



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA LETÍCIA OLIVEIRA VALVERDE DOS SANTOS

**CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO COMO
ELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA
ANÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ARTIGO 482, “d”
da CLT**

Salvador
2014

ANA LETÍCIA OLIVEIRA VALVERDE DOS SANTOS

**CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO COMO
ELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA
ANÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ARTIGO 482, “d”
CLT**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adriana Wyzykowski

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA LETÍCIA OLIVEIRA VALVERDE DOS SANTOS

**CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO COMO
ELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA
ANÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ARTIGO 482, “d”
da CLT**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

Aos meus pais que são os maiores responsáveis pela pessoa que me tornei e os que sempre me proporcionam concretizar todos os meus objetivos, e para minha irmã que contribui diariamente com seu carinho e atenção. Tudo é com eles, por eles e para eles. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

A cada nova etapa vencida meu primeiro agradecimento é sempre a Deus, por ser minha fortaleza e o que me proporciona paz e sabedoria para superar a mim mesma, quando eu acho que não consigo mais.

A minha professora, Juliane Facó, pela atenção e cuidado com que inicialmente me deu algumas orientações acerca de como conduzir melhor o presente trabalho.

Ao meu professor, Roberto Gomes, por ter colaborado muito ao analisar e orientar em conjunto com a professora Adriana no concernente ao aspecto penal.

A minha orientadora, Adriana Wyzykowski, pela ótima orientação, dividindo de maneira solícita e prestativa uma parte do seu conhecimento no tocante a como estruturar, desenvolver e fundamentar cada ítem apresentado.

A minha família, em especial à minha irmã Lorranna Valverde, por ter acompanhado toda a agonia desse período monográfico e ter dito palavras de incentivo quando eu precisava.

Ao meu namorado, Tadeu Reis, que compreendeu pacientemente meu prolongado momento de ausência e falta de tempo me dando todo o apoio necessário para concluir o presente trabalho.

A todos os meus amigos e colegas, em especial a Marina Freitas pela contribuição importantíssima quanto ao ponto de partida do desenvolvimento do tema; a Larissa Freitas e Raphael Oliveira pela companhia na escrita vespertina.

Ao pessoal da biblioteca que pacientemente me forneceu todo o material que foi preciso com muita atenção e boa vontade.

Meu muito obrigada a todos, o trabalho não seria o mesmo sem a colaboração de vocês.

“Uma coisa não é justa porque é lei, mas deve ser lei porque é justa”.

Montesquieu

RESUMO

O presente trabalho conta com uma análise acerca do art. 482, d, da CLT. Nesse sentido é apresentado um arcabouço histórico fazendo uma retomada em toda a questão histórica que envolve o direito trabalhista com vistas a demonstrar o quanto se revela importante e o quanto foi difícil chegar ao momento que se tem hoje no que concerne às conquistas de direitos sociais existentes hoje que estão previstos constitucionalmente. O artigo mencionado se reputa a possibilidade do empregado poder ser dispensado por justa causa em razão de condenação penal transitado em julgado desde que não tenha havido a suspensão condicional do processo. Nesses moldes é preciso, previamente, compreender qual o conceito dos institutos penais que estão relacionados à referida hipótese de justa causa, além disso, é preciso compreender qual a medida de interação entre o direito penal e o trabalhista, pois, vige em nosso ordenamento a concepção da independência das esferas, os ramos jurídicos são autônomos e em razão disso cada um possui seu regramento, nessa circunstância leva-se a conhecimento a razão dessa relação e se realmente é devida, uma vez que, a dispensa com justa causa gera para o empregado uma infinidade de problemas, sendo o primeiro deles a condição de desempregado e como consequência da justa causa aplicada as verbas que lhe são devidas são irrisórias em relação ao que receberia se tivesse sido dispensado sem justa causa. Além disso, é preciso observar como os princípios são interpretados frente à essa modalidade, pois a justiça trabalhista leva em consideração a hipossuficiência que é consubstanciada no princípio da proteção e seus corolários, de maneira que junto com a imperatividade das normas e do não retrocesso asseguram melhores condições para desenvolvimento da relação empregatícia.

Palavras-chave: Justiça do trabalho; histórico; justa causa; direito penal; princípios.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das leis trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
CTPS	Carteira de trabalho e previdência social
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
MPT	Ministério Público do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONTRATO DE EMPREGO À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO	15
2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	15
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	20
2.2.1 princípio da proteção	22
2.2.1.1 <i>In dubio pro operário</i>	25
2.2.1.2 Condição mais benéfica	27
2.2.1.3 Norma mais favorável	29
2.2.2 Não retrocesso	31
2.2.3 Imperatividade das normas trabalhistas	33
2.3 FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO	35
2.3.1 Elementos essenciais e caracterização do contrato de emprego	38
3 ASPECTOS PENAIS RELEVANTES	44
3.1 SANÇÃO PENAL	44
3.1.1 Conceito	46
3.1.2 Finalidade	50
3.1.3 Aspectos sociológicos da pena	55
3.1.4 Ressocialização	58
3.2 ESPÉCIES DE SANÇÕES PENAIS	62
3.2.1 Privativa de liberdade	63
3.2.2 Restritiva de direitos	65
3.2.3 Pena de multa	67
3.3 SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	68
4 CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO COMO ELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 482, d, CLT.	72
4.1 MODALIDADES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL	72
4.1.1 Resilição	74
4.1.2 Resolução	75

4.1.3 Rescisão	77
4.1.4 Formas atípicas	80
4.2 RESOLUÇÃO POR ATO DO EMPREGADO	82
4.2.1 Justa causa x falta grave	83
4.2.2 Poderes do empregador e as modalidades de penalidades	
85	
4.2.3 Requisitos para aplicação das penalidades	89
4.3 CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO COMO ELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 482, d, CLT.	92
4.3.1 Análise do art. 482, d, da CLT	93
4.3.2 As lacunas diante do art. 482, d, da CLT	99
4.3.3 Os princípios frente a essa modalidade de justa causa	102
5 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	107

1 INTRODUÇÃO

A relação empregado/empregador é marcadamente vista a primeiro plano como uma das grandes conquistas, pois o contexto histórico atrelado é afligido por acontecimentos que iam de encontro com a dignidade da pessoa humana, relevante princípio que hoje em dia é consolidado e deve ser observado nas mais diversas situações.

Ao longo do trabalho faz-se muito importante certa atenção ao histórico do direito do trabalho, pois, é nele que está expressa toda dificuldade perpassada para chegar a proteção trabalhista nos moldes de hoje. Mister se faz avaliar a razão pela qual uma atitude incidente na esfera penal pode repercutir tão incisivamente na esfera trabalhista, uma vez que as instâncias são autônomas e independentes, retirando a proteção alcançada ao longo do tempo.

É no segundo capítulo que serão abordadas as questões históricas e os aspectos relevantes para a formação do contrato, demonstrando o histórico repercute no modo como os contratos são formados hoje em dia, sendo indispensável também a abordagem de alguns dos principais princípios que regem as relações trabalhistas. Essas questões relevantes, pois é de acordo com o sistema protegido formado ao longo do tempo que a análise será realizada.

No contexto da proteção, os princípios atinentes ao direito do trabalho são de relevante importância, pois, eles fundamentam as decisões tomadas hoje e refletem aquilo que ocorreu ao longo do tempo. Nesta senda, faz-se uma análise um pouco mais contida, referindo-se apenas àqueles princípios que mais se coadunam com a proposta do trabalho desenvolvido.

Nesse âmbito, toma-se como mais relevantes o princípio da proteção e seus corolários, assim como o não retrocesso e a imperatividade das normas trabalhistas, pois, são esses que diretamente estão ligados ao que se objetiva defender.

Torna-se indissociável o estudo de aspectos penais que são extremamente relevantes para a análise do que está sendo defendido, é preciso identificar quais as questões de direito penal que implicam na compreensão da hipótese de justa causa em questão, sendo assim, mostra-se que o aspecto penal é o que traz a interdisciplinaridade em torno do tema.

No terceiro capítulo foram trazidos os aspectos penais importantes, como, o que é sanção penal, qual a sua finalidade, assim como as espécies de sanções penais existentes no ordenamento, sendo de suma importância essa abordagem para demonstrar qual a relação entre o instituto penal do crime e o instituto trabalhista da justa causa tendo como fundamento o referido instituto penal.

Além disso, as espécies de sanções abordadas interagem na análise em questão no sentido de esclarecer quais são as ensejadoras da justa causa abordada no terceiro capítulo, perpassando também por questões sociológicas e pela ressocialização para apresentar que o sentido de ressocialização é controvertido quando admite-se a aplicação dessa modalidade de resolução contratual.

Tem-se uma hipótese de justa causa em que o motivo é a condenação penal transitada em julgado, por isso, será apresentado o conceito de sanção penal, estabelecendo a diferenciação entre as demais sanções, civil e administrativa, tendo em vista que é a partir de uma pena que o indivíduo perderá os direitos alcançados em razão do trabalho.

Além disso, é importante mostrar a finalidade da pena, afinal é em razão disso que o indivíduo é punido no momento em que a pena abarca outra finalidade e em outro ramo jurídico, o objetivo punitivo acaba caminhando em um sentido diverso do estabelecido, uma vez que, a punição é para mostrar que a conduta foi inadequada e por isso está sendo punido, mas, para tanto, a cada infração cometida existe uma área adequada para responsabilização.

Não basta, portanto, entender a sanção e sua finalidade, pois, a pena também possui questões sociológicas que devem ser abarcadas. A ressocialização é almejada pelo direito penal, toda via, quando condiciona à manutenção dos direitos trabalhistas a não ocorrência de nenhuma infração penal a ressocialização vai perdendo o sentido, tendo em vista que, um indivíduo não pode ser ressocializado penalmente e excluído na seara trabalhista.

A perda do emprego é sim uma excludente e contrária ao objetivo penal. Da mesma forma é importante estudar as espécies de infração penal para entender em quais os tipos de penalidade que causam, efetivamente, a dispensa por justa causa.

O momento de formação do contrato de trabalho é algo que ao longo do tempo perpassa por vários marcos históricos, tendo em vista que a consolidação da

estrutura que temos hoje é marcada por muitos conflitos, onde vai-se desde o trabalho escravo até o momento atual que é uma situação amplamente regulada pelo direito e que limita a atuação dos patrões no que se refere a forma como o trabalho vai ser executado.

O quarto capítulo é o momento de interligar todas as questões abordadas anteriormente e trazer algumas conceituações essenciais, como, explicar as modalidades de extinção contratual para adentrar na modalidade em questão relacionando com os demais conceitos apresentados no decorrer do texto, assim como, fazer a relação direta dos princípios com a forma de resolução e apresentar a existência de lacuna quanto à aplicação fria e direta dessa modalidade de justa causa.

A extinção do contrato de trabalho não é algo desejado por aquele empregado que concentra sua sobrevivência na atividade laborativa que exerce, se tornando uma frustração e preocupação daquele que teve sua relação abortada, uma vez que é cada vez mais difícil se fazer presente e permanente no mercado de trabalho. Tem-se que a resolução na modalidade justa causa é uma das formas de extinção do contrato de trabalho, que pode decorrer em razão de conduta praticada pelo empregador; pelo empregado e até mesmo por culpa recíproca.

O art. 482 CLT nos mostra em rol taxativo quais são os motivos que podem ensejar a justa causa obreira, ou seja, quais são as situações em que o próprio empregado é o responsável por ter tido seu contrato de emprego extinto, ele mesmo se coloca numa situação que permite ao empregador dispensá-lo, dentre as situações previstas no referido artigo, temos a alínea “d” que traz a hipótese da condenação penal transitada em julgado e que não tenha havido suspensão condicional da pena, como um dos motivos justificadores da justa causa obreira.

De fato é inviável a continuidade do vínculo empregatício no momento em que é preciso se afastar do emprego para cumprir algum tipo de pena, mas entender que por causa disso, o indivíduo também merece perder todas as verbas trabalhistas a que faria jus se não fosse dispensado por justa causa, já é pesado demais para o trabalhador. A pessoa já vai ter toda uma estrutura estatal para julgá-lo, não cabendo ao direito do trabalho puní-lo novamente, fazendo perder verbas trabalhistas que foram adquiridas, exclusivamente, em razão da relação de emprego que possuía.

O problema reside no fato de que, é difícil estabelecer uma conexão concreta e suficiente entre o fato de uma condenação penal transitado em julgado sem suspensão condicional da pena, ter como consequência a perda de verbas trabalhistas. Surge aqui também um problema de cunho social, pois, a pessoa já está fragilizada em razão da condição de criminoso que se colocou por sua própria vontade, assim como a sociedade também já vai tratar de julgá-lo moralmente, repreendendo de forma incisiva o mau passo dado.

2 CONTRATO DE EMPREGO À LUZ DA PRINCIOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO

O contrato de emprego é um dos instrumentos mais importantes da sociedade, pois, por meio dele, o indivíduo pertencente a essa relação empregatícia está seguro de que terá o mínimo necessário para seu sustento, assim como, todos os seus direitos estão assegurados.

Os princípios são, juntamente com a legislação, às fontes normativas que regem essa formação contratual, de forma que a principiologia aplicada são protetivos em relação ao empregador que por muito tempo foi submetido a condições sub-humanas de exercício da atividade.

2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

É inegável que com a evolução do mundo, o homem, com toda sua necessidade de buscar sempre mais do que já tem, percebeu nitidamente a necessidade de trabalhar em conjunto. A luta por sobrevivência é que fez disso uma exigência, uma vez que o trabalho em conjunto é algo muito mais eficiente do que aquele desempenhado por um único indivíduo.

Nesse sentido tem-se que o direito do trabalho foi um dos primeiros direitos sociais que surgiu, com isso, fez nascer tantos outros. Muitos fatores justificam o surgimento do direito do trabalho, mas aquele que mais se evidencia é no sentido de que era algo inevitável, tendo em vista todos os acontecimentos históricos que foram essenciais e favoráveis ao surgimento desse ramo jurídico. O sistema jurídico como regulador da relação de emprego entre trabalhador e patrão é algo que foi edificado e fortalecido em razão dos diversos movimentos sociais existentes ao longo da história¹.

Seria inviável avaliar o contrato sem antes entender um pouco sua história, ainda mais quando se trata de um ramo jurídico que passou por aspectos políticos, sociais e econômicos que influenciaram diretamente, em que o interesse individual cedeu espaço para o coletivo. Ressalta-se que o direito do trabalho é extremamente dinâmico e marcadamente social, de forma que o trabalho quando realizado para fins de sobrevivência tinha a ideia de pena, os comentários mais remotos sobre o

¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4^o ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

assunto relacionam o trabalho ao sofrimento e a dor, é recente a noção de trabalho como atributo da dignidade.² Essa interação é muito forte, inafastável seria avaliar esse contexto.

Até chegarmos ao momento atual, o direito do trabalho foi ultrapassando momentos históricos como trabalho escravo, ascensão da burguesia até a efetiva e típica relação de trabalho, onde de acordo com as palavras de Alice Monteiro de Barros “É que o contrato de trabalho, núcleo de nossa disciplina, pressupõe a existência de dois sujeitos de direito: empregado e empregador. Ausente um deles, a relação jurídica está fora de sua tutela.³”

Tem-se de maneira muito bem definida o que vem a ser a formação do contrato de trabalho e quais são os elementos essenciais para identificação dessa relação com o decorrer do tempo. A respeito dessa evolução diz Maurício Godinho:

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente do século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia.⁴

Como retratado, a noção inicial de trabalho traz a conotação de pena, essa perspectiva não é compatível com o modelo de Estado que existe hoje, onde as maiores garantias giram em torno dos direitos fundamentais. A evolução trabalhista se coaduna com a evolução dos direitos humanos, em que todos os seres apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais merecem igual respeito.⁵

O direito do trabalho é um dos grandes fatores que movimenta a humanidade, pois é a partir dessas relações que são construídas que o mundo pode se desenvolver. Se não fosse pela organização trabalhista, não seria possível estabelecer grandes

² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 4º ed.**, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2009, p.55.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 13º ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 87.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 8º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

centros de produção, nem todo movimento da economia, pois as rendas ficariam concentradas na figura dos patrões circulando apenas entre si.

Com a Revolução Francesa veio a liberdade do trabalho, em razão dos princípios que foram propagados, especialmente o princípio da autonomia da vontade, sendo ressaltado principalmente no concernente a liberdade de contratar. De forma que a realização do trabalho de um em proveito de outro passou a ser por vinculação contratual, inicialmente com a incidência da autonomia da vontade, pois o modelo político da época era o liberalismo que não tolerava a intervenção estatal ⁶, posteriormente, baseado no respeito às normas estabelecidas, concretizando o que se entende por autonomia privada. ⁷

Mas para chegar até o modelo que se tem hoje, ocorreram muitos fatos históricos que contribuíram para modificação do sistema, levando a uma mudança significativa, saindo de um modelo de escravidão e exploração e chegando ao modelo em que, empregador e empregado devem definir conjuntamente como será o modo que a atividade laboral irá se desenvolver. Não existem mais tantas regras unilaterais, como outrora existiu, a busca passou a ser atingir o maior grau de equilíbrio numa relação que pela sua própria essência é desigual.

Nessa época de ascensão do direito do trabalho, marco muito importante é o forte desemprego que surgiu no momento da revolução industrial, pois, muitos homens foram substituídos por máquinas. Além disso, havia uma ausência de regulamentação, o que deu brecha para os empregadores criarem condições inexecutáveis de trabalho, onde até mesmo crianças trabalhavam e as mulheres submetidas a desenvolverem uma força laborativa equivalente a que os homens despendiam, mas não possuíam esse atributo.

Surgiu então muita preocupação em regulamentar o trabalho da criança e das mulheres, conferindo maior proteção, no que concerne a mulher existiam duas preocupações principais proteger contra as condições penosas de trabalho,

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8º ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 49.

⁷ É preciso fazer a diferenciação entre autonomia privada e autonomia da vontade, estando muito bem explicado pela professora Roxana Borges ao afirmar que “a teoria da autonomia privada contestou o dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar.” Dessa forma a autonomia da vontade é em razão exclusivamente da vontade humana e a autonomia privada tem como pressuposto uma normatização. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50).

resguardando a integridade física principalmente no período gestacional, assim como procurou-se atribuir igualdade material de tratamento e de direito em relação aos homens.⁸

O emprego generalizado de mulheres e crianças suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico, suportando salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, correndo sérios riscos de acidentes. As primeiras regulamentações foram centradas nas necessidades mais básicas, como regular a jornada de trabalho.⁹

Fala Alice Monteiro de Barros a respeito da evolução legislativa:

As causas originárias do intervencionismo encontram-se no aparecimento das massas, no surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade.

O cunho humanitário da intervenção estatal refletiu-se no aparecimento do Direito do Trabalho de praticamente todos os povos. E assim é que foram os aprendizes, os menores e os acidentados os que provocaram grande parte da legislação laboral, de caráter mais humanitário do que jurídico. As mulheres também se incluem entre os primeiros destinatários do Direito do Trabalho, considerando que, ao lado dos menores, eram a força de trabalho mais explorada no final do século XVIII, com jornadas extensas, precárias e degradantes condições de trabalho e baixos salários.¹⁰

Dessa forma, observa-se que o Estado saiu da posição de neutralidade e passou a ter uma postura ativa para regular fato social que carecia dessa regulamentação, dando ao Direito do Trabalho a sua principal função que é a de proteção, o empregado é o lado mais fraco e por essa razão, como estava submetido ao que determinava seus patrões, passou a ser protegido. Sendo o objetivo do Direito do Trabalho a garantia da dignidade do trabalho humano.¹¹

Acima de tudo o que se tem é uma luta árdua, de uma coletividade que não tinha mais como ficar submetida às determinações de um grupo detentor do poder econômico que ofertava para seus empregados condições inaceitáveis para desenvolver a atividade econômica diz Russomano:

Mas, para que todos os homens compreendessem que a felicidade coletiva repousa sobre a felicidade de cada cidadão a humanidade caminhou pela longa estrada dos séculos, deixando atrás de si as marcas impagáveis das injustiças sociais, das restrições, dos preconceitos, das pequenas e grandes misérias da civilização, que foi construída pelos braços anônimos dos povos

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 33.

⁹ *Idem*. **Curso de direito do trabalho**. 8^o ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 51.

¹⁰ *Ibidem*, p. 53.

¹¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no Direito brasileiro**. ed. 3. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 37.

e que, no entanto, traz a chancela dos imperadores, dos generais e dos gênios.¹²

No Brasil, inicialmente surgiram algumas legislações esparsas que tangenciavam a questão social, por exemplo, o Dec. nº 843 de 11/10/1890 que concedia vantagens ao banco dos operários; em 1919 surge a legislação acidentária do trabalho; 1923 Lei Elói Chaves que instituiu aposentadoria e pensão para os ferroviários; em 1927 é promulgado o código de menores, estabelecendo a idade mínima de 12 anos para o trabalho, assim como a proibição do trabalho noturno e em minas, dentre outros.¹³

A fase de institucionalização do direito do trabalho tem seu marco inicial em 1930 firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista em 1945. As legislações citadas exemplificativamente foram reunidas em 1943 em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que ampliou a legislação existente, assumindo a natureza própria a um código do trabalho.¹⁴

Todo esse cotejo leva a perceber o quanto foi difícil a concretização de um direito do trabalho que conseguisse conciliar a supremacia econômica do empregador em detrimento da hipossuficiência do empregado, tendo em vista que o poder econômico é um forte aliado das classes dominadoras. Entretanto, o quadro que se revela hoje é da necessidade de flexibilização das normas, não perdendo de vista o princípio da proteção, principalmente em razão da crise econômica vivida pelo mundo, é o que diz Ângela Tacca Fabbris:

Todavia, os avanços na tecnologia, com a informatização de inúmeras atividades, o conseqüente aumento do desemprego, implicam no surgimento de normas mais flexíveis para o Direito do Trabalho e, em face da forte crise econômica em que vivemos, os preceitos já consolidados ficam afetados.¹⁵

Diante do que se observa, houve toda uma luta para a conquista dos direitos, mas, é de suma importância ressaltar que é possível, em raras situações, a existência de uma flexibilização no sentido de conciliar o desempenho de determinada atividade com a garantia dos direitos mínimos, como por exemplo em algumas poucas situações de acordo coletivo, deixando de lado qualquer hipótese que possa ser

¹² RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no Direito brasileiro**. ed. 3. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p.15

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed., São Paulo: LTr, 2014, p.110.

¹⁴ *Ibidem*, p.112.

¹⁵ FABBRIS, Ângela Tacca. **Contrato de Trabalho: evolução e contemporaneidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 19.

encarada como um retrocesso do direito, no que concerne as garantias fundamentais.

Ademais, a análise dessa evolução do Direito do Trabalho, serve para mostrar como isso se reflete na formação do contrato, ou seja, o modelo de vinculação trabalhista, de maneira contratual com direitos e obrigações recíprocas é fruto de muita luta ao decorrer do tempo.

O Brasil ainda tem muitas dificuldades que precisam ser superadas, principalmente com a diferença regional existente, é difícil uma evolução trabalhista de maneira harmônica. Levando em consideração todos esses fatores, a proteção da pessoa no que diz respeito às relações empregatícias dependem muito das normas emanadas do Estado para tentar equilibrar essas relações. Mas apenas a norma não basta, deve ser bem elaborada e que não crie outro tipo de problema. ¹⁶

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios são normas que estão presentes no ordenamento com conceitos mais abertos e que por essa razão abarcam um número maior de conflitos jurídicos que podem ser resolvidos pela via principiológica, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, sendo, por conseguinte mandados de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. ¹⁷

Além da função normativa, observa-se que em detrimento do mandado de otimização possuem também função interpretativa e integrativa, que respectivamente auxiliam na compreensão do sentido da norma, assim como, preenchem possíveis lacunas deixadas pelo legislador. Revelando, dessa forma, grande importância dos princípios no ordenamento.

¹⁶ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Ética, Direito & Justiça**. São Paulo: LTr, 2004, p. 151.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 90.

No direito do trabalho, a principiologia não está posta apenas como fundamento para resolução de algum problema surgido na relação de emprego, os princípios são os norteadores de como deve ser o comportamento dos indivíduos.

Com a finalidade voltada para a proteção do hipossuficiente, que neste caso, é o empregado, os princípios são importantíssimos para tentar manter um equilíbrio, pois é na mão do empregador que se concentra o poder de mando na relação. Até mesmo pelo histórico percorrido e com todas as adversidades atinentes a relação de emprego, é preciso que o empregado tenha uma normatização a seu favor para que minimamente possa ter seus direitos assegurados.

O professor Dirley da Cunha entende princípio como sendo normas jurídicas operantes e vinculantes, que o legislativo e judiciário devem ter em conta e por preferência para interpretar e positivar as normas infraconstitucionais.¹⁸ Nessas condições, pode-se entender por princípio como sendo o enunciado aberto que traz as bases indispensáveis para entender a lógica imposta pelo sistema, assim como, integrar o direito na hipótese de eventual lacuna deixada pelo legislador¹⁹. Nesse contexto, os princípios são uma forma de auxílio para interpretação das normas e direcionador de comportamentos.

Vale ressaltar que os princípios de um ordenamento refletem aquilo que ideologicamente está posto pela sua norma maior que é a Constituição, de forma que pode-se inferir que a CF/88, elaborada através de um processo democrático, traz em seu bojo a proteção ao trabalhador.²⁰

A formação do contrato individual de emprego traduz toda a luta perpassada anteriormente, nesse sentido, os contratos devem conter o núcleo mínimo de direitos que são aqueles assegurados pela Constituição Federal como os direitos sociais, portanto, garantias fundamentais.

Nessa direção, existe uma estrutura de elementos indispensáveis que devem estar contidos, e que nem mesmo se o empregado quiser, eles podem ser suprimidos, sob

¹⁸ CUNHA JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 521.

¹⁹ VIEIRA, Lucas Carlos. **Princípios do Direito do Trabalho: Uma análise dos preceitos lógicos aplicáveis na justiça do trabalho e sua atual configuração**. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8193> acesso em: 06/10/2014.

²⁰ VIEIRA, Lucas Carlos. **Princípios do Direito do Trabalho: Uma análise dos preceitos lógicos aplicáveis na justiça do trabalho e sua atual configuração**. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8193> acesso em: 06/10/2014.

pena de não se configurar o contrato de emprego. Nessa mesma perspectiva de elementos indispensáveis, sabe-se que os contratos são regidos por norma regra e norma princípio.

Admitindo a importância principiológica trabalhista, faz-se necessário adentrar em alguns princípios que mais refletem a proteção ao empregado e que adiante serão os fundamentos para defender que o empregado não perca seus direitos trabalhistas em virtude de atitude responsabilizável em outra esfera.

2.2.1 princípio da proteção

É inafastável o estudo de que os contratos de emprego são indispensavelmente abarcados por toda uma normatização principiológica, com ainda mais relevância no Direito do Trabalho, tendo em vista o histórico, assim como são princípios específicos, próprios e diferentes dos outros ramos que traduzem a relação empregatícia na sua essência.²¹

Apesar de se entender que o Direito do Trabalho possui princípios próprios, é verdade que ao ramo referido também se aplicam princípios advindos de outros ramos como autonomia da vontade e boa-fé.²² Cada princípio traz em si uma maneira de harmonizar a norma, para evitar que o sistema se transforme em fragmentos desconexos, e a vinculação entre os diversos princípios contribui para sistematização e individualidade de cada ramo do direito.²³

Os princípios são verdadeiros norteadores de concretização do direito, entretanto, apesar de fazerem um direcionamento, não podem deixar de serem aplicados imotivadamente, tendo em vista que o mundo jurídico é composto por normas regra e princípio, inexistindo hierarquia.

Nessa senda, pontua-se que o julgamento realizado afastando a normatização principiológica deve ser motivada pelo magistrado, assim como motivaria se fosse o

²¹ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 9.

²² FABBRIS, Ângela Tacca. **Contrato de Trabalho: evolução e contemporaneidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 21.

²³ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 17.

caso de afastamento de uma regra ou trazer argumentos que pela própria natureza são capazes de realizar tão afastamento, a esse respeito:

Por serem específicos do Direito do Trabalho são distintos dos outros ramos e servem para justificar sua autonomia. Todos os princípios devem ter um liame entre si, sendo que a sua totalidade daria a característica de um ramo autônomo. Constituem o fundamento do ordenamento jurídico do trabalho não podendo haver contradições entre eles e os preceitos legais, estão acima do direito positivo, enquanto lhe servem de inspiração, mas não podem tornar-se independente dele.²⁴

Muitos são os princípios pertinentes ao Direito do Trabalho, entretanto, aqui fala-se do princípio da proteção e seus desdobramentos, pois, este é o que melhor traduz o espírito da legislação trabalhista. A proteção é o objetivo primordial, é a própria razão de ser do Direito do Trabalho e por isso não poderia deixar de ser exposta. Entende Américo Plá Rodrigues:

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.²⁵

Nota-se que esse entendimento corrobora a primordialidade do princípio da proteção, pois, nessa linha principiológica não se tem a proteção das duas partes, o sistema escolheu por privilegiar aquele que é o mais fraco da relação, sendo que ao fazer isso, está estabelecendo a igualdade material, que de acordo com o professor Dirley da Cunha Junior consiste em igualar desigualando para corrigir desigualdades históricas²⁶, ou seja, o princípio da proteção busca equilibrar uma relação que já nasce desequilibrada em detrimento de todo o histórico do direito do trabalho, já relatado.

A referida definição do doutrinador reflete perfeitamente o que se afirma no direito do trabalho, onde as desigualdades históricas são claras e alarmantes, assim como, é preciso resolver um problema de ordem prática no que se refere à superioridade econômica do empregador em relação a hipossuficiência do empregado.

²⁴ FABBRIS, Ângela Tacca. **Contrato de Trabalho: evolução e contemporaneidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 22

²⁵ RODRIGUES, Américo Plá. Op.cit. 1978, p.28

²⁶ CUNHA JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 681.

O Estado atuou tão contundentemente no que diz respeito a proteção que alguns setores da indústria e comércio vem afirmando que em razão tantos requisitos para a legitimação da relação de trabalho, a liberdade de contratação está sendo extremante restringida. Mas, o que verdadeiramente acontece não é uma restrição, mas uma forma de estabelecer igualdade entre os fatores de produção, o capital e o trabalho.²⁷

O princípio da proteção veio como uma forma de equilibrar a debilidade econômica dos trabalhadores com privilégios jurídicos, é dizer, conceder proteção legal ²⁸. Uma visão retrospectiva da história do Direito do Trabalho faz perceber que a proteção é fundadora desse direito²⁹. A proteção se vislumbra tão importante que é impensável o ramo trabalhista sem seu principal fundamento e conquista.

Entretanto, existe tanto no Brasil quanto no exterior quem negue que hoje em dia o Direito do Trabalho tenha essa função protetora, como Arion Sayão Romita que entende que o princípio da proteção está em declínio. Entendendo que o princípio da proteção despreza o conceito de justiça, afirmando que “...não existe “princípio de proteção”, desde que se entenda por princípio uma proposição ou diretriz geral que explica o fundamento de certa disciplina e inspira o legislador ...”, além disso, pode-se observar que muitas vezes o princípio descamba em uma injustiça. ³⁰.

O que Arion Sayão Romita entende é que existe uma flexibilização do princípio da proteção, onde as relações individuais de trabalho estão submetidas, verdadeiramente, ao princípio do garantismo legislativo, que tem a finalidade de compensar com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do trabalhador. O Estado concede benefícios irrenunciáveis, podendo sempre ser ampliado em favor do obreiro, mas nunca reduzidos nem suprimidos, ainda que com concordância dos sindicatos. ³¹

Não se pode fechar os olhos para a realidade, que indiscutivelmente é desigual e nessa direção é que está inserido o princípio da proteção com a finalidade de

²⁷ CUEVA, Mario De La. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. México: Porrúa, 1954, tomo I, p. 255 e 256.

²⁸ SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, 2004, n°11, p. 91-99.

²⁹ *Idem*. **Principiologia do direito do trabalho**. 2° ed, São Paulo: Ltr, 1999, p. 27.

³⁰ ROMITA, Arion Sayão. **Direito e justiça – lucubrações etimológicas (algo fútil) sobre o princípio da proteção**. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 73, n°1, 2009, p. 20.

³¹ ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p. 204.

garantir ao empregado direitos mínimos. A necessidade de igualdade é o que fundamenta o referido princípio, sob a ótica de igualar desigualando, entende Américo Plá Rodrigues:

O legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.³²

Posto seu fundamento, o princípio da proteção foi estruturado de acordo com Américo Plá Rodrigues, que pode se expressar de três formas distintas: *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável. Serão abordadas adiante.

2.2.1.1 *In dubio pro operário*

Esse princípio é bastante peculiar ao ramo trabalhista, sendo corolário do princípio da proteção. Nesse contexto existe apenas uma norma, mas que comporta diversas interpretações, seguindo a lógica protetiva do sistema, deve-se entender e aplicar aquela interpretação que seja mais favorável ao trabalhador.³³

No direito privado existe o “*in dubio pro reo*”, pois na generalidade das relações o devedor é aquele mais necessitado. Entretanto, nas relações de trabalho, ocorre completamente ao contrário, pois, o devedor aqui é a parte mais forte da relação, empregador, enquanto que o credor é a parte mais fraca, empregado.

Diante da distinção fática, é inaplicável o princípio do direito privado, já que desse jeito estaria afastando a proteção, e não concedendo-a, sendo cabível aqui aplicar o “*in dubio pro operário*”³⁴. A referida distinção só é passível de aplicação haja vista a autonomia e independência alcançada pelo Direito do Trabalho.

O referido princípio é largamente incidente, entretanto, surgiu a discussão no sentido dele ser realmente aplicável ou não, por entenderem que seria impróprio para uma disciplina que já superou seu momento inicial, afirmando pela incompatibilidade com a verdadeira imparcialidade do juiz do trabalho, mas, tal discussão encontra-se

³² RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 30.

³³ SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999, p. 41.

³⁴ SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999, p. 43

superada no que concerne a aplicação do princípio no Brasil, pois, no nosso ordenamento falta regras de interpretação dos contratos.³⁵

Assim como nenhum princípio é absoluto e hierarquicamente superior a outro, a sua aplicação também não é absoluta, existindo limite objetivo para sua incidência, que é a existência real de dúvida no que concerne a norma que está sendo apresentada para possível aplicação. Mas esse não é o único limite, existem outros que são abordados, todavia não é de concordância pacífica entre os doutrinadores.

Além dos limites, existem regras para que esse princípio seja aplicado, podendo ser tanto para estender um benefício ao trabalhador, quanto para diminuir um prejuízo.³⁶

Diante dessas regras de aplicação, observa-se que é o puro desdobramento do princípio da proteção, uma vez que a interpretação a ser feita tem como maior de todos os limites o atendimento a finalidade da norma, que é proteger o trabalhador, de forma que mesmo se a interpretação mais benéfica implicar em grande prejuízo chegando a desproteger, a finalidade da norma não foi atendida, logo, aquela não é a interpretação mais adequada a ser feita.

De acordo com o que se observa, esse princípio quer dizer que quando a norma for suscetível a várias interpretações deve-se preferir a norma mais favorável ao trabalhador ³⁷. Dessa forma, sua aplicação deve ocorrer somente quando existir dúvida sobre o alcance da norma legal e sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador. ³⁸

Existe entendimento controverso quanto a necessidade de existência do referido princípio, de acordo com o professor Maurício Godinho, existem alguns problemas relacionados, assim como, pode-se chegar ao entendimento de que está abarcado pelo princípio da proteção, assim entende:

Tal princípio, entretanto, apresenta dois problemas: o primeiro, menos grave, essencialmente prático, consistente no fato de que ele abrange dimensão temática já coberta por outro princípio justralhista específico (*o da norma mais favorável*). O segundo problema, muito grave, consistente no fato de que, no tocante à sua outra dimensão temática, ele entra em choque

³⁵ *Ibidem*, p. 46 e 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 62.

³⁷ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. Sao Paulo: LTr, 1978, p. 43.

³⁸ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. Sao Paulo: LTr, 1978, p. 45.

com princípio jurídico geral da essência da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do juiz natural.³⁹

Em relação ao primeiro problema, observa-se que o princípio se tornou redundante e conseqüentemente inútil, pois, de fato na hipótese de confronto entre interpretações consistentes o operador do direito deve optar pela norma mais favorável ao trabalhador, porém essa vertente já é atendida com precisão pelo princípio da norma mais favorável. Além disso, o segundo problema tem uma dimensão processual no sentido de propor que a autoridade judicial deveria decidir em benefício do trabalhador, em caso de dúvida no exame de situações fáticas concretas.⁴⁰

2.2.1.2 Condição mais benéfica

A segunda forma que estrutura o princípio da proteção é a regra da condição mais benéfica. É pressuposto para aplicação desse princípio a existência de uma pluralidade de normas, sendo necessária uma sucessão normativa, por isso entendido como o princípio que resolve um fenômeno de direito transitório ou intertemporal.⁴¹

O referido princípio visa conservar uma situação, se essa lhe for mais benéfica, tendo como fundamento jurídico o direito adquirido, previsto constitucionalmente pelo art. 5º, XXXVI da CRFB/88⁴². A condição mais benéfica, sendo de origem contratual pode ser ajustada expressa ou tacitamente, tendo em vista que se todos os contratos podem ser celebrados tacitamente, obviamente que uma cláusula específica também pode ser criada da mesma forma e, ainda assim, ser alvo de incidência do princípio da condição mais benéfica.⁴³

Da mesma forma, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento principiológico:

Enunciado nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973 - **Incorporada** a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 13º ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 210.

⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁴¹ SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999, p. 99.

⁴² SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999, p.102.

⁴³ *Ibidem*,p. 106.

Cláusula Regulamentar - Vantagem Anterior

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Assim como todos os demais, aqui também existem limites de aplicação, que podem ser intrínsecos e extrínsecos. Como limite intrínseco, mantem as condições coletivas de representação, negociação e conflito, assim como é preciso que a relação empregatícia tenha nascido na vigência da norma anterior, e isso não fere a isonomia. Como limite extrínseco é preciso à existência de norma posterior mais benéfica, não pode acumular vantagem antiga com uma posterior ⁴⁴.

A aplicação da condição mais benéfica leva em consideração a hipossuficiência do empregado, pois, se assim não fosse, o empregador poderia a todo e qualquer tempo modificar as condições para adaptar o exercício da atividade a condição econômica que lhe fosse mais vantajosa, deixado de considerar as regras previstas na CLT para que a alteração do contrato de trabalho seja lícita, quais sejam, a anuência do empregado e que a alteração seja benéfica.

De acordo com os ensinamentos de Américo Plá Rodrigues deve-se ter existido uma situação concreta que foi reconhecida anteriormente, sendo que essa mesma regra deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador do que a nova norma aplicável. Entende-se como condição:

Segundo esse autor, a condição pode ser entendida como: a) norma aplicável a uma situação concreta, entre várias de possível aplicação; b) situação geral, de fato ou de direito, para todos os trabalhadores ou para os de uma mesma profissão; c) situação particular de fato, voluntariamente outorgada pela empresa, ou de direito, concedida pela lei anterior. A primeira das acepções é a hipótese na qual atua a regra anterior dentre essas normas, aplicando-se ao trabalhador a mais benéfica, em razão do caráter tutelar que inspira o legislador e, portanto, seu intérprete. A segunda é uma consequência da eficácia dos usos e costumes que, como fontes do direito, vêm, em suma, a integrar-se no mesmo problema anterior. Somente resta, portanto, como específica, a terceira situação. ⁴⁵

Todavia, a condição mais benéfica deve-se operar desde que na situação posta, o benefício não seja meramente transitório, ou seja, a concessão já nasce com um

⁴⁴ *Ibidem*, p. 107 e 108

⁴⁵ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. Sao Paulo: LTr, 1978, p.45.

termo estipulado para o término, pois nesse caso, quando cessar a motivação que o originou, o benefício pode ser tornado sem efeito.⁴⁶

2.2.1.3 Norma mais favorável

A terceira forma pela qual o princípio da proteção se expressa é através da regra da norma mais favorável. Quando existirem várias normas e com vigência simultânea, aplicáveis a mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador.⁴⁷

É preciso atentar para o fato de que essa linha principiológica possui três dimensões distintas: no instante de elaboração da regra, momento pré-jurídico, que é o que orienta o legislador, no sentido de que as normas ao serem elaboradas devem atender a norma mais favorável; a segunda dimensão, momento jurídico, é no confronto entre regras concorrentes, prevalecendo aquela que for melhor para o empregado; a outra vertente, que também ocorre em um momento jurídico é o da interpretação das regras jurídicas, pois, a interpretação deve ser no sentido de sempre conferir mais direitos ao empregado, quando isso puder ser inferido da norma.⁴⁸

Esse é o princípio mais amplo em termos de proteção e que só se aplica, exclusivamente, ao direito do trabalho, pois, em nenhum outro ramo do direito e nem em nenhum caso, pelo menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior com desprezo da hierarquicamente superior.⁴⁹

O que fundamenta esse princípio é o art. 444 e 620 da CLT. Para que sua aplicação ocorra é preciso que alguns pressupostos sejam atendidos como pluralidade de normas jurídicas; validade das normas em confronto; aplicabilidade das normas

⁴⁶ *Ibidem*, p.65

⁴⁷ SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999, p. 65.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 13º ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 197.

⁴⁹ SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999, p. 65.

concorrentes ao caso concreto; colisão entre aquelas normas; maior favorabilidade, para o trabalhador, de uma das normas em cotejo.⁵⁰

Sob essa ótica, entende-se que quando existir mais de uma norma aplicável a uma mesma situação jurídica, deve-se aplicar aquela que é mais favorável. Assim entende:

Admite-se pois a prevalência das cláusulas mais favoráveis de uma convenção coletiva em face de normas de uma lei trabalhista que regule a mesma matéria, assim como a prevalência das cláusulas mais favoráveis de um contrato individual, diante das de uma convenção coletiva e das normas de uma lei.⁵¹

Mas, para aplicação dessa regra é preciso saber que deve-se levar em conta para a comparação o integrado pelas normas referentes a mesma matéria, ou seja, a avaliação é feita não da norma isolada⁵², mas do conjunto ao qual aquela norma pertence.⁵³

Diante das três bases estruturantes do princípio da proteção, nenhuma dúvida resta acerca da busca de igualdade, que só pode ser alcançada na medida em que igualar desigualando, pois não se pode atribuir igualdade a quem é naturalmente desigual, uma vez que nas relações trabalhistas a hipossuficiência vai inevitavelmente ocorrer.

Ser empregado nesse país é difícil, haja vista os indicies de desemprego que estampam os meios de comunicação, se o sistema não ajudar se torna mais complicado ainda em razão da desigualdade inerente a relação. Os empregadores com sua visão lucrativa querem apenas que a sua produção ocorra com os menores gastos possíveis, e uma das coisas que mais onera o empregador, é o empregado.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 67.

⁵¹ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. Sao Paulo: LTr, 1978, p. 55

⁵² *Ibidem*, p.60

⁵³ É preciso estabelecer algumas diferenças, o sentido de que quando existirem normas conflitantes que se apliquem ao mesmo trabalhador, mas que disciplinem a matéria de modo diverso, tem que respeitar o que for mais favorável, quanto as normas autônomas, deve-se observar alguns teorias, assim explica Vólia Bomfim: “ a teoria atomista é o critério de interpretação e integração de normas que leva em conta o benefício isolado contido em cada norma, aglutinando-os, acumulando-os numa só. A segunda teoria (conglobamento) se preocupa com a norma como um todo, respeitando seu conjunto. Aplica, exclusivamente, após o confronto, aquela que for mais favorável ao trabalhador, em seu bloco, ignorando a outra. A teoria intermediária, por sua vez, não faz a interpretação somando os benefícios de ambas as normas, relativas ao mesmo grupo de matéria, nem ignorando uma norma em prol da outra, em seu conjunto. Seleciona os institutos existentes entre as duas normas para coteja-los e, a partir daí, escolher exclusivamente o mais benéfico de cada norma para aplicar ao trabalhador. (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5º ed., Niterói: Impetus, 2011, rev., ampl., e atual., p. 195).

Deve-se sempre estar atento as atuações dos empregadores no que concerne ao respeito dos direitos mínimos do trabalhador, assim como toda sua principiologia trabalhista. Mas, para que tudo isso possa ser analisado, é pressuposto a existência de um contrato de emprego com todos os seus elementos essenciais e indispensáveis para caracterização do vínculo empregatício.

2.2.2 Não retrocesso

Nunca, na evolução das normas jurídicas falou-se tanto em princípio como nos últimos anos. Após longo período, chegou-se a conclusão de que todo princípio também é uma norma, sendo irrelevante, inclusive, o fato de está expresso ou não na legislação. No direito do trabalho não foi diferente, surgindo várias obras com distinções concernentes princípios do direito individual, do direito coletivo e processual do trabalho ⁵⁴. No direito do trabalho a preocupação central é proteger o trabalhador, para mediante essa proteção conseguir alcançar a igualdade substancial e verdadeira entre as partes. ⁵⁵

O surgimento desse princípio veio junto com o Estado social, de maneira que as conquistas sociais não retroagem, nem mesmo por emenda constituição, incluindo até os avanços obtidos por normas infraconstitucionais. Com isso, todos os direitos sociais que estão postos na Constituição só podem ser alterados se forem para ampliar direito, retroceder jamais. ⁵⁶

Não se admite o rebaixamento dos níveis sociais já alcançados, seja por norma superveniente ou por interpretação restritiva. A vedação ao retrocesso apresenta várias dimensões, de um lado o caráter estático em que se supõe a efetividade dos

⁵⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direito e justiça – lucubrações etimológicas (algo fútil) sobre o princípio da proteção.** Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 73, nº1, 2009, p. 20

⁵⁵ MENEZES DE, Claudio Armando Couce. **A) interpretação e aplicação das normas de direito do trabalho; B) princípios de direito do trabalho; Renúncia e transação.** Revista LTr. São Paulo: LTr, nº 6, 1991, p. 17.

⁵⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa. MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2009, p. 22.

direitos sociais já assegurados; em uma perspectiva dinâmica existe uma impossibilidade de mudança do *status quo* em sentido negativo.⁵⁷

Muito do que se depreende do princípio do não retrocesso está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios constitucionais mais importantes, principalmente no que se refere ao direito do trabalho, pois, até mesmo em razão do histórico trabalhista é que percebe-se a proteção da dignidade humana como uma finalidade.

É a dignidade da pessoa humana o vetor de um estado democrático de direito e isso está refletido nas demais proteções feitas pela Constituição Federal de 1988 no tocante aos direitos sociais do trabalhador estabelecidos no art. 7º da CRFB, pelo constituinte, que são tidos como direitos fundamentais. Valendo ressaltar que direito fundamental do trabalhador não é somente o que está posto na constituição, mas também o que se possa inferir das demais normas infraconstitucionais.

Nessa condição, o não retrocesso está atrelado ao sentido de não retroceder na proteção da dignidade, entendimento apreendido através da finalidade do Estado. Pois, entende-se por não retrocesso à impossibilidade de reduzir os direitos sociais da Constituição ou os que tenham sido positivados em norma infraconstitucional, garantindo ao cidadão o acúmulo, proteção e continuidade dos seus direitos.⁵⁸

O princípio do não retrocesso está sempre apoiado na ideia de ampliação dos direitos sociais e demais direitos que consolidam a dignidade da pessoa humana, nunca a sua diminuição. É o exercício de garantidor dos direitos, inadmitindo a sua restrição. Nova regulação não pode suprimir, sem compensação equivalente, direitos fundamentais gerais.⁵⁹

A dignidade humana que é precipuamente resguardada pela Constituição, deixa de ser considerada momentaneamente, pois, mesmo com a autonomia e

⁵⁷ MURADAS, Daniela. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. São Paulo: Síntese, v. 22, n. 262, 2011, p. 84.

⁵⁸ ALVAR, Maria Vitoria Queija. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso social no Brasil**. Âmbito jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212>. Acessado em 09 out 2014.

⁵⁹ CORRÊA, Carlos Romeu Salles. **O princípio da proibição do retrocesso social no direito do trabalho**. Universidade Federal da Bahia. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8440/1/CARLOS%20ROMEUE%20SALLES%20CORR%C3%8AA.pdf>>. Acessado 09 de out de 2014.

independência dos ramos jurídicos, foi estabelecida uma correlação, onde o fato propulsor da condenação ocorre em determinada área, no entanto, a consequência, que é a punição, será observada em dois ramos jurídicos distintos. Ademais, o art. 7º da CF/88 traz no caput o princípio do não retrocesso social, assim sendo, as relações de emprego devem ser pautadas com vistas a não gerar nenhum tipo de retrocesso, principalmente no que concerne aos direitos sociais garantidos no referido artigo.

Nesses termos, nota-se um retrocesso na matéria da proteção, o que é expressamente vedado, não existe consonância entre o que é pregado como propulsor da justiça trabalhistas e o que está sendo posto pela legislação, que valendo ressaltar, visa proteger.

2.2.3 Imperatividade das normas trabalhistas

No ordenamento brasileiro, como já dito anteriormente, tem a previsão da norma regra e da norma princípio. Nessa condição, as regras são divididas em cogentes, quando não podem ser afastadas pelo livre arbítrio do indivíduo, e não cogentes quando a pessoa pode escolher em seguir ou não o que está disposto na legislação, na forma como nos explica, Hans Kelsen fazendo a distinção entre o que se impõe de modo absoluto para os destinatários e o que se impõe de forma relativa, podendo ser afastado.⁶⁰

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas vem como um reforço àquelas normas entendidas como cogentes, assim como reforça a ideia trazida por toda linha principiológica já abordada, concentrando sempre na diretriz de tentar igualar uma relação que já nasce desigual pela própria natureza. De acordo com o referido princípio as normas não podem ser afastadas por vontade das partes.

As normas just trabalhistas são de ordem pública, cogentes, por isso, imperativas. A autonomia da vontade, no ramo jurídico trabalhista, não tem muito espaço, diferentemente do que ocorre no direito civil, que tem na construção das relações contratuais uma forte influência da autonomia privada.

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Ensaio introdutório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37.

Ganhando destaque nesse aspecto as normas de proteção à saúde do trabalhador, que indiscutivelmente, estão blindadas pela cogência ⁶¹. Atrelado a imperatividade das normas trabalhistas, faz-se mister fazer referência a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pois, ao trabalhador também não lhe é permitido renunciar às suas garantias constitucionais e proteções legais, tendo como alicerce o fato de que o trabalhador sendo hipossuficiente, poderia ser obrigado a abrir mão.

Diante da imperatividade das normas, o Direito do Trabalho revela-se como o principal exemplo da intervenção estatal, tendo em vista que, além de assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, existe a preocupação em proteger uma das partes, o trabalhador, para a concretização da igualdade substancial e verdadeira entre as partes. ⁶²

Assim sendo, o ajuste do contrato de trabalho é algo que, via de regra, está afastado, pois deve haver a prevalência das normas do direito do trabalho e qualquer declaração das partes em sentido contrário deve ser afastada ⁶³. Nessas condições, observa-se que o contrato de emprego é de adesão, sendo importante atentar para essa questão, pois, inexistente a interação entre empregado e empregador no sentido de o empregado poder optar pelas regras do exercício da atividade, como por exemplo, elencar quais as hipóteses que gerarão a justa causa, essa é uma questão já trazida pelo legislador em rol taxativo.

A ideia seria um acordo de vontades, mas isso nem sempre acontece, afetando diretamente a dignidade humana, em última análise significa a dispensa do consentimento da relação de emprego, estruturada contra a vontade de uma das partes ⁶⁴. Fica a cargo do empregador definir quais são as diretrizes do contrato e para o empregado sobra apenas a possibilidade de concordar com o que está posto, sabendo, entretanto, que apesar de ser de adesão as garantias mínimas legais e constitucionais devem ser respeitadas.

⁶¹ PRINCÍPIOS do direito do trabalho. **Espaço Jurídico**. Disponível em <<http://www.espacojuridico.com/blog/principios-do-direito-do-trabalho-parte-1/>> acessado em 13 out de 2014.

⁶² SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. O direito do trabalho e o Estado. *In*: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). **Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes**. São Luis: 2001, p. 311 a 326.

⁶³ JUNIOR, Luiz Vicente. **Direito do trabalho**. Disponível em <<http://juliobattisti.com.br/tutoriais/luizvicente/direitodotrabalho002.asp>> acessado em 13 de out de 2014.

⁶⁴ GOMES, Orlando. Contrato de trabalho e relação de emprego. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 125, ano. 46, fasc. 555, 1945, p. 25.

Posto que o princípio da imperatividade determina que as regras de direito do trabalho não estão sujeitas a alteração por vontade das partes, é necessário salientar que algumas exceções estão previstas na própria lei, como é o caso do art. 472, § 2º da CLT. Deve-se atentar que a aplicação dos princípios específicos passa por uma reformulação, já que os princípios são a norma que consegue acompanhar mais rapidamente as mudanças sociais, bastando, para tanto, encaixar a interpretação ao novo modelo social.⁶⁵

Em consonância o que já foi salientado, a imperativa tem em si um caráter também protetivo para que não seja afastado, nem retirado do trabalhador as normas que lhe conferem que a execução do trabalho seja em condição razoável.

2.3 FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Ao longo da história da formação do contrato de emprego, como demonstrado no primeiro tópico, existe um contexto em que a dominação era o preponderante nas relações empregatícias, existindo apenas para os empregados o dever de seguir as ordens ditadas pelo patrão. Dessa forma, o panorama é de uma visão progressiva, tendo como conquista maior, a proteção daquele que é o mais frágil da relação de trabalho. A necessidade de existência de empregador e empregado é o alicerce da construção e percepção de uma relação de emprego.

Esse momento de formação é algo elementar para o desenvolvimento da posterior relação trabalhista, tendo em vista que é no início que todas as condições serão estabelecidas. Nessa seara, pode-se observar que um contrato de trabalho pode ser iniciado até mesmo através de uma promessa. Estabelecendo um paralelo comparativo com a realidade brasileira, tem-se que no direito português a promessa de contrato de trabalho é admitida, sendo chamado de contrato-promessa. A esse respeito fala João Leal Amado:

No processo genético do contrato de trabalho encontra-se, por vezes, um outro contrato: um contrato-promessa, <<convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato>>, como se lê no art. 410.º, n.º 1 do CCivil.

⁶⁵ MARTINS, Maíra Batista. **Princípios Específicos do Direito do Trabalho: Reflexão Crítica quanto à Aplicação na Atualidade.** Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23903/principios-especificos-do-direito-do-trabalho-reflexao-critica-quanto-a-aplicacao-na-atuabilidade>> acessado em 13 de out de 2014.

E pode dizer-se que este contrato-promessa é um negócio jurídico bem conhecido pelo nosso ordenamento, quer civil (o CCivil disciplina-o nos seus arts. 410.º a 413.º), quer laboral (o CT não esquece a promessa de contrato de trabalho, regulando-a no seu art. 103.º).⁶⁶

Diante da afirmativa acima, percebe-se que no direito português o fato de existir uma promessa já é motivo necessário e suficiente para formação posterior do contrato de trabalho. Assim, observa-se que a promessa de contrato já constitui em si mesma um verdadeiro negócio jurídico bilateral onde existe o consenso de duas declarações de vontade que se contrapõem.⁶⁷

No ordenamento brasileiro ainda não existe previsão expressa para a formação de contrato de trabalho por meio de uma promessa, entretanto, isso pode ser extraído através de uma análise mais profunda da lógica do sistema, pois apesar de não está expreso a incidência do contrato de promessa, tem-se no Brasil a o contrato tácito. Dessa forma poderíamos chegar ao mesmo entendimento do ordenamento português, tendo em vista que uma promessa de contrato de trabalho é uma situação que cria expectativa no indivíduo que será o futuro suposto empregado, e isso é quebrado no momento em que o contrato não se forma efetivamente.

Por outro lado, na formação do contrato de emprego, nem todas as relações estarão configuradas como uma relação de emprego ensejadora de um contrato de emprego. É como se existisse uma relação de gênero e espécie, onde a relação de trabalho seria aquela mais genérica englobando todas as relações jurídicas caracterizadas por terem uma pessoa obrigada a realizar determinada atividade, extraída da sua capacidade laborativa, sendo essa a delimitação da palavra trabalho.⁶⁸

Seria inviável entender todas as relações como empregatícias, por razões óbvias, pois deixaria de existir os pólos de empregador e empregado e seria um grande gênero conhecido como relação de trabalho.

Por outro lado, relação de emprego é apenas uma das espécies da relação de trabalho, modalidade própria e específica que não se confunde com mais nenhuma outra espécie. Assim como também, se apresenta como a forma mais relevante de formação de uma relação trabalhista, em razão das suas peculiaridades que a

⁶⁶ AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 166.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 166.

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 265.

tornam a maneira mais segura de realizar um trabalho, uma vez que o arcabouço jurídico protetivo foi desenvolvido prioritariamente por causa dessa relação.⁶⁹

Os indivíduos estão inseridos em uma sociedade em que é cada vez mais difícil se firmar no mercado de trabalho, o momento da celebração de um contrato de emprego é da maior relevância na vida de qualquer pessoa. Essa formação do contrato pode ser feita de diversas formas, a Consolidação das Leis trabalhistas em seu art. 442 tem um conceito bem simples, dizendo apenas que “contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de trabalho”.

A doutrina por sua vez, entende que o conceito deve ser mais bem definido e claro, “Desse modo, o *contrato individual de emprego* é o ajuste tácito ou expresso que faculta ao empregador utilizar a energia pessoal e permanente de empregado, mediante subordinação e retribuição, para realização dos fins de sua empresa”⁷⁰. Tendo em vista o conceito apresentado, percebemos que aquele trazido pela legislação pertinente, carece de completude para sua aplicação efetiva. Sendo ainda mais clara a respeito da definição do contrato de trabalho, Alice Monteiro de Barros define como:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, **pessoalmente**, em favor do segundo um serviço de **natureza não-eventual**, mediante **salário e subordinação jurídica**. Sua nota típica é a **subordinação jurídica**. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.⁷¹

Desse modo, observa-se que a denominação de contrato de emprego trazido pela doutrina passa por todos os elementos da relação de emprego e é revestido de maior completude visando destacar a existência de um lado mais fraco. Nota-se que a formação do contrato de trabalho, dada à necessidade de sobrevivência, se revela como sendo amplamente protegida, tendo em vista que a regra da nossa sociedade não é ser patrão.

2.3.1 Elementos essenciais e caracterização do contrato de emprego

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 266.

⁷⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material**. São Paulo: LTr, 2007, p.189.

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 237.

Dentre os aspectos que são essenciais para a formação de um contrato de emprego, elemento bastante relevante e que merece um maior destaque é o fato de o contrato poder ser realizado até mesmo de maneira tácita, ou seja, empregador e empregado não precisam preencher nenhuma formalidade para que o contrato exista, basta que pratiquem atos próprios de empregado e empregador para que estejam nessa condição, sendo essa modalidade equivalente ao contrato de promessa de emprego do direito português, como já visto.

Esse aspecto é muito relevante, pois, é inegável, até mesmo por conta do histórico do direito do trabalho que o empregado é o hipossuficiente. Nesse sentido, com a possibilidade de reconhecimento de um contrato de emprego ter sido realizado de forma tácita, existe uma maior proteção em relação ao trabalhador subordinado, pois, terá seus direitos assegurados numa eventual possibilidade do empregador negar a existência da relação por não existir nada expesso que comprove.

Valendo lembrar que a maior prova concreta da relação empregatícia é a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), sem deixar de lado o importante princípio da primazia da realidade sobre a forma, onde o arcabouço fático é o que delinea a existência da relação empregatícia.

Para que se possa fazer análise dos elementos que constituem o contrato de emprego é preciso, precipuamente, saber o que vem a ser essa relação de emprego que foi conquistada ao longo do tempo e que ainda hoje existem situações que chegam ao judiciário, podendo ser tomadas como absurdas, pois muito já se falou do assunto.

Trabalho é um conceito mais geral que se caracteriza como qualquer esforço físico ou mental desempenhado por um ser humano, enquanto que contrato de emprego é mais específico, pois é a realização de um pacto onde o trabalho subordinado é a principal obrigação do empregado.⁷² Define Vólia Bomfim o contrato de trabalho como sendo:

soma dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, ou seja, é a convenção expressa ou tácita, pela qual uma pessoa física presta serviços a outra (pessoa física ou jurídica), de forma subordinada e não eventual, mediante salário e sem correr os riscos do negócio, de forma continuada".⁷³

⁷² CAIRO JR. José. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 151

⁷³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5º ed., Niterói: Impetus, 2011, rev., ampl., e atual., p. 553.

Como é percebido, o contrato é um negócio bilateral, a esse respeito diz Newton Cunha de Sena “desta forma, o contrato trata um negócio jurídico bilateral, pois pressupõe a manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, com o objetivo de atingir determinado fim patrimonial.”⁷⁴

O estudo dos aspectos do contrato de trabalho, se mostra importante, pois desta forma se pode identificar com mais facilidade quando se está diante de um contrato, Sergio Pinto Martins estrutura essas características em três aspectos:

A relação pessoal seria fundamentada pelo fato de que o trabalhador não é mais destinado apenas aos escravos, não podendo ser considerado como mercadoria. Logo, a relação é pessoal, havendo um dever recíproco de fidelidade.

A característica patrimonial é evidenciada pelo fato de que o objetivo do trabalho é alcançar fins econômicos, patrimoniais, pois o empregado trabalha em troca de receber um valor pecuniário pela prestação dos seus serviços.

No contrato de trabalho tanto existe uma relação pessoal como patrimonial. Há uma combinação indissolúvel desses dois elementos. Ela é pessoal, pois compreende determinada e específica pessoa que é o empregado. É também uma relação que diz respeito a duas pessoas: empregado e empregador. Ao mesmo tempo, é patrimonial, pois o empregado trabalha para receber salário. O empregado também tem direito de receber a prestação de serviços para pagar o salário.⁷⁵

Essa estrutura mostra em uma visão geral as características mais importantes e indispensáveis do contrato de trabalho, pois, as que estão previstas, tratam de características que são inerentes ao desenvolvimento da relação trabalhista, principalmente no que concerne a empregador e empregado que as partes principais na relação em questão. É necessário que se tenha a concentração e cumulação do que está disposto.

O contrato de emprego está previsto no art. 442 CLT⁷⁶ e em outras leis, por essa razão se entende que o contrato é típico, tendo em vista que existe uma norma que trata especificamente do contrato, onde são estabelecidos critérios que definem a sua constituição e validade. Além disso, também como forma de caracterização se tem que o contrato é de execução sucessiva por não se exaurir no cumprimento de uma única obrigação; comutativo, uma vez que existe equivalência entre obrigações de empregado e empregador, sendo que o empregado já sabe que terá direito ao

⁷⁴ SENA, Newton Cunha de. Instituto jurídico do passe à luz do Direito do Trabalho. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orient.). **Novos nomes em direito do trabalho**. [S.l.]: [S.n.], [200 – ?], v. III, p. 144.

⁷⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106

⁷⁶ Art. 442 CLT: Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

pagamento e o empregador sabe que terá que pagar em razão do serviço prestado. Valendo ressaltar que essa comutatividade não é perfeita, pois existem situações em que o empregador deve pagar, mesmo sem ter havido a realização de trabalho, como no caso de férias.⁷⁷

No contrato de trabalho existe a onerosidade, pois, os dois contratantes assumem obrigações e vantagens recíprocas, onde o patrão recebe os serviços e o empregado, o respectivo pagamento, sendo essa característica traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade.⁷⁸

O contrato de emprego é um negócio jurídico e por essa razão não pode desconsiderar o que determina o Código Civil em seu art. 104⁷⁹, quando traz os elementos essenciais de um negócio jurídico. Determinação igualmente importante é referente aos planos da existência, validade e eficácia, uma vez que a relação de emprego é um contrato.

Dessa forma, quanto ao plano da existência, refere-se apenas aos acontecimentos fáticos, lícitos ou ilícitos e que será juridicizado⁸⁰, com isso, o contrato de emprego existe a partir do momento que os elementos, já abordados, que caracterizam esta relação estão presentes, de maneira que até mesmo tacitamente o contrato poderá ser celebrado, uma vez que a primazia da realidade sob a forma impera no âmbito trabalhista como forma de reconhecer as relações.

O plano da validade é a qualificação que se atribui a atos jurídicos, é a perfeição de forma que os elementos nucleares não tem qualquer deficiência invalidante⁸¹, nesse sentido, o código civil estabelece as condições de validade dos contratos, que se aplicam perfeitamente ao contrato de trabalho. Quanto a eficácia, entende-se que tem como pressuposto essencial a concretização de todos os elementos descritos que devem existir no mundo dos fatos e sem nenhum vício nos fundamentos

⁷⁷ CAIRO JR. José. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 176

⁷⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5º ed., Niterói: Impetus, 2011, rev., ampl., e atual., p. 273.

⁷⁹ Art. 104 do Código Civil: A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17º ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

⁸¹ *Idem*. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

nucleares que cause a invalidade, quais sejam, aqueles estabelecidos pela norma civilista.⁸²

Entende Ismênia Oliveira de Castro:

A doutrina civilista define, via de regra, os acordos com guisa a expressar a vontade dos contratantes, desde que detenha objeto legalmente lícito, de possível cumprimento pelas partes, instrumentos capazes de criar, regular, modificar ou extinguir relações jurídicas de conteúdo patrimonial, e estabelecidos nos limites de sua função social, tais como os contratos.⁸³

Nessa linha, é preciso que o agente seja capaz, ou seja, possua aptidão para prática dos atos da vida civil, a respeito da capacidade diz José Cairo Jr.:

Portanto para validade do contrato de trabalho exige-se a capacidade plena do empregado que ocorre aos 18 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Antes disso, a pessoa é incapaz de celebrar qualquer contrato, inclusive contrato de trabalho.

Entre os 16 e 18 anos, o empregado deve ser assistido por seus representantes legais para que celebre um contrato de trabalho válido, pois nesse período é considerado como relativamente incapaz.⁸⁴

Note-se que esse elemento não decorre da norma trabalhista, mas sim, das exigências do direito civil para formação de um contrato. Por essa razão também se aplica ao caso, as outras hipóteses de incapacidade relativa que estão previstas no art. 4º do código civil.⁸⁵ No tocante a capacidade do empregador existe uma omissão legislativa e por isso se entende que se aplicam as regras gerais do direito, sendo assim, o empregador será o maior de 18 anos.⁸⁶

Ainda no que se refere aos elementos essenciais, o objeto é de suma importância para o contrato, pois este, de acordo com a lei, deve ser lícito, possível, determinado ou minimamente determinável, o objeto não pode constituir atividade ilícita, criminosa ou contrária aos bons costumes, assim sendo, será nulo de pleno direito por faltar o requisito essencial para validade que é a licitude do objeto. É nulo o ajuste em razão de objeto ilícito, nada sendo devido ao empregado, nem sequer

⁸² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 4º ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

⁸³ OLIVEIRA, Ismênia de Castro. Do Equilíbrio Contratual Civilista e a Hipossuficiência no Direito do Trabalho (Obrigações do Empregador). **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre: Síntese, v. 21, n.252, jun. 2010, p. 17.

⁸⁴ CAIRO JR. José. **Curso de direito do trabalho**. 3º ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 180

⁸⁵ Art. 4º Código Civil: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

⁸⁶ CAIRO JR. José. *Op. Cit.* 2009, p.181.

salário, afim de evitar o enriquecimento ilícito ⁸⁷. Valendo ressaltar que o direito do trabalho possui teoria das nulidades própria.

Por fim, exige-se como elemento essencial do contrato que ele tenha forma prescrita ou não defesa em lei. Como regra, o contrato de trabalho não exige forma, ou seja, é contrato informal. Entretanto, alguns contratos, em razão de situação peculiar, exige uma forma para que seja efetivamente concretizado, são contratos que necessitam de uma segurança maior e por isso exigem forma. ⁸⁸

Além das características expostas, existem algumas outras que são referentes ao empregado, mas que também levam a percepção da existência de uma relação de emprego. A subordinação é um dos elementos que caracteriza a relação, onde uma pessoa desenvolve determinada atividade de acordo com as regras de outrem.

Em um plano ideal, a busca do direito do trabalho, é que as relações de emprego fossem estabelecidas de modo que as regras de desempenho da atividade laboral fossem definidas conjuntamente, entre empregador e empregado, sendo um contrato bilateral, mesmo que ainda continuasse enfatizada a desigualdade das partes na manifestação da vontade contratual. ⁸⁹

Além da subordinação, como bem visto na definição apresentada, a relação de emprego pressupõe outros elementos que indicam sua existência, numa situação em que não tenha sido estabelecida de maneira expressa, como a pessoalidade, onde a pessoa tem a obrigação de exercer o trabalho pessoalmente; onerosidade, que se configura pelo recebimento do salário; e habitualidade, exige que o trabalho não seja exercido de maneira eventual. Todos esses elementos reunidos, concomitantemente, indicam a existência de uma relação de emprego, independente de qualquer manifestação expressa. ⁹⁰

Diante da situação, o que se sabe é que toda a estrutura formada é para proteção daquele que é o lado mais fraco da relação. As normas dispostas, visam garantir que a dignidade do trabalhador não será afetada e o desempenho da função ocorrerá em situação digna. A globalização também faz com que essa proteção seja mais intensa, pois o mercado é competitivo e em um mundo onde todos buscam

⁸⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5^o ed., Niterói: Impetus, 2011, rev., ampl., e atual., p. 583.

⁸⁸ CAIRO JR. José. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 181.

⁸⁹ BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989, p. 137.

⁹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 107.

ganhar espaço é mais propício que seja feito as custas da exploração de do trabalho de outrem.⁹¹

Toda a carga jurídica atinente aos contratos é inegavelmente um meio de proteção ao trabalhador. Nesse sentido, a dispensabilidade de requisito formal para formação do contrato remete ao que já foi dito anteriormente, pois, todo o histórico do direito do trabalho está refletido na forma como ele é aplicado hoje.

Em razão da superioridade do empregador, não se tinha como deixar a formação do contrato a cargo de formalidades, pois, desta forma, a informalidade seria um mecanismo para se eximir da caracterização da relação trabalhista e como consequência, o não pagamento das verbas devidas em decorrência da relação.

O contexto histórico e evolutivo é imprescindível para a explicação do panorama que tem-se hoje. O contrato pode ser configurado mesmo de maneira tácita, como já visto, entretanto, não se tem como aplicar essa regra a todas as situações, pois, alguns tipos de relações são mais complexas e por isso exigem maior regulamentação. Dessa maneira, existem várias formas de contrato.

E toda essa abordagem tem relação com o tema em questão, pois, no quarto capítulo, será feita a análise de uma das hipóteses de justa causa e ficará demonstrado que todos os aspectos aqui abordados que são de suma importância para qualquer relação empregatícia, é desconsiderada quando da extinção da relação de emprego, ou seja, é feita uma abordagem sistemática das questões históricas, principiológicas e legais para demonstrar o equívoco do dispositivo legal em questão.

⁹¹ CUNHA, Alexandre. **“A Justiça do Trabalho Diante da Transformação do Direito, na perspectiva da Dinâmica econômica.”** JusBrasil. Disponível em <<http://atfbc.jusbrasil.com.br/artigos/111843887/a-justica-do-trabalho-diante-da-transformacao-do-direito-na-perspectiva-da-dinamica-economica>>. Acesso em 21 jan 2014.

3 ASPECTOS PENAIS RELEVANTES

Apesar das áreas jurídicas penal e trabalhista serem completamente distintas e independentes, faz-se necessário a consideração no que concerne a alguns conceitos e reflexões penais, demonstrando como determinados institutos estão relacionados, pois, como já colocado, a conduta do indivíduo na esfera penal terá, também, consequência na esfera trabalhista.

A correlação do direito penal com direito do trabalho reside no fato de um empregado poder ser dispensado, por justa causa, em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado. No momento em que o juiz condena o indivíduo por um crime de qualquer natureza e que essa decisão transita em julgado, de acordo com Luciano Martinez é como se existisse uma quebra da confiança entre os contratantes e surge uma autorização para o empregador aplicar a justa causa.⁹²

A quebra da confiança é algo que, até mesmo por conta da sociedade em que vivemos, é inevitável que aconteça, pois o natural é que as pessoas não dêem credibilidade para aquele que é considerado de acordo com a legislação vigente, um criminoso. Diante disso, avança-se no estudo dos institutos penais que são relevantes e pertinentes para compreensão do que está posto na legislação trabalhista.

É através do entendimento dos institutos penais que será avaliada a interação com o direito do trabalho, pois, tendo a justa causa um elemento motivador essencialmente penal é pertinente perpassar pelos referidos aspectos e logo mais adiante demonstrar a necessidade de apresentação dos conceitos aqui apresentados.

3.1 SANÇÃO PENAL

Como está posto na legislação, a sanção penal será a consequência de uma atitude indevida realizada por determinada pessoa. Assim sendo, para que alguém seja

⁹² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paul: Saraiva, 2013, p. 599

sancionado penalmente é preciso que tenha havido um crime tipificado na lei como tal, para não ferir a legalidade, que é um dos princípios regentes do direito penal.

A primeiro momento é preciso entender que o crime é, antes de tudo, um problema social, estudado sob uma ótica de política criminal, de acordo com o professor Ruy Barbosa os crimes não tem geração espontânea, são na verdade resultados evolutivos da germinação de sementes, em que não é possível saber a qualidade de propagação e transformação, senão quando os seus primeiros efeitos começam a afligir a sociedade e a impressionar os governos.⁹³

Não existe na lei um conceito bem definido de crime, cabendo a doutrina se debruçar sobre a referida definição para compatibilizar o acontecimento fático com a adequação. A lei de introdução ao código penal, diz em seu art. 1º apenas que para o crime existe uma reserva de pena de reclusão ou detenção, podendo ser alternativa ou cumulativa com a pena de multa.⁹⁴ Como nota-se, é uma textualização bem vaga e que em nada define o que vem a ser crime, ficando a cargo da doutrina sua conceituação.

Entende-se como conceito material de crime como a violação, ou exposição a perigo, do bem jurídico, e o direito penal se legitima na medida em que existe para tutelar bens jurídicos é o que está dito nas palavras de Cláudio Brandão.⁹⁵

O conceito material é o fato humano que lesa o bem jurídico penalmente protegido, essa conceituação sobreleva-se apenas a ontologia do crime, é como se fosse uma fórmula vazia à luz da dogmática penal, pois não identifica os elementos estruturais do conceito de crime. Por essa razão, deve existir um conceito mais analítico que traga os valores essenciais para a composição dos elementos mais importantes. Nesta senda pontua-se que é assente na doutrina que fato típico, ilicitude e culpabilidade são os elementos mais importantes.⁹⁶

É imprescindível a definição do conceito de crime para que não exista conflito em relação as demais infrações, como por exemplo, a administrativa. Além do conceito material, é necessário trazer o conceito formal, é pressuposto do crime a tipicidade –

⁹³ BARBOSA, Ruy. **Criminologia e direito criminal**. Campinas: Romana, 2003, atualizado por Orlando Derezen, p. 85

⁹⁴ Lei de Introdução ao Código Penal.

⁹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 125.

⁹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: v.1 parte geral**. 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

enquadramento do fato ao que está descrito na lei – e a legalidade – para existir crime tem que está definido na lei –. ⁹⁷

O conceito formal não leva em conta os elementos essenciais do delito, é a definição fornecida pelo legislador, em linhas gerais, o crime será a violação da lei penal em seu sentido formal, sendo mutante, variando conforme a lei que o define, não atendendo às exigências dos juristas. ⁹⁸

De toda forma, o estudo acerca da definição de crime revela-se inafastável, até mesmo, pela política criminal que todo Estado adota, sendo, dessa maneira, o conceito de crime, uma das facetas da política criminal desenvolvida, a esse respeito:

Considera-se, todavia, o crime como produto do determinismo ou de um indeterminismo biológico e que o livre arbítrio é ilusório. Desta ou daquela maneira, é incontestável que o crime emana, primordialmente, de fatores sociais e, como tal adquire a imagem de uma fenomenologia individual e coletiva.⁹⁹

É a partir do cometimento de um fato típico – crime – que a sanção definida pelo Estado poderá ser aplicada a qualquer indivíduo, devendo considerar as peculiaridades do caso concreto que irão definir qual a modalidade de correta de sanção a ser aplicada.

A partir da sanção aplicada é possível determinar se existe para o empregador o direito de dispensar o obreiro em razão da condenação penal, no sentido de deixar claro como é que ocorre o surgimento da possibilidade de aplicação da justa causa, atentando-se para o fato de que o ponto inicial é o cometimento de um crime.

3.1.1 Conceito

Inicialmente, cabe a diferenciação entre sanção penal e as demais sanções. No âmbito civil, a punição se revela como sendo o descumprimento de obrigação civil ensejadora de um conflito, onde, a responsabilidade decorrerá da combinação dos

⁹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 126.

⁹⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: v.1 parte geral**. 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148

⁹⁹ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2º ed. Revista ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

fatores: conduta, nexa e dano. A sanção é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, e no caso da responsabilidade civil originada de imposição legal, as indenizações devidas não deixam de ser sanções que decorrem do reconhecimento do direito positivo.¹⁰⁰

Na esfera administrativa, também é possível a ocorrência de sanção em razão do descumprimento de ordem legal ou por conduta indevida, valendo ressaltar que é a providência gravosa, cuja imposição é da alçada da própria administração, mas, isso não significa que a aplicação da sanção só possa sempre se efetuar por obra da administração, pois, quando não é cumprida espontaneamente é possível recorrer a esfera judicial.¹⁰¹

Vale destacar que apesar das sanções serem em esferas diferentes, um mesmo fato pode gerar os três tipos de sanções, entretanto, isso só será possível se em cada esfera o fato for necessário e suficiente para caracterizar a necessidade de uma sanção, pois, uma mesma infração não pode fazer gerar consequências em esferas diferentes, se em nada tiver relação, ou seja, se a conduta por si só também não for característica de outro ramo.

Como já analisado acima, a sanção penal só surge com o cometimento de uma infração que se enquadre no conceito de crime, ou seja, a pessoa é punida pelo Estado em razão de uma conduta tida como inadequada para o convívio social, valendo ressaltar que hoje em dia não existe mais a autotutela, e por isso, toda e qualquer punição deve ser previamente determinada na legislação. O professor Paulo Queiroz entende pena como sendo:

Constitui, portanto, a consequência principal do delito ou, mais exatamente, a consequência do fato punível, ou seja, um fato típico, ilícito, culpável e que não tenha sido atingido por causa de extinção da punibilidade (prescrição, decadência etc.).¹⁰²

A autotutela, uma das formas de solução de conflito, consistia no fato da própria vítima punir o infrator, independentemente da interferência e limitação do Estado, é o que comumente chama-se de “vingança com as próprias mãos”, o próprio indivíduo defendendo o seu bem jurídico da maneira que entende adequado e proporcional.

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil responsabilidade civil**. 11^o ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 3, p. 64.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: malheiros editores, 2013, p. 864

¹⁰² QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006, 3^o edição, p. 341.

Não deixava de ser uma sanção, mas aplicada apenas em detrimento de motivação emocional.¹⁰³

Para a construção de uma sociedade civilizada é inadmissível que a punição em razão de infração penal ou por qualquer outra motivação seja feita pela própria sociedade. É indispensável que o Estado tome pra si a responsabilidade de punir exercendo o seu *Jus Puniendi*, para evitar que os indivíduos se destruam entre si ocasionando situações de extrema barbaridade.

Para que a sanção penal seja aplicada e executada é preciso que o indivíduo seja considerado culpado pelo fato típico cometido, após ter ocorrido o devido processo legal, cabendo ao aplicador da lei promover a justiça, impondo uma pena adequada e razoável ao caso. A sanção penal é gênero do qual descendem duas espécies: pena, que é aplicável para os imputáveis; e medida de segurança que se aplica para aqueles considerados inimputáveis pela legislação.¹⁰⁴

Conceitualmente, a sanção penal se revela como sendo uma imposição aflitiva feita pelo Estado, em razão de uma devida ação penal, que consiste na diminuição de um bem jurídico, é como se fosse uma retribuição pelo mal causado a outrem.¹⁰⁵

Além disso, a definição das penas não é feita de forma aleatória, pois, no ordenamento jurídico existem os princípios que são os norteadores principais de como as penas restritivas de direitos devem ser aplicadas. Nesse sentido, sabe-se que no Brasil vige o princípio da humanidade e por essa razão algumas penas não são admitidas, estando essa vedação expressa na Constituição Federal.¹⁰⁶

Como referido acima, vale demonstrar o que determina a CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLVII - não haverá penas:

¹⁰³ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Pdivm, 2009, p. 77.

¹⁰⁴ ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raul E. **Direito Penal: primeiro volume – Teoria Geral do direito**. 4º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 233.

¹⁰⁵ LIMA, Antonio Cesar Barros de. **Sanção Penal e Direito Criminal**. Teoria Geral da Pena. Disponível em <http://teoriageralpena.spaceblog.com.br/813713/Sancao-Penal-e-Direito-Criminal/> > acessado em 20 de out de 2014.

¹⁰⁶ CARVALHO, Tamiris Queiroz. **Aula de Penal: sanção penal (das penas)**. ABC do direito. Disponível em < <http://www.abcdodireito.com.br/2010/09/aula-sancao-no-direito-penal-das-penas.html>> acessado em 20 de out de 2014.

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Com a previsão contida no diploma constitucional brasileiro percebe-se claramente a limitação imposta ao Estado para com a determinação das penalidades que serão criadas abstratamente para sua posterior incidência em razão de infração. Concretizando o direcionamento feito pelo princípio da humanidade. Fazendo-se necessário destacar que esse não é o único princípio norteador.

A proibição da aplicação desse tipo de sanção é por entender que fere, também, um dos princípios mais importantes do ordenamento que é a dignidade da pessoa humana. Um Estado que busca ser garantidor dos direitos das pessoas deve, incontestavelmente, estabelecer limites para o exercício do seu próprio direito de punir.¹⁰⁷

A coação estatal é a maior forma de barrar possíveis surgimentos de conflito, exercido na forma do seu poder punitivo e concretizado na aplicação de uma pena. O que se faz com a referida aplicação é a tentativa de promoção da paz social, mas, na forma como as sanções são postas hoje, uma das partes do conflito, que é a vítima, não participa dessa promoção, pois, todas as medidas adotadas são, exclusivamente, para punição, desconsiderando a necessidade de tomar qualquer medida em relação à vítima.¹⁰⁸

Dessa forma, o termo mais adequado a ser utilizado para a resposta estatal ao autor da infração penal e identificada como o preceito secundário da norma incriminadora, é sanção penal, pois é mais restrito, refletindo estritamente a resposta do Estado que é o detentor do Jus Puniendi, sendo a palavra pena amplamente utilizada na linguagem do senso comum.¹⁰⁹

Nessa seara conceitual observa-se que, independentemente da terminologia que seja utilizada, o objetivo é sempre o mesmo, atribuir determinada punição ao indivíduo que se comportou inadequadamente diante dos parâmetros socialmente

¹⁰⁷. ZAFFARONI, E. Raul; BATITA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4º ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97-111.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰⁹ COSTA, Tailson Pires. Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal. São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 29.

aceitos. Toda via, além do conceito, é preciso atentar para a finalidade a que essa sanção se destina.

Assim sendo, quando falamos em pena, uma punição para aquele que não se comportou adequadamente, partimos do pressuposto de que o conflito social sempre existiu e, portanto, precisa ser solucionado para que a vida em sociedade possa se desenvolver pacificamente, foi com o advento dos Estados nacionais algumas situações conflitantes foram absorvidas pelo poder penal estatal, definindo as condutas reprováveis e que deveriam ser proibidas.¹¹⁰

3.1.2 Finalidade

O estudo da finalidade da sanção penal é de suma importância, tendo em vista que no capítulo seguinte será abordada a relação entre a função do direito penal e a função precipuamente protetiva do direito do trabalho, demonstrando como é que fica a finalidade do direito penal em detrimento da aplicação do instituto da justa causa trabalhista.

Em todo ordenamento existe uma estrutura de poder e a estrutura só se sustenta com o controle social e a parte punitiva, uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, em razão da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos que são tão agressivos ao aspecto físico e mental do ser humano. De forma que o sistema penal exerce essa função de controle social.¹¹¹

Como visto, a sanção penal é bem estruturada no ordenamento jurídico, tendo em vista que ela atinge bens jurídicos muito importantes para o indivíduo como: a vida e a liberdade. Assim como consolida um dos direitos fundamentais mais importantes, que é a dignidade da pessoa humana.

Cada infração penal cometida atingirá um determinado bem jurídico, situação diversa do que acontece quando uma sanção é aplicada, pois essa tem o objetivo de punir, mas sempre existirá, independentemente da sanção aplicada, sempre o

¹¹⁰ OTERO, Juan Manuel. A hipocrisia e a dor no sistema de sanções do direito penal. **Discursos sediciosos crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, ano 11, números 15/16, p. 46.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 77.

atingimento da dignidade, por essa razão, ao ser imposta uma sanção, um dos primeiros limites em relação ao alcance da finalidade punitiva é que, minimamente, garanta o respeito a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, existe sempre uma valoração feita pelo legislador para determinar a relação entre o bem jurídico atingido e a sanção aplicável.¹¹²

Em certa medida, a vida pode acabar sendo atingida, quando da aplicação de algumas sanções penais, principalmente no que se refere aos casos de grande comoção e notoriedade, onde, uma sanção aplicada incorretamente implica em ameaça à vida do indivíduo. No que concerne a dignidade da pessoa humana, é preciso que seja respeitada, na medida em que, independentemente da infração, trata-se de um direito fundamental que não traz distinções no bojo constitucional.

Quando uma norma jurídica é criada, diversas funções são atribuídas, ou seja, finalidades que o legislador deseja ver atingidas. Diversas funções podem ser observadas, como: a função promocional que é o uso do direito penal pelo poder político para disseminar na sociedade a necessidade de tutela penal para regular certos setores da vida em comum; existe também a função instrumental que é para inibir e resolver conflitos, influência sobre o comportamento dos indivíduos; e a função simbólica que é a intenção de utilizar uma norma jurídica para atender a anseio social e diminuir as insatisfações e reivindicações coletivas.¹¹³

A pena em sua função simbólica quer transmitir uma aparência de tranqüilidade e segurança, pois o entendimento é de que com leis mais severas o problema de segurança pública está resolvido. Entretanto, é apenas uma falsa imagem de austeridade, força e poder, enquanto que na verdade a criminalidade só cresce. Essa função vem ganhando espaço, destacando-se o ponto de que o espaço é em prejuízo dos próprios cidadãos.¹¹⁴

Como elencadas acima, uma sanção pode ter diversas funções, para tanto deve-se observar qual a utilidade e o público a que se destina. A resolução do conflito penal não seria o objetivo principal da sanção criminal, o que se busca, efetivamente, é a

¹¹² COSTA, Tailson Pires. Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal. São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 33

¹¹³ NOLASCO, Flávia de Macedo. A função simbólica da sanção penal. **Revista jurídica da justiça federal da bahia**. Salvador: SJBA, 2002, vol. 1, n. 1, p. 14.

¹¹⁴ HIRECHE, Gamil Foppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. 1º ed., Rio de Janeiro: forense, 2004, p. 47 – 50.

transmissão do sentimento de tranqüilidade social pela existência de normas penais.¹¹⁵

É certo que em nosso ordenamento a sanção penal existe como forma de repudiar uma conduta inadequada, entretanto, a CRFB/1988 traz alguns meios para minimizar a pena imposta ao condenado, tendo em vista que, por determinação constitucional as penas devem ser balizadas pelos princípios da personalidade, individualização, humanidade e respeito à integridade física e moral.¹¹⁶

A finalidade preventiva da sanção penal é no sentido de evitar novas infrações, sob o aspecto geral, onde o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal; e sob o aspecto especial, em que a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social por não ter se comportado adequadamente, dentro dos parâmetros convencionais estabelecidos. Observa-se que diante de cada situação existe uma finalidade para aplicação da pena, assim como, a depender do crime que se pratique a punição será diferente.¹¹⁷

Como o indivíduo adota uma conduta valorada como antijurídica, está caracterizado o pressuposto legal cuja conseqüência é a sanção, ou seja, é o próprio ser humano que legitima e autoriza o emprego da força ou da coação em razão de uma conduta socialmente indesejada. Destacando-se que as sanções são uma medida encontrada pelos ordenamentos como forma de reforçar o respeito às suas leis e remediar os efeitos da sua inobservância.¹¹⁸

Em um primeiro momento nota-se que a lei penal serve para ameaçar, entretanto, esse é o sentido e a finalidade de toda norma jurídica, orientar os comportamentos estabelecendo efeitos jurídicos agradáveis para sua observação e desagradáveis para sua omissão. Nessa ideia, a sanção penal é a o efeito desestimulante posto

¹¹⁵ NOLASCO, Flávia de Macedo. Op.cit. 2002, vol. 1, n. 1, p. 14.

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo**. Discursos sediciosos crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, ano 11, números 15/16, p. 95.

¹¹⁷ LIMA, Antonio Cesar Barros de. **Sanção Penal e Direito Criminal**. Teoria Geral da Pena. Disponível em <http://teoriageralpena.spaceblog.com.br/813713/Sancao-Penal-e-Direito-Criminal/> > acessado em 20 de out de 2014.

¹¹⁸ BENEVIDES FILHO, Maurício. **O que é sanção?** Disponível em <<file:///C:/Users/MASTER/Downloads/37-117-1-PB.pdf>> acessado 20 de out de 2014.

pela lei para garantir sua eficácia e com a finalidade de assegurar a eficácia de uma norma primária ou conduta.¹¹⁹

A finalidade da sanção penal será definida também em razão da teoria que se adote. O modo como se soluciona a criminalidade é chamado de Teoria da pena, existindo algumas espécies. A Teoria retributiva considera que pena é retribuição e tem como fim a reação punitiva, ou seja, retribui o mal causado com uma pena ao causador. Por outro lado, a Teoria preventiva atribui a pena a missão de evitar que novos delitos sejam cometidos no futuro.¹²⁰

O fato de ter cometido uma ofensa é a única razão moralmente aceitável para o retribucionismo, entendendo-se com isso que a culpabilidade moral do agente ofensor é a condição necessária e suficiente de um castigo justificado, devendo-se destacar que isto é certo sempre que o castigo seja compatível com a dignidade e autonomia moral de seu destinatário, aquele que causou o mal, de forma que com sua conduta atraiu sobre si mesmo a ação sancionadora.¹²¹

A Teoria mista ou unificadora tenta agrupar em conceito único os fins da pena e afirmam que as soluções monistas não são suficientes para abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao direito penal. Tem-se também a Teoria da prevenção integral que tem como ponto inicial que a unificação das finalidades da pena ocorre exclusivamente a nível de prevenção, com total exclusão de qualquer ressonância retributiva.¹²²

Como se pode observar, não existe uma finalidade pronta e determinada para pena, cada ordenamento se filia a alguma teoria e a partir daí as leis são estabelecidas visando seguir a corrente adotada. No Brasil vigora a Teoria mista, tendo em vista que, como já apresentado, em determinadas leis a intenção é de prevenção, no sentido de inibir a conduta, e de outro lado, a finalidade é retribuir o mal causado com a aplicação de uma sanção que seja adequada e equivalente à infração cometida, sendo limitada sempre pelos preceitos constitucionais limitativos.

¹¹⁹ FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Tradução Cláudia de Miranda Avena; revisão Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 207 e 208.

¹²⁰ NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro**. E-GOV. disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro>> acessado 20 de out de 2014.

¹²¹ FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op.cit, 2008, p. 183.

¹²² NERY, Déa Carla Pereira. Op.cit. Acessado 20 de out de 2014.

Ademais, a teoria é adequada, tendo em vista que em uma sociedade é preciso atentar para as duas possibilidades, tanto para evitar que o mal aconteça, quanto para reprender quando tiver sido possível evitar. Analogicamente pode-se levar a ideia dessa teoria para o ramo trabalhista, tendo em vista que existem as normas prévias de como deve ser a relação empregatícia e as normas posteriores de punição tanto para empregado quanto para empregador quando descumprem as normas, ensejando a aplicação da justa causa.

Todo decorrer da explicação gira em torno da finalidade da sanção penal como pena, mas como já visto anteriormente, tem-se também como gênero a medida de segurança que é aplicada aos inimputáveis e nessa seara, a finalidade da sanção penal segue no sentido de punir o indivíduo infrator de tal maneira que suas características peculiares, como a questão psicológica, sejam respeitadas.

Independente da Teoria que se adote, a pena será legítima no Estado democrático de direito, na medida em que respeitar os traços que diferenciam as pessoas umas das outras, porque a sanção só ganha significado quando considerada em relação a alguém portador de dignidade. É nesse aspecto que vai observar qual é verdadeiramente o aspecto finalístico trazido, uma vez que, deve existir uma conexão interdependente e proporcional entre a sanção adequada e o respeito a dignidade da pessoa que está sendo punida, pois os dois institutos dialogam entre si para que ocorra a punição.¹²³

Como será visto adiante, além de todas as funções elencadas, destaca-se também a função ressocializadora da sanção penal, sendo essa, uma das funções mais importantes, pois, busca de maneira efetiva, demonstrar ao cidadão que suas atitudes quando são incompatíveis com a determinação jurídica penal é porque não está pronto para convívio social, assim como, traz o sentido de que é preciso ser reintegrado a sociedade, mas, essa reintegração passa por muitas dificuldades, tendo em vista que a sociedade é resistente quanto à ressocialização.

É com o conceito de ressocialização que será feita a análise no terceiro capítulo frente a aplicação do art. 482, d, da CLT, demonstrando como o direito penal e trabalhista estão interagindo nessa seara.

¹²³ FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e individualização: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013, p. 67.

3.1.3 Aspectos sociológicos da pena

No cenário que se tem hoje, existem problemas sociológicos graves quando da aplicação de uma pena, isso por que ao ser imposta uma sanção, seja medida de segurança ou seja uma pena, o indivíduo, inevitavelmente, fica estigmatizado, pois a sociedade o reconhece e o trata como mais um marginal que não se comportou adequadamente e por isso foi penalizado.

A dignidade da pessoa humana é um direito que está inserido no aspecto sociológico da pena, pois se por um lado o direito deve ser minimamente garantido para atingir a finalidade da sanção, deve-se também observar que a ofensa a dignidade pode ser observada durante o cumprimento e mais ainda pós cumprimento de pena, tendo em vista que é nesse momento em que o apenado mais sofre os efeitos da sua condenação.

A partir do momento em que a pena acaba, o Estado já cumpriu seu dever de punir e a dignidade continua a ser ofendida pela sociedade, analogicamente, é como se o meio social fizesse o novo julgamento a respeito do indivíduo.

Entretanto, não é bem dessa maneira que as coisas acontecem, pois existem muitos réus que apesar de estarem presos, não representam um mal tão agressivo para a sociedade. Em muitas situações, são pessoas que em detrimento das circunstâncias peculiares ao seu modo de vida, foram levadas ao cometimento de alguma infração penal e terão essa marca em seu psicológico durante todo tempo da sua vida, pois, além de ser julgado pelo sistema, passará também, pelo julgamento constante da sociedade.

É indiscutível que a pessoa não é totalmente responsável por quem ela é, pois, desde sempre já existe um mundo anteriormente preparado, as possibilidades iniciais não podem ser escolhidas. O criminoso é aquele que denuncia a violência e a transgressão que há em todas as pessoas, mas, que por efetivamente colocar em prática a transgressão almejada por todos, acaba sendo punido. ¹²⁴

¹²⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de estudos criminais**. São Paulo: Fonte do direito, 2008, ano 8, nº 28, p. 60 e 61.

As pessoas são indispostas para receberem o outro e se adaptarem a uma realidade diferente da sua, nesses termos, para alguém que se entende politicamente correto aceitar que um penalizado criminalmente faça parte da sua convivência social é uma barreira a ser quebrada, pois, o cenário atual é de total repulsa e exclusão, deixando quem já vive a margem da sociedade ainda mais afastado.¹²⁵

O cerceamento do direito de ir e vir, é, portanto, o contraponto a liberdade, que impede alguém de viver naturalmente, de conquistar e conhecer outros espaços, outras dimensões da vida, não podendo mais simplesmente viver aquilo que brota espontaneamente da sua concepção intrínseca.¹²⁶

Estudos demonstram que as mulheres estão em minoria nas populações encarceradas, desse dado pode-se constatar que, historicamente o homem é responsável pela manutenção da família, em muitos casos, pela dificuldade de sustentar seus familiares acaba incidindo no cometimento de crime, por conseguinte, condenado com uma pena.^{127 128}

Tudo isso terá maiores reflexos na questão social, pois, o indivíduo ao sofrer uma pena estará inevitavelmente impossibilitado de continuar mantendo sua família, não defende-se com isso, entretanto, a impunidade. Mostra-se apenas que apesar do princípio da intranscendência determinar que a pena não passará da pessoa do acusado, socialmente a penalidade sofrida se estende aos familiares.

Na vida rotineira das pessoas o passar do tempo pode não fazer tanta diferença assim, pois dia após dia suas vidas vão seguindo e sendo construídas.¹²⁹ Toda via, o mesmo não acontece com o indivíduo marcado com uma pena, tendo em vista que a cada dia que se passa é mais uma certeza de que nada de novo foi feito e que

¹²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de estudos criminais**. São Paulo: Fonte do direito, 2008, ano 8, nº 28, p. 64.

¹²⁶ ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte: Nova fase, 2012, nº 60, p. 435.

¹²⁷ CHIES, Luiz Antônio Bogo. Gênero, criminalização, punição e “sistema de justiça criminal”: um olhar sobre as sobrecargas punitivas e as dominações do masculino. **Revista de estudos criminais**. São Paulo: Fonte do direito, 2008, ano 8, nº 28, p. 84 e 85.

¹²⁸ É necessário explicar que atualmente os dados já mudaram e é muito comum ver mulheres sustentando suas casas, ou seja, não é mais, apenas a figura masculina o responsável por manter suas famílias, de acordo com o que se observa em muitas famílias, essa é uma responsabilidade conjunta.

¹²⁹ SLIWOWSKI, Georges. A “sociologia do tempo” e a pena privativa de liberdade. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1976, ano XIII, nº 49, p. 124.

está mais próximo de ter a liberdade aprisionada, ou seja, juridicamente teve sua liberdade concedida, entretanto, socialmente é como se ainda continuasse preso.

É indiscutível que a sanção penal sendo imposta na forma de pena privativa de liberdade causa muitos impactos, principalmente psicológico, para aquele que indivíduo condenado, notando-se, portanto, que a situação psicológica é também um aspecto social, pois, trata-se de uma questão de saúde pública. Muitas são as pessoas que após um período encarcerado demonstram uma radical alteração de comportamento, isso porque o meio a que foi submetido que tinha a finalidade de fazer refletir sobre sua conduta, despertou uma nova forma de olhar o mundo e com isso em vez de resolver um problema, acaba criando um mais grave.

É função do Estado a promoção da segurança pública e dos mecanismos de efetivação é através da punibilidade dos que se comportam inadequadamente, como já visto anteriormente. Essa punição aplicada por meio de uma pena perpassa toda uma questão sociológica tendo em vista o sistema penitenciário brasileiro, que é baseado na premissa de isolamento.¹³⁰

Toda via, a premissa de isolamento apontada não se concretiza. A sanção penal repercute problemas sociológicos dentro e fora do estabelecimento prisional. No que concerne ao interior das prisões saltam aos olhos problemas como a superlotação, falta de higiene, presença burlada de tóxicos e violência sexual entre os presos. Todos esses problemas contribuem apenas para maior incentivo do crime e conseqüentemente atinge a sociedade, que é para onde se direciona toda a criminalidade.¹³¹

Ademais, os problemas abordados são todos de ordem sociológica, cabe ao Estado a realização de políticas públicas com vistas a minimizar esses problemas. Além disso, questão bastante relevante e que também se apresenta como uma situação sociológica é a ressocialização, pois o indivíduo condenado vai cumprir a pena com a finalidade de se ressocializar, se reeducar para o convívio social.

Entretanto, o meio em que essa reestruturação ocorre é totalmente inadequado, haja vista que o efeito imediato produzido é de uma piora na conduta do apenado em

¹³⁰ MAGNABOSCO, Danielle. Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1010> . Acesso em: 21 out. 2014.

¹³¹ *Ibidem*, acesso em: 21 out. 2014.

razão da realidade vivida no sistema prisional. O sistema penal concentra sua preocupação até o processo de conhecimento, pois, após a condenação o que existe é um verdadeiro abandono e descaso em relação às questões estruturais dos estabelecimentos onde as penas serão cumpridas.

Os aspectos sociológicos em questão interagem com o direito trabalhista na medida em que tanto o direito penal, quanto o direito do trabalho, visam muito a proteção da dignidade da pessoa humana, nesse sentido quando ocorre a aplicação da justa causa em razão da condenação, o indivíduo será submetido a perda do emprego, o que fará com que sua imagem perante os colegas de trabalho seja estigmatizada, assim como também, ao ser encarcerado sofrerá todos os efeitos sociais negativos, que foram abordados, de uma condenação, é dizer a dignidade é ferida pelas condições de encarceramento e pela presunção de que por isso não tem direito de permanecer no emprego.

3.1.4 Ressocialização

A partir do século XIX, realmente acreditou-se que a prisão poderia ser um meio adequado para modificar os delinqüentes e o ambiente era otimista, mas já desapareceu o otimismo e hoje o que impera é o pessimismo em relação aos estabelecimentos prisionais, que deveriam está permanentemente em reforma, mas isso não é o que ocorre, sendo um mal necessário.¹³²

Quando uma pena é atribuída ao indivíduo, é possível a intenção de atingir duas finalidades, como já visto anteriormente. Uma das finalidades é retribuir o mal causado, e outro fim é de punir a pessoa com vistas a fazer refletir sobre a atitude realizada e com isso ser ressocializado e colocado novamente no convívio social. Mas, basta saber as condições das unidades prisionais para chegar a conclusão de que a ressocialização é um instituto falido e que há muito tempo não vem logrando êxito, tornando as pessoas piores e capazes de terem atitudes mais graves do que a que o levou primariamente para a prisão.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da Pena. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 83.

Os mais diversos problemas atingem os estabelecimentos prisionais, dentre um dos mais graves tem-se o da saúde, pois as condições higiênicas a que os presos são submetidos são muito aquém do que realmente deveria ser. Além disso, o problema sexual é grave e por conta dele muitas doenças são disseminadas, em certos casos, fazendo até mesmo surgir epidemias. ¹³³

A liberdade do homem é o maior fenômeno do universo e o direito que mais se deseja. A ideia da prisão, como forma de abrandar a punição severa aplicada, é vista como uma hipótese de ressocialização, mas o que se sabe é que hoje em dia ninguém sai da prisão melhor do que quando entrou, além disso, ainda tem outra terrível condenação que é o desemprego, pois, é muito difícil alguém empregar o indivíduo que foi condenado por crime grave, o ex presidiário carrega consigo um estigma que é muito difícil de ser retirado. ¹³⁴

Em detrimento do que se apresenta, pode ser utilizado como exemplo, à penitenciária Lemos Brito de Salvador, pois, nela existe o sistema em que os presos podem trabalhar durante o dia, dentro da própria unidade prisional, e ser recolhido à cela durante à noite, desde que, os agentes policiam percebam que, de acordo com seu comportamento, é possível retirá-lo da cela para o trabalho.

A inefetividade da ressocialização pode ser observada em diversos aspectos, dentre eles, os presos que trabalham dentro da unidade prisional quando alcançam a liberdade não conseguem emprego dentro da própria empresa que trabalhava enquanto estava encarcerado.

Destaca-se que é a própria sociedade quem cria a ideia de reintegração pós punição e depois quando está de volta a sociedade, esta o repudia e o repele, sem dar-lhe as mínimas condições de restabelecer a vida normal, em muitos casos, por essa razão, que existem muitos reincidentes. A cadeia deixou de ser um local para punir um infrator e passou a ser uma fábrica de delinqüentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção que for maior o número de condenados. ¹³⁵

É indissociável o estudo do instituto da ressocialização sem perpassar pela criminologia, esta não questiona a necessidade de ressocializar o delinqüente, pois

¹³³ ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte: Nova fase, 2012, nº 60, p. 437.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 436.

¹³⁵ ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte: Nova fase, 2012, nº 60, p. 436.

entende que ele é um produto da sociedade, por isso, quem deveria ser ressocializado não é o indivíduo, mas a própria sociedade, tendo em vista que dessa forma a chance da pessoa repensar o mal causado e se adequar ao convívio social seria muito maior.¹³⁶

Sendo assim, nota-se que a ressocialização é uma das finalidades da pena e que não vem sendo cumprida a contento, mostrando-se insuficiente em diversos aspectos e incapaz de restaurar uma pessoa que vive a margem da sociedade e em muitos casos, se comporta inadequadamente por questões de sobrevivência.

Pouco mais de dois séculos foram suficientes para constatar a mais absoluta falência do sistema de prisão como forma de atingir as finalidades retributiva e preventiva da sanção penal, porque o problema da prisão é a própria prisão. O apenado é obrigado a se adequar ao meio prisional, nessa circunstância é embrutecido e tem sua imagem denegrida. O direito penal hoje luta muito contra as penas de curta duração, tendo em vista que a duração da pena é inversamente proporcional ao prejuízo causado na vida da pessoa.¹³⁷

Da mesma forma que a segurança pública é dever do Estado e sua execução é feita através da condenação dos infratores, é na mesma medida, obrigação estatal a manutenção e existência de estabelecimentos prisionais com mínimas condições de cumprimento de pena. Entretanto, a realidade em todos os cantos do país é completamente diferente.¹³⁸ O que se vê são prisões lotadas e em péssimas condições, ferindo frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que é uma das diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Criticamente a criminologia não admite que a pessoa possa ser ressocializada numa sociedade capitalista, por entender que a prisão surgiu como um instrumento eficaz para controle e manutenção do sistema e tem servido para reproduzir as desigualdades; que a estigmatização e o entiquetamento que sofre o delinqüente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação.¹³⁹

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1990, ano 79, vol. 662.

¹³⁷ *Idem*. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da Pena. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 84.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁹ *Ibidem*, loc.cit.

De fato, no modelo que existe hoje, é muito difícil conseguir a reabilitação de alguém e mais difícil ainda é fazer com que seja inserida no meio social para uma vida digna e normal. Apesar de não durar para sempre a ficha criminal, isso não retira a repulsa e preconceito da sociedade.

Um dos relevantes reflexos é no âmbito empregatício, pois uma vez que existe o elemento da confiança obstaculiza o estabelecimento da relação de emprego, tendo em vista que o natural da sociedade em que vivemos desconfiar de quem possui ficha criminal. Assim como, a confiança pode ser quebrada, após anos dela ser inquestionável e por uma infração penal, o empregador deixa de confiar. Isso também está atrelado a ressocialização, já que ressocializar significa voltar ao convívio social com o estabelecimento de todas as relações sociais necessárias.

Todas as relações de quem é condenado a uma pena de prisão são deformadas e refletem na vida da sua família em todos os aspectos, por não poder mais sustentá-la, pelas brincadeiras sofridas pelos filhos na escola ou pelo preconceito que a esposa passa em razão do marido está na prisão.¹⁴⁰

Existem situações que são maléficas, mas que por isso ensinam algo de bom. Mas, a prisão não, essa é um mal que causa revolta em razão das condições em que é cumprida e nesse aspecto não tem como ressocializar porque a lógica do sistema não é punir uma pessoa submetendo-a a teste de sobrevivência.

Tendo em vista a péssima situação higiênica, a difusão de epidemias em razão dos alimentos servidos e outros problemas, fazem com que a vida na prisão seja uma luta por sobrevivência maior do que a que o indivíduo já é submetido no cotidiano. A readequação social não é concretizada em todos os âmbitos.

É inegável que a sociedade, principalmente em razão do modelo capitalista, é dividida em classes econômicas, os indivíduos que são sentenciados predominantemente pertencem às classes sociais mais baixas, essa constatação é feita com a ida a uma penitenciária. Toda sociedade tem uma estrutura de poder, onde um grupo está mais próximo do poder e outro mais marginalizado, existindo centralização e marginalização extremas.¹⁴¹

¹⁴⁰ SOUZA, Sérgio Luiz. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte: Nova fase, 2012, nº 60, p. 439.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 61.

Dessa diferenciação entre centralização e marginalização extremas, observa-se que em nenhuma delas a ressocialização se efetiva, pois se por um lado para aqueles que são marginalizados o sistema prisional só piora sua conduta pela forma com que a pena é cumprida, por outro lado, aqueles que estão centralizados apesar de estarem sendo punidos não internalizam a ideia de que estão ali para serem punidos, apenas se lamentam por terem sido alcançados pela justiça.

Entretanto, mesmo não existindo a ressocialização para as classes diferentes, existe uma diferença abissal, que é o modo como essas pessoas são recebidas pela sociedade, nesse aspecto, a ressocialização social é diferenciada, pois, para a sociedade o marginalizado é apenas mais um criminoso que estava pagando pelo que cometeu. Enquanto que, para os centralizados, a recepção social é diferente, pois, não é visto como um criminoso a mais, não passando pela dificuldade da ressocialização em sociedade.

Diante de tudo, nota-se que o sentido da ressocialização é utópico, pois a própria sociedade que a estabelece, não está preparada psicologicamente para lidar com as pessoas que passam por essa situação. Não é necessário criar um sentido novo, é preciso, na verdade, uma reeducação social no sentido de saber conviver com essas questões que inevitavelmente afetam o povo.

3.2 ESPÉCIES DE SANÇÕES PENAIS

Diante do sistema penal se observa que existem várias formas de punição do indivíduo, de maneira que, em razão da conduta típica praticada ser mais ou menos grave a punição será na mesma proporção. É preciso fazer um balizamento para que a pena aplicada não exceda os limites já apresentados como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

A sanção penal existe para proteção dos bens jurídicos, além das outras finalidades já abordadas. Nesses termos, cada espécie de pena possui peculiaridades que agravam ou atenuam a forma de cumprimento de pena do indivíduo. É preciso encarar as espécies de punição como o meio necessário para a imposição das normas e controle do sistema.

Vale ressaltar que o meio apesar de ser necessário, ele não é suficiente para suprir, efetivamente, a expectativa que existe em torno da punição, pois, a punição deveria servir como um meio de transformar a pessoa, entretanto, o efeito é completamente contrário, uma vez que, transforma, mas, é para pior, em razão da forma como essas espécies punitivas são executadas, no que concerne detidamente a pena privativa de liberdade, que é aquela que mais aflige o ser humano em todos os aspectos.

De acordo com cada espécie de sanção penal, define se é possível ou não que o empregador ponha fim à relação empregatícia com base na hipótese de justa causa em destaque, pois, cada sanção em si, guarda suas particularidades e requisitos, em razão disso que nem todas ensejam esse tipo de resolução contratual que agrava a vida do trabalhador tanto quanto a condenação.

3.2.1 Privativa de liberdade

Essa é a sanção penal mais severa, pois na pena privativa de liberdade existe uma flexibilização de direito fundamental, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes.

O diploma constitucional é expresso ao se referir a garantia da liberdade, trazendo inclusive, no preâmbulo, que é dever do Estado assegurar, é um imperativo. No âmbito penal a liberdade assume uma característica relevante, pois, é onde irá incorrer a atuação estatal, devendo sempre ser sempre ponderado com o princípio da dignidade da pessoa humana para coibir a relativização da liberdade.¹⁴²

A dignidade da pessoa humana, que é o orientador de criação e aplicação das demais normas, onde permite que a pessoa realize todas as suas necessidades fundamentais livremente, ressaltando que a liberdade e a dignidade, conjuntamente, constituem dois principais fundamentos do Estado democrático de direito.¹⁴³

¹⁴² COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 78.

¹⁴³ *Ibidem, loc.cit.*

Entretanto, como nenhum direito é absoluto, a liberdade também é flexibilizada para determinar que seja restringida em detrimento de um interesse maior que é o social. Ou seja, para garantir a estrutura do sistema e a imposição de suas normas, o indivíduo sabe que pode ter seu direito à liberdade comprometido, na ponderação, um direito fundamental é sacrificado em razão de outros direitos fundamentais, tão importante quanto.

O sistema penal foi a parte que mais teve mudança nos últimos anos, existindo a diferenciação entre pena de reclusão e detenção, tendo uma significação mais jurídica do que prática¹⁴⁴. Entende-se como pena de detenção aquela que só pode ser cumprida inicialmente nos regimes semiaberto ou aberto, aplicação do regime de medida de segurança, na modalidade de tratamento ambulatorial, assim como também, é reservada para crimes mais leves, logo, o legislador sinaliza para a sociedade qual a gravidade do delito.¹⁴⁵

Por outro lado, a reclusão se caracteriza como podendo iniciar o cumprimento nos regimes aberto, semiaberto ou fechado, pode acarretar a incapacidade para exercício do pátrio poder e propicia a internação nos casos de medida de segurança. Existindo também a hipótese de prisão simples que é aplicada para as pessoas que cometem contravenções penais e o regime inicial é o semiaberto ou aberto, não podendo o contraventor ser colocado com os demais criminosos.¹⁴⁶

Apesar do tratamento diferenciado para as prisões, em razão do crime cometido, o estigma criado pela sociedade é o mesmo, tendo em vista que o fato de ter passado por um estabelecimento prisional e carregar consigo o peso de uma condenação é algo que por si já causa demasiado constrangimento perante a sociedade.

É preciso fazer uma diferenciação entre a pena privativa e a restritiva de liberdade, onde a primeira ocupa o primeiro plano punitivo e se caracteriza pelas penas de detenção, reclusão e prisão simples, ocorre um afastamento momentâneo do convívio familiar, tendo a liberdade comprometida por ser colocado em estabelecimentos adequados que proporcionam aos poucos as condições necessárias para o reingresso na sociedade; a segunda são aquelas que não

¹⁴⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, ano 12, nº 49, p. 24.

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, rev., atual. e ampl., p. 347 e 348.

¹⁴⁶ *Ibidem*, loc.cit.

chegam a privar o condenado da sua liberdade, mas possui sérias restrições ao seu gozo, chamada de prisão aberta.¹⁴⁷

O código penal brasileiro estabelece como limite máximo para o cumprimento de pena o prazo de 30 anos, previsto no art. 75 do código penal. O sistema penal precisa ser duro com quem demonstra total desapego aos valores humanos fundamentais, atacando e ferindo brutalmente bens jurídicos protegidos e relevantes como a vida, não podendo se contentar em admitir um limite de trinta anos, pois, em razão da relevância do bem jurídico, esse patamar não é proporcional.¹⁴⁸

De fato a pena privativa de liberdade é uma sanção bastante agressiva e que atinge direito fundamental, toda via, não se pode perder de vista que o mal causado àquele indivíduo é em detrimento de um mal que ele causou a outra pessoa e que atinge reflexamente toda a sociedade, por essa razão seu direito fundamental à liberdade é mitigado.

3.2.2 Restritiva de direitos

Esse tipo de penalidade é muito mais branda e não tem a privação de liberdade do indivíduo de imediato. A sentença que é proferida pelo juiz determina pela privação da liberdade, entretanto, em razão de peculiaridades relacionadas a quantidade de pena, por exemplo, existe uma conversão dessa espécie de sanção penal em pena restritiva de direito.

Como já dito, é preciso haver uma proporção entre o mal causado e a pena aplicada, nesse sentido, a pena restritiva de direito aparece como aquela aplicada para infrações que causam um prejuízo a outrem, mas que não é tão nocivo assim e por essa razão o infrator responderá na mesma medida, uma vez que delito e sanção devem ser diretamente proporcionais, sob pena de violação de direito fundamental.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Maia Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 13º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ver., atual. e ampl., p. 160 e 161.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3º ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 327.

A verdadeira medida dos delitos é o dano causado a sociedade, pois alguns destroem imediatamente a sociedade; outros ofendem a segurança privada; e outras ações são contrárias àquilo, que por lei, alguém é obrigado a fazer ou não fazer ¹⁴⁹. Nas palavras do doutrinador clássico Cesare Beccaria resta claro a afirmação feita no sentido de que existem níveis de punição porque existem níveis de delitos.

Com a existência desses nivelamentos de conduta no sistema penal brasileiro as penas restritivas de direitos previstas no código penal são autônomas, não sendo admissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade, são, inequivocamente, substitutivas. Entretanto, nos Juizados Especiais Criminais, elas possuem natureza alternativa, logo, podem ser aplicadas independentemente da fixação de pena de prisão. ^{150 151}

Para que seja feita a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos é preciso que requisitos objetivos e subjetivos sejam observados, que estão elencados no art. 44 do código penal ¹⁵². Então vejamos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Diante dos requisitos apresentados, o inciso I é referente aos requisitos objetivos que está relacionado com a quantificação da pena privativa de liberdade para que possa ensejar a restritiva de direito, e os incisos II e III dizem respeito ao infrator e por isso são considerados requisitos subjetivos.

As penas restritivas de direitos são: a prestação de serviço a comunidade, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana. Havendo descumprimento

¹⁴⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Revisão Roberto Leal Ferreira, p. 54 a 55.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 1, p. 201.

¹⁵¹ É indispensável a explicação no sentido de que, ao se referir a aplicação da pena alternativa, independente da aplicação de pena privativa de liberdade, o que ocorre na verdade é a menção ao instituto da transação penal previsto na Lei 9099/95, onde, o indivíduo já vai inicialmente cumprir as condições impostas sem ser necessária a aplicação da pena privativa de liberdade.

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 1, p. 201.

injustificado da pena imposta, a sanção será o retorno ao cumprimento do remanescente da pena privativa de liberdade. Busca-se constantemente formas alternativas de cumprimento de pena que não sejam tão estigmatizantes quanto as de prisão, atendendo sempre a proporcionalidade entre a menor gravidade do delito e a punição.¹⁵³

Notadamente na pena restritiva de direitos, o aplicador da lei tem maior liberdade, mais discricionariedade em relação a opção das penas, aplicando as medidas coercitivas mais condizentes com a pessoa e o tipo penal do réu. Mas, em razão dessa maior atuação do magistrado exige-se maior cuidado na individualização da pena, sob o risco de gerar, ao invés de mera restrição de direitos, verdadeira violação de direitos e liberdades individuais, afrontando princípios traçados na Constituição Federal. O objetivo social almejado não pode superar nem contrariar mandamentos constitucionais já consagrados, fruto de secular elaboração legislativa, ou seja, não se admite que os fins justificam os meios.¹⁵⁴

Sendo a pena de prisão tão gravosa é utilizada esse mecanismo de aplicar uma punição para demonstrar que a atitude não é coerente com a vida em sociedade, mas faz com não aflija tanto o apenado.

3.2.3 Pena de multa

Essa é tida como a sanção penal mais branda de todas, o sistema impõe para que o indivíduo não fique sem nenhuma punição em razão da infração cometida, é uma forma de garantir que, necessariamente, as pessoas devem se comportar de acordo com os parâmetros legais estabelecidos e qualquer desvio não pode ser tolerado, mesmo que o prejuízo causado seja ínfimo.

Existem duas espécies de multa no ordenamento jurídico: aquela que está expressamente prevista como pena abstrata no tipo penal; e a que vem como

¹⁵³ SANTOS, Gérson Pereira dos. Penas restritivas de direitos substitutivos à privação da liberdade no código penal brasileiro. **Ciência Jurídica**. Salvador: Ciência Jurídica, 1987, ano 1, nº 3, p. 23.

¹⁵⁴ AMARAL, Beatriz Helena Ramos. Penas restritivas de direitos: a prestação de serviços à comunidade. Destinação social e aspectos constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, ano 81, vol. 686, p. 282.

substituta da pena privativa de liberdade para os crimes em que a pena cominada em abstrato não seja superior a um ano.¹⁵⁵

Esse tipo de sanção penal é um grande avanço para tentar conter as penas privativas de liberdade de curta duração, de forma que além de evitar a prisão e todo o constrangimento inerente que tanto degrada a vida do indivíduo, evita despesa para a máquina estatal, na verdade, gera, inclusive, lucro e ainda permite a manutenção do condenado em seu ciclo familiar. É engano dizer que a pena e multa mais os pobres que os ricos, pois a dosagem do valor do dia-multa está diretamente relacionada com a situação econômica do réu.¹⁵⁶

Cumprir observar que a pena de multa é vinculada ao valor do salário mínimo, apesar da Constituição Federal vedar expressamente qualquer indexação, isso não é inconstitucional, tendo em vista que, analisando finalisticamente, a vinculação da pena de multa ao salário é teleologicamente conforme a norma constitucional que estabelece os direitos sociais, uma vez que com essa vinculação existirá sempre uma atualização da pena aos valores atuais.¹⁵⁷

Conceitualmente a pena de multa consiste em o condenado ter a obrigação de pagar ao fundo penitenciário do Estado determinada soma em dinheiro, de maneira que existem duas fases: na primeira o juiz fixa a quantidade dos dias-multa que varia entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias; no segundo momento fixa a o valor de cada dia levando em consideração a situação socioeconômica do condenado.¹⁵⁸

3.3 SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Sentenciar alguém está intimamente ligado a uma vontade externada por meio de um provimento jurisdicional. É a declaração judicial do direito no caso concreto e na seara penal significa a decisão do juiz em condenar ou absolver o réu, sendo,

¹⁵⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral**. 13^o ed., São Paulo: Saraiva, 2007, ver., e atual., p. 128.

¹⁵⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, parte geral**. 8^o ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 529.

¹⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 1^o ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 321.

¹⁵⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op.cit. 2010, vol. 1, p. 529.

efetivamente, o pronunciamento estatal no momento em que o juiz resolve o conflito e apresenta uma resposta para a controvérsia apresentada em juízo.¹⁵⁹

A sentença é muito mais do que o ajustamento da lei ao caso concreto, é uma obra humana, totalmente impregnada de valores e ideologia, de maneira que no sistema, por se adotar a Teoria do Convencimento motivado das decisões, o juiz, mesmo que decida previamente deve encontrar no ordenamento fundamentos que legitimem e justifiquem a decisão tomada, devendo declarar a verdade provável que é alcançada através das provas produzidas. Devendo destacar o fato de que na hipótese de dúvida a decisão é em favor do acusado.¹⁶⁰

No que concerne à sentença penal, a aplicação do direito representa todas as etapas da decisão, desde a apreciação de matérias preliminares, as questões de mérito que estão relacionadas com autoria, culpabilidade, materialidade, causas de isenção e fixação de pena. A sentença condenatória não será justa se a pena aplicada não for necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, entendendo por condenatória aquelas que julgam procedente, total ou parcialmente a acusação, aplicando algum tipo de sanção ao réu.¹⁶¹

No modo da sentença de hoje em dia, o magistrado deve fazer um esforço muito maior, uma vez que a motivação é indispensável para a prolação de decisões, não admitindo-se a condenação de um indivíduo apenas por ideologia.

A lei traz requisitos formais que devem ser seguidos obrigatoriamente para que a sentença seja reputada como válida, que estão previstos no art. 381 do Código de Processo Penal:

Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

¹⁵⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 8º ed., Salvador: JusPodivm, 2014, rev., e atual., p. 17.

¹⁶⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4º ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, rev., e atual., p. 405.

¹⁶¹ SILVA, Jorge Vicente. **Manual de sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 39.

Afirma-se que os requisitos apresentados são condições para validade e eficácia da sentença. Valendo destacar que também existem requisitos estruturantes que são: a) relatório, breve narração do caso; b) fundamentação, indicação dos motivos de fato e de direito; c) parte dispositiva, é o resultado do julgamento; d) parte autenticada, que é onde consta o local do julgamento, data e nome do julgador.¹⁶²

As exigências destacadas são igualmente importantes, devendo, tanto a formalidade, quanto a estrutura estarem presentes, sob pena de nulidade, que em razão do prejuízo poderá ser absoluta ou relativa. É um objeto cultural que fica à disposição da sociedade em detrimento do princípio da publicidade.

É preciso atentar para os efeitos da sentença condenatória, nesse sentido, o principal ou primário efeito, é credenciar o Estado, torná-lo legítimo para promover a execução, logo, se a pena for privativa de liberdade o condenado deve se recolher à prisão nos termos definidos; os efeitos secundários são os pagamentos de custas e indenização da vítima pelo dano causado, se for o caso, suspensão dos direitos políticos enquanto durar a condenação.¹⁶³

Além disso, é vigente no ordenamento, o princípio constitucional da presunção de inocência, que passou a existir após a 1988, revelando-se de grande importância, pois, dessa forma, ninguém será considerado culpado antes de um devido processo legal e sentença transitado em julgado¹⁶⁴, previsto no art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII –ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em razão dessa determinação, o juiz deverá determinar na sentença que o nome do sentenciado conste no rol dos culpados, entretanto, essa determinação restará condicionada ao trânsito em julgado da decisão, que significa dizer, que as atitudes

¹⁶² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 8º ed., Salvador: JusPodivm, 2014, rev., e atual., p. 18.

¹⁶³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4º ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, rev., e atual., p. 425.

¹⁶⁴ SILVA, Jorge Vicente. **Manual de sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 440.

executórias só poderão ser tomadas pelo Estado quando não for possível interpor mais qualquer recurso em relação à decisão condenatória.¹⁶⁵

Faz pertinente aduzir que na sentença, desde que, atendidos os requisitos estabelecidos no art. 77 do Código Penal, poderá haver uma suspensão condicional da pena, é o que se chama na doutrina de *sursis* penal. Ao ser estabelecida essa suspensão, o indivíduo não será privado da sua liberdade, mas, deverá cumprir as condições estabelecidas, sob pena da privação de liberdade ser restabelecida.¹⁶⁶

Esse é um instituto que de acordo com Guilherme de Souza Nucci se conceitua como:

Trata-se de um instituto de Política Criminal, tendo por fim a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, evitando o recolhimento ao cárcere do condenado não reincidente, cuja pena não é superior a dois anos (ou quatro, se septuagenário ou enfermo), sob determinadas condições, fixadas pelo juiz, bem como dentro de um período de prova predefinido (art. 77, CP).¹⁶⁷

Como bem apresentado pelo professor, o direito penal utiliza mecanismos de política criminal com vistas a trazer um caráter mais humano para as punições penais, assim, uma das políticas mais importantes é a de tentar evitar que o indivíduo seja recolhido a prisão, pois, o encarceramento, como já demonstrado não é um bom ambiente para ninguém.

Ao fazer alusão à sentença penal condenatória busca-se demonstrar, principalmente dois conceitos, que são o de sentença transitada em julgado e o de suspensão condicional da pena, pois, esses são os dois requisitos necessários e indispensáveis para que ocorra a aplicação da hipótese de justa causa em análise. Não estando presentes esses dois requisitos não surge para o empregador o direito de resolver o contrato motivadamente.

¹⁶⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 8º ed., Salvador: JusPodivm, 2014, rev., e atual., p. 498.

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 10º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. 1, rev., atual., e ampl., p. 610.

¹⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 10ª edição, p. 489.

4 CONDENAÇÃO PENAL TRAELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA ANNSITADA EM JULGADO COMO ÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 482, d, CLT.

A condenação penal transitada em julgado, como visto no terceiro capítulo, é aquela que não é passível de mais nenhum recurso, nessa circunstância, uma vez que o empregado foi condenado definitivamente abre para o empregador a possibilidade de dispensá-lo aplicando-lhe uma das hipóteses de justa causa.

Entretanto, essa é uma situação ensejadora de inquietações, uma vez que, pela falta de especificidade, a modalidade de justa causa está muito aberta e é em razão de qualquer crime que o empregador poderá valer-se dessa hipótese. Nada discute-se quanto aos crimes praticados que se relacionem diretamente com o exercício da função, pois, de fato torna-se inviável manter o funcionário que teve uma conduta incompatível com a exigida no ambiente de trabalho.

É inequívoco que uma conduta inadequada relacionada ao trabalho merece punição, até mesmo para mostrar aos demais empregados que não é tolerável atitudes que de alguma maneira prejudiquem o ambiente de trabalho. Mas, quanto a aplicação da justa causa em razão da prática de qualquer crime é que passa da esfera da punição para ofender princípio constitucionais.

4.1 MODALIDADE DE EXTINÇÃO CONTRATUAL

O fim do contrato de trabalho não é algo esperado, pelo contrário, espera-se que o contrato uma vez celebrado permaneça de forma prolongada no tempo por ser a relação de emprego a forma mais segura de garantir a subsistência na sociedade capitalista.

O contrato individual de emprego é uma criação do homem, celebrado em razão da pessoa, não deixando de considerar a própria precariedade humana diante do

tempo, independentemente da duração a que o contrato seja subordinado o certo é que algum dia ele terá um fim.¹⁶⁸

Como já demonstrado, a formação do contrato de trabalho no patamar que existe hoje é resultado de grande esforço. Nessa seara, mostra-se que o contexto histórico do direito trabalhista é de ampla relevância. A conquista dos direitos sociais dos trabalhadores com previsão expressa na Constituição, trouxe para a classe trabalhadora uma maior estabilidade nas suas relações empregatícias, pois, com os direitos assegurados no ordenamento, ficou mais difícil para a classe empregadora submeter os empregados às suas determinações injustificadas.

Assim como a formação do contrato é atrelada a várias condicionantes que visam impedir a exploração do empregador sobre o empregado, a extinção contratual é bastante regulamentada pela legislação com a finalidade de impedir dispensas imotivadas e arbitrárias.

A extinção de um vínculo contratual gera para alguns empregados, a condição de desempregado, nessa circunstância, é possível o comprometimento da sua subsistência e até mesmo de sua família, se for o caso, sendo necessário, portanto, a existência de mecanismos inibidores de dispensa tendo como único requisito a vontade. Com isso passa-se para análise das maneiras como o contrato pode se extinto, denota-se que a expressão extinção é utilizada para se referir a várias hipóteses de rompimento, gerando uma relação de gênero e espécies, de maneiras que são corolários da extinção a rescisão, resolução e rescisão¹⁶⁹.

As referidas espécies foram delineadas pelo autor Délio Maranhão, que afirma em seu livro que é anormal a extinção do contrato por causa superveniente, em uma suposição lógica de que o contrato ainda não foi integralmente executado.¹⁷⁰

Abarca-se as garantias dos empregados, uma vez que não basta apenas assegurar direitos para o momento de formação, a necessidade humana é constante no tempo, por essa razão, não se pode admitir que com o término de uma relação empregatícia os direitos sociais também não sejam assegurados.

¹⁶⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 553.

¹⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8º ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 752.

¹⁷⁰ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 9º ed., Rio de Janeiro: editora da fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 217.

4.1.1 Resilição

O contrato pode ser extinto de várias formas, dentre elas, a resilição é a cessação quando as próprias partes desfazem o contrato que haviam celebrado, analogicamente, é o que equivale ao distrato¹⁷¹ no direito civil previsto no art. 472 do código civil, não há previsão legal do distrato no contrato de trabalho ¹⁷². O programa de demissão voluntária é um instituto que também se aproxima do distrato, mas em verdade é dispensa sem justa causa.

A resilição é uma das espécies de dissolução contratual estruturada por Délio Maranhão, e conceitua o referido instituto como sendo:

A resilição pode ser bilateral ou unilateral. A primeira é o distrato: as partes, de comum acordo, deliberam desfazer o contrato. A segunda pressupõe um contrato por tempo indeterminado. Nenhum dos contratantes tendo assumido a obrigação de fazê-lo durar por um período certo. Qualquer deles, a qualquer tempo, pode fazer findar. ¹⁷³

Diante do conceito apresentado, a dissolução resilitória pode ocorrer tanto porque as partes acharam que essa era a via mais adequada, assim como, apenas em razão da vontade de uma delas, mas, vale destacar que quando a forma de encerrar o contrato for por causa da vontade de apenas um dos contraentes existem deveres legais que devem ser respeitados.

Dissecando mais um pouco o conceito, com vistas a proporcionar uma melhor compreensão acerca do referido assunto, chega-se ao entendimento de que na resilição por ato unilateral pode haver uma outra especificação subdividida em duas hipóteses, de forma que, existe a resilição por ato do empregado, que é chamado de pedido de demissão e a por ato do empregador que é denominada despedida sem justa causa ou desmotivada. ¹⁷⁴

¹⁷¹ O distrato no direito civil é forma pela qual as partes, em razão de um acordo de vontades, põem fim a um contrato anterior por meio de um novo contrato. Explica Octávio Bueno "No Brasil desde o avanço Lei 4.066, de 28 de maio de 1962, o distrato, para a maioria dos casos, foi também convertido em negócio formal. Presentemente, desde que na data da cessação do vínculo empregatício, o empregado possua mais de um ano de serviço, o distrato deverá necessariamente consubstanciar-se em recibo de quitação, em que se especifique a natureza de cada parcela paga ao empregado e se discrimine o respectivo valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas" MAGANO, Octaviano Bueno. **Direito individual do Trabalho**. 4^o ed., São Paulo: LTr, 1981, p. 322.

¹⁷² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25^o ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 351.

¹⁷³ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 9^o ed., Rio de Janeiro: editora da fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 218.

¹⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13^o ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 1190.

Tanto no pedido de demissão quanto na dispensa sem justa causa as verbas são resilitórias e fala-se em um contrato por tempo indeterminado e sem justo motivo, devendo haver aviso prévio. Apesar das garantias legais, existe uma desproporcionalidade quanto aos efeitos em razão de uma ou de outra hipótese, pois, quando o ato é do empregado garante-se apenas a baixa na CTPS e o residual de férias e salário, se houver.

Existem situações em que o empregador perde temporária ou definitivamente o seu direito potestativo de rescisão unilateral do contrato por tempo indeterminado, são situações, por exemplo, como a suspensão do contrato que a lei garante ao empregado seu retorno ao posto. Porém, se a hipótese for de estabilidade, já não será mais possível que o empregador faça a rescisão unilateralmente, significando, nesse caso, que a estabilidade é a perda do direito.¹⁷⁵

Vai-se percebendo, portanto, que o princípio da proteção, seus corolários e os demais são de suma importância nesse contexto, pois, é em razão do sistema protetivo de regras e princípios, já apresentados, que a dissolução contratual vai sendo delineada de maneira tendenciosa ao empregado, a sempre garantir e efetivar seus direitos nos momentos pré-contratual, execução e dissolução. Os direitos são concatenados com as diretrizes principiológicas para que seja possível evitar uma burla as garantias existentes.

O direito de rescindir na vertente unilateral do contrato por tempo indeterminado, exercido através de uma declaração de vontade, tem caráter receptício, pois dirige-se a um destinatário que é a parte que sofre as consequências, em razão disso é preciso uma comunicação prévia e o decurso de um certo lapso de tempo entre a declaração de vontade e a extinção do contrato.¹⁷⁶

4.1.2 Resolução

Existe uma reciprocidade entre direitos e deveres de empregado e empregador, onde, uma vez desrespeitada a existência desses direitos e deveres, pode ensejar a

¹⁷⁵ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 9º ed., Rio de Janeiro: editora da fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 220.

¹⁷⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

extinção do contrato de emprego. A resolução ocorre sempre que o contrato terminar pela prática de ato faltoso por uma das partes, é o que faz surgir à justa causa.¹⁷⁷

De acordo com a definição conceitual estabelecida por Délio Maranhão, a resolução é entendida como a inexecução faltosa de uma das partes, fazendo a comparação no sentido de que no direito civil a parte lesada ainda pode pedir perdas e danos, enquanto que no direito do trabalho isso só é possível se for contrato por tempo determinado e a indenização é fixada por lei. Além disso, deduz-se, portanto, que a resolução é uma forma de terminação do contrato de trabalho, ínsito aos contratos sinalagmáticos, ou seja, aqueles que pressupõem obrigações e direitos recíprocos atinentes ao empregado e empregador.¹⁷⁸

A característica marcante da resolução, como forma de terminação do contrato de labor está no fato de ser necessário o pronunciamento judicial, existe uma feição de ato vinculado que precisa ser analisado pelo judiciário, mas, conclui-se que em relação ao empregado essa intervenção judicial é indispensável quando estiver presente hipótese de estabilidade definitiva ou provisória.¹⁷⁹

Corresponde ao fim do contrato em virtude da inexecução faltosa de uma ou de ambas as partes, é dizer, empregador ou empregado pratica uma conduta que abre espaço para que a outra parte possa por fim ao contrato tendo como justificativa o ato faltoso. Destacando que pode haver a atitude faltosa dos dois contratantes ao mesmo tempo.

Essa forma de dissolução subdivide-se em três hipóteses: a justa causa obreira, que é quando o empregado tem uma conduta incompatível, um motivo devidamente evidenciado, ao ponto de ensejar a justa causa, sendo as hipóteses previstas no art. 482 e 158 da CLT, essa modalidade é a expressão do exercício do poder disciplinar/punitivo.¹⁸⁰

A segunda hipótese é a justa causa patronal, também chamada de despedida indireta, onde o empregador que comete um ato faltoso que enseja a justa causa,

¹⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8º ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 887.

¹⁷⁸ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 9º ed., Rio de Janeiro: editora da fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 219.

¹⁷⁹ FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Terminação do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 26.

¹⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25º., São Paulo: Atlas, 2009, 2. reimpr., p. 357.

notadamente quando aferido de acordo com o princípio da boa-fé, as hipóteses estão previstas no art. 483 da CLT e depende do ajuizamento de uma reclamação trabalhista buscando a declaração de despedida indireta do seu contrato de trabalho.¹⁸¹

A terceira situação está previsto no art. 484 da CLT e é entendida como culpa recíproca, pois, nessa condição tanto empregador quanto empregado ensejam a justa causa, a solução dada para essa situação tem previsão na súmula 14 do TST e determina que o empregado receberá metade do que ele receberia se fosse uma dispensa sem justa causa¹⁸². Diz a súmula:

TST Enunciado nº 14 - RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969 - **Nova Redação** - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

Culpa Recíproca - Contrato de Trabalho - Aviso Prévio - Férias - Gratificação Natalina

Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

O inadimplemento contratual também dá ensejo a resolução do contrato. Em relação ao empregado, o inadimplemento se configura com o abandono do emprego, ou seja, deixa de cumprir a obrigação principal que é a de desempenhar a atividade laboral que lhe foi imposta. No tocante ao empregador, o inadimplemento ocorre no momento em que descumpra obrigação contratual que inviabiliza a continuidade do contrato, pois deixa de existir a confiança.¹⁸³

4.1.3 Rescisão

A rescisão contratual faz apelo à denominada teoria contratualista da relação de emprego e a expressão término da relação de emprego faz referência a teoria da instituição que postula o status ao invés do contrato. Quando se alude a rescisão do

¹⁸¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4^o ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 607.

¹⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoriageral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24^o ed., São Paulo: Saraiva, 2009, rev., atual., e ampl., p. 954.

¹⁸³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 887.

contrato admite-se, como pressuposto, que o trabalho se exerce mediante contrato.¹⁸⁴

É válido demonstrar que embora a consolidação das leis trabalhistas, em razão de um vício terminológico, confunda a expressão rescisão com os diversos modos de extinção do contrato, tecnicamente a rescisão é verificada em caso de nulidade. Lembrando que o princípio da retroatividade da nulidade não se aplica aos contratos, como o de trabalho, de duração continuada e de prestações sucessivas.¹⁸⁵

Da mesma forma entende Maurício Godinho ao afirmar que seria a ruptura em face de uma nulidade, exemplificando que seria o que correria hoje com os contratos efetivados pelas entidades estatais, sem a observância de prévio concurso público ou atividades ilícitas. Mas é preciso atentar para o fato de que a CLT e a própria cultura cotidiana utiliza a expressão rescisão para tratar, indistintamente, de todas as modalidades de ruptura contratual trabalhista.¹⁸⁶

Dentro do mais puro rigor técnico, é a dissolução fundamentada na nulidade do contrato, em que deve ser obrigatória a declaração pela autoridade judicial em um processo onde o objeto seja obter a nulidade. Para distinguir as diversas formas de dissolução é recomendado designar cada uma por um termo de sentido técnico¹⁸⁷ preciso.¹⁸⁸

Quando o contrato é dissolvido pela rescisão, entende-se que isso ocorreu em virtude de uma nulidade no contrato. Não se pode perder de vista a diferença entre o trabalho ilícito e o proibido. Sendo que se o objeto for ilícito nem sequer existe a relação empregatícia e o contrato é nulo, como por exemplo, a hipótese da OJ 199 da SDI-I:

¹⁸⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Silvia Marina L. Batalha de Rodrigues. **Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva: a rescisão contratual em face da CF/88**. São Paulo: LTr, 1997, p. 84

¹⁸⁵ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 9º ed., Rio de Janeiro: editora da fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 221.

¹⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13º ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 1191.

¹⁸⁷ Para Orlando Gomes o conceito de rescisão “é a ruptura de contrato em que houve lesão. Não é sempre que a lesão determina a dissolução do contrato, porquanto pode ser salvo, restabelecendo-se o equilíbrio das prestações com a suplementação do preço”. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30).

¹⁸⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 555.

199. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010

É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

No trabalho irregular o objeto é lícito mas a execução está ocorrendo de maneira indevida, como por exemplo, o trabalho do menor que é uma hipótese de nulidade absoluta e por isso não pode ser convalidado, de maneira que em conformidade com o art. 7º, XXXIII da CF/88, a celebração do contrato com menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz, é absolutamente nulo por ser contratação com absolutamente incapaz. Aplica-se na rescisão a teoria trabalhista de nulidade.¹⁸⁹

A questão das nulidades é observada com base nos três planos já estudados, quais sejam, existência, validade e eficácia, mais detidamente ao que concerne a validade, pois é desse aspecto que avalia-se a existência ou não de nulidade. Alguns princípios informam esse sistema de nulidade, dentre eles, a título exemplificativo, tem-se a proteção, como já estudado, que tem como grande objetivo proteger a dignidade do trabalhador, interagindo de maneira a não permitir nulidades equivocadas e conseqüentemente a dissolução do contrato.

A nulidade pode ser absoluta ou relativa. No caso da nulidade absoluta é estudado quais são as hipóteses provocada pela deficiência dos elementos essenciais de validade: tem-se o agente incapaz, já abordado; a forma, evidenciando-se que quando a lei prescreve determinada forma especial serve tanto para propiciar certeza das declarações de vontade, quanto para provar a existência do negócio jurídico, quando for inobservância de forma solene para celebração do contrato, como por exemplo, admissão de empregado público sem concurso, restará configurada nulidade absoluta e os efeitos são irretroativos, existindo decisão do STF a esse respeito que traz algumas garantias para o empregador¹⁹⁰; outro

¹⁸⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998, p. 168.

¹⁹⁰ CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. EFEITOS TRABALHISTAS. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva aos efeitos trabalhistas decorrentes da contratação de pessoal pela Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no agravo de instrumento n. 757244. Agravante: Glaucia Rosaura dos Santos. Agravado: Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DJ 29 mar 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28empregado+publico+sem+concurso%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q4aqd5z>> acesso em 25 nov 2010.

elemento de validade é o objeto que deve se fundar nos aspectos já abordados referentes a diferenciação entre o trabalho ilícito e o proibido.^{191 192}

Diante da conceituação apresentada e apoiada na subdivisão estabelecida por Délio Maranhão, a rescisão é a forma de extinção em razão da ocorrência de alguma nulidade que gera para ambas as partes os direitos de rescindir o contrato, uma vez que a validade contratual está prejudicada em alguma das suas expressões.

4.1.4 Formas atípicas

Nessa hipótese de extinção, é também denominada por Maurício Godinho de grupo inominado, compreendendo como sendo:

Finalmente, no inominado quarto grupo de tipos extintivos do pacto empregatício, que integra a presente classificação, encontram-se diversas modalidades de ruptura, todas escapando, em alguma medida dos três grupos anteriores. Trata-se, por exemplo, do término contratual em virtude de aposentadoria compulsória do empregado; da extinção da empresa ou do estabelecimento, por motivo de força maior (art. 502, CLT), ou em decorrência do falecimento do empregador, sendo este pessoa natural (art. 485, CLT); também da morte do próprio trabalhador; por fim, da falência (449, § 2º, CLT).¹⁹³

Nessas condições, existem algumas possibilidades de extinção do contrato que não podem ser enquadradas na estruturação feita por Délio Maranhão, uma vez que, dentre os conceitos abordados não existe uma hipótese que possa ser feito o encaixe perfeitamente, tendo em vista que nessas situações são mais evidentes motivações ligadas a aspectos naturais da vida comum.

Outras situações fáticas podem ser abordadas. Uma delas é o fato do príncipe, onde este é o Estado, é a cessação decorrente de um ato estatal em qualquer esfera que põe fim a uma atividade, em relação as consequências jurídicas haverá uma divisão na responsabilidade dos encargos decorrentes da cessação, de forma que o Estado arcará com as verbas indenizatórias e o empregador com as verbas salariais, de acordo com o que dispõe o art. 486 da CLT.

¹⁹¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998, p.167 – 172.

¹⁹² É de suma importância ressaltar que os conceitos apresentados são para melhor explicação do tópico em análise, não sendo este o foco do presente trabalho.

¹⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13º ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 1191.

A extinção do estabelecimento por motivo de força maior, sendo que o referido motivo está conceituado art. 501 da CLT como todo acontecimento inevitável e alheio a vontade do empregador, ou seja, para qual o empregador não deu causa. A imprevidência exclui a força maior. Como a extinção do contrato decorre de força maior, as verbas indenizatórias devem ser pagas pela metade, diferente da culpa recíproca que tudo deve ser pago pela metade.

Quando a extinção decorre da morte existem duas situações. A morte do empregado põe fim ao contrato sempre e as consequências jurídicas serão distintas em razão da responsabilidade ou não do empregador pelo evento morte, não estando relacionada com nenhum ato ou omissão do empregador, estará isento do pagamento das verbas indenizatórias e as verbas salariais serão pagas aos dependentes habilitados pela previdência social. Se a morte tiver ocorrido por responsabilidade do empregador, será um caso de rescisão indireta, dando direito a todas as verbas decorrentes de uma dispensa sem justa causa, inclusive aviso prévio indenizado.¹⁹⁴

Se a morte for do empregador e for uma pessoa física ou empresa individual, pode levar ao fim do contrato e podem ocorrer três situações: sucessão trabalhista e o contrato não acaba; os herdeiros podem assumir e o empregado exerce a faculdade que lhe compete no art. 483, § 2º da CLT de poder sair em razão da morte, sem que isso configure pedido de demissão não precisando dar aviso prévio e o empregador também não arca com as verbas indenizatórias; na terceira situação, os herdeiros não assumem e isso leva a uma equiparação a dispensa sem justa causa, sendo devidas todas as verbas.¹⁹⁵

Em razão dessas hipóteses que são levantadas pela morte do empregador, alguns doutrinadores tentam equiparar o evento morte a um motivo de força maior, mas estabelecer essa equiparação é complicado, tendo em vista que, a morte é algo previsível, não sabendo apenas qual será o momento da sua ocorrência, mas o certo é que vai acontecer, diferente da força maior que tem na imprevisibilidade sua maior característica, não sendo possível, com isso, igualar os eventos, que são opostos entre si.

¹⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1203.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 1204.

4.2 RESOLUÇÃO POR ATO DO EMPREGADO

Como já colocado anteriormente, no contrato de trabalho existe um sinalagma, onde empregador e empregado possuem obrigações recíprocas, onde, apesar de as regras não serem escolhidas por ambas as partes, é preciso que as normas mínimas postas na legislação sejam seguidas.

Tanto o empregador quanto o empregado não podem se eximir de cumprir o contrato da forma estabelecida, quando isso ocorre, surge para a parte prejudicada com o descumprimento o direito de por fim ao contrato, de maneira que se abordará as hipóteses em que o empregado comete uma infração que compromete a continuação do exercício da atividade e gera para o empregador a benéfica de não mais pagar o que seria devido na hipótese de uma despedida arbitrária, por exemplo.

Quando a justa causa é obreira, significa dizer que foi o empregado quem deu causa para que o contrato chegasse ao fim. Nesses termos, ele perde o direito as verbas que teria se tivesse sido dispensado por qualquer outra situação que não fosse a justa causa, terá direito apenas a baixa na CTPS, entrega do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho e verbas vencidas se houver. As hipóteses da justa causa obreira estão previstas em rol taxativo no artigo. 482 da CLT.¹⁹⁶

A aplicação da justa causa em uma análise mais profunda, representa uma pena ao empregado por ter praticado um ato considerado como inaceitável para continuidade da relação trabalhista. É a pena de morte do contrato de trabalho, diante das peculiaridades, a justa causa deve ser aplicada de maneira cautelosa, tendo em vista que pode ser revertida pelo poder judiciário se tiver arbitrariedade em sua aplicação ¹⁹⁷. A situação que causa a resolução por ato do empregado é a justa causa, que, brevemente é a ação ou omissão do empregado contrária aos deveres normais impostos. ¹⁹⁸

¹⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1043.

¹⁹⁷ MARTIR, Rogerio. **“A correta aplicação da justa causa na rescisão do contrato de trabalho.”** JusBrasil – Artigos, 2014, f. 1.

¹⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoriageral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24^o ed., São Paulo: Saraiva, 2009, rev., atual., e ampl., p. 1016.

4.2.1 Justa causa x falta grave

A resolução do contrato por cometimento de uma falta grave é algo que pode ocorrer por ato cometido pelo empregado, pelo empregador ou pelos dois. A principal questão aqui é referente as verbas, pois, de acordo com quem tenha praticado o ato, o empregado que sempre teve sua relação empregatícia protegida, pode perder as verbas típicas de uma rescisão contratual, situação que nada lhe favorece.

É vasto o campo conceitual da justa causa, dessa forma, Otávio Bueno entende que só se configura quando um dos contratantes possa atribuir ao outro procedimento faltoso que justifique a atuação da vontade dirigida ao rompimento do vínculo trabalhista, sendo que na hipótese de afastamento para cumprimento de dever legal não se pode falar em justa causa exatamente pela inexistência de falta imputável.¹⁹⁹

Na maioria dos casos a despedida constitui uma pena, sendo em verdade, a maior que pode afligir o trabalhador, dentro do escalonamento previsto no contrato de punições que podem ser atribuídas, devendo atentar para o fato de que a despedida é consequência da análise da proporcionalidade entre a infração e a medida mais adequada ao caso.²⁰⁰

Para o direito brasileiro, justa causa é o motivo relevante, com previsão legal, que autoriza o término do contrato por culpa do sujeito que cometeu a infração, nesse caso, o empregado. A CLT quando trata das infrações cometidas pelo trabalhador, refere-se ainda à noção de falta grave, no art. 493 da CLT “Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado”.²⁰¹

Grande parte da doutrina entende que justa causa e falta grave são a mesma coisa, entretanto, ao avaliar as denominações trazidas na lei, parece claro que a falta grave corresponde à justa causa que tenha que ser apurada formalisticamente, através da ação judicial de inquérito, do ponto de vista formal, existe clara distinção. Em relação ao aspecto subjetivo, há diferença, pois, a falta grave é própria para o empregado

¹⁹⁹ MAGANO, Octaviano Bueno. **Direito individual do Trabalho**. 4^o ed., São Paulo: LTr, 1981, p. 332.

²⁰⁰ LAMARCA, Antônio. **Manual das Justas Causas**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 211.

²⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1254.

estável e os que tenham estabilidade provisória mais acentuada, cuja a resolução só pode ser feita por inquérito judicial.²⁰²

O professor Domingos Sávio entende que a expressão não é adequada, afirmando, “parece que o problema é de terminologia. Enquanto a lei usa o termo “justa causa” para as faltas praticadas pelo empregado sem estabilidade, o termo “falta grave” é usado para designar as mesmas faltas praticadas pelo empregado estável.”²⁰³

Além dele, o professor Wagner Giglio também compartilha do entendimento de que existe apenas uma confusão instalada na CLT quanto a terminologia utilizada, diz que:

“Justa causa” sempre nos pareceu uma expressão infeliz, por que causa não tem nela sentido jurídico, mas popular, e justa (ou injusta) poderá vir a ser a consequência do motivo determinante da rescisão, nunca o próprio motivo ou causa. Assim, a justa causa não seria justa nem causa, e melhor andaríamos se a ela nos referíssemos, seguindo o exemplo da lei, como motivo da rescisão.

Não menos infeliz é a expressão “falta grave”, onde o primeiro termo não significa ausência, carência ou escassez, e sim engano, falha, defeito ou infração. E “grave”, no sentido de importante, intensa ou grande, deve ser toda e qualquer infração, pois as veniais não caracterizam sequer justa causa, como se verá. Via de consequência, afirma-se que alguém cometeu uma falta grave não teria, a rigor, o sentido técnico pretendido, ensejando dúvidas.”²⁰⁴

Nesse sentido, observa-se que de fato o termo falta grave não é tão adequado, pois, não reflete o que realmente está ligado ao instituto, ou seja, existe uma diferenciação entre a conceituação e denominação.

Quando o empregado é estável denomina-se que pratica uma falta grave e para que o contrato possa ser resolvido por iniciativa do empregador, é preciso que seja instaurado um inquérito para apuração de falta grave, mas nada impede que seja suspenso. Exceto as hipóteses de estabilidade e de algumas garantias provisórias, não há o que se falar em falta grave e inquérito, aplica-se a justa causa.²⁰⁵

De acordo com Mauro Schiavi falta grave é todo ato doloso ou que seja culposamente grave, previsto em lei, praticado pelo empregado que viola obrigações legais trabalhistas ou que sejam inerentes ao contrato de trabalho, dificultando a

²⁰² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1255.

²⁰³ ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros editores, 1995, p. 24.

²⁰⁴ GIGLIO, Wagner D. **Justa causa**. 7^o ed., São Paulo: Saraiva, ver., e atual., 2000, p. 12

²⁰⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11^o ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1170.

manutenção do vínculo por abalar a confiança ²⁰⁶. O conceito apresentado pode se aplicar tanto para falta grave quanto para justa causa, de maneira que a diferença reside no fato deste ser aplicável para os estáveis ou com garantia provisória e aquela para os demais empregados.

Pelo o que se observa, falta grave e justa causa não são iguais, pois, o aspecto subjetivo cria uma diferença substancial, tendo em vista que para a aplicação da justa causa não é preciso o inquérito, por outro lado, como a falta grave é relativa aos empregados estáveis, só poderá ser aplicada mediante a instauração do inquérito para apuração de falta grave.

4.2.2 Poderes do empregador e modalidades de penalidades

Até o presente momento falou-se apenas da penalidade concernente a justa causa, entretanto, existem várias outras que podem ser aplicadas aos empregados, de maneira que tudo depende da gravidade da conduta, havendo uma gradação que privilegiará a proporcionalidade para que a punição sofrida pelo empregado seja proporcional à sua conduta inadequada.

As penalidades aplicadas decorrem diretamente do exercício dos poderes do empregador, é fundamental para a manutenção da atividade que o empregado possa ser repreendido quando a sua conduta não for compatível com o exigido para o desempenho da função.

Inicialmente foi visto, no segundo capítulo, que o trabalho era associado a noção de pena, com a evolução a denotação foi modificada e hoje a penalidade é tida como forma de punir pela execução da atividade de maneira irregular, sem atender ao que é estabelecido pelo empregador.

Lembra-se que a exigência da forma de cumprimento da atividade é limitada pela legislação. Sendo preciso atentar sempre para o fato de que mesmo para aplicar uma penalidade faz-se necessário observar alguns critérios que estão previamente estabelecidos.

²⁰⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 5^o ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1117.

Ao empregador é conferido alguns poderes, pois, na relação de emprego a subordinação está de um lado e a impositividade do empregador do outro. Sendo o empregado um trabalhador subordinado, os poderes do empregador não são sobre sua pessoa, mas sobre a forma como o trabalho será executado. O poder de direção está inserido como a faculdade do empregador determinar a forma como o trabalho vai ser executado, que se manifesta de três formas: poder de organização, controle sobre o trabalho e o poder disciplinar.²⁰⁷

O que ocorre na verdade é que essa dimensão específica do poder sofre os efeitos da configuração global, onde o contexto democrático da sociedade influencia na estrutura e na dinâmica do poder interno das empresas. Por essa razão, o intérprete do direito vai adequando cada vez os dispositivos legais ao contexto social que se apresente.²⁰⁸

Convém salientar que o poder absoluto do empregador é o da criação da atividade, os demais, apesar de serem chamados de poder, são, em verdade, simples emanações do poder originário absoluto, com o intuito de permitir que se mantenha a unidade executória do empreendimento e a hierarquia da organização.²⁰⁹

O poder de direção na vertente da organização investe o empregador na prerrogativa de traçar as normas de conduta, que podem ser geral ou técnica, da comunidade subordinada da sua empresa. O regulamento da empresa é a consolidação desse poder. Não existe na legislação disposição a respeito de como deve ser o regulamento, por isso, pode ser concebido livremente pelo empregador, tendo como limite o respeito às fontes hierarquicamente mais altas que trazem os direitos mínimos.²¹⁰

Além do poder de organização, tem-se o poder diretivo na vertente da fiscalização, onde permite ao empregador dentro dos limites legais e por atuação pessoal, prepostos ou de aparatos mecânicos/eletrônicos, controlar a execução dos serviços de seus empregados, assim como, a maneira como foram prestados. Dentre as aferições que podem ser feitas estão incluídas cumprimento de horário de serviço e

²⁰⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24^o ed., São Paulo: Saraiva, rev., atual., e ampl., 2009, p. 660 e 661.

²⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 682.

²⁰⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 306.

²¹⁰ *Ibidem, loc.cit.*

do sistema de produção. Porém, em algumas situações, esse poder de fiscalização conflita com direito fundamental, principalmente no que concerne a proteção do patrimônio da empresa e nesse caso é preciso fazer uma ponderação.²¹¹

Outro poder do empregador é o disciplinar/punitivo, alguns autores não admitem esse poder, por entender que poder punitivo é prerrogativa de Estado, não de particular. Além disso, o fato de somente uma das partes possuir essa prerrogativa fere o princípio constitucional da isonomia, assim como, a harmonia e solidariedade entre as partes, pois o trabalhador que foi punido fica ressentido e acaba perdendo um pouco da motivação que tinha antes.²¹²

A existência desse poder disciplinar decorre muito também da inaplicabilidade, em certos casos, dos mecanismos civis de resolução do contrato por descumprimento da obrigação. Em muitos casos, a falta praticada pelo empregado é leve e não justifica a aplicação de uma justa causa, por outro lado, a aplicação de uma indenização também não seria efetiva, pois, normalmente o empregado não tem capacidade econômica para arcar com esse ônus. Não existindo o poder disciplinar, o poder diretivo não se efetivaria.²¹³

O poder disciplinar é o direito do empregador de exercer sua autoridade em razão do trabalho de outro, de dirigir sua atividade como entender pertinente, dar ordens de serviço e impor sanções disciplinares. É possível exercitar por meio de uma forma que será estatutária ou convencional, mas sempre subordinada a forma legal. Estatutária quando as normas estão previstas no regulamento da empresa, e convencional quando estiver previsto em acordo ou convenção coletiva.²¹⁴

Conceitua Maurício Godinho o poder disciplinar, como sendo, o conjunto de prerrogativas que estão concentradas na figura do empregador com a finalidade de propiciar a imposição de sanção aos empregados em razão do descumprimento das obrigações contratuais. As sanções decorrentes do poder disciplinar tendem a ser compatíveis com a natureza da falta, as penas acolhidas no Direito do Trabalho são a advertência, suspensão disciplinar e ruptura contratual por justa causa, e em

²¹¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4^o ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230.

²¹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8^o ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 480.

²¹³ *Ibidem*, *loc.cit.*

²¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24^o ed. São Paulo: Saraiva, rev. atual., e ampl., 2009, p. 663.

relação ao atleta profissional é cabível, de acordo com a legislação especial, a multa punitiva.²¹⁵

O poder disciplinar é a *última ratio* do poder diretivo, assim como é igualmente institucionalizado como os demais poderes. A pena de advertência não tem previsão expressa na lei, decorre dos costumes, que é uma fonte jurídica, materialmente é apenas o chamamento de atenção para um comportamento inadequado. A suspensão disciplinar é tipicamente trabalhista que atinge o obreiro no plano pecuniário, sendo privado de trabalhar e conseqüentemente de receber a remuneração que o trabalho lhe proporcionaria. E a justa causa se consolida nas hipóteses previstas em lei.²¹⁶

Houve uma mudança no direito trabalhista, onde a concepção de pena foi alterada, tendo em vista que antes a ideia de penalidade era em razão da execução do trabalho, pelo simples fato de se estar trabalhando, era entendido que o indivíduo estava sofrendo uma pena.

Entretanto, a denotação de pena foi modificada e passou a ser composta pela aplicação de uma sanção quando o trabalho não é executado da maneira como foi acordado por empregado e empregador. Em razão da autonomia privada, o empregador pode determinar como o trabalho será cumprido, quando isso não ocorre, surge o direito de punir.

Por outro lado, em nenhuma hipótese é admitida qualquer prática punitiva que agrida a dignidade do trabalhador ou que atente contra algum direito individual fundamental assegurado pela ordem jurídica constitucional, estendendo a proibição para os demais poderes do empregador. São inadmitidas sanções como: transferência punitiva, rebaixamento punitivo, redução salarial.²¹⁷

Como dito acima, não existe apenas uma modalidade de sanção, e isso decorre da gradatividade da falta cometida, tendo em vista que o empregado pode desrespeitar as regras em vários graus e por isso é preciso a previsão de mais de uma maneira de punição, é em razão dos vários tipos de pena que existem requisitos para sua aplicação.

²¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13^o ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 690 e 716.

²¹⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4^o ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

²¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit*, 2014, p. 720.

4.2.3 Requisitos para aplicação das penalidades

Como visto acima, existem diferentes penalidades que podem ser aplicadas em detrimento da falta que tenha sido cometida pelo empregado, pois, em consonância com as regras e princípios protetivos do direito do trabalho, não poderia admitir que as penalidades fossem aplicadas aleatoriamente sem uma análise da correspondência entre a conduta inadequada e sua punição, tendo em vista que o poder punitivo encontra limites na lei.

Existem alguns elementos que são caracterizadores da justa causa, ou seja, pelo simples fato de estarem presentes já gera direito para o empregador exercer seu poder punitivo, decorrente do contrato. Não basta que uma das partes diga que está presente a justa causa para que de fato esteja. Está disposto um rol legal, que é entendido como taxativo, no art. 482 da CLT, de maneira que aquelas condutas são consideradas como inadequadas e o empregador poderá se valer para resolver o contrato.

No que concerne a aplicação da advertência, como já visto, é decorrente do costume, portanto, ratifica-se a ideia de que é a mera correção verbal feita pelo empregador, ou seja, repreende em razão de uma atitude que não foi correta, mas, que não pode ficar sem nenhuma objeção, em questões práticas não traz tanto prejuízo, pois, sua gravidade não é tão relevante. Trata-se apenas de uma maneira incorreta de proceder a execução da atividade.

Firma-se a ideia da proporcionalidade, da falta cometida à sanção que a deve punir, como requisito de aplicação para todas penalidades, onde em princípio quem faz essa análise é o próprio empregador. Ao juiz é dado o poder de variar a sanção em razão desta regra, cabendo-lhe apenas verificar se a gravidade da falta cometida corresponde a penalidade aplicada.²¹⁸

A CLT no art. 474 tem previsão expressa da aplicação da suspensão como maneira de penalidade, determinando que o empregado pode ser suspenso por no máximo

²¹⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**.3^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 74

30 dias, sendo que se durar mais que o tempo determinado, haverá a incidência dos mesmos efeitos de uma dispensa sem justa causa.²¹⁹

O direito do trabalho brasileiro ainda encontra-se em fase insatisfatória quanto ao exercício do poder disciplinar, não existindo na legislação ordinária qualquer procedimento para aferição da falta e aplicação da pena. Pelo padrão normativo atual, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta do empregado e atribui a pena, sem assegurar defesa prévia.²²⁰

Em decorrência da precariedade legislativa quanto ao procedimento de aplicação da penalidade, o professor Maurício Godinho estrutura de maneira lógica alguns critérios que devem ser seguidos e analisados conjuntamente em cada caso concreto, que são: requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais. No que concerne ao objetivo, é preciso que tenha a tipicidade da conduta, que a natureza da matéria envolvida, ou seja, o fato que ensejou a justa causa deve ser relacionado com o contrato de trabalho, assim como é preciso analisar a gravidade da conduta que é indispensável, pois, existem penalidades que não exigem tipificação legal.²²¹

No tocante aos requisitos subjetivos, faz-se mister a autoria obreira da infração, por decorrência lógica é dizer que o empregado deve ter sido o autor da conduta inadequada, e a ação ou omissão dolosa ou culposa do autor, pois, não é passível de punição se a conduta não tiver sido intencional ou que ao menos tenha decorrido de negligência, imprudência ou imperícia. Sendo pertinente abordar que a intenção e a culpa serão abordadas no caso concreto.²²²

O terceiro aspecto elencado pelo professor são os requisitos circunstanciais, que dizem respeito a atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do trabalhador envolvido. É preciso nexos de causalidade, ou seja que a infração e a pena decorram diretamente uma da outra, podendo utilizar falta recente para punir falta anterior; adequação e proporcionalidade como explicado acima.²²³

²¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24^o ed. São Paulo: Saraiva, rev. atual., e ampl., 2009, p. 662.

²²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13^o ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 721.

²²¹ *Ibidem*, loc.cit.

²²² *Ibidem*, p. 722.

²²³ *Ibidem*, p. 724.

Imediatividade da punição, é um aspecto indispensável e determina que a aplicação da pena ocorra tão logo aconteça a falta, a quantificação do prazo tido como razoável não está posto na legislação, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, quando esse requisito não é observado surge a possibilidade de ter ocorrido um perdão tácito, que consiste em quando o silêncio do empregador é prolongado após uma falta cometida faz surgir a presunção de que a falta foi implicitamente perdoada, mas o perdão tácito acerca de falta passada não gera autorização futura para o mesmo tipo de falta.²²⁴

Além dos requisitos circunstanciais já apresentado é importante que haja também o critério da singularidade da punição, o que concretiza o princípio do *non bis in idem* do poder disciplinar, por esse critério o empregador não pode aplicar mais de uma pena em função de uma única falta cometida; assim como, é preciso a ausência de discriminação, tendo em vista que se o cometimento da falta abrange trabalhadores diferentes, torna-se discriminatória a punição que atinge apenas um deles.²²⁵

Não há no ordenamento nenhuma exigência para que haja uma gradação de pena, ou seja, inexistente a concepção de que é preciso primeiro aplicar a advertência, depois a suspensão e só por último a justa causa. O critério que deve ser observado é a falta e a pena em relação a proporcionalidade, é dizer, é a gravidade da conduta que enseja essa gradação.

Faz-se mister previsão legal, a causa deve estar contida nos artigos 482 e 483 da CLT que respectivamente indicam que foram cometidas pelo empregado ou pelo empregador; caráter determinante da falta, significa que se determinada causa foi alegada como a determinante para a resolução, essa não poderá ser alterada, salvo se o empregado de maneira maliciosa ocultou o fato; imediatividade da falta, deve haver atualidade entre o cometimento da falta e a resolução do contrato, sendo que fica a critério do juiz o que seria a atualidade; assim como é preciso que haja uma proporção, que a falta grave praticada justifique de fato uma resolução contratual, sabendo que quando a conduta for dolosa não exige proporcionalidade.²²⁶

²²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13º ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 725.

²²⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

²²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 888 e 889.

4.3 CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO COMO ELEMENTO MOTIVADOR DA JUSTA CAUSA OBREIRA: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 482, d, CLT

A perda do emprego é uma situação que pode ser vislumbrada em toda a sociedade, a maior parte da população é a classe trabalhadora que busca todos os dias meios para garantir sua subsistência. A justiça do trabalho é a justiça dos desempregados, tendo em vista que, aqueles que estão exercendo sua atividade e recebendo sua remuneração não possuem, em tese, motivo para recorrer ao judiciário trabalhista.

Como já abordado, a perda do emprego pode decorrer de várias hipóteses, de maneira que em consonância com o que determina os princípios trabalhistas, ao ser dispensado, o empregado terá direitos, principalmente pecuniários, que farão com que, pelo menos por determinado tempo, sua sobrevivência ou até mesmo a de sua família não seja comprometida imediatamente.

Entretanto, para que esses valores sejam devidos é preciso que o fim da relação contratual não tenha sido em decorrência de vontade própria, nem que o obreiro tenha dado causa. Quando ocorre a segunda hipótese, os valores pecuniários praticamente desaparecem, o que pode passar a comprometer a manutenção das necessidades vitais básicas.

Uma das hipóteses de aplicação da justa causa decorre de condenação criminal transitada em julgado, que é quando não cabe mais recurso e, sem que tenha havido suspensão da pena, como visto no capítulo três. Surge nessa situação dois problemas, primeiro a perda do emprego e em segundo, como decorrência da justa causa a perda de todas as verbas trabalhistas, saliente-se que nessa situação a consequência da justa causa é um problema tendo em vista que o indivíduo ainda estará preso e com isso não tem como continuar inserido no meio social, não deixando perder de vista que até mesmo sua família pode estar sofrendo os efeitos dessa justa causa.

Ao analisar o que está posto nos princípios, observa-se que essa norma não se coaduna com a noção de proteção do trabalhador, pois, além do estigma criado pela condenação em si, o que dificulta a reinserção no mercado, o direito do trabalho

retira direitos importantes e necessários à manutenção do empregado acometido por essa hipótese de justa causa, sendo essa situação uma lacuna do ordenamento.

4.3.1 Análise do art. 482, d, da CLT

Como já abordado, a justa causa é uma espécie de resolução contratual onde o empregador é o responsável pela sua própria dispensa, pois, adota um comportamento incompatível com o exigido na relação contratual. Quando a despedida ocorre porque o empregador deseja por fim a relação de trabalho é assegurado diversas garantias, principalmente pecuniárias, que permitem proceder seu sustento até encontrar um novo emprego.

Quando a dispensa é sem justa causa, incorpora o maior número de verbas rescisórias trabalhistas, devendo ser pago: aviso prévio, lembrando que o prazo do aviso, que deve ser de 30 dias no mínimo integra o contrato para todos os fins; 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3; liberação do FGTS, período contratual, com acréscimo de 40%; baixa na CTPS; comunicação de dispensa e seguro desemprego, para que o trabalhador possa se habilitar para o recebimento do seguro-desemprego. Porém quando a dispensa é motivada, ao empregado cabe apenas o recebimento de verbas vencidas, se houver, como férias e saldo salarial e a baixa na CTPS.²²⁷

O artigo 482 da CLT traz um elenco de doze hipóteses em que o empregado poderá ser dispensado por justa causa, ou seja, o empregador tem vários motivos para conseguir dispensar o empregado enquadrando-o numa justa causa e pagando apenas as verbas remanescentes, se houver. Uma das hipóteses previstas chama bastante atenção em razão da falta de conexão entre o antecedente e o conseqüente, diz o art. 482, D, CLT:

Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

d) Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena.²²⁸

²²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1200.

²²⁸ Consolidação das Leis Trabalhistas.

De acordo com a previsão legislativa, independentemente do crime ter ou não relação com o trabalho que desempenha, o indivíduo perde todas as verbas que fazem parte da sua relação trabalhista e que são protegidas e garantidas pelo sistema jurídico no momento da rescisão contratual.

Entretanto se o crime for relacionado com o contrato e na esfera penal houver absolvição por falta de prova, não vai obstar o reconhecimento da justa causa na esfera trabalhista.²²⁹ É dizer, as esferas são independentes, o que torna mais desconexo ainda a perda de verbas trabalhistas em razão de uma condenação penal transitada em julgado.

Atente-se para a questão de que é sabido que um mesmo fato pode gerar responsabilidade em mais de uma esfera, mas o que defende-se é que a esfera trabalhista não tem competência para aplicar um instituto de punição de direito do trabalho em razão de uma atitude que é punida no direito penal, qual seja, o crime.

Essa forma de resolução contratual é muito prejudicial para o trabalhador, tendo em vista que, uma sociedade onde na sua maioria as pessoas precisam estabelecer relações trabalhistas, se apresentar em outro trabalho tendo sido dispensado do anterior por justa causa é algo que só conta negativamente para o empregado, ainda mais levando em consideração que o motivo da dispensa consta CTPS.

No momento em que o juiz condena o indivíduo por um crime de qualquer natureza e que essa decisão transita em julgado, de acordo com Luciano Martinez é como se existisse uma quebra da confiança entre os contratantes e surge uma autorização para o empregador aplicar a justa causa.²³⁰

A quebra da confiança é algo que, até mesmo por conta da sociedade em que vivemos, é inevitável que aconteça, pois o natural é que as pessoas não dêem credibilidade para aquele que é considerado de acordo com a legislação vigente, um criminoso. Mas, somente a perda da confiança, no que concerne a aspectos em nada relacionados com o desempenho da atividade, não pode ser visto como motivo suficiente para perda de verbas trabalhistas.

²²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1100.

²³⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paul: Saraiva, 2013, p. 599

A condenação criminal passada em julgado é aquela em que a decisão se tornou irrecorrível e o indivíduo deve apenas cumprir a pena que lhe foi imposta, como visto no capítulo reservado para explicar as questões relevantes de direito penal. É inegável que no momento em que a condenação criminal transita em julgado, por impossibilidade lógica, o indivíduo não tem mais como continuar exercendo a atividade que lhe cabia. Do mesmo modo, é preciso ressaltar que a simples prisão provisória tem o condão apenas de suspender o contrato de trabalho, diferentemente do que ocorre com a condenação transitada em julgado que extingue o contrato.²³¹

Não se discute o fato de que realmente é indispensável a saída do ambiente de trabalho. Entretanto, o ponto discursivo é no sentido de que não é razoável a perda dos direitos trabalhistas, ou seja, as verbas que lhe são devidas em razão da dispensa.

No Brasil existiu um fato que é emblemático para o caso em questão, que foi o caso do Goleiro Bruno, que é apenas um exemplo midiático, mas demonstra com clareza a situação apresentada. Bruno trabalhava no Esporte Clube flamengo por muito tempo, excelente goleiro, adorado pela torcida e exemplo para muitas crianças. O caso foi trazido em vários meios de comunicação.²³² Ocorre que em determinado dia cometeu um homicídio juntamente com outras pessoas e em razão disso, quando a sentença transitar em julgado, surge a possibilidade do clube dispensá-lo aplicando uma justa causa.

A atividade dele era ser goleiro e desempenhava muito bem essa função, o crime cometido não tem absolutamente nenhuma relação, não compromete nem traz prejuízo ao que ele exercia, dessa forma, não é razoável que como consequência dessa atitude também perca suas verbas, que foram angariadas durante todo tempo que prestou seu trabalho ao clube de maneira satisfatória.

Um indivíduo que está sendo punido na esfera penal, que já está sofrendo uma pena em razão de um ato ilícito cometido, não dá vazão para o estabelecimento de uma conexão com a esfera trabalhista no sentido de deixar de ter seus direitos assegurados.

²³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 1100.

²³² GOLEIRO do flamengo é suspeito de homicídio. Revista Veja. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/noticia/esporte/goleiro-do-flamengo-suspeito>> acesso em 25 nov 2014.

Diante do conceito de pena apresentado, constata-se que o direito penal punirá o indivíduo mediante uma apurada análise dos fatos e enquadramento adequado do tipo penal, em relação a conduta praticada pelo indivíduo. Nessa circunstância, apesar das esferas serem independentes o direito do trabalho também quer punir o mesmo indivíduo, de maneira ainda mais cruel, que é retirando aquilo que garante a sua subsistência e supostamente de sua família.

Além da exigência que a decisão tenha tido trânsito em julgado, para a configuração e enquadramento da hipótese do art. 482, d, CLT faz-se mister que não tenha havido suspensão condicional da pena (*sursis*). Observa-se que se o indivíduo apesar de ter uma condenação penal transitada em julgado, não for efetivamente preso em razão do benefício do *sursis* a seara trabalhista terá um óbice quanto a aplicação da justa causa, pois este constitui uma condição impeditiva da extinção do contrato de trabalho utilizando como causa o crime cometido pelo trabalhador.

Como já analisado, a doutrina entende que o motivo da aplicação da justa causa é por ter ocorrido a quebra da confiança, o que de fato é algo essencial e basilar na relação de trabalho, desde a formação do contrato e durante todo o tempo de sua execução. Entretanto, existe um *contra sensu* na aplicação do art. 482, d, CLT. Isso por que, não está bem definido qual é o ponto que verdadeiramente enseja a quebra da confiança.

A quebra contratual que motivará a justa causa ocorre por que o indivíduo é condenado ou por que ele é preso? O direito do trabalho deixa de responder essa questão quando concentra uma exceção, a extinção do contrato de trabalho por justa causa obreira na suspensão condicional da pena. Isso faz com que a relação entre ser condenado penalmente e ter suas verbas trabalhistas perdidas, seja ainda mais frágil e não é possível estabelecer a conexão existente entre as esferas penal e trabalhista.

Quanto a pena privativa de liberdade, o indivíduo está preso e não tem, efetivamente, como desempenhar a função, precisando ser afastado. Mas se a pena não for privativa de liberdade e se referir a delito fora da empresa, não caberá a dispensa com justa causa. É dizer, a pena restritiva de direitos e a pena de multa não geram a consequência em questão, de maneira que essa estipulação se

coaduna com o fato de também não admitir a justa causa quando houver suspensão condicional da pena.²³³

Além dessa precariedade de delimitar a relação que liga a esfera penal a trabalhista, temos que no momento de formação do contrato de trabalho existe uma grande proteção para com o empregado, por ele ser o lado mais fraco da relação, ou seja, inevitavelmente ele se encontra numa condição de hipossuficiência. Entendendo que a relação de causalidade é no sentido de que ele é hipossuficiente por ser trabalhador e não ao contrário.

Sendo assim, existe um problema de ordem prática, pois, no momento em que a condenação penal transita em julgado e não tem *sursis* surge para o empregador o direito de dispensar o empregado por justa causa, livrando a empresa de arcar com todas as despesas inerentes de uma dispensa sem justa causa. Por outro lado, basta que a pena seja suspensa condicionalmente para que o empregado volte a ter todos os direitos que já eram devidos antes da condenação penal transitada em julgado. Quanto a jurisprudência, observa-se que é tímida quanto a aplicação dessa modalidade de justa causa.

Vivemos em sociedade onde a regra não é ser empregador, por isso que todo o histórico do direito do trabalho contempla uma forte luta para conseguir minimamente equilibrar uma relação que por sua própria natureza é desigual. Estabelecer uma relação entre a esfera penal e trabalhista cria um problema de cunho sociológico.

Em sua maioria, justamente os que estão à margem da sociedade é que são os mais vulneráveis e suscetíveis ao cometimento de crime. Sendo que, são essas mesmas pessoas que formam as relações empregatícias. O que se quer demonstrar com essa análise sociológica é que, a pessoa já está sendo punida na esfera penal pela conduta inadequada, fazer com que seja punida também na esfera trabalhista com a perda daquilo que garante a sua subsistência é ser rigoroso demais com quem já é castigado todos os dias em razão da condição precária de sobrevivência.

Foi abordado anteriormente a questão da ressocialização, que não deixa de ser um problema sociológico que pode ser abarcado tanto no direito penal quanto no trabalhista. Ocorre que o sentido de ressocializar é inserir o indivíduo novamente no

²³³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 710.

meio social, incluindo o ambiente empregatício, dessa forma nota-se uma contradição, pois enquanto o direito penal utiliza a noção de ressocializar para melhorar o indivíduo, o direito do trabalho vem em um sentido oposto utilizando a condenação criminal como uma forma de excluir a pessoa do ambiente de trabalho que estava inserida.

Diante dos problemas sociais apresentados e da ligação frágil entre a esfera penal e a trabalhista, infere-se que quando a pena é privativa de liberdade, é inviável que a pessoa continue trabalhando, mas para compatibilizar essa inviabilidade sugere-se que, quando a condenação penal em nada se relacionar com o exercício da função, as parcelas pecuniárias sejam mantidas.

Quer dizer que, como tantas outras exceções que existem no ordenamento, o art. 482, d, da CLT possa ser interpretado de maneira que a hipótese só seja considerada como justa causa quando existir ligação direta entre o crime e o exercício da atividade. Assim sendo, quando o fato delituoso consistir apenas em questões que só dizem respeito a sua vida privada, é sugerido que a condenação possa ser interpretada como uma hipótese de suspensão contratual, da mesma forma que ocorre com a mera prisão provisória, como abordado no terceiro capítulo.

Ou como outra situação, que é ainda melhor, no sentido de o empregado até poder ser dispensado, mas não como hipótese de justa causa, pois dessa maneira, todas as verbas elencadas inicialmente serão perdidas, mas sim como dispensa imotivada. O maior problema reside na consequência da despedida imotivada, pois, além de ser conduzido para o estabelecimento prisional, não terá assegurado nenhum valor pecuniário para garantir o sustento enquanto é reinserido no mercado.

Atente-se ainda que, de um lado tem essa forma interpretativa de assegurar maiores direitos ao trabalhador, mas de outra via, o fato do indivíduo ter dado causa a uma condenação penal não é responsabilidade do empregador, em razão disso, propõe-se que nas verbas recebidas pelo trabalhador não seja acrescida à multa de 40% sobre os valores depositados no FGTS, pois, a saída do emprego não tem nenhuma relação com o trabalho, mas a inviabilidade do exercício da atividade decorre de razão dada pelo obreiro.

Essa verba indenizatória visa punir o empregador por ter posto fim a uma relação empregatícia, um meio de inibir o empregador de despedir o obreiro

imotivadamente, ou seja, essa não constitui uma parcela rescisória angariada pelo trabalhador por causa do exercício da atividade e por isso que é proposto a sua retirada do rol das verbas devidas nessa linha interpretativa.

Essa maneira propositiva de interpretar o art. 482, d, da CLT se consubstancia principalmente no fato de que o instituto da justa causa é para punir condutas indevidas na relação de emprego, e o direito penal tem o instituto da sanção penal para repreender os maus comportamentos da vida em sociedade, sendo assim, não admite-se a consequência trabalhista por causa de uma infração penal.

4.3.2 As lacunas diante do art. 482, d, da CLT

O direito brasileiro não tem como acompanhar a evolução da sociedade, pois, existe todo um trâmite legal que precisa ser observado. Enquanto que o meio social produz coisas novas todos os dias e que necessitam de regulamentação, mas que como o ordenamento exige determinada formalidade torna-se inviável a produção de norma simultânea. Nesse aspecto, o sistema é entendido como aberto e dinâmico, suscetível às mudanças sociais, que afetam o contexto social e cultural, bem como à transformação e evolução dos valores humanos que fundamentam o ordenamento jurídico.²³⁴

Além disso, é difícil para os parlamentares responsáveis pela criação das normas abarcar todas as situações possíveis de acontecer na sociedade, criando dessa forma, lacunas no ordenamento. Quando uma circunstância é carente de norma, o aplicador do direito deve se valer dos meios disponíveis para conseguir decidir o caso concreto, uma vez que ao magistrado não é dado o direito de se eximir de julgar por falta de regra²³⁵. Por meio do princípio da completude, ao juiz é fornecido, em cada caso, uma solução normativa, sem necessidade de recorrer as fontes supletivas do direito, entendendo, dessa forma, o sistema jurídico como completo e que todas as respostas são encontradas no ordenamento.²³⁶

²³⁴ MAUDONNET, Maria Clara. Lacunas da lei. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, ano 5, 2004, p. 281.

²³⁵ É o que se extrai do art. 4º da LINDB “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²³⁶ MAUDONNET, Maria Clara. *Op.cit.* 2004, p. 280.

O estudo da lacuna da lei no direito está diretamente relacionado à concepção da completude do direito. A lacuna da lei não é admitida pelos que concebem o sistema normativo como fechado e completo, de maneira que toda questão encontra uma resposta no ordenamento ²³⁷. O direito pode ser lacunoso até mesmo quando a norma que está presente não se coaduna com a diretrizes postas pelo ordenamento.

O professor Hans Kelsen entende que um ato não pode ser considerado como um ato jurídico e o seu sentido não pode ser entendido como uma norma jurídica, já mesmo pelo fato de o Direito não ser uma norma isolada, mas um sistema de normas, um ordenamento social ²³⁸. Na obra a Teoria pura do direito, o professor não admite a existência de lacunas, mas, entende que é importante a teoria das lacunas para limitar o poder normativo dos magistrados.

Nesses termos, observa-se que a norma ao não estar em consonância com o que preconiza as bases fundamentais do sistema, existe um tipo de lacuna, que será resolvida de acordo com os meios integrativos que são apresentados pelo próprio ordenamento, de maneira que em razão dessas soluções que visam completar o ordenamento já se pode afastar a concepção da completude. A procrastinação de uma norma, ou seja, quando encontra-se atrasada em relação as novas normas e evolução do sistema como um todo, cria um problema para aqueles que sofrerão a incidência do dispositivo.

Alguns doutrinadores fazem referência a distinção entre lacuna na lei e lacuna no direito, de maneira que admite-se a impossibilidade do legislador aprovar leis para todos os fatos concretos da vida, mas isso não significa que o direito está lacunoso.²³⁹

Nesse sentido, é feita uma distinção entre o ordenamento jurídico e o legislativo, entendendo que aquele não possui lacunas, pois, corrigem as imperfeições destes. Mas essa diferenciação também não é pacífica, tendo em vista que outra vertente doutrinária acena para a ideia de que as lacunas são deficiências do direito positivo, entendendo que existem lacunas materiais.

²³⁷ MAUDONNET, Maria Clara. Lacunas da lei. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, ano 5, 2004, p. 280.

²³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** traduzido por João Baptista Machado. 4^o ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 52.

²³⁹ FREITAS, Frederico Oliveira; GOMES, Magno Federici. Os dilemas das lacunas. **Revista Síntese direito civil e processo civil**. São Paulo: Síntese, mar/abr 2011, ano 12, nº 70, p. 151.

Quando da aplicação do direito a um fato concreto, é necessário correlacionar as normas entre si, assim como o subsistema de valores a ele correspondente, não podendo o juiz ter um critério puramente normativo, devendo dar lugar a uma compreensão dos sistemas normativos em relação ao fato e aos valores que o informam.²⁴⁰

É com essa análise que observa-se que a hipótese da condenação penal transitada em julgado quando, não tenha havido suspensão da pena, é uma norma que se fosse aplicada sendo compatibilizada com os valores e princípios da relação trabalhista, seria uma norma que não se sustentaria por estar incompatível, a primeiro momento, com todo o contexto histórico que é marcado por períodos difíceis com vistas a alcançar melhores condições para os trabalhadores, assim como, com todo o arcabouço principiológico que norteia a dinâmica das relações de trabalho e limita o poder dos empregadores.

Existem algumas espécies de lacuna, como as autêntica e não autêntica, na primeira significa que é impossível a obtenção da uma decisão ao caso concreto a partir de uma análise da lei, a segunda ocorre quando o fato está disposto legalmente mas a solução possível é insatisfatória. É possível que a lacuna seja axiológica que ocorre porque o modo como algum comportamento está ordenado pode ser tal que, de acordo com a concepção atual da vivência dos valores jurídicos pela comunidade, essa maneira de regular certa conduta pode ser tida como injusta, fazendo surgir a lacuna axiológica.²⁴¹

Existe também a classificação feita pela doutrina alemã em lacuna primária que é aquela que existe na ordem normativa desde o momento da origem e as secundárias são as que aparecem posteriormente, seja pela consequência de uma modificação da situação fática ou do aparecimento de figuras contratuais que não se encaixem nos tipos jurídicos predeterminados, destacando que as secundárias também podem ser axiológicas.²⁴²

Assim entende Maria Helena Diniz:

As lacunas que um ordenamento apresenta em relação a um dos paradigmáticos são deontológicas e ontológicas: as primeiras consistem numa separação entre direito e justiça e, as segundas, numa inadequação

²⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7^o ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 86.

²⁴² *Ibidem*, p. 88.

das leis ante a variedade dos casos. Ou há uma norma ou não há uma norma. Se há norma não há lacuna. Falta uma qualificação justa, porém existe uma qualificação. Se não há norma, temos lacuna ontológica e não deontológica ideológica. O que falta não é uma norma, mas uma norma mais justa.²⁴³

De acordo com o entendimento da professora, na hipótese de justa causa em questão existe uma lacuna ontológica, tendo em vista que a norma existe, entretanto, ela não é justa, não está compatível com o que preceitua o ordenamento que preza acima de tudo pela dignidade da pessoa humana. A relação com o referido princípio é de suma importância nesse ponto, pois, o trabalho é uma das maneiras mais importantes de dignificar o homem, de maneira que quando essa justa causa é aplicada, a pessoa fica presa e sem perspectiva de trabalho quando sair do estabelecimento prisional.

As lacunas existem no ordenamento como um todo, mas no concernente ao direito do trabalho que é regido por princípios que visam minimizar a desigualdade entre empregado e empregador, no momento em que uma lacuna é observada, significa que existe uma vulnerabilidade maior do empregado que, como visto no segundo capítulo, tem a sua relação de trabalho constituída por meio de um contrato de adesão, sendo do empregador a responsabilidade de estabelecer as normas e quando existe uma lacuna como a ontológica o objetivo de diminuir a desigualdade inerente à relação não é atingido.

4.3.3 Os princípios frente a essa modalidade de justa causa

Todos os princípios apresentados, assim como todo o esforço histórico trazido no segundo capítulo, demonstram de maneira evidente que o direito trabalhista nasceu para melhorar a condição de trabalho daquele que era obrigado a ter jornadas excessivas, sem descanso, onde mulheres e crianças também estavam sujeitas às mesmas condições.

É nesse sentido, como já demonstrado, evidencia-se a condição de hipossuficiência do trabalhador que tem como única opção a necessidade de trabalhar para manter seu próprio sustento e de sua família. Além de todas as regras, os princípios são muito importantes e específicos na relação trabalhista. Nesse contexto, o princípio

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7^o ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.

da proteção e seus corolários prezam pela maior proteção do obreiro, com essa caracterização observa-se que a hipótese de justa causa apresentada é incompatível com a noção protetiva.

Especificamente no que concerne ao princípio da norma mais favorável, que é decorrência do princípio da proteção, observa-se que o momento pré-jurídico, que é o que orienta o legislador, é preciso que a norma a ser elaborada seja pensada de maneira a ser mais benéfica possível para o trabalhador, de maneira que quando essa norma foi posta, isso não foi levado em consideração. Nesse sentido, o modo como ocorre a aplicação do art. 482, d, CLT fere os direitos protetivos do trabalhador que são assegurados no momento de formação do contrato.

O *in dubio pro operario*, como já apresentado no segundo capítulo, visa que diante de uma norma com interpretações diferentes, seja dada a interpretação que mais beneficia o trabalhador, dessa forma, pode-se inferir da alínea “d” do art. 482, tanto a interpretação levando em conta a letra fria da lei, quanto a interpretação que leva em conta todo o ordenamento e nesse contexto, o que mais beneficia o trabalhador é a interpretação principiológica.

A imperatividade das normas trabalhista, também visto no segundo capítulo, é, justamente, para que o empregador não afaste as normas que são essenciais à proteção, entretanto, é o ordenamento quem afasta a proteção ao permitir que em razão de um instituto penal, o obreiro possa perder todos os seus direitos conquistados e assegurados no decorrer do exercício da atividade.

Em termos de não retrocesso, nota-se que a perda dos direitos trabalhistas em detrimento de condenação penal transitada em julgado é uma forma de retroceder e tem como consequência para o trabalhador o aniquilamento dos seus direitos sociais que são adquiridos, exclusivamente, pela sua condição de trabalhador, nesse sentido, o fato de ter tido uma conduta indevida em outra esfera jurídica não pode gerar a negativa dos seus direitos sociais trabalhistas.

Ocorre que, a aplicação fria e direta do artigo 482, d, da CLT é algo que traz implicações tanto no âmbito social, quanto na própria definição e essência do que vem a ser o direito do trabalho. O aspecto inerente do direito do trabalho é a proteção do hipossuficiente, entretanto, parece que, a seara trabalhista retira

automaticamente a situação de hipossuficiência quando sobrevém uma condenação penal transitado em julgado sem ter havido suspensão condicional da pena.

Enquanto que na verdade, o cometimento de um crime, quando não se relaciona com o desempenho da função do indivíduo, é um fato que coloca o sujeito numa condição ainda maior de fragilidade e hipossuficiência, tendo em vista que a condição de criminoso é algo que repercute negativamente na conduta de qualquer ser humano. Não bastando isso, ao aplicar uma pena ao indivíduo, a ideia é que ele possa refletir o que fez, a tentativa é de ressocialização, de acordo com o conceito apresentado no terceiro capítulo, mas, isso é rompido no momento que se admite a justa causa por essa razão.

A estruturação das normas trabalhistas tem o foco maior de proteção, por essa razão não pode se desprender disso, sob risco de deixar de exercer sua função primordial. Retirar do trabalhador aquilo que é seu detrimento do seu esforço laboral é deixar perder toda a proteção dada no início da relação. A perda de suas verbas ou de qualquer outro direito trabalhista que seja, deve ser em razão de condutas praticas e punidas pelo direito do trabalho. Mantendo sempre a ideia de que as esferas de punição são independentes e assim devem se manter.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi abordado, é evidente que existe um problema quando da aplicação da condenação penal transitado em julgado quando não tenha havido a suspensão condicional da pena, como forma de justa causa. Inicialmente foi demonstrado todo o início do direito do trabalho para alcançar o patamar que existe hoje, principalmente em termos de legislação.

Os aspectos penais são de suma importância para compreensão do que está sendo abordado, pois, conceitos como o que vem a ser crime em conjunto com a sanção penal como forma de punir o ato criminoso é necessário para saber o que a justa causa em detrimento de condenação penal significa.

Destacando-se o fato de que não basta apenas uma sentença penal condenatória, deve ter transitado em julgado e não ter havido o sursis, pois, caso contrário o indivíduo não teria motivo para não frequentar o ambiente de trabalho. O mesmo se diga das demais penas apresentadas, quais sejam, a restritiva de direitos e de multa, onde de igual modo não geram motivo para a aplicação da justa causa em questão, podendo ser aplicada apenas quando for causa de pena privativa de liberdade.

A doutrina justifica a justa causa como perda da confiança, mas, quando se referem a motivação em questão, entendem que sua aplicação decorre apenas da impossibilidade lógica de exercer a atividade estando preso, ou seja, pode-se inferir que em verdade não é a confiança em si, pois se assim fosse a condenação penal transitada em julgado, independentemente do tipo de sanção aplicada, sempre ensejaria o fim motivado da relação.

Por outro lado, também conclui-se que os princípios formadores da relação de trabalho e do direito trabalhista como um todo não é compatível com a modalidade de justa causa em questão, existindo, como apresentado, uma lacuna ontológica, de maneira que a lei até existe, mas não é justa e adequada para o que se pretende regular.

Por essas questões, forma-se e propõe uma nova maneira de interpretar o dispositivo, no sentido de até admitir que o empregado seja dispensado em detrimento da condenação, mas que isso não seja hipótese de aplicar a

consequência inerente da justa causa, qual seja, a perda de todas as verbas trabalhistas, permanecendo apenas as remanescentes e a baixa na CTPS. Assim como, também propõe-se que o empregador não seja afligido com o pagamento da multa dos 40% do FGTS, uma vez que a motivação da dispensa não foi decorrente de nenhuma atitude sua.

Uma das vertentes mais importantes nesse contexto é também a questão do aspecto social, pois, uma sociedade que o fato de ir preso, retira a possibilidade de continuar sendo empregado, é ser contrário ao sentido da ressocialização, pois o comando da justa causa é na direção de pelo fato de ter tido um mau comportamento seu contrato não pode ser mantido. Nunca perdendo de vista, que toda discussão sempre gira em torno do ato criminoso que não tem relação como emprego.

Essa ideia de interpretar de maneira diferente o dispositivo é com vistas a tornar o ordenamento mais unificado, interligando as normas, pois, em um ramo do direito que preza fundamentalmente pela proteção do trabalhador não pode admitir que condutas realizadas em outra esfera, seja motivo necessário e suficiente para extrair a proteção adquirida arduamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

ALVAR, Maria Vitoria Queija. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso social no Brasil**. Âmbito jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212>. Acessado em 09 out 2014.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. Penas restritivas de direitos: a prestação de serviços à comunidade. Destinação social e aspectos constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, ano 81, vol. 686.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte: Nova fase, 2012, nº 60.

BARBOSA, Ruy. **Criminologia e direito criminal**. Campinas: Romana, 2003, atualizado por Orlando Derezen.

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: v.1 parte geral**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Silvia Marina L. Batalha de Rodrigues. **Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva: a rescisão contratual em face da CF/88**. São Paulo: LTr, 1997.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Revisão Roberto Leal Ferreira.

BENEVIDES FILHO, Maurício. **O que é sanção?** Disponível em <<file:///C:/Users/MASTER/Downloads/37-117-1-PB.pdf>> acessado 20 de out de 2014.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da Pena. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1990, ano 79, vol. 662.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4º ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, rev., e atual.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 18º ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____, _____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**.

_____, _____. **Lei de Introdução ao Código Penal**.

_____, _____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no agravo de instrumento n. 757244. Agravante: Glaucia Rosaura dos Santos. Agravado: Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DJ 29 mar 2011. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28empregado+publico+sem+concurso%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q4aqd5z>> acesso em 25 nov 2010.

CAIRO JR. José. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo**. Discursos sediciosos crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, ano 11, números 15/16.

CARVALHO, Tamiris Queiroz. **Aula de Penal: sanção penal (das penas)**. ABC do direito. Disponível em < <http://www.abcdodireito.com.br/2010/09/aula-sancao-no-direito-penal-das-penas.html>> acessado em 20 de out de 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 5º ed., Niterói: Impetus, 2011, rev., ampl., e atual.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Gênero, criminalização, punição e “sistema de justiça criminal”: um olhar sobre as sobrecargas punitivas e as dominações do masculino. **Revista de estudos criminais**. São Paulo: Fonte do direito, 2008, ano 8, nº 28.

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal**. Salvador: JusPodivm, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8^o ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. **O princípio da proibição do retrocesso social no direito do trabalho**. Universidade Federal da Bahia. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8440/1/CARLOS%20ROMEU%20SALLES%20CORR%C3%8AA.pdf>>. Acessado 09 de out de 2014.

COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

CUEVA, Mario De La. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. México: Porrúa, 1954, tomo I.

CUNHA, Alexandre. **“A Justiça do Trabalho Diante da Transformação do Direito, na perspectiva da Dinâmica econômica.”** JusBrasil. Disponível em <<http://atfbc.jusbrasil.com.br/artigos/111843887/a-justica-do-trabalho-diante-da-transformacao-do-direito-na-perspectiva-da-dinamica-economica>>. Acesso em 21 jan 2014.

CUNHA JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13^o ed., São Paulo: LTr, 2014.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Pdivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7^o ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRINCÍPIOS do direito do trabalho. Disponível em <<http://www.espacojuridico.com/blog/principios-do-direito-do-trabalho-parte-1/>> Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2^o ed. Revista ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. acessado em 13 out de 2014.

FABBRIS, Ângela Tacca. **Contrato de Trabalho: evolução e contemporaneidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Tradução Cláudia de Miranda Avena; revisão Luis Flávio Gomes. São

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Ética, Direito & Justiça**. São Paulo: LTr, 2004.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e individualização: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

FREITAS, Frederico Oliveira; GOMES, Magno Federici. Os dilemas das lacunas. **Revista Síntese direito civil e processo civil**. São Paulo: Síntese, mar/abr 2011, ano 12, nº 70.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil responsabilidade civil**. 11º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 3.

GIGLIO, Wagner D. **Justa causa**. 7º ed., São Paulo: Saraiva, ver., e atual., 2000.

GOLEIRO do flamengo é suspeito de homicídio. Revista Veja. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/esporte/goleiro-do-flamengo-suspeito>> acesso em 25 nov 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Contrato de trabalho e relação de emprego. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 125, ano. 46, fasc. 555, 1945.

_____; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral**. 13º ed., São Paulo: Saraiva, 2007, ver., e atual.

HIRECHE, Gamil Foppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. 1º ed., Rio de Janeiro: forense, 2004.

JUNIOR, Luiz Vicente. **Direito do trabalho**. Disponível em <<http://juliobattisti.com.br/tutoriais/luizvicente/direitodotrabalho002.asp>> acessado em 13 de out de 2014.

KELSEN, Hans. **Ensaio introdutório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito** traduzido por João Baptista Machado. 4º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAMARCA, Antônio. **Manual das Justas Causas**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1977.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11º ed. São Paulo: LTr, 2013.

LIMA, Antonio Cesar Barros de. **Sanção Penal e Direito Criminal**. Teoria Geral da Pena. Disponível em <http://teoriageralpena.spaceblog.com.br/813713/Sancao-Penal-e-Direito-Criminal/> > acessado em 20 de out de 2014.

MAGANO, Octaviano Bueno. **Direito individual do Trabalho**. 4º ed., São Paulo: LTr, 1981.

MAGNABOSCO, Danielle. Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1010> . Acesso em: 21 out. 2014.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 9º ed., Rio de Janeiro: editora da fundação Getúlio Vargas, 1981.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Maíra Batista. **Princípios Específicos do Direito do Trabalho: Reflexão Crítica quanto à Aplicação na Atualidade**. Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23903/principios-especificos-do-direito-do-trabalho-reflexao-critica-quanto-a-aplicacao-na-actualidadeb>> acessado em 13 de out de 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTIR, Rogerio. “**A correta aplicação da justa causa na rescisão do contrato de trabalho**.” JusBrasil – Artigos, 2014.

MAUDONNET, Maria Clara. Lacunas da lei. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, ano 5, 2004.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 4º ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17º ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12º ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: malheiros editores, 2013.

MENEZES DE, Claudio Armando Couce. **A) interpretação e aplicação das normas de direito do trabalho; B) princípios de direito do trabalho; Renúncia e transação**. Revista LTr. São Paulo: LTr, nº 6, 1991.

MURADAS, Daniela. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. São Paulo: Síntese, v. 22, n. 262, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoriageral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24º ed., São Paulo: Saraiva, 2009, rev., atual., e ampl.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro**. E-GOV. disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro>> acessado 20 de out de 2014.

NOLASCO, Flávia de Macedo. A função simbólica da sanção penal. **Revista jurídica da justiça federal da bahia**. Salvador: SJBA, 2002, vol. 1, n. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, rev., atual. e ampl., p. 327.

_____. **Manual de direito penal**. 10º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014,

OLIVEIRA DE CASTRO, Ismênia. Do Equilíbrio Contratual Civilista e a Hipossuficiência no Direito do Trabalho (Obrigações do Empregador). **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre: Síntese, v. 21, n.252, jun. 2010.

OTERO, Juan Manuel. A hipocrisia e a dor no sistema de sanções do direito penal. **Discursos sediciosos crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, ano 11, números 15/16.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material**. São Paulo: LTr, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006, 3º edição.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 4. ed. Trad. Wagner D. Giglio. Sao Paulo: LTr, 1978.

RODRIGUES, Maia Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 13º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ver., atual. e ampl.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito e justiça – lucubrações etimológicas (algo fútil) sobre o princípio da proteção**. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 73, nº1, 2009.

_____. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no Direito brasileiro**. ed. 3. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

SANTOS, Gérson Pereira dos. Penas restritivas de direitos substitutivos à privação da liberdade no código penal brasileiro. **Ciência Jurídica**. Salvador: Ciência Jurídica, 1987, ano 1, nº 3.

SANTOS, Hélio Antônio Bittencourt. O direito do trabalho e o Estado. *In*: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). **Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes**. São Luis: 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. 8º ed., Salvador: JusPodivm, 2014, rev., e atual.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 5º ed. São Paulo: LTr, 2012.

SENA, Newton Cunha de. Instituto jurídico do passe à luz do Direito do Trabalho. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orient.). **Novos nomes em direito do trabalho**. [S.l.]: [S.n.], [200 – ?], v. III.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de estudos criminais**. São Paulo: Fonte do direito, 2008, ano 8, nº 28.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual de sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Luís de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, 2004, nº11.

_____. **Principiologia do direito do trabalho**. 2º ed, São Paulo: Ltr, 1999.

SLIWOWSKI, Georges. A “sociologia do tempo” e a pena privativa de liberdade. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1976, ano XIII, nº 49.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, ano 12, nº 49.

VIEIRA, Lucas Carlos. **Princípios do Direito do Trabalho: Uma análise dos preceitos lógicos aplicáveis na justiça do trabalho e sua atual configuração**. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8193> acesso em: 06/10/2014.

ZAFFARONI, E. Raul; BATITA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.
Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4º ed.,
Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** São
Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no direito do trabalho.** São Paulo:
Malheiros editores, 1995.

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

Aos 05 de março de 2015 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraay 989 – em Salvador/ Bahia, às 17h, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) Ana Letícia Oliveira Valverde dos Santos, intitulada *Condenação Penal transitada em julgado como elemento motivador da justa causa obreira: Uma análise acerca da (IN) Aplicabilidade do artigo 482, "d" da CLT*, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) Adriana Brasil Vieira Wyzykowski, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) Josaphat Marinho Mendonça e Prof(a) Daniel Nicory do Prado e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Adriana Brasil Vieira Wyzykowski	8,0	
Josaphat Marinho Mendonça	8,0	
Daniel Nicory do Prado	8,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Adriana Wyzykowski
Prof. Orientador

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Josaphat Marinho Mendonça
Membro da Banca Examinadora

Josaphat Marinho Mendonça

Daniel Nicory do Prado
Membro da Banca Examinadora

Daniel Nicory do Prado



Salvador, 05 de março de 2015.

Faculdade Baiana de Direito
R. VISCONDE DE ITABORAAY, Nº 989, AMARALINA
SALVADOR - BA - CEP: 41900-010 TEL: (71) 3276.1323
www.faculdadebaianadedireito.com.br