



LIMITES AO PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. A tese do Poder Disciplinar Compartilhado. (*)¹

Enoque Ribeiro dos Santos. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre (UNESP) e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho (Procuradora Regional do Trabalho da 9ª. Região – Paraná).

Sumário.

1. Introdução. Delimitação do Tema.
2. Princípios Protetivos da Constituição Federal de 1988
3. Poder Empregatício e seus desdobramentos
4. Poder disciplinar: conceito
5. Teorias sobre o Poder Disciplinar
 - 5.1 Poder Disciplinar convencional
 - 5.2 Poder Disciplinar unilateral
 - 5.3 Poder Disciplinar como Delegação do Poder Público
 - 5.4 Poder Disciplinar na ótica empresarial
6. O Poder Disciplinar no Brasil
 - 6.1 O Poder Disciplinar no Setor Público
 - 6.2 O Poder Disciplinar no Setor Privado
 - 6.3 Jurisprudência: julgados recentes sobre o Poder Disciplinar
 - 6.4 Correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o Poder Disciplinar
7. O Poder Disciplinar no Direito Estrangeiro
 - 7.1 O Poder Disciplinar na Alemanha

¹ Palestra proferida no Congresso de Direito Individual do Trabalho, promovido pelo Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), no Largo São Francisco, São Paulo, em 25 de outubro de 2007.

- 7.2 O Poder Disciplinar na Espanha
- 7.3 O Poder Disciplinar em Portugal
- 8. Tendências da aplicação do Poder Disciplinar: O Poder Disciplinar Compartilhado
- 9. Conclusões

1. Introdução. Delimitação do Tema

O poder disciplinar como emanção do poder diretivo do empregador trata-se de temática que nos açula, se examinada sob o prisma do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que constitui-se fundamento de validade do Estado Democrático de Direito, insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º., inciso III, mas, que entre nós, desde sua normatização com a promulgação da CLT, em 1943, e ao longo de todos esses anos não sofreu inovações para acompanhar as tendências e princípios modernizantes, postando-se em estágio semi-primitivo se comparado às evoluções em outros ramos do Direito, não apenas no Brasil, como especialmente no Direito Estrangeiro.

Com o presente artigo, propomo-nos a tratar de matéria tão instigante e que afeta a vida de milhões de trabalhadores, hodiernamente sob o jugo de poder tão amplo e às vezes ilimitado colocado nas mãos de uma única pessoa: o empregador, em franca contradição e em grau de colisão com os princípios fundamentais de proteção à pessoa humana.

2. Princípios Protetivos da Constituição Federal de 1988

É notório que a Constituição Cidadã de 1988, em seu preâmbulo, teve como objetivo a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Com base nesse *wording* inicial da Carta Magna, forçoso é concluir que houve também na legislação infra-constitucional a rejeição de condutas fiscalizatórias² e de controle da prestação de serviços que entrem em choque e colidam com a liberdade e com a dignidade da pessoa do trabalhador.

Logo, a seguir, o constituinte originário traçou os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e V - o pluralismo político.

Como objetivos fundamentais, ou seja, o programa de ação que o Estado deverá empreender para a consecução de suas metas encontramos no Art. 3º. da Carta Magna: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entre os direitos fundamentais insculpidos no Art. 5º prevalecem como regra geral que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5, III); a regra que declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação (inciso x); as regras de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, e de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (incisos LIII e LIV).

Todas essas normas delimitam o poder diretivo do empregador, mais especificamente no que respeita ao exercício de fiscalização, de controle e disciplina no exercício de seu poder empregatício.

Não obstante esse aparato constitucional, enfrentamos no Brasil um fato social de enorme gravidade: a ausência de proteção contra a dispensa imotivada.

Como ficará claro mais adiante em nossa exposição, contrariamente a outros países democráticos, não existe em nosso ordenamento jurídico nenhuma proteção em face do despedimento do trabalhador, proporcionando a extinção sumária do vínculo laboral, com raríssimas exceções de garantia temporária no emprego asseguradas pela situação pessoal do

2 Art. 373-A da CLT: VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

trabalhador (acidentado, trabalhadora gestante – proteção à vida da criança) ou do exercício comunitário de suas funções (dirigente sindical, integrante da CIPA, de Comissão de Conciliação Prévia, diretor de cooperativa etc).

E visualizamos toda essa situação em que pese o dispositivo legal insculpido do art. 7º, inciso I, da CF 88, *in verbis*:

“ I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Até o presente momento não houve qualquer regulamentação do inciso acima mencionado, apesar da existência da Convenção n. 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que foi ratificada e logo após denunciada pelo Brasil. Não tivesse ocorrido tal fato, estaríamos alinhados aos países mais avançados democraticamente na defesa dos direitos e garantias relacionados à proteção contra dispensa arbitrária ou imotivada do trabalhador.

Hodiernamente para resolver esse impasse e não aguardar indefinidamente a sua regulamentação pelo Congresso Nacional, mesmo porque o empresariado nacional não tem nenhum interesse na limitação de seu próprio poder de direção, plenamente compatível com os interesses neoliberais, recomendamos que o poder disciplinar seja discutido e incluído em capítulo específico nos acordos e convenções coletivas de trabalho, frutos da negociação coletiva de trabalho.

Se a negociação coletiva de trabalho for infrutífera, o poder normativo dos tribunais na prolação da sentença normativa de índole econômica, por tratar-se de vazio legal, consoante disposição do próprio Supremo Tribunal Federal, poderia disciplinar e limitar o poder diretivo dos empregadores, de acordo com os pedidos da exordial, a conveniência e a oportunidade do caso concreto, já que operará em juízo de discricionariedade, criando normas de caráter geral e abstrato.

3. Poder Empregatício e seus desdobramentos

Para Maurício Godinho Delgado³ “o poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o

3 Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6a. Edição. São Paulo: Ltr, 2006, p. 631.

conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”.

De uma forma geral, a doutrina chama o poder empregatício de poder diretivo do empregador, com seus desdobramentos ou emanações em poder de organização, regulamentar, controle ou fiscalizatório e disciplinar.

O poder de direção, portanto, pode ser conceituado como as prerrogativas que derivam inclusive da índole constitucional (livre iniciativa) que atribuem ao empregador o direito de livre organização empresarial, desde a idéia inicial de seu empreendimento (projeto de criação) até a consolidação do negócio em todas as suas fases, e na seara trabalhista, o poder de estruturar funcional e hierarquicamente as relações internas entre o trabalho e o capital, inclusive a elaboração do regulamento de empresa.

4. Poder Disciplinar: conceito

Poder disciplinar pode ser definido com o poder que cabe ao seu titular, o empregador, de aplicações sanções, tendo em contrapartida a sujeição do sujeito passivo, o empregado, o que denota a expressão de sua subordinação jurídica, permitindo qualificá-lo como um poder sancionatório decorrente da relação de emprego.

De uma perspectiva funcional, nas palavras de Maria do Rosário Palma Ramalho⁴ “ este poder é, de modo geral, relacionado com o poder diretivo, sendo-lhe atribuída a função de garante da eficácia deste poder, sem a possibilidade de reagir contra o trabalhador pelo não cumprimento das emanações do poder de direção, careceria este de eficácia jurídica, o que, em última análise, faria perigar a subsistência de um vínculo negocial todo ele assente no binômio subordinação/autoridade – em consequência desta ligação é, também atribuída ao poder disciplinar uma finalidade eminentemente conservatória do vínculo laboral e preventiva de novas infrações”.

Ainda, segundo a retro-referenciada autora⁵ “por aplicação do critério temporal, o poder disciplinar aparece como o último dos poderes laborais e é usualmente considerado de caráter eventual – garantindo a eficácia do poder diretivo, ele apenas surge no momento patológico do

4 Ramalho, Maria do Rosário Palma. Do fundamento do poder disciplinar laboral. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 185

5 Idem, ibidem, p. 186

desenvolvimento da relação negocial e, se e quando o trabalhador não tiver cumprido, de uma forma voluntária, as emanções do poder de direção”.

Dessa forma, podemos inferir que a doutrina majoritária atribui a titularidade desse amplo poder ao empregador, como emanção de seu poder diretivo, que assume a função de garantia de subsistência do vínculo laboral, devendo ser utilizado, dentro de certos limites, no momento patológico de desenvolvimento das relações trabalhistas, em situações de inadimplemento funcional por parte do sujeito passivo.

Negar esse poder seria destituir o poder de direção de eficácia jurídica, ao mesmo tempo em que colocaria em risco a subsistência do vínculo laboral, todo ele assentado no binômio autoridade/subordinação.

Daí, a natureza conservatória (do vínculo de emprego), bem como preventiva de novas infrações, pelo exemplo das punições e sanções anteriormente aplicadas aos obreiros, fazendo surgir na organização uma espécie de “*jurisprudência*”, nos quais o empregador deveria se basear na aplicação de futuras penas a casos concretos, levando-se em consideração a paridade de suas decisões disciplinares anteriores.

É nessa contextualização que surgiram algumas doutrinas, que procuram explicar a gênese do Poder Disciplinar, bem como justificá-las na pessoa do empregador, como passamos a apresentar no próximo item.

5. Teorias sobre o Poder Disciplinar

Entre as inúmeras teorias sobre o Poder Disciplinar, selecionamos quatro delas para discutir no presente trabalho, quais sejam:

5.1 Poder Disciplinar Convencional

Essa teoria entende que o Poder Disciplinar apresenta uma ligação direta com o contrato de trabalho, não podendo existir sem a presença deste. Da mesma forma, a existência do Poder Disciplinar estaria condicionada a sua discussão em sede de negociação coletiva de

trabalho, devendo consubstanciar necessariamente em capítulo próprio dos instrumentos jurídicos dela decorrentes, mais precisamente, da convenção coletiva de trabalho.

Observa-se que, por meio dessa teoria, o Poder Disciplinar não pode ser unilateralmente exercido pelo empregador, já que estaria previsto expressamente na convenção coletiva de trabalho, e toda punição ou sanção disciplinar aplicada pelo empregador não circunscrita ao estabelecido em negociação coletiva seria nula, e destarte, estaria desprovida de qualquer efeito jurídico.

5.2 Poder Disciplinar Unilateral

Por essa teoria, o Poder Disciplinar é atribuído unilateralmente ao empregador, como decorrência do Poder de Direção, podendo ser exercido a seu livre alvitre, dentro dos juízos de razoabilidade, bom senso e proporcionalidade. Não há qualquer participação do sindicato profissional na elaboração de suas regras, muito menos do empregado, que é exercida a seu talante, sem restrições.

5.3 Poder Disciplinar como delegação do Poder Público

Para essa corrente, considerando que o *jus puniendi* pertence exclusivamente ao Estado, o Poder Disciplinar somente pode ser entendido e aceito como poder individual de aplicar penas sob o prisma da delegação do Poder Público estatal. De outra banda, descambaria para a justiça privada, bem como para formas primitivas de organização social.

Essa concepção acha-se umbilicalmente atrelada à vertente institucionalista, tendo como pano de fundo o modelo autoritário e autocrático que prevaleceu na cultura política e jurídica do século passado.

5.4 Poder Disciplinar Empresarial

Essa teoria atribui a titularidade do Poder Disciplinar não ao empregador, mas à empresa, como organização. O Poder Disciplinar pertence à empresa, ou seja, é um poder da empresa. Vincula também o empregador e não apenas o empregado, apresentando uma tendência a produzir maior uniformidade no modo do seu exercício.

Admite ainda que o contrato de trabalho é uma relação não igualitária, sob a presidência do empregador, como chefe da empresa, enquanto permite que os empregados não tenham um posicionamento puramente passivo dentro da empresa, uma vez que encontram-se associados aos objetivos desta, vista como única forma de manter a disciplina e ao mesmo tempo atingir os fins objetivados pela organização.

A disciplina na empresa é equiparada à disciplina de qualquer grupo social, justificada como forma de assegurar a sobrevivência do próprio grupo e sua atuação pelo empregador corresponde ao exercício de um dever funcional em defesa dos interesses do grupo, bem como para adequar o comportamento dos trabalhadores aos dos demais membros para realização dos fins empresariais.

O grupo empresarial por esta teoria poderia ser equiparado inclusive à família, na qual o *pater* exerce o poder disciplinar, com legitimidade e aceitação plena de todos os seus membros, sem contestação.

Assim, o Poder Disciplinar seria um poder inerente à estrutura hierárquica do grupo (empresa), decorrente das necessidades de organização técnica do trabalho, e aceito pelo empregado na celebração do contrato de trabalho.

Portanto, o objetivo das sanções disciplinares seria a manutenção dos princípios de ordem, de unidade e de autoridade da organização empresarial, embora possam funcionar como reações às situações de não cumprimento contratual por parte do empregado.

De todas essas teorias, observa-se que o Poder Disciplinar apresenta uma intenção eminentemente intimidativa das infrações ou sanções, objetivando deixar bem clara a real posição de subordinação do empregado no contexto empresarial, sob o jargão popular (*quem pode manda, quem tem juízo obedece*); faz com que o sistema disciplinar trabalhista aproxime-se mais do sistema do Direito Penal, do que do sistema do Direito Administrativo, já que neste último normalmente a dispensa e a punição do servidor público devem ser motivadas, com exceção das empresas públicas e sociedades econômicas, que desenvolvem atividades econômicas (art. 173, par. 1, II, CF 88 e Súmula 390 do TST)⁶, com fundamento nos ditames constitucionais (art. 37 da CF 88), divorciando-o do sistema de responsabilidade civil subjetiva

6 II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

ou objetiva, com fulcro na culpa/dolo dos artigos 186⁷, 187⁸ e 927⁹, parágrafo único, do Código Civil.

Observe-se que no Brasil existe uma tendência de privatização de direitos por parte de entidades do Estado (empresas públicas e sociedades de economia mista)¹⁰, que buscam normas utilizadas pelo empregador privado para aplicá-las em relações trabalhistas diferenciadas, já que nestas situações o empregado público celetista é contratado por meio de aprovação em concurso público e jamais poderia ser dispensado sem motivação, pois em assim o fazendo ferem-se os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Se toda empresa que possui recursos do Estado deve curvar-se perante os princípios administrativos constitucionais capitulados no art. 37 da CF 88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) não podemos aceitar que essas entidades dispam-se do *jus imperium* para se igualar aos empregadores da iniciativa privada e, dessa forma, promover dispensas imotivadas, sem fundamentação, pois isto é equivalente a ferir princípios democráticos do Estado de Direito.

6. O Poder Disciplinar no Brasil

Nº 390 - ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL. (CONVERSÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 229 E 265 DA SDI-1 E DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 22 DA SDI-2)

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

8 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

9 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

10 Vide redação do inciso II da Súmula 390 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho

O Poder Disciplinar no Brasil, de acordo com a doutrina dominante, encontra-se em fase semi-primitiva no tocante a seu exercício pelo empregador.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado¹¹, não prevê a legislação ordinária qualquer procedimento especial para a aferição de faltas e aplicação de penas no contexto infra-empresarial, exceto a situação do estável. Muito menos prevê mecanismos de co-participação e co-responsabilização no instante de aplicação de penalidades no âmbito empregatício.

Ainda segundo esse autor¹², pelo padrão normativo atual, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta do obreiro e atribui a pena ao trabalhador, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que lhe assegure ampla defesa do apenado e sem necessidade de consulta a um órgão coletivo obreiro interno à empresa, que, raramente existe.

O desnível atual no exercício do Poder Disciplinar pelo empregador opera com maior intensidade nas atividades laborais no setor privado, no qual predomina a ampla liberdade de empregador, que enfeixa em suas mãos um poder quase absoluto, potestativo, em uma época de desenvolvimento histórico, político e cultural em que a sociedade já não tolera mais direitos absolutos e quaisquer formas de discriminação, especialmente em face de hipossuficientes.

Outrossim, institutos mais modernos, como o artigo 421 do Novo Código Civil Brasileira, dispõe que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, os artigos 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – a função social da propriedade e VIII – o pleno emprego” e o artigo 193 da CF/88: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” privilegiam não apenas a limitação de poderes absolutos, bem como enaltecem a proteção ao valor social do trabalho e da figura do trabalhador.

6.1 O Poder Disciplinar no setor público

Como o Estado não pode dissociar-se dos princípios insculpidos na Carta Magna de 1988, especialmente os elencados no artigo 37, entre eles, o da legalidade, impessoalidade e

11 Delgado, Mauricio Godinho. op. Cit., p. 672

12 Idem, ibidem, p. 672 e ss.

moralidade, o legislador infraconstitucional houve por bem dispor do Poder Disciplinar do Estado na Lei n. 8.112/90, mais especificamente nos artigos 127 e seguintes.

O Processo Disciplinar Administrativo está insculpido no art. 143, *in verbis*:

“Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

O Supremo Tribunal Federal emitiu as Súmulas 20 e 21 que dão guarida ao servidor público, mesmo durante o estágio probatório, que consideramos o contrato de experiência mais longo do planeta (art. 41 da CF/88: 3 anos).

“ 20 - É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

21 - Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Deixamos de evoluir neste tópico para não fugir ao nosso tema, que trata especificamente do Poder Disciplinar nas relações laborais na iniciativa privada.

6.2 O Poder Disciplinar no setor privado

É justamente este tema o ponto fulcral de nosso trabalho, por residir no exercício do Poder Disciplinar do empregador nas relações trabalhistas a maior dissociação e colisão com os direitos fundamentais da pessoa humana do trabalhador, ferindo princípios basilares da Constituição Federal de 1988 e mesmo Convenções Internacionais da OIT – Organização Internacional do Trabalho, como a Convenção n. 158, de 1982, as Recomendações 166, de 1982 e a Recomendação 119¹³, de 1963, recentemente atualizada.

¹³ Em suas regras gerais, essa Recomendação assim dispõe sobre a ruptura do pacto laboral: *“No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”.*

De seu artigo 4 extraímos: *“El trabajador que considere haber sido objeto de una terminación injustificada de su relación de trabajo debería, a menos que la cuestión haya sido resuelta de modo satisfactorio mediante los procedimientos que pudieran existir o que puedan establecerse de conformidad con la presente Recomendación en la empresa, establecimiento o servicio, tener derecho, dentro de un plazo razonable, a recurrir contra su terminación, asistido,*

Como explicar um poder tão amplo e quase ilimitado na pessoa do contratante em um Estado Democrático de Direito?

Em que pese os dizeres da Convenção n. 158 da OIT, prevalece nos países em desenvolvimento, entre eles o Brasil, a teoria clássica¹⁴, segunda a qual a dispensa do empregado é direito potestativo do empregador. Nesse sentido, o empregador, a seu livre alvedrio, tem o direito de rescindir o contrato de trabalho unilateralmente, com ou sem motivo, porque o ato jurídico reveste-se de caráter absoluto, não comportando oposições, quer do empregado, quer da autoridade pública¹⁵.

No sistema disciplinar trabalhista, no setor privado, o empregador aplica as sanções de advertência, suspensão disciplinar, dispensas com e sem justa causa. Estas duas últimas são aplicadas livremente e às vezes abusivamente pelo fato de que o inciso I, do artigo 7, da CF 88 ainda não foi regulamentado.

Deve-se observar que em relação às sanções de advertência e de suspensão disciplinar não encontramos disposição legal para sua aplicação desmesurada a todos os tipos de empregados. A primeira é oriunda dos costumes trabalhistas e a segunda, a suspensão disciplinar só é permitida, pelo prazo máximo de 30 dias nos casos envolvendo o trabalhador estável, para apuração de falta grave. Vejamos:

“CLT. Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”

A suspensão do contrato de trabalho, a nosso sentir, somente pode ser aplicada nos trabalhadores estáveis, nos casos de instauração de inquérito para apuração de falta grave.

Sendo assim, em uma interpretação sistemática e teleológica, objetivando-se usufruir o fim social da norma (art. 5º. da LICC) , o artigo 474 da CLT deve ser interpretado em conjunto

si así lo desea, por una persona que lo represente, ante un organismo instituido en virtud de un contrato colectivo o ante un organismo neutral, tal como un tribunal, un árbitro, una junta de arbitraje u otro organismo análogo”.

No artigo 5 encontramos: *“1) Los organismos mencionados en el párrafo 4 deberían estar facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre la justificación de la terminación”.*

14 Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: São Paulo: Saraiva, 2001, p. 387

15 Santos, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. 3ª. Edição. São Paulo: Ltr, p. 41

com o art. 494 e art. 853, da CLT, nunca de forma isolada, como o faz atualmente a doutrina e jurisprudência.

Diz o art. 494 da CLT:

“Art. 494. O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito em que se verifique a procedência da acusação”.

“Art. 853. Para a instauração de inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 dias, contados da data da suspensão do empregado”.

Os casos expressamente previstos de suspensão disciplinar em nosso ordenamento jurídico são os encontrados no art. 131¹⁶, art. 346¹⁷ (químico), art. 553¹⁸ (dirigente sindical), art. 628, par. 3¹⁹ (auditor fiscal do trabalho), art. 476-A da CLT (suspensão do empregado para participar em cursos de qualificação profissional), suspensão do pagamento dos salários na

16 Art. 131. Não será considerada falta a serviço (...): V - durante a suspensão preventiva para responder a inquérito administrativo ou de prisão preventiva, quando for impronunciado ou absolvido;

17 Art. 346. Será suspenso do exercício de suas funções, independentemente de outras penas em que possa incorrer, o químico, inclusive o licenciado, que incidir em alguma das seguintes faltas: a) revelar improbidade profissional, dar falso testemunho, quebrar sigilo profissional e promover falsificações, referentes à prática de atos de que trata esta Seção;

b) concorrer com seus conhecimentos científicos para a prática de crime ou atentado contra a pátria, a ordem social ou a saúde pública; Parágrafo único. O tempo de suspensão a que alude este artigo variará entre um mês e um ano, a critério do Conselho Regional de Química, após processo regular, ressalvada a ação da justiça pública.

18 Art. 553 (...)b) suspensão de diretores por prazo não superior a 30 (trinta) dias;

19 Art. 628. Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração.

§ 3º. Comprovada má-fé do agente de inspeção do trabalho, quanto à omissão ou lançamento de qualquer elemento no livro, responderá ele por falta grave no cumprimento do dever, ficando passível, desde logo, da pena de suspensão até 30 (trinta) dias, instaurando-se, obrigatoriamente, em caso de reincidência, inquérito administrativo. (Note-se que o auditor fiscal do trabalho encontra-se regido pela Lei n. 8.112/91 – Regime Jurídico Único)

greve (art. 7²⁰ da Lei 7783/90), bem como os atinentes ao servidor público, no art. 127²¹ da Lei 8.112/90.

Analisando-se sob este prisma, estariam vedadas ao empregador, não devendo ser suportadas pela jurisprudência, a aplicação da punição ou sanção disciplinar sob a modalidade de “suspensão” ao trabalhador, sob três aspectos: a um, por falta de previsão legal em nosso ordenamento jurídico; a dois, pelo fato de qualquer interpretação legal que tenha por fim a punição ou sanção, segundo a melhor doutrina deve ter sempre uma interpretação restritiva, jamais ampliativa e a três, pelo fato de a suspensão disciplinar implicar em um enriquecimento sem causa do empregador (já que não existe previsão legal) e um prejuízo ao empregado, na medida em que este último deixa de receber seus salários e não conta-se o tempo de serviço para todos os efeitos legais contratuais.

No que refere-se à justa causa existe o sistema taxativo, no qual o art. 482 da CLT apresenta um rol de situações fáticas sob o foco da tipicidade legal, que ainda poderia ser acrescentado das situações de dívida contumaz do trabalhador bancário (art. 508²² da CLT), hoje muito contestado pela doutrina e jurisprudência, fraude na obtenção do vale transporte²³ pelo empregado que deslealmente informa endereços falsos e, recusa do empregado em usar os equipamentos de proteção individual (EPIs)²⁴. A multa como sanção disciplinar não é permitida no Brasil, exceto aos atletas profissionais, conforme a Lei 9.615/98, até o limite de 40% do salário.

A rigor, na aplicação de sanções ao empregado, o Poder Disciplinar do empregador nas relações privadas:

- Funciona como uma justiça privada;

20 Art. 7º. Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

21 Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.

22 Art. 508. Considera-se justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho de empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis.

23 Decreto n. 95.247/87. Art. 7 (...) § 2º. O beneficiário firmará compromisso de utilizar o Vale-Transporte exclusivamente para seu efetivo deslocamento residência-trabalho e vice-versa. § 3º. A declaração falsa ou o uso indevido do Vale-Transporte constituem falta grave.

24 Art. 158 (CLT). Cabe aos empregados. (...) Parágrafo único. Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

- O empregador posta-se como juiz;
- Acumula as prerrogativas de juiz e empregador, titular absoluto deste poder;
- A aplicação da pena é geralmente baseada em fatores meramente subjetivos;
- Utiliza-se de seu poder discricionário, com base em juízo de conveniência e oportunidade no julgamento e aplicação da penalidade ao empregado;
- O trabalhador é ao mesmo tempo a vítima da infração e da punição e credor da prestação laboral.

No direito pátrio, na aplicação de sanções ao empregado, o juiz do “processo” para apuração da autoria e materialidade do delito do empregado nos casos patológicos do vínculo laboral é o próprio empregador, o que não apresenta paralelo no domínio penal, e muito menos do domínio do Direito Administrativo, já que tenderá a aplicar a pena que melhor lhe convenha, sob ponto de vista empresarial, e não em função da gravidade da infração e da culpa do obreiro, na medida em que é a ele a quem cabe aferir em concreto a proporcionalidade e a razoabilidade, tendo-se ainda em consideração a fragilidade do empregado, que encontra-se diminuído pelo receio da perda de seu lugar na empresa.

É óbvio que raramente o poder discricionário do empregador utiliza-se das regras da razoabilidade e proporcionalidade em cada infração e respectiva sanção, já que cabe ao empregador determinar a gravidade da infração e a culpabilidade do empregado infrator.

De outra parte, não podemos olvidar a incidência patrimonial no caso de dispensa ou de suspensão do empregado, já que em ambos os casos o empregado terá uma perda patrimonial; seja pela perda total do salário na dispensa, seja pela perda de renda dos dias em que o contrato de trabalho estará suspenso.

É digno de registro que a pena imposta pelo empregador ao obreiro, geralmente hipossuficiente, é imposta de maneira unilateral, sem qualquer pré-aviso, não tendo o obreiro o direito ao contraditório e à ampla defesa²⁵, princípios constitucionais garantidos a todos.

25 Art. 5 CF/88. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e LIII - ninguém será processado **nem sentenciado** senão pela autoridade competente.

Adicione-se a esse cenário, que o empregado geralmente não tem direito a recursos administrativos e judiciais às penalidades que lhe são impostas e o empregador não sofre qualquer punição por eventual exagero na sanção, desvio ou abuso de poder, a não ser por meio da prestação jurisdicional do Estado, na maioria das vezes extremamente lenta e ineficaz para corrigir injustiças.

Dessa forma, o “poder disciplinar” consiste na aplicação de várias sanções pelo empregador ao empregado pela quebra de regras de comportamento estabelecidas pela legislação, normas internas da empresa, seja existente no regulamento de empresa ou em quadro de avisos, seja através de ordens verbais.

Portanto, não existe na lei trabalhista brasileira, salvo a suspensão disciplinar do trabalhador estável (CLT, art. 474), uma gradação das sanções aplicáveis aos empregados, embora possa haver previsão nas regras internas, por meio de regulamento empresarial ou negociação coletiva de trabalho.

6.3 Jurisprudência: julgados recentes sobre o Poder Disciplinar

Transcrevemos a seguir, alguns julgados de nossos Pretórios, que alude ao Poder Disciplinar:

JUSTA CAUSA – AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO FALTOSO E A PUNIÇÃO APLICADA – Na esteira da boa doutrina e da melhor jurisprudência o poder disciplinar do empregador não deve abdicar do caráter pedagógico da pena, sob pena de consagrar-se a arbitrariedade do ato demissionário, que deve ser rechaçado pelo poder judiciário a fim de que se recomponham as garantias legais de indenização conferidas aos trabalhadores demitidos sem justa causa. (TRT 10ª R. – RO 01279-2005-005-10-00-9 – 2ª T. – Rel. Juiz Brasilino Santos Ramos – J. 05.07.2006) JCLT.818 JCPC.333 JCPC.333.I

RUPTURA CONTRATUAL – JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA – Ausência de proporcionalidade entre a conduta do empregado e a pena máxima. Para a configuração da despedida motivada é imprescindível a proporcionalidade entre a conduta e a punição. Como se não bastasse, a dispensa por justa causa aplicada sobre o empregado que envolveu-se em briga fora da empresa, em um feriado, às

20:00 horas, afronta também o princípio da razoabilidade, que norteia as ciências jurídicas como um todo, pois apesar de ser do empregador o poder diretivo (e o poder disciplinar, enquanto seu sub-produto), este deve ser manejado com bom senso. O abuso do exercício do direito, por parte do empregador, atrai os efeitos do art. 9º Consolidado. Acresça-se, ainda, o fato de o obreiro jamais ter sido punido disciplinarmente durante os cinco anos que durou o contrato, o que faz presumir conduta irrepreensível durante todo o contrato. Justa causa não caracterizada. (TRT 2ª R. – RO 02800-2000-312-02-00 – (20050864062) – 4ª T. – Rel. p/o Ac. Juiz Paulo Augusto Camara – DOESP 13.12.2005) JCLT.9

ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DECORRENTE DO PODER DISCIPLINAR INERENTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RECURSO DESPROVIDO – 1. Reflete exercício regular de direito, não ensejando reparação, a atuação da administração pública consistente no afastamento preventivo de servidor e na instauração de sindicância, tendo em vista que tais providências, além de expressamente previstas na legislação estadual, estão lastreadas no exercício do poder disciplinar administrativo. Incidência do art. 160, inciso I, do CC/1916, que vigia à época dos fatos. 2. Recurso conhecido e desprovido. (TJES – AgRg-AC 024970010914 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Arnaldo Santos Souza – J. 27.03.2007)JCCB.160 JCCB.160.I

PODER DISCIPLINAR – NECESSIDADE DE GRADAÇÃO – A gradação de penalidades é o mecanismo de realização do caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar. Não obstante o critério pedagógico de gradação de penalidades não seja absoluto e universal (é possível a ocorrência de faltas que, por sua intensa e enfática gravidade, propiciem de imediato a aplicação da pena máxima), as punições aplicadas no âmbito empregatício têm de ser gradualmente dosadas, em proporção crescente, desde a penalidade mais branda até a mais elevada, que é a demissão por justa causa. (TRT 8ª R. – RO 00781-2006-107-08-00-5 – 3ª T. – Rel. Juiz Maria Edilene de Oliveira Franco – J. 11.10.2006)

DANO MORAL – advertências e suspensão. INDENIZAÇÃO – A comunicação ao empregado quanto aos erros cometidos, logo que detectados pela conferência/monitoria, encontram-se dentro do poder de fiscalização e disciplina do empregador na direção do trabalho. No entanto, gravíssimo o fato de suspender um dia de trabalho, a cada 3 advertências por erro de digitação, efetuando descontos no

salário, pois a reclamada não trouxe aos autos os procedimentos internos da empresa ou seu regulamento. Procedência parcial. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TRT 2ª R. – RO 00860-2003-040-02-00 – (20060941868) – 12ª T. – Relª Juíza Sonia Maria Prince Franzini – DOESP 01.12.2006) JCLT.72

CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO - JUSTA CAUSA - Durante a suspensão, continua vigente o contrato de trabalho e, embora as obrigações principais das partes, quais sejam, a do empregado de trabalhar e a do patrão de remunerar, não sejam exigíveis, há obrigações acessórias que permanecem e, na eventualidade de essas serem violadas, poderá o contrato ser rescindido por culpa da parte. (TRT12ª R. - Proc. RO-VA 00806-2000-003-12-00-0 - Ac. 13440/02 - 1ª T - Rel. Juiz Gerson Paulo Taboada Conrado - DJSC 02.12.2002)

Direito de Greve - Pagamento dos Dias Parados - Suspensão do Contrato de Trabalho - Efeitos - Art. 7º da Lei 7.783/89 - Os salários durante a suspensão contratual decorrente de greve são indevidos, exceto se houver previsão em acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão normativa, conforme dispõe o art. 7º, da Lei de greve. A expressão "decisão da Justiça do Trabalho", na parte final do dispositivo em debate, deve ser entendida como sentença normativa, e não decisão em dissídio individual. (TST - RR 242.304/96.2 - Ac. 5ª T. 6.907/97 - Rel. Min. Nelson Daiha - DJU 10.10.1997)

O aforamento de inquérito para apuração de falta grave deve ser levado a efeito dentro de trinta dias, a contar da suspensão do empregado estável, sob pena de decadência, a teor do que dispõe o art. 853 da CLT e conforme entendimento jurisprudencial dominante, consubstanciado em verbete da Suprema Corte Federal (Súmula nº 403 do STF) e do C. TST (Enunciado nº 62). Portanto, o empregador não pode propor o inquérito senão dentro do prazo legal citado, atendendo, assim, ao princípio da atualidade. Se a propositura do inquérito for tardia, a inércia do empregador deverá ser entendida como perdão tácito, não mais podendo ser discutida aquela falta grave. Obviamente, se a lei estipulou um prazo certo para a parte agir judicialmente, trata-se de prazo de decadência. O ajuizamento da ação interrompe a prescrição. Entendimento que decorre do disposto no artigo 172 do antigo Código Civil. A decadência, porém, não se interrompe, nem se suspende. Portanto, o ajuizamento do inquérito anterior não interrompeu o prazo decadencial de trinta dias contados da suspensão do empregado. (TRT2ª R. - RO 20000230795 - Ac. 20040135530 - 5ª T. - Rel. Tânia Bizarro Quirino De Moraes - DOESP 16.04.2004)

SUSPENSÃO DO EMPREGADO - PUNIÇÃO ABUSIVA - DECLARAÇÃO DE NULIDADE - LIMITE AO PODER PATRONAL DE DIREÇÃO E DISCIPLINA - É certo que o empregador detém poderes inerentes à sua atividade, dentre eles o diretivo e disciplinar. Entretanto, não é menos certo que tais poderes encontram limitações e, quando exercidos de forma abusiva e questionados judicialmente, sofrem os efeitos da declaração de nulidade do ato punitivo, uma vez que ao Juízo é vedado dosar, reduzir ou aumentar a penalidade aplicada pelo empregador. In casu, restou comprovado que o reclamante, estando legalmente afastado de suas funções e no pleno exercício de sua atividade sindical, adentrou nas dependências da reclamada, tendo distribuído, aos colegas, jornal de publicação da entidade sindical, contendo notícias de interesse da classe. Não há no acervo probatório comprovação de que tal ato, por si só, tenha comprometido o bom andamento da dinâmica empresarial, capaz de respaldar a punição de vinte cinco dias de suspensão aplicada pelo empregador. A penalidade é abusiva e passível de nulidade, mormente quando se verifica que o empregado estava no exercício de sua atividade sindical, acrescendo-se, ainda, que não há prova de que o Autor tenha sido anteriormente punido, não obstante laborar por mais de quinze anos na empresa. Destarte, a declaração da nulidade do ato se impõe com o conseqüente pagamento ao reclamante dos respectivos dias. Recurso empresarial desprovido. (TRT3ª R. - RO-618/03 01436-2002-002-03-00-2 - 5ª T - Relª. Juíza Maria Cristina Diniz Caixeta - DJMG 15.03.2003)

Suspensão - Penalidade de Suspensão - Rigor Excessivo - Deve ser anulada a suspensão aplicada ao empregado, quando restar comprovado o rigor excessivo por parte do empregador, mormente quando revestido de laivos de perseguição ao obreiro. (TRT11ª R. - RO 1.094/96 - Ac. 3.197/97 - AM - Relª Juíza Vera Lúcia Câmara de Sá Peixoto - DOEAM 23.09.1997)

Suspensão de empregado. Ausência de tipificação legal. Interpretação subjetiva dos fatos e redução da pena pelo juiz. Impossibilidade. O juiz não tem poder para aumentar, diminuir ou dosar penalidades, sem que o fato esteja previsto na legislação. Ele deve analisar o fato e adequá-lo à norma jurídica. **Se não houver norma jurídica prevendo punição, o fato não é punível e qualquer punição será injusta.** Mas se o fato for punível com pena maior, e o empregado recebeu pena menor, o juiz deverá manter a punição; e se o fato era punível com pena menor, e o empregado recebeu pena maior, só assim poderá reduzir a pena ao limite previsto na legislação. Em nenhuma hipótese poderá o juiz aumentar ou reduzir pena, se não constatar a ocorrência de infração que possa ser enquadrada em algum dispositivo da legislação trabalhista. Acórdão n. 20040477880. Processo TRT/SP

00477200225402002. 01/09/2004. RO. 4ª. VT Cubatão. Relator: Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira. **Grifo nosso**

Em seu voto no acórdão acima mencionado, Luiz Edgar Ferraz de Oliveira manifestou-se no sentido de que “a lei brasileira não autoriza a aplicação de penas constrictivas do trabalho, exceto em determinadas situações, em que o empregador pode suspender o contrato até 30 dias para apuração de falta grave, conforme se extrai da leitura dos arts. 474 e 853 da CLT. Este último artigo permite a suspensão do contrato – o que equivale à suspensão do próprio empregado – por até 30 dias, para a instauração do inquérito para apuração de falta grave. E o art. 474 dispõe que a suspensão por mais de 30 dias importa em rescisão indireta do contrato de trabalho. Esses dispositivos têm de ser vistos em conjunto e não separadamente. É equivocada, data vênia, a idéia de que, com base no art. 474 da CLT, o patrão pode suspender o empregado 1, ou 2, ou 10, ou 20, ou 30 dias, de acordo com seu critério subjetivo. As infrações trabalhistas, desde a mais leve até a mais aguda, que conduz à rescisão do contrato, devem estar reguladas exclusivamente na lei. E a lei trabalhista não dá autorização ao empregador de suspender empregado com finalidade de puni-lo. As advertências, os sermões, os avisos, as suspensões etc., são todas medidas de caráter administrativo que o empregado pode aceitar ou não. Vindo à Justiça reclamar, compete ao juiz decidir se o ato do empregado foi grave o suficiente para a rescisão do contrato, ou não. (...) Se, porém, o ato não representou infringência a nenhum preceito legal, ou contratual, a punição deve ser cancelada, assim como seria confirmada se o ato fosse grave e houvesse a dispensa. (...) Se o fato representou indisciplinar ou insubordinação, o correto seria aplicar o art. 482 da CLT, o que não foi feito. Logo, a suspensão por 30 dias decorreu de interpretação subjetiva dos fatos, sem respaldo legal. Dou provimento ao recurso do reclamante a fim de tornar sem efeito a ilegal suspensão”.

6.4 Correntes Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre o Poder Disciplinar

Na doutrina e na jurisprudência encontramos duas correntes que procuram embasar o Poder Disciplinar do empregador. Vejamos:

A primeira corrente, de tendência majoritária, tende a aceitar como implícito que o Poder Disciplinar emana do Poder de Direção, e destarte, o empregador pode aplicar sanções disciplinares ao empregado, de forma unilateral, analisando o caso concreto,

desde que com razoabilidade e bom senso, mesmo sem respaldo legal e com fundamento apenas nos costumes trabalhistas.

Assim sendo, para essa corrente, ocorrendo falta ou infração pelo empregado, no curso do contrato de trabalho, utilizando-se de seu poder discricionário e com base em fatores puramente subjetivos, se a empresa não se obrigou de forma diversa por regulamento interno²⁶, o empregador poderá relevar a infração (perdão tácito), como também aplicar as sanções de: advertência verbal, advertência escrita, suspensão gradual e crescente ou dispensas sem e com justa causa.

Para uma segunda corrente só se admite a imposição das penas ou infrações aos empregados pelo empregador, que estejam devidamente tipificadas na lei, ou seja, com expressa previsão legal, com fulcro no brocardo romano *“nullum crimen nula poena sine lege”*, nos artigos 1^o²⁷ do Código Penal e 5^o., inciso XXIX²⁸ e II²⁹, da Constituição Federal de 1988, ou seja, nos Princípios da Legalidade e da anterioridade, que respaldam o Estado Democrático de Direito e não admitem juízo de exceção, nem que alguém seja sentenciado senão por autoridade competente,

Essa segunda corrente, à qual nos filiamos, embora com abrandamentos, também apresenta como respaldo o fato de que o Estado para aplicar sanções a seus servidores³⁰ têm de recorrer à sindicância e ao processo administrativo, com ampla defesa e contraditório, consoante arts. 127 e seguintes da Lei n. 8.112/90.

Acreditamos que essa segunda corrente se coaduna não apenas com um verdadeiro Estado Democrático de Direito, como também com o princípio da dignidade

26 Nº 77 - PUNIÇÃO

Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.

27 Art. 1^o. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

28 Art. 5. Inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF/88)

29 Art. 5, Inciso II - “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

30 É digno de nota que em 02 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar em ADIN n. 2135, para suspender a eficácia do art. 39 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/98, promovendo a ripristinação da antiga redação do art. 39 da CF/88. Vale dizer, com efeito *ex-nunc*, até o julgamento do mérito, os entes da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional, a partir daquela data, apenas poderão contratar servidores pelo regime jurídico único, ou seja, de forma estatutária, e não mais como empregados públicos, regidos pela CLT.

da pessoa humana do trabalhador, impondo ao poder disciplinar uma séria limitação, já que deverá estar fundamentado em fatores objetivos e muitas vezes passar pelo crivo da negociação coletiva de trabalho.

Uma terceira corrente ainda admite que o empregador, no uso do Poder Disciplinar, objetivando manter a ordem, o rigor, a autoridade, harmonia e os fins do empreendimento tem o direito de promover, a seu livre alvitre, a imposição de penas ao trabalhador infrator, desde que seja por meio de uma gradação em ordem crescente. Vale dizer: nas infrações mais leves aplica-se a pena de advertência verbal; em caso de reincidência, a pena de advertência por escrito; posteriormente a suspensão por 1 dia; logo a seguir por 2 ou 3 dias e assim por diante. Nas infrações mais graves, aplica-se a dispensa por justa causa (art. 482 da CLT), uma vez percorrido o *iter* retro mencionado.

7. O Poder Disciplinar no Direito Estrangeiro

É extremamente gratificante aferir que no Direito Estrangeiro já existe uma forte tendência de limitar o Poder Disciplinar do empregador em consonância com os princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação, o que é feito na prática pela discussão com organizações sindicais obreiras, por meio da negociação coletiva de trabalho, bem como com comissões internas. Extraímos da obra de Maria do Rosário Palma Ramalho³¹ uma síntese das principais tendências sobre a matéria no Direito Estrangeiro e as transcrevemos abaixo, como segue:

7.1 O Poder Disciplinar na Alemanha

Na Alemanha, a doutrina mais recente tende a admitir o poder disciplinar apenas quando ele seja expressamente previsto e regulado nos contratos de tarifa ou nos acordos de empresa, sendo admitidos acordos coletivos especificamente sobre matéria disciplinar.

31 Ramalho, Maria do Rosário Palma. op. Cit.

Nos termos do direito de intervenção dos trabalhadores na gestão da empresa, exercido por meio do Conselho de Empresa (*Betriebsrat*) não são admitidas formas unilaterais de aplicação de punições ou sanções aos trabalhadores.

7.2 O Poder Disciplinar na Espanha

O *Estatuto de los trabajadores* estabelece um sistema gradativo de infrações e de sanções disciplinares, por meio do qual exige comunicação escrita do procedimento sancionatório relativo às infrações de maior gravidade.

Permite a impugnação judicial das sanções aplicadas aos trabalhadores. O Estatuto ainda admite a dispensa por motivos disciplinares, quando se verifique uma falta grave e culposa ou dolosa do empregado.

As convenções coletivas de trabalho na Espanha dedicam um capítulo exclusivo à matéria disciplinar, impondo, dessa forma, uma limitação ao poder disciplinar do empregador.

7.3 O Poder Disciplinar Português

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho³², o direito português não fornece um conceito de sanção disciplinar, mas estabelece a tipologia das sanções, num crescendo de gravidade. Inclui a repreensão oral, a repreensão registrada, a multa, a suspensão com perda de retribuição e o despedimento imediato por justa causa.

O sistema laboral português, segundo a mesma autora, também permite o estabelecimento de outras sanções por meio da negociação coletiva de trabalho, inclusive o estabelecimento de novas sanções, desde que com a salvaguarda dos direitos e garantias dos trabalhadores.

Em Portugal, as convenções coletivas de trabalho reconhecem a existência do poder disciplinar, de titularidade do empregador, delimitando, contudo, a forma concreta do exercício deste poder, limitação essa operada pela via substantiva e pela via adjetiva.

32 Idem, *ibidem*, op. cit.

A via substantiva recai na matéria, no conteúdo das infrações, ou seja, na tipologia das sanções disciplinares. A infração disciplinar é vista como uma infração disciplinar administrativa, sendo que algumas convenções coletivas de trabalho admitem infração de multa e de suspensão do contrato de trabalho, sem retribuição. Outras convenções coletivas não admitem a infração de multa.

Por meio da via substantiva, que na prática trata da criação da norma jurídica que vai regular o comportamento dos sujeitos do contrato de trabalho, impondo limites ao poder diretivo do empregador, determina-se também as causas de exclusão da responsabilidade disciplinar do empregado, os aspectos civis e criminais da infração disciplinar, as circunstâncias atenuantes e agravantes, o comportamento progressivo do trabalhador, se diligente ou não, bem como a ausência de prejuízo grave para o empregador.

Todos esses fatores serão considerados na aplicação da sanção disciplinar ao empregado.

Já por meio da via adjetiva ou instrumental, visualizamos um reforço das garantias de defesa do empregado. Vale dizer, há uma orientação no sentido de responsabilização do empregador no exercício da ação disciplinar, para que se evitem abusos ou excesso de poder e desvios de finalidade. Se houver excesso, dolo ou culpa do empregador, o mesmo poderá ser responsabilizado por danos materiais e morais.

Pela via adjetiva, a negociação coletiva de trabalho reafirma a existência legal do processo disciplinar para aplicação de qualquer tipo de sanção ao empregado, exceto nos casos de sanções mais leves, como advertência e repreensão verbal. Para as demais infrações, serão aplicadas as regras processuais legalmente previstas para o processo de despedimento com justa causa, qualquer que seja a sanção disciplinar, havendo a liberdade de outras convenções coletivas alterarem parcialmente essas regras.

Observa-se que o sistema português além de imprimir expressiva limitação ao Poder Disciplinar do empregador, atenta para os princípios do contraditório e ampla defesa, inerentes aos regimes democráticos, bem como deixa claro que os empregadores poderão ser responsabilizados na imputação excessiva da pena ou com laivos de abuso de poder, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda no que respeita ao Poder Disciplinar no Direito Estrangeiro, Alice Monteiro de Barros³³ nos ensina que “ocorre nesta instância do poder empregatício o mesmo processo já percebido nas demais manifestações de tal poder. A democratização da sociedade

33 Barros, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: Ltr, 1997 p. 137

política ocidental e a própria democratização do sistema de poder prevaiente dentro da empresa têm levado a um crescente contingenciamento do poder disciplinar no âmbito da relação de emprego. Desse modo, tal como o poder diretivo (e se se quiser, o regulamentar e o poder de controle), o poder disciplinar também tem sido objeto de crescente democratização, em especial nas experiências mais consistentes da Democracia ocidental. Esse processo de democratização consiste, na verdade, em uma tendência global nos países centrais. A título de ilustração, é o que se percebe na Itália. Com suporte na experiência jurídica das últimas décadas, RIVA SANSEVERINO aponta, quanto ao poder disciplinar, a "adoção de vários temperamentos da autonomia do empregador; inicialmente, a constante disciplina da matéria por contrato coletivo, e a conseqüente especificação apriorística e objetiva das sanções disciplinares que podem ser infligidas; em seguida, a necessária comunicação ao trabalhador da falta disciplinar, e a possível intervenção das Comissões Internas (...) ou das representações sindicais (...)" A propósito, o Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores, na Itália (Lei nº 300/70), avançou tanto nessa democratização, atenuando o unilateralismo e assimetria do poder intra-empresarial, que houve juristas, como CECÍLIA ASSANTI e GIUSEPPE PERA, que enxergaram até mesmo um "golpe de morte" desfeito pelo novo diploma legal no poder disciplinar.

8. Tendências de limitação do Poder Disciplinar do Empregador: a tese do "Poder Disciplinar Compartilhado".

Percebe-se, especialmente nos países de economia avançada, uma crescente e sólida preocupação no sentido de assegurar a defesa do trabalhador no processo disciplinar, que denominamos de *Poder Disciplinar Compartilhado*, cujas principais características mais recentes podemos discriminar como:

- A aplicação da sanção disciplinar deverá, obrigatoriamente, ser precedida da instauração de um processo (idêntico ao processo administrativo/sindicância), tendente a apurar a gravidade da infração e a culpabilidade do infrator, e a determinar a pena adequada ao caso concreto, com fulcro na razoabilidade/proporcionalidade.
- Esse procedimento aproxima o Processo Disciplinar nas relações privadas trabalhistas ao Processo Penal e Administrativo na apuração da autoria e materialidade da infração cometida pelo trabalhador.

- concessão de prazos mais amplos ao trabalhador para o exercício de ampla defesa e do contraditório;
- possibilidade de defesa escrita em todos os casos de infrações disciplinares impostas pelo empregador, até mesmo as mais leves, como advertências;
- exigência de comunicação ao sindicato profissional ou comissão de trabalhadores, de todos os trâmites do processo disciplinar, seja qual for a sanção a ser aplicada, e não apenas nos casos de dispensa do empregado;
- responsabilização do empregador por abuso de direito ou excessos na aplicação de medidas disciplinares em face dos empregados, considerando os aspectos da responsabilidade civil subjetiva;
- exigibilidade legal de emissão de nota de culpa legalmente prevista para o processo de dispensa, em todos os casos, da mesma forma como ocorre no Direito Penal e Direito Administrativo;
- Necessidade de fundamentação (motivação) da decisão disciplinar pelo empregador;
- respeito à “jurisprudência” de casos disciplinares anteriores, ou seja, respeito pelo princípio da equivalência ou paridade de tratamento, em relação às infrações disciplinares anteriores idênticas para a determinação da sanção a ser aplicada. Não podemos olvidar que em se tratando de aplicação de punição ao trabalhador, a doutrina mais abalizada orienta-se no sentido de que a interpretação deverá ser sempre restritiva, jamais ampliativa.
- em alguns casos, os instrumentos jurídicos que defluem da negociação coletiva asseguram expressamente o direito de recurso da decisão disciplinar pelo trabalhador;

9. CONCLUSÕES

Todas as disposições apresentadas nesse breve escrito revelam um intuito claro de diminuição do grau de discricionariedade do empregador no exercício de seu poder disciplinar, em conexão com os princípios constitucionais assegurados no regime democrático de direito.

Em pleno século XXI, com o surgimento da quarta dimensão dos direitos humanos, entre eles, o direito de informação, de democracia, de pluralidade, da bioética, a sociedade já não tolera mais formas rudimentares e primitivas de tratamento do ser humano que seja colidente com o princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, e é justamente nesse sentido que o Poder Disciplinar praticado hodiernamente nas relações privadas no Brasil deve sofrer profundas alterações, para que compatibilize-se com instrumentos e preceitos modernos levando-se em consideração o que se pratica no Direito Estrangeiro, especialmente os preceitos e práticas acima mencionadas.

Daí, a nossa filiação à tese de limitação do Poder Disciplinar do empregador, com abrandamentos, que denominamos de **Poder Disciplinar Compartilhado**, que, se de um lado não retira todo o poder, hoje virtualmente absoluto, do empregador em aplicar sanções ao empregado, de outro, o tempera, com a participação do sindicato profissional em todos os trâmites do processo administrativo.

Por essa tese, o empregador e o sindicato profissional, por meio da negociação coletiva de trabalho, disporá em capítulo próprio no acordo ou convenção coletiva, da gradação das penalidades e de seu procedimento, que deverá necessariamente incluir elementos de ampla defesa e contraditório.

Os acordos e convenções coletivas têm previsão constitucional, uma vez que o constituinte originário atribuiu importância substancial ao instituto da negociação coletiva, como uma das formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho. Assim sendo, ocorrendo negociação coletiva entre empregados e empregadores em torno da matéria disciplinar na empresa, o instrumento normativo deverá necessariamente ser observado, sob pena de desrespeito ao inciso XXVI do art. 7º. da Constituição Federal, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Paralelamente, essa seria uma das formas de suprir a lacuna do Art. 7, inciso I, da CF 88, por meio do método auto-compositivo, já que a negociação coletiva é considerada a melhor forma de solução dos conflitos coletivos, por levar em consideração as peculiaridades do setor e das empresas envolvidas.

Nas pequenas e médias empresas, cujos empregados não se encontram filiados a sindicatos, uma comissão escolhida pelos próprios empregados terá a incumbência de discutir a matéria disciplinar com o empregador, criando regras próprias.

O empregador manterá o domínio e a sua autoridade na organização empresarial, mas na aplicação de penalidades ao empregado, que deverá ser motivada, terá a seu dispor a prévia tipificação legal, os costumes trabalhistas (advertência verbal e escrita), que não impliquem perda patrimonial para o empregado, bem como o que for convencionado com os seres coletivos por meio da negociação coletiva de trabalho. Se aplicar sanções que fujam a esta regra, as mesmas estarão eivadas de nulidade absoluta, e não produzirão efeitos jurídicos, podendo ser rechaçadas pelo Judiciário.

Suspensões disciplinares mesmo por um único dia, com o fito de punir o empregado, não apenas ética, como também pecuniariamente³⁴, que não estejam contempladas na negociação coletiva, com fulcro no Princípio da Autonomia Privada Coletiva, e nem tenham sido regulamentadas legalmente em nosso ordenamento jurídico, a não ser nos casos de suspensão do contrato de trabalho para apuração de falta grave, não serão permitidas.

A tese acima encontra seu fundamento nos princípios da legalidade, da anterioridade e sobretudo na dignidade da pessoa humana do trabalhador (CF/88, art. 1, III).

Alvissareiros são os recentes precedentes de nossos Tribunais do Trabalho, que já tendem a promover uma limitação do Poder Disciplinar do empregador, remetendo inclusive ao sindicato a notícia da sanção aplicada, como refletem os entendimentos abaixo colacionados, *in verbis*:

“Precedente Normativo nº 26 do TRT3 - Advertência ou Suspensão - Comunicação Por Escrito - “As advertências e suspensões só poderão ter eficácia jurídica quando comunicadas por escrito ao empregado, com menção expressa dos motivos da pena disciplinar. Faculta-se ao empregador remeter à entidade sindical representativa da categoria profissional cópia do comunicado da dispensa nos casos de recusa do empregado em recebê-la, salvo se houver conselho paritário de empresa no estabelecimento, a quem será dada ciência do fato”.

“ Precedente Normativo nº 75 do TRT15 - Suspensão - Comunicação Por Escrito - Defere-se o pleito de presumir-se injusta a suspensão de empregado, quando não lhe forem informados os motivos determinantes, por escrito. Cláusula-Padrão: Presumir-se-á injusta a

34 É cediço que na suspensão do contrato de trabalho, o que significa a suspensão do próprio empregado, diferentemente do que ocorre na interrupção, o trabalhador não recebe salário pelos dias parados, nem conta-se tempo de serviço para todos os efeitos legais.



suspensão de empregado, quando não lhe forem informados os motivos determinantes, por escrito”.

A permanecer, como esperamos, essa tendência de privilegiar a dignidade da pessoa humana e o direito à informação, na ótica de que a nossa Constituição Federal constitui uma obra inacabada e aberta³⁵ aos influxos das novas e crescentes contribuições do Direito Estrangeiro e de organismos internacionais, por meio de tratados e convenções que velem pela ampliação dos direitos humanos, não hesitamos em sonhar com novos tempos para as relações entre o capital e trabalho que sejam pautadas pelo respeito mútuo, ética, lealdade, colaboração e sobretudo harmonia e entendimento, com a participação dos seres coletivos obreiros na formulação de novos regramentos, mais condizentes com a 4ª. Dimensão dos Direitos Humanos.

35 Art. 5 CF/88: § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.