argumentando que uma das vertentes da questão respeita à decisão sobre se a dogmática jurídico-penal deve apresentar cunho estritamente normativo ou se, pelo contrário, deve considerar-se pré-determinada pela estrutura ontológica dos conceitos que utiliza como foi dominante no Movimento Finalista. A matéria de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador, antes é previamente dada por intermédio de princípios e estruturas de desenvolvimento ônticos, através da “natureza das coisas”. Mas com o reconhecer isto não fica resolvido o problema jurídico: importará sempre ainda escolher, de entre os variados sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma valoração autônoma, aquele que deve constituir o fundamento da regulamentação ou da resolução do concreto problema jurídico-penal em questão. Dessa maneira se erige a autonomia da valoração dogmática jurídico-penal, pelo menos uma autonomia relativa, dentro das possibilidades que lhe são oferecidas pela pré-determinação não jurídica do substrato, em momento essencial do pensamento jurídico-penal. Quando, porém, se afronta a questão do critério de valoração, não é suficiente dizer que o legislador escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de i-lo buscar a lei. A solução terá antes de se alcançar por uma via apontada para a “descoberta” (*hoc sensu*, a “criação”) de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal. O que supõe a penetração axiológica do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades deontológicas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a valorações político-criminais imanentes ao sistema. Por este caminho se rejeita o puro dedutivismo conceitualista típico de uma “jurisprudência dos conceitos”, mesmo que teleológica; que infelizmente não pode-se dizer de todo ultrapassado na dogmática jurídico-penal. Mas por igual se rejeita a legitimidade para, a partir de estruturas

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 27.

ônticas ou lógico-materiais pré-jurídicas, extrair delas, por necessidade, a solução de problemas jurídico-penais práticos. Também nas questões de que trata a dogmática jurídico-penal a atenção prioritária deve ser concedida a considerações de concreta justiça material, e nesta acepção ao pensamento problemático, no interior do sistema político-criminalmente dirigido, não a ilações retiradas dos dados pré-jurídicos ou do sistema formal-legal. Também relativamente àquelas questões a função primordial da dogmática haverá de consistir em, partindo de uma casuística tão larga, mas escolhida quanto possível, estabelecer a formulação de critérios de valor teleológico-funcionalmente orientados, os quais não serão, no fim das contas, item substancialmente diverso de princípios ou tópicos servidores do discurso da argumentação e do consenso.⁸

Uma atitude metodológica correta no labor dogmático jurídico-penal passa, em último termo, por encontrar soluções justas e adequadas para concretos problemas da vida de relação comunitária. Essa tarefa não pode, porém ser cumprida com êxito apelando diretamente para objetividades ou intencionalidades ínsitas na ideia de Direito, ou mesmo para puros princípios ou considerações de valor fundados em uma qualquer axiologia pressuposta. Pois assim se tornaria a solução do caso e o alcance da almejada “justiça material” função de um puro jogo de loteria⁹, individual e comunitariamente insuportável e que representaria o retrocesso de mais de um século na evolução da dogmática jurídico-penal. Antes o caso concreto tem de ser projetado no contexto do sistema teleológico-funcional e racional do direito penal, aí tratado e, ao menos de forma provisória, resolvido. Não fica com isto de todo excluída a possibilidade, ainda que rara, de a solução encontrada revelar-se injusta ou disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema. Nesta hipótese a “justiça do caso” deve em definitivo sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas; mas deve também conduzir então ao reexame ou ao reajustamento do significado meramente operacional e coadjuvante dos conceitos para a aplicação do direito. Assim, revela-se verdadeiramente o Sistema Jurídico-Penal, antes que “cerrado”, um sistema aberto: um sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos, mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 27-29.

⁹ Compreensão mesma da de Gimbernat Ordeig. A necessidade de uma apuração dogmática torna-se latente quando observa-se o fenômeno jurídico sob as lentes da prática judiciária pátria, onde é comum conceber soluções tão heterogêneas quanto possível. Tribunais de Justiça possuem câmaras que decidem quase que de modo antitético, o que é isso sim, insegurança jurídica. As críticas que se dirigem à concepção funcionalista no sentido de que uma maior ampliação das valorações traria problemas para a segurança jurídica mostram-se equivocadas, insegurança jurídica traz sim essa prática alheia às construções científicas. Somos uma nação jurídica zumbi, operando eternamente no automático, condenados a condenar sem refletir.

compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, requerem novas soluções.¹⁰

Assim, continua ainda hoje válida a asserção segundo a qual também na dogmática jurídico-penal é da problematicidade própria de cada “caso” que tem de partir-se para a determinação da totalidade normativa, sistematicamente enquadrada ou enquadrável. Foi von Savigny quem lecionou ser tarefa da dogmática jurídica estabelecer os princípios que subjazem a um direito positivo e explicitá-los sistematicamente. Porém foi ele também quem assinalou que cada caso deve ser tomado como se fosse o ponto de partida de toda a Ciência, a qual deveria ser forjada a partir dele. Não existe aqui qualquer dissonância ou contradição, a dialética já assinalada entre “sistema” e “problema” deve valer completamente para a dogmática jurídico-penal.¹¹

Num autêntico Estado Social e de Direito a dogmática é um instrumento imprescindível para manter o Direito Penal controlado, para que a pena não vá além do que o legislador propôs como limite, para criar leis penais presididas pela previsibilidade e pela segurança jurídica. A ideia penal mais progressista e avançada é apenas uma ideia. Para realizá-la é necessário formulá-la legalmente. Essa formulação e sua interpretação serão tanto mais perfeitas quanto mais desenvolvido e certo seja o aparato dogmático de que se dispõe.¹²

Ou seja, uma apuração a nível dogmático permite que se estabeleçam limites e também fundamentações. Quando observa-se o caso particular das violações envolvendo as relações de trabalho percebe-se que um aprofundamento dogmático da questão é de ímpar importância para que se fundamente mas também se limite a intervenção punitiva na área. Assim, essa abordagem possibilita a prevenção no limite do necessário, realçando o caráter de *ultima ratio* do direito penal ao mesmo tempo em que estabelece uma intervenção também a baliza, elencando os limites estreitos do *ius puniendi* no campo em questão.

Ao fundamentar e também fixar os limites da prevenção através das normas penais, comunica-se ao agente as consequências jurídicas de seus atos, de modo que o efeito dissuasivo das normas penais não residiria unicamente no fator intimidatório da ameaça da pena, mas também na transmissão desse conhecimento relativo à declaração da gravidade do fato. Trata-se de apresentar elementos de convicção, determinados conforme o necessário. Tal linha de pensamento é importante devido ao fato de que, ao aceitar a visão, indica-se que no cálculo do delinquente potencial não entram apenas aspectos econômicos, mas também

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 32.

¹¹ Ibid, p. 33.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 160.

aspectos deontológicos que poderiam desempenhar algum papel. Entende-se, assim, que isso é o mais coerente com a imagem do indivíduo como pessoa e com a orientação personalista do Direito penal. Definitivamente, no caso dos criminosos econômicos, igualmente ao modelo de sociedade que se assenta sobre a recíproca atribuição de liberdade, parece que também se assenta sobre a recíproca atribuição de racionalidade utilitarista. Outro ponto é que a isso se adiciona a recíproca atribuição de certa racionalidade valorativa, e que, ademais, elementos de rotina, imitação, emotividade ou irracionalidade não deixam de ser notados no agente.¹³

Do mesmo modo que a consciência, o superego da criança forma-se reagindo com a privação de afeto (através da punição) diante do comportamento proibido e com a outorga de afeto diante do comportamento desejado, expressando mais corretamente, forma-se mediante a introjeção pela criança dessas exigências e desejos que lhe são dirigidos, assim também a sociedade tem de recorrer à ameaça com uma pena para conseguir, criando medos reais que logo serão introjetados de geração em geração mediante o processo educativo, que se respeitem no possível as normas elementares e imprescindíveis de convivência humana¹⁴.

No caminho da pena pode-se dar como válido apenas esse tipo de injusto, o qual, a sua maneira, no lugar de mera afetação de interesses de liberdades individuais, é concebido como ofensa a um ordenamento existente juridicamente constituído da liberdade. Um ordenamento existente da liberdade não é um ordenamento normativo abstrato, e desse se diferencia porque seus integrantes comunicam uma liberdade real e concreta, colocada no mundo. A liberdade real dos cidadãos pressupõe uma condição de liberdade. O *cantus firmus* da filosofia política contemporânea está convencido de que é necessária a elaboração e a implementação destas condições nas instituições, sobretudo nos Estados. Nenhuma sociedade pode, isolada, suprimir o poder das instituições. Porque a sua capacidade de ação é muito adstrita. Por isso tanto interessa, de modo imediato, aos indivíduos a responsabilidade pela manutenção dessas condições de liberdade real. Quem priva-se de tal responsabilidade ao realizar uma conduta tipificada, afeta o projeto comum da liberdade pelo direito, rompendo a solidariedade e o próprio papel de cidadão. Dessa maneira, cometer um delito significa romper com a obrigação de cidadão de colaborar para a manutenção do ordenamento da liberdade vigente, quer dizer, afetar a obrigação de autor que deve manifestar um impedimento concreto ao dever de cooperação com o outro. Sofrer a pena significa dever aceitar que os próprios bens se submetam à demonstração do caráter lesivo da liberdade por semelhante processo. Sob essa

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11). p. 22-23.

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. **O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?** Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 14-15.

forma não se compreende a pena como puramente negativa, como manifestação de um mal que é respondida com outra manifestação de um mal correspondente, mas sim positiva, como utilização do autor para restabelecimento das relações jurídicas por ele perturbadas.¹⁵

Com base no exposto, a dogmática jurídico-penal mostra-se o meio mais acertado de se abordar e prevenir as violações envolvendo as relações de trabalho, ela é o instrumento com o qual o jurista deve laborar porque a existência do Direito Penal é imprescindível e não depende em nada da possibilidade de demonstrar a livre decisão humana no caso concreto, porque toda ideia jurídica progressista necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais alto seja o nível científico-jurídico, porque uma Ciência desenvolvida do Direito penal é a que torna possível controlar os tipos penais, porque a pena é um meio necessário e terrível de política social.¹⁶ Temos que conviver com o Direito penal e por tudo isso que a dogmática jurídico-penal não apenas detém um futuro, mas também é o caminho pelo qual passa o futuro da abordagem do Sistema Jurídico-Penal.

3.1 Abordagem dogmática das violações envolvendo as relações de trabalho

Slavoj Zizek aponta que o capitalismo pós-moderno tem uma grande tendência a explorar determinados elementos para sua própria lucratividade. Isso sem mencionar o fato de que, por detrás de cada companhia “pós-moderna” que concede espaço a seus funcionários para uma produção “criativa”, há a exploração antiquada e anônima da classe trabalhadora. O ícone do capitalismo criativo hoje é a Apple, sustentada pelo “gênio” de Steve Jobs, mas o que seria da Apple sem a Foxconn, a empresa taiwanesa que controla grandes fábricas na China, onde centenas de milhares de pessoas montam iPads e iPods em condições abomináveis? Não devemos jamais nos esquecer do anverso do centro “criativo” pós-moderno no Vale do Silício, onde alguns milhares de pesquisadores testam novas ideias: alojamentos em estilo militar, na China, assolados por uma série de suicídios de trabalhadores todos por consequência das condições estressantes de trabalho com longas jornadas, baixos salários e alta pressão. Depois que o décimo primeiro trabalhador saltou do alto do prédio, a empresa introduziu uma série de medidas: obrigar os funcionários a assinar contratos em que se comprometiam a não se matar, delatar colegas de trabalho que parecessem deprimidos, procurar instituições psiquiátricas em caso de prejuízo da saúde mental, entre outros. Para

¹⁵ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 26-27.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. **O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?** Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 44.

piorar ainda mais a situação, a Foxconn começou a colocar redes de proteção em volta de sua enorme fábrica. Não surpreende que Terry Gou, presidente da Hon Hain (empresa que controla a Foxconn), tenha se referido aos seus empregados como animais em uma festa de fim de ano, acrescentando que gerenciar um milhão de animais lhe dava dor de cabeça. Gou ainda disse que queria saber de Chin Shih-chien, diretor do zoológico de Taipei, exatamente como os animais deveriam ser “gerenciados”; ele convidou o diretor do zoológico para falar na reunião anual de revisão de Hon Hain, pedindo que todos os gerentes assistissem à palestra com atenção para aprender a “gerenciar” os animais que trabalham para eles.^{17 18}

Nota-se que a sociedade contemporânea desenvolveu mecanismos para camuflar a exploração da classe trabalhadora por intermédio do fetiche sobre de certos produtos e empresas alavancados pelo consumismo e pelo uso de mão de obra barata em países emergentes com pouquíssima visibilidade no ocidente daquilo que ocorre no interior do país. Essa estratégia é uma das já elencadas no presente estudo, o que demonstra a facilidade com que as violações que envolvem a classe trabalhadora são instituídas. Outro ponto interessante do supraexposto é a forma cruel com a qual o trabalhador do Século XXI ainda é encarado pelas companhias. Desde a exclusão sofrida, com o exemplo do trabalho no campo já apresentado, por aqueles com mais idade, mulheres, ou qualquer um que esteja “inapto” para o labor, como a contratação em massa de mão de obra para o labor extenuante e repetitivo que é empregado por empresas como a Foxconn, que apesar de não ver idade, gênero, etnia, também não enxerga aquele contingente como titulares de direitos; o que se nota é a necessidade de uma intervenção estatal adequada para que esses trabalhadores deixem de ser encarados pelas empresas como um dado numérico em uma equação matemática voltada ao lucro massificado para serem observados como titulares de direitos que devem ser respeitados.

Uma abordagem a partir da dogmática jurídico-penal projetada oferecer alternativas jurídicas para que o Estado consiga uma intervenção racional na economia tutelando os trabalhadores. Enxerga-se neles o polo hipossuficiente da relação dada a atual situação da oferta e procura do trabalho, o que faz com que a intervenção tenha em foco o trabalhador, concebido como titular de direitos tanto individuais como coletivos.

Büllesbach afirma que a partir da realidade social como meio ambiente de natureza processual, entram na realidade jurídica (*input*) certos problemas sociais. A realidade jurídica

¹⁷ SANTO, Michael. **Ver Foxconn chief calls employees ‘animals’, has zoo director lecture managers.** Denver, 19 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.examiner.com/technology-in-national/foxconn-chief-calls-employees-animals-has-zoo-director-lecture-managers>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁸ ZIZEK, Slavoj. **O ano em que vivemos perigosamente.** Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 120-121.

representa a soma dos problemas jurídicos que são propostos ao domínio de decisão. Entre os dois elementos existe a obrigação de decisão. A decisão, por sua vez, sai do nível da realidade jurídica e passa a exercer um impacto social (*output*). Até o presente momento, esse modelo é suficiente para explicar a obrigação de decisão. Se quiser-se, no entanto, eliminar a arbitrariedade e estabelecer a legitimidade da decisão, esta tem de ser fundamentada, tornando-se, assim, de certa forma controlável. A fundamentação advém de um outro elemento do sistema: a dogmática jurídica. Este elemento possui a função, em primeiro lugar, como depósito de informações; os seus conteúdo e âmbito permitem a fundamentação de um grande número de decisões, aumentando, dessa maneira, o domínio de estabilidade. A estabilidade do sistema global da ciência jurídica (e também do Sistema Jurídico-Penal) poderá ser aumentada por meio de uma maior flexibilidade no uso da dogmática, isto é, interpretando esta a partir de uma doutrina de base. Entre os dois elementos (dogmática jurídica e doutrina de base) existe, assim, uma obrigação de interpretação. A doutrina base, como um quarto elemento do sistema, produz uma estabilidade acrescida. Isto acontece em virtude do caráter universal da interpretação da realidade social contida na doutrina de base. Esta obrigatoriedade de interpretação, da dogmática jurídica em função de uma doutrina de base, enxerta-se sobre a obrigação de interpretação (da decisão em relação à dogmática jurídica), exigindo, assim, que a realidade seja concebida de acordo com a doutrina de base; ou seja, é, na verdade, a constituição da realidade político-social. Esta pretensão da doutrina de base de levar a cabo uma interpretação integral do mundo social está limitada pelos padrões culturais de comportamento, pelas instituições, bem como pela referência restrita a um certo meio ambiente com características autônomas próprias. Com a obrigação de implementação, concebida como relação entre doutrina de base e realidade jurídica, o sistema global da ciência jurídica (e, também, o do sistema penal) torna-se num sistema de *feedback* (cibernética). O modelo cibernético surge, assim, em condições de representar o sistema da ciência jurídica como um sistema de regulação social dinâmico, muito estável, complexo (de múltiplas relações), complicado (dotado de diferentes elementos), constituídos por sistemas parciais e correspondentes funções parciais. A complexidade, a complicação e o elemento finalista da Ciência do Direito revelam-se como um sistema auto-organizador de elevadas capacidades de adaptação social.¹⁹

O padrão do crime envolvendo as relações de trabalho passa pelo “não evitar o

¹⁹ BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 417-418.

evitável” e; também, como em todo direito penal econômico, pela violação da confiança. Como infere Silva-Sánchez, o paradigma da teoria clássica do delito tem sido o delito comissivo, doloso e de resultado. É conceber o comportamento individual de uma pessoa ou no máximo de uma limitada pluralidade conjuntural de pessoas, que com dolo direto de primeira graduação (intenção) executa de maneira direta, através da causação físico-naturalista imediata e incluindo de mão própria um delito de resultado. Se parte deste modelo, o concurso de vários sujeitos no marco de uma estrutura organizada (como uma empresa) produz algumas distorções. Entre elas: *a dissociação entre ação e responsabilidade* onde em uma estrutura organizada hierárquica o executor direto normalmente é um subordinado de último nível, que se encontra na grande maioria das vezes em situação de erro ou coação ou, em todo caso, em um estado de falta de autonomia decisória. A pretensão de atribuir responsabilidades a sujeitos situados na cúpula obriga a construção de novas categorias. *A cisão, fragmentação, dos elementos do tipo* onde em um contexto de divisão funcional do trabalho, tanto horizontal como vertical, a execução material, a posse da informação relevante, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem fazer-se através de sujeitos distintos dentro do grupo organizado. Isso pode dar lugar, não apenas por razões probatórias, mas também estritamente técnico-jurídicas, a já conhecida figura da “irresponsabilidade organizada”. E *a aparição de efeitos derivados das dinâmicas de grupo*, onde se encontra déficits cognitivos-valorativos ou volitivos que afetam os sujeitos integrantes do grupo. Tais constatações empíricas apontam para uma exclusão ou atenuação da imputação subjetiva dolosa assim como a uma exclusão ou atenuação da culpabilidade de tais sujeitos²⁰. Ou seja, uma aplicação simples do modelo clássico a situações com essas características poderiam impedir uma fundamentação razoável da responsabilidade.

O modelo clássico de delito se concebeu sobre casos de homicídio. O homicídio, por sua parte, constitui-se em um *malum in se* paradigmático, definindo-se em um tipo fechado que a sua vez conforma um delito puro de resultado de lesão de um “bem jurídico” individual. Assim, parece claro que o Direito penal econômico há de constituir um desafio para dito modelo. Por um lado, por seu caráter patrimonial-econômico das relações que constituem seu objeto de proteção, em geral, neste âmbito, quando se referem a direitos individuais, não são puros delitos de resultado, mas sim de meios determinados. Ao abordar amplos aspectos da atividade empresarial, o Direito penal introduz-se em contextos de grande densidade regulatória extra-penal. Surgem, então, delitos que se constituem como *mala quia*

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 328-329, nov./dez. 2012.

prohibita. Assim, gera-se uma acessoriedade, mais forte ou mais fraca, frente ao direito público ou privado, que se manifesta na conformação de tipos abertos (leis penais em branco, elementos normativos de conteúdo jurídico, em especial elementos de valoração global do ato). Isso gera peculiaridades tanto em relação com a imputação objetiva (risco permitido, exercício legítimo de um direito) como a propósito da imputação subjetiva (erros sobre elementos normativos, dificuldade na delimitação entre erro de tipo e erro de proibição). Por outro lado, porque a atividade econômico-patrimonial está no núcleo do sistema social, os atos delitivos surgem, portanto, em um contexto de atuações profissionais, frequentemente estereotipadas, anônimas e massivas. Os fins perseguidos resultam em geral, adequados ao sistema social. São os meios, os efeitos secundários ou os danos colaterais que se resultam inadequados. Ademais, de modo não usual, as relações interpessoais tem uma transformação de perfil incerto. O dolo eventual adquire um papel determinante na imputação de responsabilidade. Por fim, pela especial configuração dos direitos supraindividuais afetados, determina-se certa dissolução do resultado da lesão e, em consonância, uma perda de importância da relação de imputação objetiva em sentido estrito: é decidir, aquela que surge entre o comportamento desaprovado e o resultado da lesão.²¹

Quando confronta-se o supraexposto com as violações envolvendo o mundo do trabalho, encontra-se diversas similaridades. Com relação às primeiras considerações de Silva Sánchez acerca da forma como os casos do direito penal econômico tencionam a teoria do delito acerca de seu padrão de imputação, todas as considerações encontram-se cabíveis. A dissociação entre ação e responsabilidade é latente nos casos envolvendo o campo laboral. Muitas vezes aquele agente que causa o dano nem sempre é realmente o responsável pela ação. Está na maioria das vezes cumprindo ordens, lidando com o que lhe é oferecido. O responsável que não entrega os equipamentos de proteção ao trabalhador, muitas vezes, não o entrega por que não quer, não os entrega porque não os possui. Seria muito contraproducente responsabilizar um empregado nessas condições. Desse modo, a ação (ou omissão) e a responsabilidade pelos danos não se encontram no mesmo agente. A fragmentação dos elementos típicos também está presente na área do trabalho. Uma ação ou omissão que resulta em um desvalor por parte do trabalhador com relação à sua segurança e a dos demais trabalhadores pode ter sido feita por uma sequência de responsáveis, que não terão completados todos os elementos do tipo, mas sim parte deles, o que faz com que necessite-se de uma reflexão muito ponderada acerca da ação, averiguando tanto a culpabilidade quanto o

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 329-330, nov./dez. 2012.

elemento volitivo desses agentes responsáveis. A aparição de efeitos derivados das dinâmicas de grupo se faz sentir em grande monta quando lidamos com a classe trabalhadora. Uma coletividade de trabalhadores em uma situação hipossuficiente, sendo pressionados para entregar uma obra, por exemplo, tendem a ter trabalhadores que se comportam de modos diversos dentro do coletivo. Agem, em variadas ocasiões, sem compreender muito bem o valor do que lhe está sendo exigido, agindo sem a consciência necessária da licitude ou ilicitude dos seus atos, resultando em uma diminuição de sua culpabilidade.

Com relação às considerações acerca da natureza econômico-patrimonial dessa porção do Direito Penal Secundário, já se foi sublinhado no presente estudo que a intervenção penal que visa prevenir os crimes relacionados ao mundo do trabalho adentra uma grande área de regulação extra-penal. Tanto que uma das funções que desempenha essa intervenção é exatamente a de reforço ao respeito às normas administrativo-laborais. Então não se está mais lidando com crimes *malum in se* como o homicídio, mas sim com crimes relativos a um *mala quia prohibita*. Também com relação à consideração de Silva Sánchez acerca desses delitos estarem em um contexto de atuações profissionais, anônima e massivas, não há óbice para a simetria com as violações envolvendo as relações laborais. Também aqui no núcleo do estudo são os meios, os efeitos secundários, colaterais que são inadequados. Sobre o caráter supraindividual da intervenção também não restam dúvidas.

Assim, frente a todas essas referências correspondentes, conclui-se que uma abordagem dogmática das violações envolvendo as relações de trabalho está encerrada em todo o movimento de reinvenção da teoria do delito e dos esquemas de imputação que está sendo produzido pelo advento do direito penal econômico. De modo que as seguintes considerações de Silva Sánchez são mais uma vez pertinentes para o objeto específico do estudo. Desse modo, a teoria do delito que há de abordar os desafios que o direito penal econômico distancia-se cada vez mais de uma teoria de alicerces naturalistas. A evolução da teoria do delito nos últimos quarenta anos se move entre opções normativistas (valorativas) de diversos signos. O modelo clássico de delito doloso de ação assentado sobre noções tendencialmente empíricas de causalidade, domínio e intenção foi superado.²²

Mais uma vez, a opção de cunho funcionalista sistêmico com o qual se baseia o estudo mostra-se o mais adequado para o enfrentamento da matéria (ele surge como a doutrina de base da qual falava Büllsbach). Se cada vez mais distancia-se de padrões naturalísticos para a fundamentação da Teoria do Delito, principalmente na questão da imputação, uma base de

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 330, nov./dez. 2012.

análise do Sistema Jurídico-Penal de maior força normativa acaba por ser *conditio sine qua nom* para a reflexão acertada da questão. Assim, o câmbio da função do direito penal para a proteção da validade normativa oferece novas perspectivas que impulsionam essa reinvenção, principalmente por distanciar-se cada vez mais de padrões empíricos como o Movimento Finalista pretendia, e também por um aprofundamento valorativo que diferencia a opção eleita da outra variação do Movimento Funcionalista, o Funcionalismo Racional-Teleológico. Se a criminalidade econômica furta-se do padrão montado em torno de uma perspectiva mais causal-naturalista, uma reinvenção que parte de um porto valorativo é o caminho para a prevenção dessa criminalidade. Se os criminosos do colarinho-branco esconderam-se por detrás da falta de valoração do Sistema Jurídico-Penal, um retorno às valorações é o meio através do qual se descortinará esses agentes. O Funcionalismo Sistemico é a doutrina de base, que deve orientar a interpretação da Dogmática jurídico-penal.

Afirma-se que o paradigma do Direito Penal do presente e do futuro é o delito de omissão culposa. Porém, por parte de Silva Sánchez²³, com a qual se concorda, expressar-se-ia esse padrão de modo similar, no entanto de modo mais incisivo. O paradigma do delito do presente e do futuro é “a administração desleal cometida por omissão e dolo eventual em um contexto de negócios de risco”. Com isso se quer sublinhar a crescente relevância na teoria do delito de elementos de infração de dever. Isso detém uma dupla repercussão: No plano objetivo, a correlativa menor importância de conexões físicas da conduta do sujeito com o objeto da ação como causalidade e domínio empírico. Já no plano subjetivo, uma significativa tendência à relativização dos estados mentais do sujeito.

Dessa forma, essa nova situação da teoria do delito surge especialmente apta para enfrentar os novos fenômenos delitivos. Em particular para fazer frente àqueles casos em que estão ausentes a imediatividade espaço-temporal e a visibilidade empírica dos casos clássicos. As teorias normativas mostram, com efeito, uma especial capacidade de rendimento na hora de construir equivalentes funcionais para as estruturas clássicas, ampliando o alcance das categorias e instituições. Deve ter-se presente o risco de incorrer em um hipernormativismo que redunde em um mero formalismo na hora de atribuir responsabilidades (imputação penal objetiva). O problema é, pode-se dizer, na expansão da teoria do delito. No entanto, deve apontar-se que o normativismo não produz necessariamente uma extensão do alcance das categorias e instituições dogmáticas, mesmo que mostre uma capacidade inegável para isso. Por outro lado, convém recordar que a tendência à extensão do alcance das instituições

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 331, nov./dez. 2012.

clássicas da teoria do delito não é, em si, uma novidade. A dogmática da teoria do delito tem tratado sempre de reconstruir permanentemente seus institutos para permitir que estas abarquem novos casos que se vão considerando merecedores e necessitados de pena. Também, de fazer esta reconstrução compatível com a redação dos textos legais, mediante um constante esforço de interpretação teleológica. A questão não é a expansão ou não de uma determinada instituição, mas sim a razoabilidade ou não de dita expansão. Ou, o que é o mesmo, que a normativização não comporte uma desnaturalização que faça do instituto em questão, algo irreconhecível.²⁴ Há de se ter em mente essas preocupações quando se insere essas alterações no contexto das violações envolvendo o mundo do trabalho.

Acerca da mesma temática, Pawlik²⁵ coloca que a dogmática jurídico-penal manteve até os dias atuais o convencimento de que sua essência científica e sua adequação ao disciplinamento dependem da prática jurídica. Franz von Liszt publicou na última edição de seu manual em 1919 a confissão de que a próxima missão da ciência do direito penal consistia em desenvolver um sistema fechado com preceitos particulares da lei a partir dos conceitos e sentenças fundamentais. Caso contrário, permanece a aplicação do direito submetida a toda sorte de causalidade e arbitrariedade. Meio século depois, nem tão diferente assim proclamava Welzel que a dogmática jurídico-penal deve desenvolver sistematicamente o conteúdo das regras jurídicas, uma vez que apenas o juízo de interdependência interna do direito leva-o para além do casual e arbitrário. Em geração posterior, Roxin vale-se em seu manual da definição kantiana do conceito de sistema, estimulando a preferência pelo pensamento sistemático, sobretudo a contribuição a uma equiparação e aplicação objetiva e diferenciada do direito e seu significado como caminho metodológico para o desenvolvimento do direito, finalizando com a constatação de que o sistema seria um elemento irrenunciável de um direito penal em um Estado de Direito.

Ou seja, a dogmática jurídico-penal é forçada a alterar-se eternamente, pois deve corresponder sistematicamente às alterações que ocorrem na vida real. Assim, a prática jurídica demonstra como que as insuficiências de seus institutos demandam alterações sistêmicas para que consiga ter complexidade suficiente para acompanhar a complexidade do real. O que ocorre com os institutos dogmáticos da teoria do delito na contemporaneidade não possui nada de novo, a novidade está na forma com a qual ela transmuta-se para abarcar novas formas delituosas como acontece atualmente com relação aos crimes do direito penal

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 332, nov./dez. 2012.

²⁵ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 14.

econômico.

Engisch disserta que as consequências jurídicas apresentam-se sob a forma de direitos e deveres. Se nos permitido é pensar em direitos e deveres positivos, se bem que eventualmente encontra-se aqueles direitos e deveres que são algo negativo, um *non facere* ou omissão, eles representam a própria substância do Direito. Em face deles as negações apresentam-se tão apenas como limitações, como algo secundário. O centro gravitacional do Direito reside nele positivamente conferir direitos e impor deveres.²⁶ É por intermédio da dogmática jurídico-penal que se atua comunicativamente informando que, com as alterações, a estrutura de imputação está organizada para lidar com os novos delitos e sua estrutura e que aquelas práticas estão vedadas. Portanto, no plano organizativo, as alterações na teoria do delito preparam as estruturas sistêmicas para lidar no plano teórico com esse novo padrão de comportamento delitivo, devolvendo potência descritiva ao Sistema Jurídico-Penal.

Como infere Tiedmann, existe aqui um entrelaçamento entre dogmática jurídico-penal e política criminal no sentido de que novas formas de dano social, derivadas de ações previstas já como delitos patrimoniais podem e devem mover o legislador a examinar se, sob todo o sistema social e penal, exige-se a criação de novas figuras delitivas a fim de proteger esses “novos” direitos supraindividuais.²⁷

Desse modo, com Jorge de Figueiredo Dias, entende-se que uma abordagem dogmática da questão envolvendo o Direito penal econômico passa por 4 (quatro) níveis. O primeiro, o *processo legal-social de descriminalização*, que encontrará no domínio do direito penal secundário um amplo campo de eleição, não se trata de por em causa o intervencionismo do Estado na vida socioeconômica, nem tão-pouco de limitar o desenvolvimento da ordem jurídico-administrativa. Trata-se apenas de, por este caminho, refazer a conexão da ordem jurídico-administrativa e a ordem jurídico-penal, purificando esta de todas as infrações que não atentem contra direitos relevantes para o direito penal ou cujo sancionamento não exiba o caráter de necessidade que é condição justificativa da aplicação de uma sanção criminal. O segundo, a *reforma global do direito penal*, aparece como relevante pois o âmbito do direito penal secundário dependerá também, em alturas em que aquela reforma se processe, de saber se não existirão, na lei penal extravagante, domínios que devam ser recebidos no Código Penal, por a sua localização fora deste ter correspondido somente à inteira novidade da matéria; e assim, a um processo de neocriminalização, ou a meras

²⁶ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. João Batista Machado 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 32-33.

²⁷ TIEDMANN, Klaus. **Poder econômico y delito** (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel, 1985. p. 18.

dificuldades circunstanciais. O terceiro, o *aprofundamento do perfil criminológico da criminalidade econômica*, que detém sua etiologia e seu condicionamento político-social específico. Este possui grande importância, sobretudo quando se verifique simultaneamente um afinamento da sensibilidade democrática da opinião pública, um reforço do controle informal por parte dos meios de comunicação social, uma situação generalizada de crise e de retração econômicas e a integração da comunidade em novos e mais amplos espaços políticos e econômicos (como ocorre no Brasil contemporâneo). E, por fim, a já mencionada criação de *medidas individualizadas no campo do Direito penal secundário*, tanto a nível legislativo estrito como a nível organizatório.²⁸

No presente estudo, o primeiro nível já foi aventado, de modo que considerações já foram traçadas acerca da necessidade de descriminalização de alguns delitos, já que não estão de acordo com os princípios do direito penal, com os critérios de necessidade e de merecimento de pena e também com os valores conformados na Constituição Federal. Quanto ao terceiro aspecto, um perfil criminológico envolvendo o crime, o agente, as vítimas e a instâncias de controle também já foi analisado. O segundo critério, de cunho mais formal e organizatório, só é processado durante a reforma em si pela qual se deve passar o direito penal econômico. O quarto critério é o que falta. Não menos importante, muito pelo contrário, é o foco do presente estudo. Desenvolver e analisar as medidas individualizadoras do direito penal econômico, com foco nas violações envolvendo as relações de trabalho, observando quais são as categorias inovadoras que serão utilizadas na prevenção dessa espécie de criminalidade.

O objetivo do presente momento é este: traçar, analisar e desenvolver essas medidas individualizadoras com foco no objeto central do estudo de modo a demonstrar como que tais construções dogmáticas podem auxiliar na prevenção da criminalidade envolvendo a classe de trabalhadores brasileiros, a partir de um Sistema Jurídico-penal teleologicamente orientado e aberto a valorações que detém como doutrina base o Funcionalismo Sistêmico. Observar-se-á as categorias mais importantes para que se realize a prevenção racional e adequada dessa criminalidade, passando por institutos como delitos de perigo, responsabilidade penal das pessoas coletivas, posições de garantia, imputação objetiva (normativa) e subjetiva, crimes omissivos, entre outras figuras dogmáticas.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 20-22.

3.1.1 Delitos de perigo e as infrações de dever

Infere Rogério Greco que os crimes de perigo podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, eles constituem uma antecipação da intervenção do direito penal levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Dessa forma, pode-se dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.²⁹

Como aponta Tiedmann, muito controvertido é o emprego de delitos de perigo abstrato no Direito penal econômico e, em geral, em todo o Direito penal. Objetar-se, especialmente que a mera colocação em perigo, por exemplo, do patrimônio, adiantaria em demasia a proteção penal em situa-la em âmbito prévio a lesão, o que não poderia legitimar-se político-criminalmente. Não obstante, existem direitos supraindividuais reconhecidos no Direito penal clássico, como por exemplo, o delito de falso testemunho, que coloca em perigo a administração da Justiça. Com esse exemplo, demonstra-se com clareza que aqui se trata em grande medida da questão acerca do reconhecimento e da proteção de instituições. Esse reconhecimento é levado a cabo no Direito penal econômico, pelo legislador em matéria econômica, através de sua missão reitora, reforçando o consenso social de valores, no sentido de uma desaprovação geral, sempre que se trate do bem-estar geral da comunidade ou da proteção direta de garantias constitucionais. A denominação como perigo abstrato opera, na maioria das vezes, apenas de modo auxiliar já que nas instituições o interesse coletivo jurídico não se produz nem em uma lesão e nem em uma colocação em perigo concreto através do ato delitivo. A lesão à pureza das águas ou o mecanismo de formação de preços nas licitações públicas demonstram que aqui se trata também, de todo modo, de resultados e condutas lesivas que não se referem a objetos concretos como o corpo, a vida ou a propriedade. Na abstrata colocação em perigo dessa classe, trata-se de uma lesão à sua validade, tal como também acontece nos direitos individuais. No caso dos direitos supraindividuais não é possível, muitas vezes, abarcar os menoscabos dignos de sanção penal de modo racional e constitucional, vale dizer, em forma suficientemente precisa, apenas que devem descrever-se como condutas concretas ou como deveres. E por isso que a Teoria do Bem jurídico vem perdendo espaço já que não o bem jurídico protegido não relaciona-se nem com o objeto da conduta e nem com uma vítima concreta.³⁰

Na mesma linha segue Jakobs, para a administração estatal de uma sociedade mais ou

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 193-194.

³⁰ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal econômico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009. p. 84-86.

menos complexa nunca bastou o estabelecimento de normas contra a lesão de bens jurídicos, com o que não se pretende afirmar que não seja possível descrever com considerável acerto a maior parte de muitas sociedades por meio da “metáfora no bem jurídico”. Sempre houve a necessidade de que determinadas modalidades de comportamento, consideradas por alguns cidadãos como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando a infração de tais normas. Só que a orientação desses delitos de perigo abstrato estava no Direito penal de ordem pública. Dessa forma, o que é ponto central na discussão é se a elevação dos crimes de perigo abstrato a mera infração contra a ordem pública a delito criminal se fez contando com boas razões para tal, ou, ao contrário, fez-se de maneira intervencionista. Dessa forma, enunciam-se três razões que em seu conjunto justificam tal evolução. Em primeiro lugar, todo bem jurídico necessita para realizar as potencialidades nele contidas de uma série de condições acompanhantes, e na atualidade já não se detém por pressuposto que tais condições concorram, nem tampouco que seja um destino iniludível ou que faltem. Como prova, basta uma referência ao meio ambiente em sentido ecológico. Dizendo isso na linguagem do bem jurídico, não apenas os bens jurídicos clássicos são escassos, mas de acordo com o entendimento atual, o são também suas condições de utilização. Por consequência, protegem-se ambos. Com tal não se pretende sugerir que seja necessário colocar junto a bens jurídicos clássicos, compreendidos de maneira estática, certas condições acessórias, entendidas também de modo estático, como bens adicionais. A “segurança” do tráfego de automóveis, o meio ambiente “intacto” e situações similares não são estados naturais, mas são as resultantes de certas decisões sociais, e isso significa que quem quiser se orientar deverá observar a vigência das normas que configuram essas decisões. Portanto, do que se trata aqui, nos delitos de perigo abstrato, e isso de maneira mais clara que no caso dos bens jurídicos clássicos, é da manutenção da vigência da norma, e da manutenção de determinados objetos, e com isso se quer significar que na realidade também o discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma. Em todo caso, não se descreve adequadamente a identidade da sociedade falando apenas de cidadãos que acumulam bens ao seu redor, sem nomear ao mesmo tempo aquelas condições sociais sob as quais os bens chegam a ser bens.³¹

Jakobs segue afirmando que em segundo lugar a tendência à justificação, independentemente de qual seja sua base, já não permite, ao menos num Estado de prestações, que a segurança seja concebida como um mero reflexo da atividade policial, mas converte-se

³¹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 24-27.

em um direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado. A essa elevação da função da segurança corresponde a uma elevação de funções dos pressupostos que lhe afetam negativamente. Partindo desse entendimento, os delitos de perigo abstrato não perturbam apenas a ordem pública, mas lesa um direito à segurança, entendida no sentido normativo. Mais uma vez, não se descreve corretamente a identidade da sociedade se não se pondera que se trata de infrações de direitos. Em terceiro e último lugar, a fronteira entre o comportamento permitido ou, inclusive, desejado e o comportamento contrário à norma já não é atualmente em amplos setores da sociedade uma fronteira crescida no tempo, que corresponde-se com uma moral vivida, mas simplesmente se constitui, fixa-se mais ou menos arbitrariamente. Assim é nos campos econômico, do tráfego, do meio ambiente, entre outros. Nesse sentido, por exemplo, nos negócios de exportação, um astuto comerciante e um delinquente econômico, com frequência, não se diferenciam mais como antes se diferenciavam um cidadão de um malfeitor, ainda que isto continue existindo, mas, exceção feita à infração ao direito, parecem-se muito semelhantes. Desse modo fica claro que a garantia da expectativa de não ter de levar em conta nem sequer um comportamento que apenas de modo abstrato está referido ao resultado, toma parte dos elementos da sociedade que determinam sua identidade, de forma que cabe justificar a partir do ponto de vista funcional as correspondentes disposições penais. Entretanto, com isso não se quer dizer que legitima-se todos os delitos enriquecidos subjetivamente que punam casos de preparação como se fossem de consumação, e o mesmo ocorre em todos os delitos que pretendem proteger um ambiente favorável ao Direito, isto é, em certo modo determinadas condições espirituais.³²

De qualquer modo, no âmbito internacional se foi imposta a convicção que os assim chamados delitos de perigo abstrato constituem a forma de reação adequada do direito penal no âmbito dos direitos supraindividuais.³³

Como aponta Caro John, em Jakobs a distinção entre delitos de domínio e delitos de infração de dever explica-se mediante critério de *âmbito de competência do autor*. Segundo esse inovador entender, a pessoa vive imersa em um mundo regido por normas onde deve satisfazer uma diversidade de deveres que vão dando forma a uma competência pessoal. A infração daqueles deveres por meio da incorreta administração do âmbito de competência pessoal fundamenta sua responsabilidade jurídico-penal. Dessa maneira, o primeiro fundamento da responsabilidade penal conforma a lesão dos deveres gerais de atuação, os mesmos que na

³² JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 27-29.

³³ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal econômico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009. p. 86.

terminologia de Jakobs se conhecem como deveres em virtude de competência de organização, cujo equivalente na linguagem de Roxin constituem os delitos de domínio. Quando Jakobs disserta acerca de que o primeiro fundamento da responsabilidade relaciona-se com os deveres gerais de atuação, está se referindo ao fato de que uma pessoa, por ser pessoa, está obrigada a cumprir deveres gerais que incumbem a todos em igualdade de condições, sendo o dever mais geral, e o primeiro a anteceder a todos, o de não lesionar aos demais em seus bens, alcunhado em latim com a expressão *neminem laede*. Ao mesmo tempo, o status mais geral é o de pessoa em Direito. A observância desse dever geral permite à pessoa a configuração de um segmento da sociedade em que ela vive e se desenvolve em um espaço de liberdade trazendo a possibilidade para si, e para os outros, uma convivência pacífica. A existência dos deveres gerais faz com que a liberdade geral de configuração que detém cada pessoa não seja ilimitada, e de fato tem de haver limites à liberdade. Os limites à liberdade aparecem da posição jurídica que ocupa cada pessoa na sociedade, isto é, de um feixe de direitos e obrigações ao que deve ajustar sua conduta em um mundo socialmente configurado, porque ninguém que deseje viver em sociedade, não ao menos em uma sociedade de liberdades, comporta-se como um ermitão que só respeita as normas de sua consciência. Quando a pessoa lesiona os deveres de seu status significa que neste momento está fazendo um uso arbitrário de sua liberdade, ou está configurando um estado de coisas que o Direito reprova. Se a configuração do segmento pessoal se faz danando os bens dos demais é evidente que ao infrator se tenha que atribuir uma responsabilidade jurídico-penal. Rege então um sinalagma de liberdade de atuação e responsabilidade pelas consequências da administração dessa liberdade.³⁴

Segue o autor afirmando que o segundo fundamento da responsabilidade vem dado pela inobservância de deveres especiais, isto é, de deveres em virtude de competência institucional, aos que pertencem os delitos de infração de dever. Estes deveres, à diferença do grupo anterior, não tem a ver com a violação dos limites gerais de liberdade, mas com a inobservância dos limites traçados por um status especial. Um status especial como o de pai, polícia ou juiz fixa uma determinada forma de comportar-se, porque no fundo existe um dever de corte institucional que converte a pessoa em um obrigado especial. Por exemplo, espera-se que o policial vigie o detido e não o torture, igualmente é normal pensar que um pai deva cuidar de seu filho menor quando o leva para brincar no parque em vez de abandoná-lo à sua sorte. Tanto o policial como o pai são portadores de deveres especiais, e, em cada caso, de

³⁴ CARO JOHN, José Antonio. Delitos de infração de dever: fundamentos e significados. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 238-239.

deveres estatais próprios da função pública e da relação paterno-filial respectivamente, que são a expressão de instituições positivas que se gestam na sociedade para garantir seu funcionamento. A qualidade dos autores não desempenha nenhum papel senão unicamente a especial relação institucional entre o obrigado especial e o direito que lhe corresponde garantir. Nesse diapasão, na lesão do dever radica para Jakobs o fundamento da imputação jurídico-penal, ao contrário de Roxin, para quem a lesão do dever é só um critério que determina a autoria do fato.³⁵ Importante destacar, nesse momento, que com relação às violações envolvendo as relações trabalhistas, a infração de deveres especiais se imputa àqueles que, dentro da estrutura organizada, detém a posição de garantidor. A partir do momento que se aceita dentro de uma empresa, por exemplo, um cargo de gerência, automaticamente também está aceito as obrigações advindas do cargo. Isso é uma das fundamentações com relação à responsabilidade do que possui posição de garantia. Ou seja, mais uma vez se utilizando o exemplo da obra e dos trabalhadores que nela atuam, o responsável pela distribuição e fiscalização do uso de equipamentos de segurança detém uma obrigação especial que vem com seu cargo. Se este não distribui os equipamentos e um acidente ocorre, lesionando a integridade física dos trabalhadores que estão sob sua responsabilidade, automaticamente se fez a violação com relação à saúde e segurança desses trabalhadores. Na realidade, nesse esquema de infrações de dever, pela estrutura dos crimes de perigo, a infração já se dá a partir do momento da não distribuição dos equipamentos, independente da ocorrência ou não do dano à saúde e segurança dos trabalhadores de modo naturalístico, pois normativamente essa ofensa já foi feita.

A prevenção das violações envolvendo as relações de trabalho, portanto, devem ser feitas a partir dos crimes de perigo. A não ocorrência do dano justifica-se pela gravidade que ele possui o que justifica a antecipação da intervenção penal nos casos onde há de se ter a influência do direito penal, o que vale lembrar, não se aplica a todos os casos de violações envolvendo a saúde e a segurança do trabalhador, apenas aos casos onde, através do juízo de merecimento e necessidade de pena, aponte-se a necessidade de intervenção punitiva.

A utilização cada vez maior dessa figura dogmática é uma tendência que se verifica no Direito penal através da influência que o sistema jurídico vem sofrendo do sistema social. Após o advento da Sociedade do Risco, onde os danos são maiores, surgiu a necessidade de uma antecipação da tutela penal através da figura dos delitos de perigo. A dimensão

³⁵ CARO JOHN, José Antonio. Delitos de infração de dever: fundamentos e significados. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 239.

catastrófica que por vezes aparece do dano causado por condutas relacionadas ao aumento dos riscos irritou o sistema jurídico a fornecer alternativas para que a prevenção dessas situações se desse de modo mais drástico, para haver complexidade suficiente por parte do direito para dar resposta à complexidade advinda desses riscos. Um descuido no dever especial de um funcionário de uma usina nuclear resulta em um dano de gigantescas dimensões, como já se verificou empiricamente. Dessa forma, atua-se por intermédio das violações de deveres no intuito de não possibilitar a existência desse dano. Se o desastre nuclear realmente iria acontecer, isso não interessa, o que interessa é que a possibilidade de um desastre foi criada pelo agente especial, e isso a sociedade não pode aceitar.

Isso traz para a reflexão acerca do núcleo do presente estudo. Se a nova configuração social impôs um desvalor do trabalhador perante seu empregador, como já se verificou, também ocorrerão situações onde o risco criado não pode configurar-se em dano. Nesse ponto é que os institutos de merecimento e necessidade de pena se fazem tão valiosos. É difícil se pensar em uma intervenção punitiva para um agente que de modo culposo viola algum direito trabalhista e causa dano leve para alguns trabalhadores, e realmente nesse lugar os institutos político criminais mostrariam que há alternativa sancionatória mais indicada que o direito penal. A questão deve ser resolvida dentro do sistema trabalhista-administrativo. Já em uma situação onde, por negligência dos responsáveis, não se faz a manutenção adequada de certas estruturas de uma fábrica, e ocorre um acidente de grandes proporções, derrubando, por exemplo, toda uma passarela fabril, que causa lesões corporais de diversos graus nos trabalhadores afetados e até mesmo a morte de algum ou alguns, é difícil não se pensar em uma intervenção jurídico-penal no fato. Como se percebe, são decisões valorativas, que dependerão muito de como se configura o caso em análise. Por isso que critérios de cunho valorativo como o de necessidade e de merecimento de pena são tão imprescindíveis, pois são eles que conseguirão lidar com essas questões normativas.

A distinção, como aponta Cuenca García, entre ilícitos administrativos e penais é quantitativa e que, acudindo ao princípio da intervenção mínima e ao caráter fragmentário do direito penal, unicamente os ataques mais graves ao direito protegido devem ser prevenidos por intermédio do direito penal. É a partir disso que o tipo penal recorra ao perigo concreto, ocorrendo a infração administrativa da criação abstrata de risco grave, sem necessidade de que a saúde ou a integridade física tenham sido postos em real perigo.³⁶

Boa parte dos delitos econômicos são delitos especiais. Trata-se de delitos especiais

³⁶ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención Penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 34, 2013.

cujo *intraneus* é a pessoa jurídica do empresário, apenas nesta concorrem as condições subjetivas de autoria. A doutrina e a jurisprudência primeiras, e os legisladores, mais tarde e em alguns países, tem tratado de elaborar cláusulas de transferência da condição de *intraneus* a sujeitos como administradores e representantes que, em princípio, seriam *extranei* com respeito à correspondente figura delituosa. A evolução da dogmática destas cláusulas resulta impensável sem o impulso dos casos de Direito penal econômico, que estão obrigando um equilíbrio entre as perspectivas mais fáticas e as mais formalistas. Uma importante progressão dessa representação passa pela reformulação da diferenciação entre os termos de “delitos de posição” e “delitos especiais de dever”, com o conseqüente aprofundamento em suas conseqüências dogmáticas. A aceitação de uma categoria de delitos especiais que seguem sendo “de posição” determinaria caracterizá-los como delitos especiais em sentido amplo. É apontar como delitos em que a restrição legal do círculo de autores a um determinado grupo de sujeitos obedece a que se entenda que isso é os que, de entrada, se encontram em uma posição idônea para lesionar o direito, ao gozar de uma maior e permanente acessibilidade a ele. Isso permitiria ao legislador assinalar determinadas posições de domínio social típico (situações sociais ou círculos de vida), mas não modificaria o título de imputação: a organização de sua própria esfera de liberdade. Precisamente por isso, deveria admitir-se a imputação de um delito a título de autor a sujeitos que puderam ascender a essa posição, controlando-a. Em particular, nos casos de delitos especiais de posição deveria admitir-se a possibilidade de autoria mediata de um *extraneus*, que instrumentalizara o erro do *intraneus*.³⁷

No caso dos delitos de infração de dever, como coloca Caro John³⁸, a fundamentação do dever jurídico baseia-se estritamente em instituições positivas, as mesmas que se configuram nos contatos dos âmbitos de vida em uma sociedade e possibilitam a criação de um mundo em comum entre o portador do dever e os bens postos sob sua esfera. Por tal razão a relação entre pessoas vinculadas institucionalmente detém um conteúdo positivo, porque aqui o dever se dirige a um determinado obrigado especial, não para que simplesmente “não lesione” os bens dos demais, mas para que fomente e mantenha seguros os bens situados sob sua esfera jurídica frente às ameaças alheias de perigo ou lesão. Por exemplo, a relação de pais e filhos obriga aos pais em função da relação paterno-filial a preocupar-se com o cuidado e a segurança dos bens de seus filhos. Quando o pai permite que terceiras pessoas lesem os

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 348, nov./dez. 2012.

³⁸ CARO JOHN, José Antonio. Delitos de infração de dever: fundamentos e significados. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 243.

bens de seus filhos, ou quando ele mesmo é o agressor, com essa atuação destrói aquele mundo em comum formado pela relação paterno-filial. Dessa maneira estabelece-se para ele uma responsabilidade pelas consequências da incorreta administração de seu âmbito de competência institucional. Isso quer dizer que a responsabilidade jurídico-penal nesse grupo de delitos se lastreia apenas na lesão de um dever assegurado institucionalmente.

Nos delitos de infração de dever não existe nenhuma diferenciação das distintas maneiras de intervenção, nem qualitativa nem quantitativa. Rege o princípio de autor único: toda infração do dever que defina uma posição institucional, realizada mediante ação ou omissão, ou bem através de aportes que desde um ponto de vista fático pudesse admitir a possibilidade de uma diferenciação, conduz a uma responsabilidade da mesma forma e completa: o obrigado especial responde sempre como autor.³⁹ Isso é importante para que se exclua a possibilidade daquele garantidor que delegou sua posição de garantia, mas que continua operando como responsável dominante, de ser apenas imputado como participe. Também é válido ressaltar que nos delitos de infração de dever não são possíveis as modalidades de autoria conhecidas como coautoria e autoria mediata (sobre a questão da coautoria existe um intenso debate doutrinário, onde porções da doutrina conseguem vislumbrar a possibilidade de coautoria).

Figueiredo Dias disserta que tem sido questionada a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato pelo fato de poderem constituir uma tutela demasiado avançada de um direito, colocando em risco sério quer o princípio da legalidade, quer o princípio da culpa. A doutrina majoritária e os tribunais pronunciam-se, todavia, com razão, pela sua constitucionalidade quando visarem à proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o “bem jurídico” tutelado e a conduta típica for descrita de uma maneira tanto quanto possível precisa e minuciosa.⁴⁰

De modo mais conclusivo, os delitos envolvendo o mundo do trabalho terão sua prevenção estruturada, majoritariamente, através de delitos de perigo. Pois o caráter supraindividual do foco de tutela requer uma antecipação da intervenção, evitando o dano. Também pela possibilidade de se lidar de uma otimizada maneira com os delitos especiais, focados na infração de um dever. Esse é um dos principais impulsos dogmáticos do direito penal das empresas. Entretanto, como já sublinhado, por não ser o âmbito de uma maior

³⁹ CARO JOHN, José Antonio. Delitos de infração de dever: fundamentos e significados. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 250.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1. p. 309-310.

necessidade de recorte da intervenção punitiva, a criação de tipos penais de perigo abstrato no campo das violações envolvendo o mundo do trabalho deve ser muito bem ponderada e estruturada, para que não haja questionamentos acerca de sua constitucionalidade e muito menos uma ampliação do poder punitivo de caráter desmedido. Assim, ao utilizar dos delitos de perigo o direito penal pode intervir antes que a infração das normas de prevenção dos riscos laborais produza resultados lesivos.⁴¹

3.1.2 Delitos Omissivos

A teoria da intervenção no delito vem experimentando uma evolução diferenciada no âmbito dos delitos dolosos ativos, no âmbito dos delitos dolosos omissivos e, por fim, no campo dos delitos culposos, tanto comissivos como omissivos. No âmbito dos delitos dolosos comissivos, a evolução da doutrina conduziu a uma conformação de um conceito restritivo de autoria, qualitativamente diferenciado nas formas de participação, consideradas como extensores da punibilidade. Não obstante, esse estado de coisas, cristalizado nas versões mais restritivas da teoria objetivo-formal, passou a colocar-se em questão através da consagração da teoria do domínio do fato como doutrina dominante. Já dentro da teoria do domínio do fato, como expressão de sua crescente normatização, já desde fora dela, vêm sendo sublinhado os elementos de infração de dever como integrantes da realização do tipo doloso. A ideia é a de que, sem a infração do dever, existe a possibilidade de que a concorrência da causalidade, dolo e domínio do fato seja insuficiente para fundamentar a responsabilidade do sujeito. Que, produzindo-se uma infração de um dever, cabe responsabilidade, mesmo que sem causalidade, nem domínio. E que, dada uma relevante infração de dever, a consumação do ato pode não impedir a qualificação da conduta do autor como de coautoria. A crescente expansão da coautoria, ao custo da cooperação necessária, pela fase preparatória do delito é uma manifestação da questão. Seja como for, o certo é que no âmbito dos delitos dolosos ativos (comissivos) se está produzindo uma evolução frente a menor diferenciação das formas de intervenção, isto é, na realidade, graças a sua diferenciação quantitativa.⁴²

Já nos delitos culposos e nos delitos omissivos a evolução tem sido em sentido contrário. Sua normatização, que se manifestou na conformação da infração do dever de cuidado e da infração do dever de garantia como conceito categorial básico conduziu a um

⁴¹ CUENCA GARCÍA, María José. Prevención Penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 15, 2013.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 343-344, nov./dez. 2012.

tratamento unitário de todos os casos. Essa normatização uniformizadora, que tem dado lugar ao que se conhece como conceito unitário de autor nos delitos culposos e como conceito indiferenciado de agente omissivo no âmbito dos delitos impróprios de omissão, vem dando possibilidade para tendências diferenciadoras. Assim, na discussão contemporânea uma das posições doutrinárias mais importantes é a que sustenta a diferenciação de autoria e participação nos delitos culposos e nos delitos omissivos. Isso resulta especialmente apto para a abordagem dos casos do Direito penal econômico-empresarial. Dada a diversidade de posições integradas nas complexas estruturas empresariais, fez-se preciso dispor de esquemas diferenciados de tratamento que gozem de maior respaldo dogmático que o que é próprio, de, todavia incipiente, doutrina dogmática da individualização da pena.⁴³ Por outro lado, e isso vale de maneira significativa para os delitos dolosos comissivos, parece claro que a atribuição da condição de autor não deveria circunscrever-se na proximidade formal ou espaço-temporal com a produção do resultado.⁴⁴ Mais uma vez nota-se que, como já afirmado, quando lida-se com casos do Direito Penal econômico, cada vez mais se está perto de alicerces normativos para se estruturar a imputação, do que do clássico aporte naturalístico que se dá principalmente no Direito Penal clássico.

Com relação aos crimes omissivos, importante e diferente é a posição de Jakobs. Para ele o crime que se comete por intermédio de uma atividade, por meio de uma ação, o chamado crime comissivo, desenvolveu-se com precisão na dogmática penal muito antes do crime omissivo; no qual o autor, para realizá-lo, não faz absolutamente nada. Como é claro, numa sociedade complexa as pessoas perseguem seus objetivos de tal maneira que continuamente alternam o fazer algo e o omitir algo, o que se consegue demonstrar no caso de condução de um automóvel. Acelera-se ou se desacelera, faz-se uma conversão para um lado ou não se faz e o que antes era um fazer ativo, como alternar a velocidade, converteu-se em uma omissão num automóvel moderno com mecanismo automático de regulação de velocidade. Frente a tal situação, impõe-se a suspeita de que qualquer diferenciação entre ação e omissão, nos dias atuais, já não seja especialmente importante.⁴⁵

Jakobs aponta que o Direito penal moderno não toma como ponto de referência movimentos corporais de indivíduos ou a ausência desses, mas o significado do

⁴³ É necessário frisar que Silva Sánchez considera insipiente dentro de um contexto de Direito Penal econômico, o que não significa que já não mais possua utilidade dentro do Direito Penal clássico, muito pelo contrário, ainda orienta com força o padrão de imputação desse “lado” do Direito penal.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 344-345, nov./dez. 2012.

⁴⁵ JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d. p. 1-2.

comportamento das pessoas, com o qual a diferenciação entre movimento e não-movimento é meramente técnica. O conceito penal chave é o de dever, e a distinção entre ação e omissão diz respeito a uma questão secundária, a de como se deve organizar para satisfazer o dever partindo do, casual, estado atual. A configuração social contemporânea, para cuja manutenção deve contribuir o Direito penal, não se cristaliza em naturalismos como a diferenciação entre comissão e ação, mas em instituições, como a que se fundamenta numa posição somente negativa ou a fundada num status positivo.⁴⁶ Dessa forma, mais uma vez, percebe-se que a funcionalização dos institutos renova compreensões do fenômeno criminal. Quando se pensa a partir da Teoria do Bem Jurídico, fica complexo descrever a lesão se não parte-se de compreensões de cunho mais naturalístico, ontológico. Dessa maneira, diferenciações entre condutas comissivas e omissivas aparecem como imprescindíveis, já que a aceitação da existência de um “Bem Jurídico” alvo de tutela decorre na aceitação de uma existência quase que também naturalística desse bem. Para possibilitar descrição teórica, a Teoria do Bem Jurídico deve averiguar institutos que consigam lidar com essa característica quase que naturalística de seu âmago. Quando retiramos a Teoria do Bem Jurídico como componente da doutrina base que orienta do Sistema Jurídico-Penal, e substituímos pela noção de deveres normativos, ou, como seria mais adequado, pelo conceito normativo de comunicação e sua proteção como função do Direito penal, abandona-se essa abordagem mais naturalística para aceitar uma abordagem mais valorativa. Com isso, a noção de ação ou omissão automaticamente perde também a sua importância, sendo transformada como Jakobs aponta. A troca da doutrina base importa também em uma completa revisão da importância e do lugar de todos os institutos do Sistema Jurídico-Penal.

A diferença entre dever positivo e dever negativo pode ser encoberta se atende-se apenas aos direitos que correspondem a tais deveres, posto que, com efeito, em qualquer caso se pode constatar que um direito resultou lesado e que a posição de seu titular tornou-se desfavorável. Na realidade, unicamente se pode proceder da forma descrita se os deveres já estiverem fundamentados. Para a fundamentação, por sua vez, deve-se analisar a relação das pessoas de modo mais preciso: nos deveres negativos se trata de uma situação de agravamento produzida pelo autor; se não existisse o autor, não haveria ameaça de lesão alguma à vítima. De forma diferente, nos deveres positivos o autor deve contrabalançar uma situação propícia para a provocação de danos existente independentemente de seu comportamento; ainda se o autor não existisse, a vítima continuaria necessitando de ajuda do mesmo modo. O dever

⁴⁶ JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d. p. 32.

negativo é algo evidente enquanto se trata de um ordenamento jurídico; o dever positivo, entretanto, não. Condição mínima de toda juridicidade é o reconhecimento do outro como pessoa. Conteúdo mínimo desse reconhecimento é, por sua vez, a norma, o dever negativo, de não causar lesão a outrem, de não feri-lo, de deixá-lo com sua autonomia. Neste caráter negativo se esgota o direito abstrato em Hegel, o qual somente significa que a relação negativa é uma condição mínima para que se dê o estado de juridicidade. A distinção entre deveres negativos e positivos não guarda relação com a distinção entre comissão e omissão, apesar de que isto se suponha não raramente e de que pudesse parecer evidente. O dever negativo tem por conteúdo não causar dano à outra pessoa. Mas a uma pessoa não só se lhe causa dano quando se ataca de forma ativa, mas também quando não se impede que os próprios meios de organização façam-se autônomos e ameacem causar dano a outrem. Quando se fala da relação negativa, esta não se compõe meramente de proibições de iniciar lesões; muito pelo contrário, com essas proibições existem mandatos de abster-se de gerar lesões, quando não de revogá-las. Quem pretende gozar de liberdade de organizar tem de se fazer responsável pelas consequências de sua organização; o que deseja excluir as consequências tem de aceitar que seus assuntos sejam administrados por terceiros, não pode, assim, ser pessoa. Este nexos entre liberdade de organizar e a responsabilidade pelas consequências não pode ser explicado com a delimitação das proibições respectivas dos mandatos ou com a da ação concernente à omissão. Dessa forma, os deveres negativos baseiam-se, pois em proibições ou em mandatos, constituem o sinalagma da liberdade de organização da pessoa.⁴⁷

Como se verifica acima, o padrão agora é com relação ao dever, pelo menos quando se está no âmbito do Direito Penal Secundário. É a infração de um dever que orientará a valoração com relação à ação e à análise da criação de um risco juridicamente não permitido. Ele opera fora das considerações naturalísticas de ação e omissão. Dessa forma, a conduta é vista de modo normativo, e a forma como se deu a infração ou não de um dever, através de uma ação ou uma omissão, não importa tanto.

A relação positiva não se compõe apenas de mandatos, mas também de proibições. Assim, podem-se mencionar as proibições que se atenham a todo destinatário de um mandato, a saber, a proibição de arrebatá-lo a si mesmo, mediante uma ação positiva, a capacidade de cumprir com o dever; assim, o médico que tem de realizar uma cirurgia não pode embriagar-se. A causa da obrigação positiva confere uma vez mais ao positivamente obrigado a

⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d. p. 3-6.

totalidade das proibições de âmbito negativo. Pode ser que somente seja razoável dirigir uma proibição a obrigados especiais, posto que a trilha que conduz ao resultado delitivo não é acessível para outros; dessa maneira, somente juízes podem cometer prevaricação mediante o proferimento de sentenças, vale dizer, mediante uma ação. A relação positiva não descansa na delimitação das proibições respectivas dos mandatos, tampouco na da omissão relativa à ação. Os crimes que resultam do âmbito de um dever positivo chamam-se crimes de infração de dever e somente podem ser cometidos pelo titular de um determinado papel, por uma pessoa obrigada precisamente de modo positivo. Esses crimes de infração de dever se contrapõem aos anteriormente aludidos, que resultam da violação de uma relação negativa e podem ser cometidos por qualquer pessoa. Dever positivo e dever negativo, assim impõem a distinção arraigada na configuração social e que por isso resulta dogmaticamente determinante, enquanto a distinção entre ação e omissão, entre proibição e mandato afeta apenas meras características técnicas da lesão do dever (ou de cumprimento deste) e o modo em que tal dever é recolhido no tipo penal.⁴⁸

Levando tais considerações ao núcleo do estudo, compreende-se que os crimes de infração de dever é o meio pelo qual a estrutura dos delitos envolvendo as relações de trabalho deve operar. Sendo que não é a coletividade que detém a obrigação de cumprir com as normas laborais, mas sim apenas aqueles que estão dentro de uma estrutura empresarial organizada na posição de garantidor, ou seja, aqueles que portam esse dever positivo, a estrutura da infração de dever surge como a opção correta para a prevenção. Se a violação vai ser levada a cabo por uma ação ou por uma omissão não é tão importante, pois a lesão não é naturalística, é sim valorativa.

A lesão de deveres positivos trata dos deveres de estabelecer um mundo em comum, ao menos parcialmente, com um beneficiário. Nos delitos que correspondem a esses deveres, a autoria não lastreia-se na organização, mas na infração do dever. Isso apresenta como consequência que em tais delitos o obrigado não há de ser partícipe. O relevante nesses delitos não é a organização, em que vários podem participar (divisão do trabalho), mas a lesão de um dever, lesão que sempre se leva a cabo de um modo personalíssimo. Mais uma vez, o decisivo não é a distinção entre comissão e omissão; carece, assim, de transcendência se o dever de construir um mundo em comum concretiza-se no mandato de ajudar ativamente ou na proibição de desbaratar as condições do mundo em comum. O administrador de um patrimônio alheio comete, pois, administração desleal na qualidade de autor tanto quando não

⁴⁸ JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d. p. 6-8.

exige de terceiros não autorizados a devolução da chave do caixa como quando a fornece.⁴⁹ Do mesmo modo, viola as relações trabalhistas numa relação de infração de dever aquele agente em posição de garantidor que manda o funcionário proceder alguma atitude ilícita na empresa tanto quanto aquele que ao ver o funcionário atuar de modo ilícito e não o impede. Se por ação ou por omissão, não importa, o que importa é a infração do dever.

O padrão dos crimes do Direito Penal econômico, como já dito, mudou para o delito omissivo, de perigo e, muitas vezes, culposo. Mas como nota-se, o próprio papel da omissão e da comissão se alterou.

Em outras palavras, em uma sociedade moderna, que no âmbito do direito penal já não conhece sistemas de responsabilidade por uma situação de fato ou pelo resultado, existem somente duas razões que entram na consideração para fundamentar a responsabilidade: em primeiro lugar, os seres humanos configuram a realidade e respondem se a configuram em uma área em que são outros que estão autorizados para configurá-la. Isso conduz à responsabilidade por atribuir-se um âmbito de organização. Em segundo lugar, os seres humanos vivem nos moldes de certas vinculações características direcionadas aos demais, isto é, ostentam determinados modelos. Produzem uma *defraudação* se abandonam seu modelo; isto conduz à responsabilidade pela lesão de uma instituição. É possível afirmar que cabe unificar ambos os casos no entender que a separação entre os âmbitos de organização é por si mesma uma instituição, transmutando-se então a instituição da ideia reitora; isso, no entanto, não é decisivo neste contexto, e sim o seguinte: o ser humano pode constituir uma organização por meio de sua atividade física, ou fazendo com que os operários, animais ou máquinas trabalhem por ele. Utilizando um exemplo: que alguém acelere conscientemente seu automóvel, que afortunadamente perdia velocidade (pisando no acelerador, desembreando, trocando a marcha) e assim cause um dano grave, ou que conscientemente não freie quando o veículo está em velocidade elevada, simplesmente limitando-se a observar e omitir, causando dessa maneira, da mesma forma, um grave dano, são duas possibilidades que tem exatamente o mesmo significado: nos dois casos o sujeito prepara seu âmbito à custa da vítima, se atribui, portanto, um âmbito de preparação. É indiferente que se empreguem movimentos corporais, ação ou omissão. Por tal é lícito dizer que o motorista garante é garante de que o emprego de seu veículo não produza dano algum, e “emprego” significa que, naquela situação, não deve acelerar (e, se apesar disso o faz, realiza, porque atua, um delito de comissão) ou deve frear (e se não o faz, realiza, “comete”, um delito de omissão, porque não fez o que era o certo). No

⁴⁹ JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d. p. 17-18.

campo da competência institucional é igual superar o limite entre o movimento corporal e o não fazer nada. Utilizando-se de outro exemplo, um tutor não cumpre com suas obrigações tanto subtraindo gananciosamente de mão própria como não impedindo, ainda que o pudesse fazer, que um terceiro subtraia; nos dois casos ele é garante.⁵⁰

Isso, com relação à organização e instituição significa que a graça tanto da ação como da omissão não está no fato de em um caso haver atividade corporal e em outro não, e sim em algo que não pertence ao âmbito dos fatos, naturalista, ou seja, na atribuição de determinados resultados a uma pessoa, por conseguinte, tudo que é exposto com relação à ação serve do mesmo jeito para a omissão; em ambos os casos a questão é a atribuição de determinados garantes, e não algo pertencente ao âmbito da natureza. Atuar significa converter-se de modo individualmente evitável na razão que determina um resultado, serve também para a omissão; somente são considerados os movimentos corporais se considera-se que estes estão contidos em converter-se na razão. Que se atue ou não deste modo, tem apenas relevância terminológica.⁵¹

Sob as lentes da violação envolvendo as relações de trabalho, nota-se que haverão tanto comportamentos omissivos (em sua maioria) como comissivos. A estruturação irá se basear no tipo omissivo, mas, como visto a diferença naturalística da ação já não mais importa tanto, devendo-se prestar maior atenção na questão da infração do dever, no aporte valorativo, e não mais na configuração naturalística do fato, já que não se está lidando com delitos de resultado e sim delitos de perigo.

É certo que o entendimento dos novos tempos não pode introduzir mudanças no fato de que os indivíduos movem seu corpo ou que não o movem, e com isso o fato de que, como sujeitos pré-sociais, persigam algo ou não; no entanto isso não interessa por si só, mas somente como detalhe técnico que se relaciona à prolongação da pessoa, isto é, entidades determinadas por normas cujo comportamento não interessa como comportamento que ocasiona algo ou que não o ocasiona, senão como um comportamento que detém significado; desde um ponto de vista jurídico-penal trata-se do significado sob a perspectiva da vigência da norma. A dogmática jurídico-penal se inicia com a vigência normativa, e considera a natureza interna ou externa, ou a consciência individual, no melhor dos casos, como indicadores de um estado a respeito da vigência da norma, porém não como matéria jurídico-penal. O sistema Pessoa não suprimiu, mas sim superou dialeticamente o sistema “sujeito pré-social” e tanto mais ao sistema psicofísico.⁵²

⁵⁰ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003b. p. 60-61.

⁵¹ Ibid., p. 61-62.

⁵² Id. **Autoria mediata e sobre o estado da omissão**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003c. p. 57-58.

3.1.3 Responsabilidade penal das pessoas coletivas

Tema tanto quanto controverso, a possibilidade de se imputar crime a uma pessoa coletiva têm sido um dos debates mais contemporâneos, pertinentes e interessantes da dogmática jurídico-penal.

Shecaira aponta que a atual sistemática de responsabilidade individual é insuficiente para dissuadir o cometimento do delito no âmbito das grandes empresas. Quando acontece um delito de natureza econômica o agente imediato é punido, mesmo não obtendo qualquer benefício direto com o cometimento do crime. No mais das vezes, a verdadeira beneficiária, a empresa, obtém as vantagens do crime sem sofrer qualquer consequência legal ou patrimonial. Para poder se instituir a responsabilidade corporativa são necessários quatro requisitos: que a infração individual tenha sido praticada no interesse da pessoa coletiva; que a infração individual não se situe fora da esfera de atividade da empresa; que a infração cometida o seja por pessoa estreitamente ligada à pessoa coletiva; que a prática da infração tenha auxílio do poderio da pessoa coletiva. Não obstante as objeções normalmente formuladas ao reconhecimento da responsabilidade penal das empresas, não se pode deixar de reconhecer que as pessoas jurídicas podem ter, e têm decisões reais. Elas fazem com que se reconheça, modernamente, sua vontade, não no sentido próprio que se atribui ao ser humano, resultante da própria existência natural, mas em um plano pragmático-sociológico, reconhecível socialmente. Esta perspectiva permite a criação de um conceito novo denominado “ação delituosa institucional”, ao lado das ações humanas de cariz individual.⁵³

Tiedmann⁵⁴ coloca que segundo uma opinião correta, as empresas, e principalmente as pessoas jurídicas, podem ser plenas destinatárias das normas de direito penal, na medida do tanto e no quanto elas podem aportar aquilo que é o juridicamente devido. Ou seja, não é possível imputar qualquer tipo de crime a uma pessoa coletiva. É muito complicado pensar em uma pessoa jurídica cometendo delitos como homicídio ou furto, no entanto, é facilmente vislumbrável a possibilidade de ter-se uma pessoa jurídica cometendo um crime ambiental, desmatando indevidamente, poluindo águas ou até mesmo violando uma série de normas laborais em benefício próprio.

A Constituição brasileira adotou a responsabilidade penal da empresa. Ela o fez nos artigos 173, §5º, e 225, § 3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a

⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002. p. 194.

⁵⁴ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal econômico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009. p. 233-234.

responsabilização da empresa no plano jurídico-penal. Não obstante alguns autores ainda não admitirem seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotado, com uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre há de se concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos dispositivos mencionados. Tal reconhecimento constitucional implica, no âmbito infraconstitucional, na discussão concernente ao concurso de pessoas. Em se tratando de delitos com responsabilidade da pessoa jurídica, por definição (a partir do requisito da existência do poderio da empresa contribuindo para a prática delituosa) haverá coautoria. É impensável haver responsabilidade coletiva sem a coautoria da pessoa individual, em face da relevância daquela conduta para o reconhecimento do crime da pessoa coletiva e desse coautor para a execução do crime. É possível asseverar que um delito apenas existirá quando houver sacrifício a algum “bem jurídico” relevante na órbita penal. Necessário se faz o reconhecimento da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade para a elaboração dos critérios dogmáticos do tipo penal (Ou seja, que passe a análise pelos critérios de *merecimento e necessidade de pena*, o que demonstra como tais critérios decantam-se por todo o sistema, tendo influência global). Salvo casos extremos, e que merece uma análise parcimoniosa, não devem ser admitidos os tipos penais abertos ou de perigo abstrato, por contemplarem cláusulas de indeterminação e poderem lesar o princípio da legalidade. Tem-se como preferível, então, a conformação de tipos de perigo concreto, sem prejuízo da utilização dos crimes de danos. Devem ser alcançadas pela responsabilidade penal da pessoa jurídica todas as pessoas jurídicas de direito privado, o que abrangeria também as chamadas “paraestatais” como sociedades de economia mista, empresas públicas, etc., desde que se reconheça o desvio de finalidade das empresas com a utilização de sua estrutura para a prática de crimes. Já as pessoas jurídicas de direito público não devem ser punidas, dada sua natureza e em face de não dever o Estado punir-se a si próprio.⁵⁵

Frise-se que atualmente no Brasil é reconhecida a possibilidade de responsabilidade criminal da pessoa jurídica apenas em casos envolvendo o meio ambiente. Entretanto, nos é lícito ponderar acerca de uma possível responsabilidade também nos casos envolvendo as violações envolvendo as relações laborais. É objetivamente muito possível se pensar em casos onde a empresa em si é a maior beneficiária de certas violações envolvendo trabalhadores. Principalmente as que envolvem questões monetárias, onde uma precarização da situação do trabalhador resulte em uma maior lucratividade para as empresas. Reflita-se sobre uma dada

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002. p. 195-196.

empresa que possui um quadro de funcionários reduzidos, executando funções além das que estão contratualmente acertadas, isso é um modo de precarização da atividade laboral e o maior beneficiário dessa situação é a própria empresa em si. Vislumbra-se aí a possibilidade de coautoria delitiva entre empresa e, talvez, seus sócios, que possuiriam a função de garante dentro da estrutura empresarial.

Entretanto, há de se valorar muito bem a situação. A sanção mais indicada para as empresas são aquelas voltadas para um paradigma administrativista. É extremamente complexo pensar em penas privativas de curta duração para pessoas jurídicas, portanto a sanção deverá pautar-se em multas e também de impedimentos de variados graus, como o impedimento a concorrer a licitações públicas, ou mesmo uma suspensão da execução de seus serviços. Porém, há de se pensar acerca do princípio da pessoalidade da pena. Uma sanção que obrigue o fechamento da empresa, como uma pesadíssima multa, também afeta a vida de seus funcionários, que se encontrariam agora em uma situação de desemprego. Por razões como esta é que a sanção da empresa criminosa deve também ser colocada à prova através dos institutos de merecimento e necessidade de pena, para que se detenha uma visão holística do resultado daquela sanção.

A doutrina majoritária espanhola tem entendido que as necessidades de prevenção existem no âmbito da criminalidade das empresas não fazem preciso se impor autênticas penas criminais às empresas, nem tampouco poder afirmar que a empresa comete delitos. Assim posto, tem se mantido firme a estrutura do sistema da teoria do delito, como orientada a atos pessoais, considerando-se melhor que a necessidade preventiva de sancionar penalmente as pessoas coletivas, pode se dar por intermédio de outras consequências jurídico-penais, como por exemplo, medidas de segurança ou consequência acessórias.⁵⁶

Embora já se tenha discutido acerca da possibilidade de se atribuir medidas de segurança às empresas autoras de delitos, tais respostas são inadequadas em face da recente discussão sobre a temática. A resposta estatal mais indicada para o crime praticado pelas empresas é, sem dúvida, a infligência de uma pena, que contemple um caráter público, com o fim de prevenção geral positiva combinada com uma prevenção especial não marcada pelo retributivismo. As sanções podem variar de uma simples admoestação ou multa, passando pela perda de bens, intervenção ou injunção judiciária, prestação de serviços à comunidade, divulgação da sentença aos custos da empresa imputada, interdição de direitos ou mesmo o

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 13.

fechamento temporário da pessoa jurídica. Outros institutos alternativos também podem ser aplicados como a suspensão condicional da pena ou a suspensão condicional do processo.⁵⁷

Segundo Regis Prado, convém realizar breve digressão sobre as teorias que estão na raiz no problema, ou seja, a da ficção e a da realidade. A primeira, criada por Savigny, afirma que as pessoas jurídicas têm existência fictícia, irreal ou de pura abstração, decorrente de um privilégio lícito da autoridade soberana, sendo, desse modo, incapazes de delinquir, carecendo de vontade e de ação. O direito penal considera o homem natural; quer dizer, um ser livre, inteligente e sensível. A pessoa jurídica, ao contrário, encontra-se despojada de tais qualidades, sendo apenas um ser abstrato. A realidade de sua existência se baseia sobre as decisões de certo número de representantes que, em virtude de uma ficção, são consideradas como suas; e uma representação semelhante, que exclui a vontade propriamente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação à ordem jurídico-penal. Os delitos que podem ser imputados à pessoa jurídica são sempre praticados por seus membros ou diretores, isto é, por pessoas naturais, e pouco importa que o interesse da corporação tenha servido de motivo ou de fim para o delito. A segunda, a teoria da realidade, da personalidade real ou orgânica, cujo precursor mais ilustre foi Otto Gierke, lastreia-se em pressupostos totalmente diversos. A pessoa moral não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real, vivo e ativo, independente dos indivíduos que o compõem. Da mesma forma que uma pessoa física atua como indivíduo, ainda que mediante procedimentos diferentes, e pode, por consequência, atuar mal, delinquir ou ser punida. A pessoa coletiva tem uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de agir e de praticar ilícitos penais. O ente corporativo existe, é uma realidade social. É sujeito de direitos e deveres, em consequência é capaz de dupla responsabilidade: civil e penal. Tal responsabilidade é pessoal, identificando-se com a da pessoa natural. As pessoas jurídicas surgem, pois, como seres coletivos, dotados de vontade real, que podem exercitar em diversos sentidos; e nada impede, em princípio, que seja ela dirigida a fins proibidos, especialmente pela lei penal. Na contemporaneidade, prepondera na doutrina o entendimento de que as pessoas jurídicas não são mera ficção; mas elas têm realidade própria, entretanto totalmente diversa das pessoas naturais.⁵⁸

Ao lado do princípio da culpabilidade individual, de raízes éticas, surge a construção categórica de outra culpa de natureza coletiva. Esta dicotomia por contraste, contempladora

⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002. p. 194-195.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: _____. (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 102-103.

de duas individualidades que se condicionam reciprocamente, fez com que se pudesse reconhecer autonomia à culpa individual e à coletiva enquanto disciplinas de relevo e que podem ter um estudo paralelo em face de terem origem em um condicionamento comum. Se for verdade que a culpabilidade é um juízo individualizador, não é menos verdade que se pode imaginar um juízo paralelo, já que não igual, para a culpa coletiva. Este sistema dicotômico pode ser nomeado de modelo de dupla imputação.⁵⁹ Ou seja, a dogmática já desenvolveu mecanismos para se tornar possível e operacional a imputação penal da pessoa jurídica, com lastro na culpabilidade dicotômica.

3.1.4 Posições de garantia

Para Silva Sánchez, se há uma instituição a qual o desenvolvimento do Direito penal econômico está prestando um impulso decisivo, é a doutrina das posições de garantia. Isso, primeiramente, pela consolidação da doutrina das posições de garantia de cunho institucional no âmbito da criminalidade nas empresas, como se pode notar de modo significativo na administração desleal tanto quanto nas “*estafas intraempresariales*”. Não cabe descartar que isso ocorre desde uma conformação cultural de vínculos institucionais entre a empresa e seus administradores, por um lado, e outros terceiros (competidores, fornecedores, clientes, credores, o corpo social, o Estado). Ideia em voga como a responsabilidade social corporativa, a responsabilidade de governança, parecem apontar para esse sentido que, a confirmar, deveria ser objeto da correspondente construção dogmática. Em segundo lugar, e sobre o todo, o impulso do Direito penal econômico se nota no âmbito da criminalidade empresarial e, conseqüentemente, das posições de garantia de base organizativa. Aqui tem-se evidenciado a necessidade de uma teoria mais distinta das posições de garantia. Isso, não apenas mediante a diferenciação entre autoria e participação, mas também por intermédio de específicas diferenciações adicionais dos conteúdos do dever e das conseqüências de sua infração. A incipiente discussão acerca das características da posição de garantia do *compliance office*, se é que ela existe, constitui um ótimo exemplo desse impulso. Mas já antes existia uma discussão, que apenas tem progredido, sobre a posição de garantia do advogado, tanto interno quanto externo, da empresa. Pois bem, a doutrina atualmente se encontra já perante o desafio de diferenciar a posição de garantidor da empresa, da do empresário ou sócio, da posição dos

⁵⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002. p. 194.

administradores, da dos diretores setoriais e sobre o todo na reconstrução de suas interações.⁶⁰

Tiedmann coloca que para o Direito penal, encontra-se no centro da problemática a questão da existência e do alcance de uma responsabilidade do chefe do negócio, ou seja, de um dever a título de garantidor do titular ou diretor do negócio para impedir delitos de seus empregados e trabalhadores (e, também delitos contra seus empregados e trabalhadores). Como exemplo, tem-se o caso do titular do negócio que sabe que seus empregados inserem dados publicitários enganosos em anúncios e que enganam, nos negócios de venda, sobre propriedades essenciais da mercadoria. Trata-se aqui da questão que deve ser mais esclarecida sobre as posições de garantia.⁶¹

Terradillos Basoco aponta que deve-se ter presente que, dada a complexa organização de funções e obrigações próprias da empresa, a afirmação da responsabilidade penal dos subordinados não exclui, necessariamente, a do empresário ou de seus representantes, já que sobre ele, e sua qualidade de chefe da empresa, recai um dever de controle e de vigilância sobre a correta observância das prescrições ditadas pelo ordenamento. Uma melhor delimitação dos respectivos círculos de obrigações, derivados da transferência de funções aconselha distinguir entre delegação ou encargo de funções e encargo de execução. O encargo de execução não exonera o delegante, de forma que é possível afirmar sua responsabilidade penal a título de culpa em eleição, de culpa em vigilância ou através do esquema de comissão por omissão. Quando o que se delega é a função, se produz uma substituição do sujeito responsável penalmente. A eficácia e a operatividade da transferência de funções acaba, não obstante, subordinada, entre outros requisitos, a existência material de autonomia suficiente por parte do destinatário das funções que cujo exercício é lhe transferido, entendendo por autonomia não apenas a concedida pela delegação, mas também a possível dentro do marco normativo laboral. De outro modo entraria em conflito com o princípio da não derrogação da lei penal, que não tolera que a determinação do destinatário da lei penal seja confiada à vontade privada. A delegação de funções, em suas formas mais amplas, coloca o delegado em situação muito próxima a de empregador aparente, sujeito que, apesar de não ser em direito, atua de fato como tal. É quem, aparentemente, recebe e retribui o trabalho. A segurança jurídica exige que quem cria a aparência verossímil resulta obrigado frente aos que, de boa-fé, aceitam tal aparência como realidade. A relação entre esse empresário aparente e quem realmente o é, seja pessoa física ou jurídica, aplica seus efeitos entre os interessados, mas não

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 345-347, nov./dez. 2012.

⁶¹ TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal económico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009. p. 184.

pode prejudicar o produtor contratado. Isso obriga a declarar criminalmente responsável a quem vêm realizando atos de significado inequívoco que autorizam a considerar a quem com eles contratam que é o titular da empresa, se bem, que nos delitos especiais, essa responsabilidade não poderá ser a título de autor.⁶²

Assim, fazem-se oferecidas à discussão propostas como a de Montaner Fernández, que distingue entre o processo de alocação de âmbitos de competência, próprio das relações entre administradores e diretores; o de delegação de competências ou funções em sentido estrito, entre os níveis da direção; e o de delegação ou encargo da execução de uma função, próprio da relação entre diretores e empregados sem autonomia decisória. Já Silva Sánchez prefere estabelecer dentro da empresa os âmbitos de vigência do princípio da separação estrita de esferas, o princípio da confiança e o da desconfiança. Isso conduz, respectivamente, a individualização de relações aonde se nega a existência de toda posição de garantia, outras em que existe uma posição de garantia limitada à neutralização do próprio aporte prévio ou o evitar do resultado lesivo produzido na esfera de organização do outro, uma vez atingido determinado estado de conhecimento sobre a atuação ilícita deste último; e outras em que existe uma posição de garantia de vigilância em sentido estrito, o que implica um dever prévio de adquirir conhecimento sobre eventuais condutas ilícitas de terceiros, estabelecendo a tal efeito os sistemas de controle correspondentes.⁶³

Como se observa, a questão envolvendo a posição de garantia se tornou um dos itens mais interessantes e particulares na análise do Direito penal econômico envolvendo as relações de trabalho. A complexidade deste campo particular é demonstrada na pluralidade de possibilidades de classificação que as posições de garantia oferecem, já que os esquemas de organização de gestão das empresas são extremamente plurais e variados. E dada a complexidade que se percebe na contemporaneidade a qual chegou os esquemas de gestão das empresas, nada mais esperado que, na tentativa de se regulamentar as posições de garantia, se chegue a uma complexidade tão grande quanto. O que importa assinalar nesse dado momento é que essa ponderação torna-se imprescindível para que ocorra a imputação dos reais responsáveis pelas condutas dentro de uma empresa. É necessário que se faça a diferenciação entre os tipos de delegação para que se estabeleçam limites objetivamente verificáveis de divisão do trabalho dentro da organização empresarial, possibilitando que haja a delegação de funções e de execuções, mas que elas realmente possam ser analisadas valorativamente com o

⁶² TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. Direito penal do trabalho. **Revista Penal**, Madrid, n. 1, p. 79, 1998.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 347-348, nov./dez. 2012.

objetivo de se verificar a consciência da ilicitude de certos atos a partir da posição assumida pelos responsáveis dentro do esquema.

Quanto ao concurso por parte de quem confere o encargo, é problemático configurar à sua custa uma obrigação que tenha a natureza e os conteúdos da obrigação jurídica de impedir o resultado. As obrigações de garantia poderiam dar lugar à responsabilidade em comissão por omissão, efeito de que careceria a simples obrigação de vigilância. Maior complexidade adquire a temática suscitada pelos delitos de subjetividade restringida. Nestes casos, há de se distinguir, antes de tudo, a que as obrigações se dirijam apenas ao empresário ou a determinados responsáveis da pessoa coletiva ou a seus colaboradores. Isso porque, como se sabe, a experiência concreta ensina que com frequência a obrigação dirigida ao empresário é assumida por este ou por determinados responsáveis, mediante a prestação de colaboradores. No direito penal do trabalho, o primeiro destinatário da norma é o empresário, enquanto que o exercício de sua atividade o coloca em posição de garantidor direto, inclusive exclusivamente em algumas ocasiões, da salvaguarda dos direitos e interesses daqueles sujeitos que formam parte da estrutura empresarial, o que obriga a uma prévia delimitação do que por empresário, se pode entender.⁶⁴

De qualquer forma, importa para o presente estudo a possibilidade de se distribuir responsabilidades àqueles que não executam certos atos, mas os comandam de modo que, se antes a estrutura jurídica apenas conseguia responsabilizar esse agente que, cumprindo ordens, dava causa naturalística ao delito se consiga também deter potencial dogmático para trazer para o local da responsabilidade, não o que obedece, mas o que comanda. Importa também a viabilidade de análise da autorresponsabilidade que os próprios funcionários possuem.

O princípio de autorresponsabilidade constitui um critério de limitação da responsabilidade de terceiros por atos que organiza (segundo uma postura mais clássica, domina) o próprio sujeito autorresponsável. Uma observação superficial parece colocar em relevo que o princípio da autorresponsabilidade detém uma eficácia diminuta no âmbito do direito penal da empresa. Isso se sucede, em ocasiões, na hora de conformar o empresário em posições de garantia de proteção dos trabalhadores frente a riscos assumidos responsabilmente por eles. Segundo a doutrina dominante que subscreve essa posição, trata-se de proteger o trabalhador frente a suas próprias imprudências. É duvidoso como se pode ter gerado esta posição de garantidor, uma possibilidade é entender que o seu surgimento sucede ao tempo de uma época de risco permitido laboral, própria do industrialismo burguês. Assim,

⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. Direito penal do trabalho. **Revista Penal**, Madrid, n. 1, p. 79, 1998.

a perspectiva socializante havia tomado como base a apreciação de uma desproteção essencial do trabalhador, derivada de uma pretendida situação de coação intrínseca à relação de trabalho. Essa desproteção é a que havia gerado de fato o surgimento do Direito do Trabalho, desde dentro do Direito Privado, com seu princípio interpretação *pro operario*. A ideia é, em última instância, que todo trabalhador se encontra em uma situação de necessidade. A transferência dessa ideia genérica, que considera-se correta em termos de mera aproximação do fenômeno, ao âmbito de imputação de responsabilidade penal em um caso concreto resulta precariamente fundamentada. Uma hipótese alternativa é a de que a posição de garantia do empresário pode ter a ver com a constatada existência de vieses cognitivos nos trabalhadores, derivados por regra geral de sua habituação ao risco, com a consequente desvalorização deste. Tais vieses cognitivos determinariam uma afetação da racionalidade que levaria à existência de uma diminuição da autorresponsabilidade; pois esta requer racionalidade.⁶⁵

Segue o autor afirmando que a diminuição da racionalidade do trabalhador, eventualmente devida a esse déficit cognitivo ou atalhos heurísticos, é que deveria ser neutralizada pelo empresário mediante as correspondentes técnicas de formação e informação, também de intervenção psicológica. A posição de garantidor do empresário surgiria então da organização de um entorno em que surgem déficits cognitivos em seus subordinados. E, o dever de atuar consistiria em sua neutralização. O não cumprimento de tal dever geraria a responsabilidade. Um âmbito distinto é o que se refere à posição de garantia de vigilância dos administradores e diretores sobre seus subordinados que podem gerar riscos para terceiros. Novamente trata-se aqui de uma estranha posição de garantia sobre sujeitos autorresponsáveis, cuja fundamentação tem gerado dúvidas e discussões. Um possível fundamento é a ideia de que a empresa constitui em si um risco especial. Mas, precisamente, o que deveria se esclarecer é o porquê que a empresa pode ver-se como um risco especial. Uma explicação possível é a que toma em consideração é a potencialidade criminógena de certas dinâmicas de grupo. A essas se somariam outras razões próprias da organização empresarial: por um lado, os já reiteradamente déficits cognitivos e atalhos heurísticos; por outro, já no plano volitivo, o anonimato, concepções errôneas acerca da lealdade e da solidariedade etc. Tudo isso determinaria que os subordinados, supostamente autorresponsáveis, poderiam ir mostrando carências relevantes enquanto a percepção e o seguinte controle de riscos. A neutralização dessas carências estruturais seria precisamente o objeto da posição de garantia. Certamente, todos os estudos sobre os delitos de empresa coincidem em atribuir especial

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 352-353, nov./dez. 2012.

relevância à estrutura organizativa que é inerente a tal entidade. Essa dimensão de organização tem se tomado incluída como fundamento da responsabilidade penal das empresas mesmas (culpabilidade por defeito de organização) ou, em todo caso, da imposição de consequências jurídico-penais àquelas (organização defeituosa como estado de coisas perigoso para os “bens jurídicos”). Ao analisar a responsabilidade individual de seus integrantes, a atuação no marco de uma organização se considera muitas vezes como um elemento de agravamento, reflexo de um maior conteúdo de injusto, seja pelo correspondente incremento do risco para o “bem jurídico”, seja pela especial virtualidade de negação do Direito que isso detém.⁶⁶

A atuação no âmbito das estruturas organizadas das empresas também afeta a autorresponsabilidade dos agentes, dando lugar ao surgimento de posições de garantia de terceiros. Se isso é assim, a referida afetação da autorresponsabilidade deveria contemplar-se assim mesmo como um fator de diminuição da pena. *Mutatis mutandis*, acontece aqui algo próximo ao que se aprecia no âmbito da macrocriminalidade, se de uma pluralidade de elementos que determinam que a representação da realidade, no sentido da responsabilidade, assim como os freios inibitórios ou a representação das normas, experimentem uma diminuição que, eventualmente, poderia levar até a seu desaparecimento. Na conformação de uma atitude criminógena de grupo concorrem vários aspectos cuja origem é diversa, mas que, somados um ao outro, podem dar lugar a uma importante diminuição da responsabilidade. Em primeiro lugar, já se fez alusão à existência de numerosas distorções cognitivas: déficits de emulação, adaptação, confirmação, etc. Em segundo lugar, existem distorções motivacionais: a circunstância aonde o subordinado considera que atua pelo bem da empresa, isto é, com uma motivação altruísta e não egoísta, o que diminui sua inibição ao atuar. Em terceiro lugar, sucede que o subordinado atua no marco de uma estrutura hierárquica, com um responsável superior, o que, a menos no caso de perfeito conhecimento da situação e da norma, produz certa desatenção acerca da responsabilidade: produz-se uma desviação da responsabilidade moral “vinda de cima”, como colocou de relevo o experimento de Milgram⁶⁷. Em quarto lugar, a atuação no marco de um coletivo cede lugar a que o sistema de normas de Direito penal entre em colisão com outros sistemas de normas próprios do grupo, o que provoca que o sujeito forme um código sintético próprio. E por sua vez, na necessidade de adaptação ao

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 354, nov./dez. 2012.

⁶⁷ Tal experimento, levado à cabo em 1974 pelo psicólogo Stanley Milgram, da Universidade de Yale, colocou em relevo que 85% das pessoas, quando se encontram em um contexto de obediência, tendem a fazer o que se ordena, pois se gera um desprendimento da responsabilidade a partir daquele de quem parte as ordens.

meio, a solidariedade com o meio ou inclusive a rotina que deriva da fungibilidade da própria posição, contribuem para a referida diminuição do sentido da responsabilidade. Em último lugar, deve aludir-se a outros aspectos: a distância, no tempo e espaço, que existe entre a atuação do sujeito e a afetação de uma vítima determinada. Seja como for, o certo é que a atuação no grupo se vê submetida a importantes mecanismos de neutralização do significado da conduta delitativa. Seja qual for a medida da atenuação de pena que isso pode gerar, tal segue sendo uma questão aberta. Em todo caso, há de se colocar em relevo que a análise doutrinária do papel do princípio de autorresponsabilidade no Direito penal econômico-empresarial ainda precisa melhor concluído.⁶⁸

De qualquer maneira, é decisivo o reconhecimento do princípio, não incontestado, segundo o qual o sujeito delegante resta comumente investido, através da presença de uma delegação válida e eficaz, de uma obrigação de vigilância a partir de uma correta observância da função transferida.⁶⁹ Tal princípio nortearia toda a construção dogmática do estabelecimento de responsabilidade na questão envolvendo as posições de garantia dentro de uma estrutura organizada empresarial.

3.1.5 Imputação normativa e questões em órbita

Já se procedeu a certa análise do instituto da Imputação Objetiva (melhor nomeada “normativa”) no presente estudo, mas certas questões relacionadas a ela ainda necessitam de melhor delimitação na pesquisa.

Pois bem, a ponderação inicia-se por como se devem estruturar dogmaticamente os conceitos de Imputação Normativa anteriormente citados para que se consiga obter um sistema de imputação manejável na prática. Para isso não se deve construir o delito apenas com base em dados naturalistas; como causalidade e dolo, pelo contrário, o essencial é que concorra à violação de um papel, como já visto. E também, por conseguinte, já não mais se resulta suficiente a mera equiparação entre delito e lesão de um bem jurídico. Se trata de se desvincular de prejuízos advindos de uma fundamentação sob índole naturalista, há de se começar pela omissão. No campo da omissão é evidente que nem todos respondem por qualquer consequência lesiva que estejam em condições de evitar, mas que só está obrigado

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 354-356, nov./dez. 2012.

⁶⁹ D’ALESSANDRO, Francesco. La delega di funzioni nell’ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 53, fasc. 3, p. 1126, luglio/sett. 2010.

quem é titular de uma posição de garantia. Se si examina quem são os titulares de posições de garantia, em primeiro lugar, chama a atenção o papel daqueles que participam das organizações constitutivas da sociedade: o pai e a mãe como garante dos filhos; o Estado como garante da segurança interior e exterior; determinados médicos como garantes no sistema sanitário; serviços de proteção civil etc. A configuração do conteúdo do dever por meio de papéis estritamente predeterminados é patente em todas essas hipóteses. No entanto, também os deveres em virtude da organização, que existem junto a esses deveres institucionais, baseiam-se em uma predeterminação por intermédio de outros papéis. Neste sentido, fica praticamente implícito que os limites dos papéis funcionam, por seu turno, como limites da responsabilidade: o médico não está obrigado a evitar os danos patrimoniais de seu paciente. Por conseguinte, quem se mantém dentro dos limites de seu papel, não responde por um curso lesivo, ainda no caso em que bem e perfeitamente pudesse evitá-lo.⁷⁰

Quando se desloca isso para o campo da comissão é necessário descrever, assim, determinados limites para os papéis, da mesma forma que se sucede com as posições de garantia, sem cuja superação não se deve imputar um curso lesivo, ainda que tenha sido causado de modo perfeitamente evitável. Isso se faz através de quatro institutos: o primeiro, não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo e qualquer risco de lesão do outro, existe um *risco permitido*. A sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção aos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações, e a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, incluindo também os comportamentos de salvação. A necessidade de um risco permitido de modo algum é contraditória com a proteção de bens jurídicos: para poder fazer uso dos bens é necessário pôr em perigo estes ou outros bens. Simplesmente, quem sai para a rua coloca-se em perigo, e quem chama um médico para que lhe atenda em sua casa não pode ser, ao menos de forma coerente, contrário a todo risco gerado pelo tráfego viário que pode atingir o médico no percurso. Não se trata de introduzir riscos pela porta dos fundos ou levar ao máximo a proteção dos bens jurídicos, numerosas hipóteses de riscos permitidos geram-se simplesmente por aceitação histórica; estes riscos constituem costumes. No entanto, tomam parte da configuração da sociedade, concretamente, da configuração que afinal deve ter a sociedade com o estado de desenvolvimento que contemporaneamente se nota. Esta vinculação do Direito ao costume não significa que tudo aquilo que seja mais ou menos habitual esteja, só por isso, permitido; não se trata, assim, de

⁷⁰ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.p. 25-26.

equiparar o Direito ao meio ambiente da realidade. Não é a práxis, mas as normas que determinam as condutas que conformam o risco permitido. No entanto, resulta evidente que com frequência uma práxis consolidada modifica as normas reitoras das condutas até uma regulamentação mais branda ou mais estrita. O direito não pode desvincular-se da evolução da sociedade na qual detém vigência.⁷¹ Aqui nota-se mais uma vez a questão da aplicabilidade da Teoria dos Sistemas na análise da questão, é tentar trazer para o sistema a mesma complexidade das relações do corpo social. O risco permitido está, e sempre esteve, presente em todos os âmbitos vitais; não é filho da técnica. Nesse sentido, por exemplo, o tratamento dos pais dispensado aos seus filhos não pode ser assumido sem que existam riscos permitidos; pôr a salvo as crianças perante todos os tipos de perigo é impossível.

O fato de que o Direito penal moderno tenha desenvolvido no âmbito da teoria da imputação normativa uma teoria da conduta típica inspira-se num princípio social-funcional ou, ao menos, se acomoda a tal princípio. Por exemplo, uns contatos sociais tão fugazes como os que se dão entre os participantes no tráfego viário só podem ser organizados se si tutela a confiança de que cada um só responde por sua conduta e não por possível conduta do outro. E uma economia com intensa divisão do trabalho pressupõe que não faz parte da função de vendedor de um produto padrão o cuidar de que o comprador não o utilize de forma delituosa ou de qualquer outra forma lesiva. Se si formula tudo isso de maneira genérica se teria de dizer que as expectativas garantidas juridicamente só se veem frustradas por uma conduta objetivamente imperfeita, sem ter em conta aspectos individuais. Pois como essas expectativas, como todas, se dirigem a pessoas, a portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação de um papel.⁷²

O segundo instituto é o *princípio da confiança*, quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de modo perene a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho. A razão fundamental do instituto apoia-se em que os demais são, por sua vez, sujeitos também responsáveis. A ideia de responsabilidade ficaria destruída se todos os demais fossem concebidos de modo exclusivamente cognitivo e não, também, como sujeitos responsáveis. O princípio da confiança pode se apresentar sob duas modalidades, a primeira na hipótese em que alguém, atuando como terceiro, gera uma situação que é inofensiva sempre quando o autor, que age em continuação, cumpra com seus deveres. Neste caso, a confiança se direciona à verificação

⁷¹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 26-27.

⁷² Id. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 33-34.

de que o autor realizará seu comportamento de modo correto. A segunda modalidade possui na confiança um direcionamento a que uma determinada situação existente tenha sido preparada de modo correto por parte de um terceiro, de modo que aquele que fizer uso dela, o potencial autor, se cumprir com seus deveres, não ocasionará dano algum. O princípio da confiança está destinado a tornar possível a divisão do trabalho; por consequência, termina quando a divisão de trabalho perde seu sentido, especialmente quando se pode ver que a outra parte não faz, ou não fez, justiça à confiança de que cumpriria as exigências de seu papel. Em tais hipóteses, já não resulta possível repartir o trabalho para alcançar um resultado de êxito. De modo igual ao que ocorre com o risco permitido, também o princípio da confiança se manifesta em todos os âmbitos vitais, posto que praticamente em todas as partes cabe encontrar organizações em regime de divisão de tarefas. A confiança é o ponto de partida do corpo social.⁷³

O terceiro, a *proibição do regresso* se lastreia no caráter conjunto de um comportamento que não pode impor-se de modo unilateral e arbitrário. Assim, quem assume com outro vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida. Por conseguinte, existe uma proibição de regresso cujo conteúdo é que um comportamento, que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida. Trata-se da hipótese em que o autor desvia até o limite delitivo o comportamento de um terceiro que *per si* carece de sentido delitivo. Um exemplo seria o do autor que compra uma peça de pão para envenená-la; o autor toma como pretexto os debates de um julgamento ocorrido de um correligionário seu para matar o Ministro da Justiça; o autor vai de táxi de X a Y para cometer em Y um homicídio. Em todas essas hipóteses, parte-se da base de que o respectivo terceiro, o padeiro, os envolvidos no julgamento, o condutor do taxi, conhece o que vai suceder. Estas hipóteses se podem resolver partindo do fato de que elementos tão cotidianos como um alimento, ou algo que se possa definir arbitrariamente como motivo de um delito, ou uma possibilidade de transporte, sempre estão disponíveis, de modo que a proibição deste tipo de contribuições não é suscetível de evitar, de fato, o comportamento do autor. Não obstante, na melhor das hipóteses, este modo de argumentar só acertaria pela metade, pois é certo que pode suceder que no caso concreto possível evitar o comportamento do autor. Mas, inclusive se isto ocorresse, e aqui o ponto decisivo, a contribuição do terceiro não apenas é algo comum, mas seu significado é de modo

⁷³ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 28-29.

invariavelmente considerado inofensivo. O autor não pode, de sua parte, modificar esta definição do significado do comportamento, já que de qualquer modo o terceiro assume perante o autor um comportamento comum limitado e circunscrito por seu próprio papel; comportamento comum e do qual não se pode considerar seja parte de um delito. Diferente do que ocorre a respeito do princípio da confiança, a proibição do regresso vigora inclusive quando a planificação delitiva da outra pessoa é evidente, e isso porque se trata de casos em que um comportamento invariavelmente considerado carece de significado delitivo. Dessa maneira, está permitido emprestar a um vizinho uma ferramenta comum, ainda quando se saiba que este planeja utilizá-la para destruir coisa alheia. Questão distinta é que perante enormes danos todos tenham o dever atenuado, claramente não equiparável à comissão, de prestar auxílio, consistente nesse caso em negar-se a realizar a contribuição que por si, é inofensiva.⁷⁴

O quarto princípio dialoga com a questão da vítima. É o da *competência (capacidade) da vítima*. Pode ser que a configuração de um contato social seja da competência não apenas do autor, mas também da vítima, inclusive num duplo sentido: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio. A competência ou capacidade da vítima por seu comportamento é algo conhecido, o caso mais conhecido é o de consentimento. Mas também o infortúnio da vítima se reconhece, às vezes, como única possibilidade de explicação. Entretanto, com o exposto não se esgota ainda tal âmbito. Inclusive o autor, que é conhecedor das consequências lesivas de seu comportamento, pode asseverar diante da vítima que as consequências são assuntos de competência dela, quando ele se comportou conforme seu papel. Um comportamento o qual se sabe que produzirá lesões segue sendo conforme o papel na medida em que a vítima não tenha direito a que não se produza o comportamento lesivo, isto é, no tanto e enquanto o conjunto de bens que sob o ponto de vista dos fatos depende da organização do autor, não dependa juridicamente dela. Do mesmo modo que no âmbito da responsabilidade do autor deve partir-se não de um resultado psíquico, mas do algo normativo, da violação do papel, também quanto à vítima o decisivo está em determinar se a vítima desempenhou o papel de vítima ou, precisamente, o papel de alguém que configura tal situação, é dizer, de quem atua com próprio risco. Em seu núcleo, a perspectiva normativa no que concerne à vítima constitui

⁷⁴ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 29-30.

uma noção tão assentada como é o ponto de vista normativo no que se refere ao autor.⁷⁵

Dessa forma, como coloca Jakobs, fica esboçado o traslado da ideia do comportamento social, como comportamento vinculado a papéis, a quatro instituições jurídico-penais: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima. Neste marco, que apenas se trata de assentar os fundamentos, fica sem discussão a questão sobre se só são relevantes as quatro instituições mencionadas ou se, pelo contrário, seria mais conveniente fragmentá-las ainda mais; igualmente que fica sem discussão a questão sobre se a subdivisão apresentada é necessária ou se cabe contentar-se com um menor nível de detalhe. De qualquer maneira, os fundamentos do edifício da imputação normativa ficam delimitados.⁷⁶

Foi necessário um melhor aprofundamento acerca da opção de Teoria da Imputação Normativa que se faz no presente estudo exatamente porque essa versão é uma das possíveis. Existem outras compreensões da teoria em apreço que também poderiam orientar as ponderações da análise acerca das violações envolvendo o mundo do trabalho. No entanto, compreende-se que a opção acerca da mais importante e potente categoria dogmática deve estar alinhada à doutrina base que lastreia o Sistema Jurídico-Penal. Por essas razões a teoria que se escolhe no estudo é a de Günther Jakobs, de modo que a imputação normativa esteja completamente alinhada e afinada com a versão que se entende mais adequada do próprio Funcionalismo.

Quando desloca-se esses quatro institutos para os casos envolvendo o núcleo do estudo o cabimento de uma abordagem a partir da Teoria da Imputação Normativa se demonstra pertinente. O risco permitido é o primeiro dos institutos e o que se pode vislumbrar facilmente quando está se lidando com a proteção penal de normas extra-penais. Se o risco não permitido baseia-se em normas, que podem até estar vinculadas a costumes como se observou, o limite do risco juridicamente permitido é rapidamente delimitado pela própria lei trabalhista. As normas trabalhistas atuam nesse momento como sendo o primeiro estágio de verificação da imputação normativa, se si produziu dano para trabalhadores, mas a empresa e seus representantes com posição de garantia respeitaram na íntegra as normas laborais, não há o que se falar em imputação a título jurídico penal. Nesse ponto, trabalhar com normas extra-penais é uma vantagem que infelizmente, como se verá em breve, não será sempre assim, pois ela auxilia na demarcação do risco juridicamente permitido.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.p. 31-33.

⁷⁶ Ibid., p. 33-34.

Silva Sánchez confirma o exposto, de modo que é certo que, em setores regulados, a observação de que se foi infringida alguma disposição administrativa pode ser um excelente indício da existência de um risco penalmente desaprovado, do mesmo modo que cabe a observação de que se não há infringido disposição alguma, pode-se considerar um indício forte da inexistência de um risco penalmente relevante.⁷⁷

Com relação ao princípio da confiança também não existem grandes problemas quando se pondera à luz das violações trabalhistas. Rapidamente traz-se à luz a questão envolvendo as infrações de dever, tanto na perspectiva positiva quanto na negativa, é por seu caminho que se avalia a quebra ou não da confiança. Quando lida-se com casos do Direito penal econômico, com o qual concorda-se plenamente aqui com Tiedmann, a violação da confiança é o núcleo da questão. A sua importância fundamenta-se inicialmente na confirmação ou não do primeiro instituto. Se estiver se violando a confiança, e as normas laborais estão agindo como ponto de referência para a ponderação do risco permitido, a quebra de confiança através da quebra de norma confirma ou nega a primeira valoração. Segundo ponto, se quebra-se o princípio da confiança, automaticamente dispara-se a necessidade de ponderação dos dois outros fundamentos da Imputação Normativa. Ou seja, o princípio da confiança é o ponto gravitacional da ponderação, se existe alguma dúvida com relação ao primeiro instituto, o princípio da confiança o dirime. Mais, se a confiança é quebrada, acionam-se automaticamente as demais reflexões para a confirmação da possibilidade de imputar crime a alguém (necessitando, obviamente, que se passe pela Imputação Subjetiva também após).

O terceiro instituto possui papel fundamental na delimitação daqueles que são responsáveis pelo ocorrido. Aqueles que violaram seu papel e se organizaram de modo a causar a defraudação normativa. Aqui, por exemplo, retira-se da imputação aquele agente (que pode ser um funcionário da empresa) que possui uma delegação executiva apenas de certa função. Ou seja, ele é o que dá a causa naturalística à criação do perigo, mas se ele estava apenas atuando cumprindo ordens e, tais ordens dentro da empresa estão dentro de seu papel especial (ação neutra), não há porque haver responsabilidade sobre ele. O responsável é o que está na posição de delegante, que possuía o domínio real sobre os acontecimentos. É aqui que essa nova posição mais valorativa demonstra toda sua capacidade descritiva. Não lidando mais com questões empírico-naturalísticas, mas sim normativas, a imputação não mais recai sobre o agente que deu causa ao resultado naturalístico, mas que de nada fazia de “errado”,

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 337, nov./dez. 2012.

recai agora a quem, valorativamente, violou o dever. E tal exclusão da imputação é rapidamente descritível nesse contexto de compreensão do Funcionalismo.

O núcleo do estudo dificulta mais na ponderação do último instituto, a competência da vítima. Pois aqui retorna a discussão já mencionada acerca da autorresponsabilidade do trabalhador e os déficits cognitivos que advêm de sua posição hipossuficiente, de modo que a fronteira entre o que é competência da vítima ou não se torna um tanto quanto turva. O importante é afirmar desde já que é sim possível refutar uma imputação com base nesse instituto. Apesar da questão supramencionada, haverá situações onde a imputação não deverá ocorrer por culpa do trabalhador, mas essas situações devem ser muito bem analisadas para que não se transfira para o trabalhador a causa de questões que ele ou não possui controle, ou que do ponto de vista valorativo, não esteja relacionado com a quebra de seu papel. Vale lembrar que o empregador também possui seus mecanismos de defesa, um trabalhador que se recusa a utilizar equipamentos de segurança, por exemplo, pode muito bem ser demitido por justa causa, já que além de oferecer um perigo para si próprio, também pode colocar os demais em perigo e isso é um fato que o empregador não pode aceitar. Entretanto, o dever de vigilância é dever do empregador, de modo que se algum acidente ocorre não é possível que ele simplesmente se abstenha. A questão é que apenas os dados obtidos do caso concreto poderão afirmar ou não se a vítima estava atuando em sua zona de competência ou não. Mais, também questões subjetivas serão levadas à análise, verificando qual o nível do déficit cognitivo daquele trabalhador, se havia alguma questão volitiva ou valorativa que atuou para uma diminuição de sua autorresponsabilidade. Talvez esse seja um dos mais complexos problemas envolvendo o núcleo da temática de modo que se joga completamente o problema para um campo probatório.

Nesse ponto, há de se manter em foco o princípio do *in dubio pro reo*. A necessária aplicação desse princípio deve conduzir à absolvição inclusive nas hipóteses limites de extrema falta de cuidado e sendo pouco provável a explicação por meio de outro risco; não porque não concorra um comportamento desaprovado, mas porque não está provado que o resultado pode ser atribuído a esse comportamento. Enquanto todas as tentativas culposas, ainda que as mais descuidadas permaneçam impunes, não há razão alguma de converter artificialmente este âmbito em algo especial. O que pode ser perturbador no campo da imprudência é a intensa dependência da punibilidade com um resultado, é dizer, com a consumação, mas tal dependência é um problema geral e não pode ser resolvida com um ponto de partida concreto; levando em conta ainda que este ponto de partida conduza simultaneamente, e de maneira desbordante, a ter que castigar inclusive no caso de ser

mínima a imprudência e provável a explicação do resultado por meio de outro risco.⁷⁸

A imputação é um poliedro com várias facetas imprescindíveis e irrenunciáveis, é infração de um dever e, nesse sentido, uma imputação normativa; é o rompimento de um papel e, por isso, imputação pessoal; é a defraudação de uma expectativa social e, conseqüentemente, imputação social e, por fim, é também a atribuição de um sentido social e, dessa forma, imputação valorativa, comunicativamente estabilizadora. Se prescinde-se de algumas dessas facetas, a imputação não existe, apenas na integração de todas elas é que é lícito se falar em uma imputação real no campo jurídico-penal.⁷⁹ A imputação normativa é o instrumento dogmático mais importante e por essa razão sua ponderação ficou para a porção final da análise, pois é em seu interior que todas as demais questões dogmáticas estão presentes e em constante dança dialética, apenas dentro da imputação normativa é que se vislumbra em sua plenitude todo o panorama dogmático jurídico-penal, é aqui onde se torna possível conjugar todos os mecanismos dogmáticos ao mesmo tempo e analisar sua operatividade.

Algumas questões dogmáticas estão em conexão com a imputação normativa. Procedem-se agora algumas ponderações acerca delas. A primeira, é a questão acerca do erro sobre as leis extra-penais. Com relação a isso, uma das características mais significativas do Direito penal econômico-empresarial é a acessoriedade de suas descrições típicas em relação às regulações de Direito público ou privado. Tal circunstância, que redundava em redações típicas com estruturas de leis penais em branco, elementos normativos de conteúdo jurídico e elementos de valoração global do fato, detém diversas repercussões. Algumas delas não interessam neste momento, pois tem a ver substancialmente com problemas de legalidade e, em particular, de taxatividade. Em troca, interessam as que estão relacionadas com a imputação normativa e o erro. Em particular quanto ao erro, a questão decisiva é a de se o erro sobre leis penais em branco ou elementos de valoração global do fato deve ser tratado como erro de tipo ou erro de proibição. A evolução da dogmática jurídico-penal levou a dois posicionamentos distintos com relação ao erro sobre leis extra-penais: o primeiro, o erro sobre leis penais em branco e elementos do dever jurídico passou a dar o tratamento como erro de proibição. Isso resulta em que, no caso do erro vencível, o sujeito de tais erros resultava punido inclusive com respeito àqueles delitos em que a modalidade de realização culposa era

⁷⁸ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 93-94.

⁷⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. As quatro faces da imputação penal. Notas críticas ao conceito kantiano de imputação desde uma perspectiva funcionalista. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 211-212.

atípica, tendo que dito erro vencível recebia unicamente uma atenuação facultativa da pena. O segundo, a qualificação como erro de tipo ou erro de proibição do objeto do erro foi o pressuposto de fato da lesão da norma extra-penal de complemento da lei penal em branco ou da realização do elemento de valoração global. Em setores de atividade fortemente influenciados pelo Direito, a relação de uma conduta com o Direito é determinante na medida de sua relevância social.⁸⁰

O correspondente enriquecimento do âmbito do erro de tipo a custa do erro de proibição é, por demais, consistente com o processo de normatização da tipicidade objetiva. Dessa forma, o objeto do dolo vem dado pelos elementos do tipo objetivo. Tais acontecimentos, por sua parte, vêm experimentando um processo de normatização evidente através das doutrinas do comportamento desaprovado e da imputação normativa. Pareceria evidente que com o dolo aconteceria o mesmo. Este processo parece disfuncional em um contexto de tipos em que a modalidade culposa de comissão resulta excluída, algo que é comum no campo do Direito penal econômico. Também se indica que os tipos do Direito penal econômico estruturam-se muito frequentemente como tipos fortemente normativizados, em particular como leis penais em branco ou tipos com elementos de valoração global do fato. Desse modo, se forem qualificados como erros de tipo, a maior parte dos erros vencíveis em matéria penal econômica dariam lugar à impunidade da conduta. Na jurisprudência espanhola e na doutrina o processo está sendo, então, ao inverso. A expansão do erro de proibição possui fito de sancionar, de modo atenuado, os erros vencíveis dos sujeitos. O que resulta compatível com o caráter punitivista que parece acompanhar o tratamento jurisprudencial dos casos de Direito penal econômico.⁸¹ Tais considerações possuem grande importância no campo das violações envolvendo as relações de trabalho, já que a criação de um risco juridicamente não permitido (primeiro estágio de análise da imputação normativa) se encontra na legislação extra-penal (administrativo-laboral).

Deveria se estabelecer para o desconhecimento evitável da realização do tipo uma diferenciação equivalente à do desconhecimento evitável da antijuridicidade: o autor que se mostra como uma pessoa à qual é indiferente o que possa suceder não se vê exonerado, seja total ou parcialmente, por seu desconhecimento; pois, ao contrário, o sistema de normas promoveria seu próprio desprezo. Se, em oposto, o desconhecimento detém sua origem num defeito de cálculo que nasce de um erro de planejamento da conduta, sendo esta ademais

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 342-343, nov./dez. 2012.

⁸¹ *Ibid.*, p. 343.

correta, ou numa confusão desculpável ou numa causa semelhante, é possível alegar que tais causas de desconhecimento não se dirigem de modo específico contra bens alheios, mas a elas se une o perigo de uma autolesão como *poena naturalis*. Por tal é lícito explicar de modo cognitivo a necessidade de evitar esses erros e, por consequência, não é necessária uma reação penal ou só é necessária de forma atenuada, no máximo levando em conta que uma conduta que se lastreia num cálculo errôneo não opera como modelo por seguir. Através dessa perspectiva de uma consideração funcionalista, este é o fundamento da menor punibilidade ou ausência de punibilidade das condutas imprudentes. Uma ideia que se corresponde com a doutrina mais estendida no pressuposto paralelo do desconhecimento da antijuridicidade.⁸²

Outra questão interessante é acerca das condutas neutras de intervenção, que é uma das doutrinas que nos últimos tempos mais tem estado em enfoque. Resulta, a este respeito, a contribuição de Jakobs no sentido que, sinteticamente, põem-se de relevo que se não existe infração de um dever especial, a mera causação ou favorecimento ativo da produção de um resultado não pode conduzir a uma imputação a título de agente, ainda que ele atue com pleno conhecimento do alcance de sua conduta. Para Silva Sánchez, precisamente esta figura é modelo para se colocar de relevo como uma instituição em revisão recebe um impulso decisivo a partir da sua consideração à luz dos casos do Direito penal econômico-empresarial, onde a divisão funcional do trabalho e a consideração de que nem todos podem ser garantes de todos resultam elementos decisivos. Decisiva foi, para a temática, a análise do caso *Dresdner-Bank*, um caso em que, muito antes de existirem deveres especiais de controle das instituições financeiras com respeito às operações de seus clientes, uma entidade bancária alemã procedeu a execução de uma ordem de seu cliente de transferir fundos para o estrangeiro, a um paraíso fiscal. Foi então quando Hassemer pode afirmar que, aquele que executa nada além de seu trabalho profissional, não realiza nenhum tipo penal. O fim de proteção da cominação penal não abarca condutas neutras, a não ser quando o teor literal e o sentido das palavras da norma propriamente as abarquem.⁸³

Importante também mencionar a questão da solidariedade. Segundo Perdomo Torres, o atual tratamento da solidariedade no Direito Penal afirmou-se que essa ideia deve ser entendida como um fundamento de união específica entre pessoas pertencentes a uma comunidade determinada, pois apenas se pode ser solidário com pessoas com as quais se esteja unido por ideais e interesses comuns; trata-se de cooperação social. A solidariedade

⁸² JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6). p. 36-37.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 338-339, nov./dez. 2012.

assim compreendida não oferece problemas com respeito à sua institucionalização. Quando parte-se do Estado como organização política e social, estão dadas todas as condições necessárias para seu desenvolvimento e garantia. A organização estatal é o ponto de referência dessa ideia, nela os sujeitos surgem como entes sociais, como pessoas; os cidadãos dos Estados democráticos modernos encontraram a garantia de seus próprios interesses na medida em que lhe seja ofertado um espaço de livre atuação, quer dizer, na medida em que sejam considerados autônomos, e enquanto lhes sejam oferecidas as condições sociais para o desenvolvimento dessa autonomia. O Estado Social e Democrático de Direito não é apenas condição de garantia do respeito aos demais e seus bens jurídicos, é inclusive a comunidade solidária que permite reclamar aquela ajuda que não apenas está dirigida a conservar o *status quo* do outro, senão que obriga a aprimorá-lo, e isto se tratando tanto de relações sociais específicas como daquelas situações caracterizadas pela presença de uma circunstância de necessidade concreta.⁸⁴

Em um Estado Social e Democrático de Direito deve ser garantida a solidariedade mínima, sem embargo, onde o legislador tenha optado por ela, a interpretação do preceito dever ser feita de maneira restritiva, porque do que se trata é da harmonização dos princípios fundamentais do Estado. Reduzir o campo de aplicação desta norma a bens jurídicos personalíssimos corresponde ao fim perseguido com sua regulação, quer dizer, à ajuda solidária em casos graves de necessidade, isto é, em casos em que o sujeito obrigado e a pessoa que se encontra em perigo estão unidos por uma relação de dependência circunstancial. Uma vez mais, não se trata de uma solidariedade especial como aquela imersa na ideia de instituição; trata-se daquela que ao mesmo tempo seja compatível com o princípio da liberdade. Parece que ademais de abarcar o “bem jurídico” da vida e a integridade pessoa, pode-se pensar em alguns casos de garantia de bens jurídicos como a liberdade, integridade e formação sexuais. A interpretação restritiva do tipo de omissão de socorro encontra-se diretamente contígua às limitações que devem ser feitas no marco da exigibilidade da prestação de ajuda solidária. Esse elemento, que normalmente é considerado nos fundamentos gerais da reprovação de culpabilidade, pode-se considerar na nova regulação com a expressão “sem justa causa” como mais um elemento do tipo; deve-se compreender, e esta é a única interpretação possível, tendo em conta a generalidade da expressão, que a omissão de auxílio é injusta quando o agente não intervenha, em que pese a ajuda lhe é exigível de acordo com as

⁸⁴ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Duas questões atuais na dogmática do delito de omissão: sobre a suposta acessoriedade e sobre a solidariedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 229-230.

circunstâncias específicas presentes na situação de necessidade, isto é, de acordo com os mecanismos existentes para impedir a lesão, em que entram em jogo diversas variantes, como, por exemplo, a possibilidade de informar aquelas organizações do Estado competentes para evitar perigos etc. Se o legislador considerou que tal elemento pertence ao tipo, é precisamente porque vislumbrou a necessidade de destacar a garantia de uma solidariedade mínima e não especial; nesta ordem de ideias parece que o cumprimento do dever está condicionado pela necessidade de intervenção do ajudante potencial e, em consequência, apenas diante de situações que por sua especial configuração perigosa e pela ameaça para determinados direitos reclame dele uma intervenção positiva que não reste prejudicado seus interesses legítimos, pois, do contrário, não se estaria reclamando o cumprimento de deveres fundamentados em solidariedade; estes seriam antes deveres de vitimização em favor da generalidade.⁸⁵

3.2 Conclusões Parciais

Conforme assevera Víctor Gabriel Rodríguez, um breve estudo da evolução da dogmática jurídico-penal leva-se a algumas conclusões de relevo. Inicialmente, o Direito penal está entrelaçado à evolução cultural. Não se ignora que, por detrás da teoria, ou de seu percurso evolutivo, existam fatores econômicos, idiossincráticos, estruturais-acadêmicos, políticos, dentre outros, que tumultuam o evoluir do pensamento, mas que, paradoxalmente, são-lhe essenciais. Portanto, o que melhor faz a Ciência do Direito penal é de um modo ou de outro, exigir que o ser humano se coloque a refletir sobre a realidade, ou aquilo que crê ser a realidade, criminal. Esse é o grande papel da Ciência. Frente a isso, agrega informações de outras áreas do conhecimento, preocupa-se com métodos, com pureza da teoria ou com eventual distanciamento da realidade, dentre outros. Não escapa que cada resposta científica cria suas próprias questões, que são resolvidas criando-se ainda mais Ciência, o que faz com que a produção bibliográfica do Direito se estenda sem grandes soluções a casos concretos. Sem grandes soluções, compreenda-se, mas com alguma evolução prática, e tudo isso faz com que métodos, acúmulo de conhecimento, crítica, curiosidade e dialética científica valham a pena. Ao menos, agregam racionalidade às ações humanas. Importante é que se consiga manter essa evolução científica no rumo de garantia dos Direitos Humanos, o que nem sempre

⁸⁵ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Duas questões atuais na dogmática do delito de omissão: sobre a suposta acessoriedade e sobre a solidariedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo, SP: LiberArs, 2012. p. 227-228.

ocorre, pois dessa maneira o estudo da Ciência penal, mesmo poroso e inconstante, cumpre sua função.⁸⁶

A opção por uma abordagem dogmática conduz para uma completa revisão de tudo aquilo que se compreendia como mecanismos e institutos dogmáticos na nova configuração contemporânea. Essa reinterpretação dos conceitos toma impulso ainda maior quando orientado por uma doutrina base que busca dar um enfoque diferenciado para a dogmática jurídico-penal, trazendo para ela um protagonismo dentro do Sistema. Compreende-se completamente correto o pensamento de Gimbernat Ordeig no sentido de que toda ideia jurídica progressista necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais alto for o nível científico-jurídico, e o foco do estudo é exatamente esse: um aperfeiçoamento das considerações que orbitam essa formulação legal, com olhos voltados para as violações envolvendo as relações do mundo do trabalho.

Quando se confronta a análise dogmática com o núcleo do estudo, sob o enfoque das medidas individualizadas no campo do Direito penal secundário, nota-se desde já como que essa completa revisão dos institutos a partir da mudança do padrão do crime (crime de perigo, por omissão, através da violação de um dever, culposos) porta-se extremamente cabível nos casos da violação das relações de trabalho. A normatização dos conceitos, a ampliação dos elementos valorativos, conduz a uma prevenção melhor estruturada para laborar com os novos fenômenos delitivos advindos da alteração da configuração social e da precarização do mundo do trabalho.

Um Sistema Jurídico-Penal teleologicamente programado e aberto a valores, informado por uma doutrina de base que prioriza o uso desses valores em uma compreensão inovadora do fenômeno jurídico, mostra-se como uma das ferramentas mais úteis do Estado no resguardo dos alicerces mais importantes para a existência da sociedade. A recuperação do potencial descritivo e do potencial crítico-reflexivo de tal sistema é *conditio sine qua nom* para o retorno de uma racionalidade científica que desapegada de conceitos tradicionais como o “Bem Jurídico”, oferta novas possibilidades que instigam o próprio desenvolvimento sistêmico.

Os crimes cometidos contra a classe trabalhadora vilipendiam não apenas direitos supraindividuais, mas também o próprio valor da dignidade humana. O trabalho é item presente na vida de todos, por mais diferente e plural que seja a cultura, por mais peculiar e particular que seja a estrutura de uma sociedade, o trabalho está lá presente, produzindo e

⁸⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria do crime. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54-55.

reproduzindo a própria sociedade. O índio isolado labora à sua maneira, o homem de negócios bem sucedido (na visão ocidental) trabalha, o sem-terra trabalha, o boia-fria trabalha, assim como o professor, como o advogado, como o catador de material reciclável, ou seja, todos, de uma maneira ou de outra detém sua atividade que possibilita não apenas a sua própria existência, mas também a existência de todo o corpo social. O atentado contra os direitos dos trabalhadores, consubstanciados nas normas que orientam a atuação laboral, configura a seu modo também um atentado contra a reprodução constante da sociedade, e dessa maneira, permite que em alguns casos o Direito penal seja chamado a intervir, resguardando essa mola propulsora social que é o labor.

CONCLUSÃO

O presente estudo possui como referencia central as violações envolvendo as relações de trabalho que demandam uma intervenção preventiva mais aguda por parte do Estado, entretanto, o foco aqui não era a forma mais tradicional e visível dessas violações que poder-se-ia rapidamente relacionar com a redução à condição análoga a de escravo. A pesquisa buscava analisar as violações cotidianas, aquelas que foram naturalizadas pela sociedade e que afetam uma quantidade vultosa de trabalhadores, mas que muitas vezes passam despercebidas pelo corpo social e detém um desvalor considerável. A opção por essa temática deve a um caso concreto observado pelo autor, deve a um trabalhador em si, que serviu como inspiração para a produção do estudo.

O autor reparou naquele trabalhador por obra do destino, ou por razões não explicáveis sob uma ótica científica. Aquele trabalhador não era diferente de nenhum outro já observado pelo mesmo autor em diversas ocasiões na periferia da grande metrópole brasileira, mas naquele dia, por alguma razão, a observação resultou em uma conclusão diferente. Ao observar aquele trabalhador comum, pintor, içado por cordas de questionável procedência e qualidade, sentado em uma cadeira comum, pintando a fachada de um prédio em uma altura perigosa, sem equipamento algum de proteção, sem nenhuma rede abaixo dele para aparar uma possível e provável queda, o autor pensou em quem seria responsabilizado caso algo acontecesse. Ponderou acerca de quem é o responsável para que aquele trabalhador em si, que nada mais é do que um trabalhador dentro de um grande conjunto de trabalhadores estivesse realizando seu labor naquelas condições. Aquele trabalhador não estava reduzido à condição análoga a de escravo, aquele trabalhador recebia uma quantia de dinheiro em troca de sua mão de obra, por mais que talvez essa quantia jamais chegasse perto do real valor daquele trabalho, ele tinha certa liberdade de ir e vir de seu local de trabalho, mas mesmo assim, ele era uma vítima da (des) estrutura do trabalho contemporâneo.

Em um contexto onde não se busca mais a proclamação de direitos; mas sim a efetivação dos mesmos, principalmente os direitos supraindividuais, de “segunda geração”, na qual estão inseridos os direitos trabalhistas, não é aceitável que um trabalhador realize sua atividade naquelas condições, correndo até mesmo o risco de morrer. Desse modo, mesmo entendendo que a efetivação de direitos não se faz apenas por intermédio do Estado, mas sim com a participação também da sociedade civil, das organizações não estatais, dos sindicatos, é irrenunciável a atuação estatal no processo de prevenção desse tipo de violações.

Necessária se faz também a ponderação científica, o questionamento do fenômeno a

partir da epistemologia humana, do que se desenvolveu até hoje acerca dos acontecimentos sociais. No entanto, o que se objetivava não era apenas a constatação de um estado de coisas, ou a produção de críticas alheias ao real, ao possível, por mais acertadas e verdadeiras que sejam tais críticas. O que se queria era encontrar opções reais, estruturáveis, que podem ser utilizadas hoje para que esse trabalhador não seja mais exposto a tais riscos. E, devido a isso, que se escolheu a alternativa de se ponderar a partir da dogmática jurídico-penal, do instrumento possível na contemporaneidade para que o Estado possa atuar na prevenção dessas violações.

Assim, em sede conclusiva, faz-se a opção por inverter a opção metodológica nesse momento, com o objetivo de verificar se o que foi produzido no estudo realmente está apto para auxiliar na prevenção das violações sofridas por aquele trabalhador. Inverte-se agora para o método indutivo, partindo de uma situação particular para o todo. Parte-se agora do trabalhador-inspiração para o que foi construído no estudo. Com o objetivo de mostrar que uma opção dogmática, que uma doutrina base Funcionalista, com toda a estrutura epistemológica eleita, não está referida a uma pirâmide de conceitos formais, mas está em contato com a realidade e que consegue produzir soluções para os problemas dessa realidade com a qual está em contato.

Se o que foi produzido no presente estudo consegue estar referido a esse trabalhador, o objetivo está atingido. Pois o trabalhador-inspiração nada mais é do que um trabalhador em um coletivo imenso deles, ele é uma gota do oceano laboral e, partindo de Kahlil Gibran¹ e sua conclusão de que “[...] em uma gota de água são encontrados todos os segredos do oceano” se a prevenção edificada no estudo pode auxiliar esse trabalhador, então poderá ajudar também tantos outros trabalhadores que não foram vistos pelo autor, mas que estão lá, na mesma condição daquele.

Inicialmente, cumpre verificar quem é aquele trabalhador-inspiração, quem são os trabalhadores hoje, isso já foi feito no início do estudo, mas importante é a constatação de Ricardo Antunes no sentido de que a classe trabalhadora fragmentou-se, heterogeneizou-se e complexificou-se ainda mais. Qualificou-se em vários setores onde houve uma relativa intelectualização do trabalho, mas desqualificou-se e precarizou-se em diversos ramos, como na indústria automobilística, na qual o ferramenteiro não detém mais a mesma importância, sem falar na redução dos inspetores de qualidade, dos gráficos, dos mineiros, dos portuários, dos trabalhadores da construção naval etc. Há uma massa de trabalhadores precarizados, sem

¹ BUSHRUI, Suheil. **Ver Kahlil Gibran: Poet of the ecology of life**. Disponível em: < http://www.alhewar.com/Gibran_Eco.htm >. Acesso em: 15 set. 2015.

qualificação, que hoje está presenciando as formas de *part-time*, emprego temporário, parcial, ou então vivenciando o desemprego estrutural. A classe trabalhadora hoje inclui a totalidade daqueles que vendem sua força de trabalho, tendo como núcleo central os trabalhadores produtivos, no sentido dado por Marx. Ela não se restringe, portanto, ao trabalho manual direto, mas incorpora a totalidade do trabalho social, a totalidade do trabalho coletivo assalariado. Sendo o trabalhador produtivo aquele que produz diretamente mais-valia e que participa diretamente do processo de valorização do capital, ele detém, por isso, um papel de centralidade no interior da classe trabalhadora, encontrando no proletariado industrial o seu núcleo principal. Assim, o trabalho produtivo, no qual se encontra o proletariado, no entendimento que se faz de Marx, não se restringe ao trabalho manual direto, incorporando também formas de trabalho que são produtivas, que produzem mais-valia, mas que não são diretamente manuais. A classe trabalhadora engloba também os trabalhadores improdutivos, aqueles cujas formas de trabalho são utilizadas como serviço, seja para uso público ou para o capitalista, e que não se constituem enquanto elemento diretamente produtivo, enquanto elemento vivo do processo de valorização do capital e de criação de mais-valia (como um pintor de prédios, por exemplo). São aqueles em que, segundo Marx, o trabalho é consumido como valor de uso e não enquanto trabalho que cria valor de troca. O trabalho improdutivo abrange um amplo leque de assalariados que não criam diretamente valor. São aqueles que se constituem em trabalhadores não produtivos, geradores de antivalor no processo de trabalho capitalista, mas que são necessários para a sobrevivência do sistema.²

Considerando, dessa forma, que todo trabalhador produtivo é assalariado e nem todo trabalhador assalariado é produtivo, uma noção contemporânea de classe trabalhadora, vista de modo ampliado, deve incorporar a totalidade dos trabalhadores assalariados. Isso não elide o papel de centralidade do trabalhador produtivo, do trabalho social coletivo, criador de valores de troca, do proletariado industrial moderno no conjunto da classe que vive do trabalho, o que parece por demais evidente quando a referência é dada pela formulação de Marx. Entretanto, como há uma crescente imbricação entre trabalho produtivo e improdutivo no capitalismo contemporâneo, e como a classe trabalhadora incorpora essas duas dimensões básicas do trabalho sob o capitalismo, esta noção ampliada parece fundamental para a compreensão do que é a classe trabalhadora hoje. Uma noção ampliada de classe trabalhadora inclui, então, todos aqueles e aquelas que vendem sua força de trabalho em troca de salário, incorporando, além do proletariado industrial, dos assalariados do setor de serviços, também o

² ANTUNES, Ricardo. Produção liofilizada e a precarização estrutural do trabalho. In: SANT'ANA, Raquel Santos et al (Org.). **O avesso do trabalho II**. São Paulo: Expressão Popular, 2010b. p. 24-25.

proletariado rural, que vende sua força de trabalho para o capital. Incorpora o proletariado precarizado; o subproletariado moderno; *part-time*; o novo proletariado dos McDonalds; os trabalhadores hifenizados; os trabalhadores terceirizados e precarizados das empresas liofilizadas; os trabalhadores assalariados da chamada “economia informal”, que muitas vezes são indiretamente subordinados ao capital; além dos trabalhadores desempregados, expulsos do processo produtivo e do mercado de trabalho pela reestruturação do capital, e que hipertrofiaram o exército industrial de reserva na fase de expansão do desemprego estrutural.³

Pois bem, o trabalhador-inspiração detém várias das características elencadas por Antunes. Ele é um trabalhador assalariado improdutivo, possivelmente um terceirizado-precarizado. Ou seja, ele é o trabalhador que foi vítima das alterações na configuração contemporânea da sociedade alvo de considerações na parte inicial do presente estudo. Isso significa que aquele trabalhador é afetado por todas aquelas alterações referentes à liquidez e aos riscos dos fenômenos atuais, é afetado pelo crescente uso da técnica, e isso resulta em uma enorme fungibilidade de seu trabalho. A questão central é que um pintor de prédios é facilmente substituível, o que o deixa em uma situação de considerável hipossuficiência. Além, a situação perigosa em que realizava seu labor denota também a fragilidade de sua relação de trabalho de modo que mostra a completa indiferença de seu empregador com relação às condições em que ele pinta os prédios.

A conclusão chave deste momento da análise é que o trabalhador-inspiração do presente estudo não é uma potencial vítima. Ele já é uma vítima da configuração contemporânea da sociedade no momento em que foi içado pelas cordas para efetuar seu labor, sem segurança, sem saúde, sem direitos, sem dignidade. Entretanto, não é porque a estruturação social explica o fenômeno que a responsabilidade se esvai. Ele vende sua força de trabalho para alguém, para alguma empresa, que o contrata e que é solidária na responsabilidade difusa por vilipendiar seus direitos, pois é ela que lucra com seu trabalho e lucra ainda mais com o não cumprimento das normas administrativo-laborais. Dessa maneira, para o empresário (ou o que deveria zelar pela sua segurança e saúde) que o contrata e que permite que ele se encontre na supracitada situação, cabe as considerações feitas sobre o criminoso do Direito penal econômico, agente regido por aquela *Ratio Calculatrix* pós-moderna, pelo *homo oeconomicus*.

O importante também é não conceber a situação como uma mera violação de direitos trabalhistas. O que ocorre com esse trabalhador é a violação de sua dignidade humana, é a

³ ANTUNES, Ricardo. Produção liofilizada e a precarização estrutural do trabalho. In: SANT’ANA, Raquel Santos et al (Org.). **O avesso do trabalho II**. São Paulo: Expressão Popular, 2010b. p. 25-26.

violação de seus direitos fundamentais, que se inicia com a violação dos seus direitos trabalhistas, mas se encerra no completo descaso com o ser humano que se encontra ali, correndo perigo de morte, pendurado, exposto e, provavelmente, sem a menor noção de que aquilo que ocorre com ele não é normal, não é correto, pois está acostumado a pouco pão e muito suor, muito trabalho, como o sertanejo de Ariano Suassuna. O que acontece aqui é um fato social que demanda intervenção jurídico-penal; que, por intermédio dos dados concretos do caso levados ao Sistema Jurídico-Penal e dos institutos de merecimento e necessidade de pena, se deve proceder. Válido lembrar que nem toda violação das relações de trabalho demanda intervenção jurídico-penal, na realidade, algumas poucas que demandarão. Não é qualquer não pagamento de horas extras que aciona a arma mais potente do Estado, o juízo de necessidade e merecimento de pena auxiliam; através dos princípios do direito penal, da argumentação e do princípio hermenêutico-constitucional da proporcionalidade, em decidir quais serão as violações dignas do Direito penal.

Pois bem, destaque se dá a uma maior necessidade de intervenção dos organismos estatais de fiscalização, não apenas eles, mas as entidades de classe, a sociedade civil, devem atuar em conjunto na busca por uma melhor condição possível para toda classe trabalhadora. O catador de material reciclável ou o lixeiro, numa ótica através do capital, parecem ser menos importantes que o *Chief Executive Officer* (CEO) de uma grande empresa, já que percebem rendimentos bem menores que o segundo, mas através de uma observação mais detida, lastreada na solidariedade, rapidamente se nota o valor social desses trabalhadores, a importância que eles detêm para a manutenção da vida em sociedade. É inadmissível que se naturalize essa diferenciação, já que no resultado final da necessidade social, talvez os primeiros sejam imprescindíveis, e o segundo nem tanto.

Entendendo que o trabalhador-inspiração encontra-se no conjunto de trabalhadores assalariados que estão em estado de precarização, que seu empregador ou responsável não cumpre com as normas laborais de uma forma que afeta diversos outros direitos inerentes a esse trabalhador por derivação, e que a afetação desses direitos demanda intervenção jurídico-penal, então necessária se faz a análise através dos institutos dogmáticos abordados no curso do estudo.

Inicialmente é importante frisar que o pintor em questão deve estar protegido, pelo menos, no mínimo que a legislação indica o que por óbvio não se verificava. Dessa forma, não há como não antecipar a intervenção penal, já que a produção do resultado surge primeiramente como muito previsível, segundo como facilmente evitável, terceiro como desnecessária de maneira que se está defronte a um delito de perigo. Também se verifica a

infração de um dever de cuidado. A exposição do trabalhador a tamanho risco desnecessário, já previsto nas normas trabalhistas, é a confirmação da infração de tal dever. Como se observa no estudo, se a infração se dá por omissão ou comissão já não é mais tão importante no campo do Direito penal econômico-empresarial, mas de qualquer forma se vislumbra aqui um típico crime por omissão.

A responsabilidade penal pode recair, como visto, tanto para a empresa como para o que detém posição de garantidor. Entretanto, como o ordenamento jurídico pátrio nem a jurisprudência ainda não confirmaram a construção doutrinária de que é possível responsabilizar uma pessoa coletiva por crimes externos ao meio ambiente, pondera-se através da ótica da posição de garantia. Que, no caso do pintor, há de se verificar a cargo de quem fica. Se de algum representante da empresa, se do empreendimento que contratou a empresa a quem esse trabalhador é subordinado ou se do dono da empresa, dos sócios.

Assim, na ótica da imputação normativa, o risco permitido se foi violado na desobediência das normas trabalhistas. O princípio da confiança confirma a criação de um risco juridicamente não permitido, sendo que aquele que detém o papel de garantidor violou seu papel especial e, desse modo, quebrou com a confiança que detinha perante o corpo social ao expor o pintor a tantos riscos desnecessários e previsíveis. A proibição do regresso respalda na verificação de quem contribuiu através de violações de papéis para a exposição do trabalhador aos riscos não permitidos, de forma que, na falta de mais informações, restringe-se naquele que possuía a posição de garantidor. Com relação à competência da vítima, verifica-se que dado a situação hipossuficiente, a precarização do trabalho a qual está submetido esse pintor, a fungibilidade de seu trabalho, é de se retirar a autorresponsabilidade do mesmo pela situação. Ou ele aceita a exposição ou ele aceita a demissão. De modo que a prevenção através do Direito penal, nos termos do estudo, não apenas é a indicada, mas como também é a possível. Recordando que não basta a prevenção através do Direito penal, há de ser feito todo um esforço conjunto de políticas públicas estatais e ações por parte da sociedade civil, sem isso a prevenção por intermédio do Direito penal resta inútil para alterar de modo significativo o trabalho na sociedade.

Encerra-se assim o presente estudo, confirmando que um modelo funcional do Direito penal, laborado através da sistemática da ideia de Ciência conjunta, encontra-se apto para lidar com as mais complexas e contemporâneas questões que guardam referência com as Ciências Criminais. Que as violações sofridas pelo trabalhador-inspiração não apenas guardam referência com a configuração contemporânea da sociedade, mas também com uma compreensão contemporânea dos fenômenos sociais, de modo que existe instrumental

dogmático para se promover a prevenção desse tipo de violações com o objetivo de evidenciar que a precarização do trabalho em curso pode ser freada com um ponto de partida que possui seu signo básico na solidariedade que deve orientar a vida em sociedade. Verifica-se que a análise dialética dos acontecimentos, através das mais plurais teorias, realizadas pela pesquisa científica possui muito em que contribuir com a sociedade mostrando o tamanho de sua função social.

A classe trabalhadora merece maior e melhor atenção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2005.

ALVES, Roque de Brito. Política criminal contemporânea. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina “teleológico-racional” do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. **Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico**: direito penal económico e Europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias do pensamento criminológico**. Trad. Sérgio Lamarcão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15).

ANTUNES, Ricardo. Anotações sobre o capitalismo recente e a reestruturação produtiva no Brasil. In: _____; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010a.

_____. Produção liofilizada e a precarização estrutural do trabalho. In: SANT’ANA, Raquel Santos et al. (Org.). **O avesso do trabalho II**. São Paulo: Expressão Popular, 2010b.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

_____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

BECKER, Camila. (Org.) **VADE MECUM**: 2013: com foco no exame da OAB e em concursos públicos. Camila Becker (Org.). 4. ed. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. In: BECKER, Camila. (Org.). **VADE MECUM**: 2013: com foco no exame da OAB e em concursos públicos. Camila Becker (Org.). 4. ed. Niterói: Impetus, 2013.

BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BUSHRUI, Suheil. **Ver Kahlil Gibran: Poet of the ecology of life**. Disponível em: < http://www.alhewar.com/Gibran_Eco.htm >. Acesso em: 15 set. 2015.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Intr. e Trad. A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARO JOHN, José Antonio. Delitos de infração de dever: fundamentos e significados. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sergio Salomão. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

CUENCA GARCÍA, María José. Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 1-57, 2013.

D'ALESSANDRO, Francesco. La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 53, fasc. 3, p. 1125-1164, luglio/sett. 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito penal:** parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Coord.). **Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa**. Madrid: Ara, 2005.

_____.; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. João Batista Machado 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

FERNANDES, Fernando Andrade. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. A pequena criminalidade e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). **Direito penal:** fundamentos dogmáticos e político-criminais em homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra, 2013.

FIGUEIREDO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 100-132, jan./fev. 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 94, p. 417-458, jan./fev. 2012.

GALLEGO ALONSO, Celima. Siniestralidad laboral: aproximación al fenómeno desde una perspectiva autocrítica de la respuesta jurisdiccional. Estudio del consejo general del poder judicial. **Cuadernos Penales José María Lidon**, Bilbao, ano 3, n. 3, p. 183-194, 2006.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia:** introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de derecho penal**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. **O futuro do direito penal:** tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Tópicos).

HABERMAN, Jürgen. **Sociologia**. Organizadores da coletânea B. Freitag e S. P. Rouanet :

Seleção e trad. Bárbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1980. (Grandes cientistas sociais).

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos).

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal; v. 6).

_____. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003b.

_____. **Autoria mediata e sobre o estado da omissão**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003c.

_____. **Ação e omissão no direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003d.

_____. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

JINKINGS, Nise. As formas contemporâneas da exploração do trabalho nos bancos. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980. (Pensamento político, 15).

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964.

MIR PUIG, Santiago. Concepto de bien jurídico-penal como límite del ius puniendi. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2014.

NAVARRO, Vera Lucia. A reestruturação produtiva na indústria de calçados de couro de Franca (SP). In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

OIT-Lisboa. **Trabalho digno: a chave do progresso social**. Lisboa, dez. 2015. Disponível em:

<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Org. e Trad. Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Duas questões atuais na dogmática do delito de omissão: sobre a suposta acessoriedade e sobre a solidariedade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

POLAINO-ORTS, Miguel. As quatro faces da imputação penal. Notas críticas as conceito kantiano de imputação desde uma perspectiva funcionalista. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

POZZEBON, Paulo Moacir Godoy. As ciências humanas. In: _____ (Org.). **Mínima metodológica**. Campinas: Alínea, 2004.

POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). **Tutela dos direitos humanos fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui: Boreal, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: _____ (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria do crime**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Derecho penal**: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. t. 1.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

SANTO, Michael. **Ver Foxconn chief calls employees ‘animals’, has zoo director lecture managers**. Denver, 19 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.examiner.com/technology-international/foxconn-chief-calls-employees-animals-has-zoo-director-lecture-managers>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SANTOS, Cláudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e os problemas do modelo de controlo. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Gérson Pereira dos. A modernidade, a pós-modernidade e o processo de globalização à luz do pensamento criminológico. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; MADLENER, Silma Marlice (Org.). **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

SILVA, Maria Aparecida Moraes. Se eu pudesse, eu quebraria todas as máquinas. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes (Org.). **O avesso do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, n. 99, p. 352-353, nov./dez. 2012.

_____. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Eficiência e direito penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11).

_____. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do

princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral. **Cuadernos Penales José María Lidon**, Bilbao, ano 3, n. 3, p. 15-40, 2006.

_____. Direito penal do trabalho. **Revista Penal**, Madrid, n. 1, p. 77-90, 1998.

TEUBNER, Gunther. Juridificação – noções, características, limites, soluções. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano 14, p. 17-100, 1988.

TIEDMANN, Klaus. **Poder económico y delito** (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel, 1985.

_____. **Derecho penal econômico**: introducción e parte general. Arequipa: Grijley, 2009.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ZIZEK, Slavoj. **O ano em que vivemos perigosamente**. Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2012.