

Direitos Fundamentais e Poderes do Empregador: O Poder Disciplinar e a Presunção de Inocência do Trabalhador - Otavio Galvet, Cláudio Armando Couce de Menezes, Gláucia Gomes Vergara Lopes, Roberta Ferme Sivolella.

a) Introdução

Defendemos no presente artigo a necessidade de limitação do poder do empregador, em especial o poder disciplinar, como forma de garantir a eficácia de direitos fundamentais, com destaque para a presunção de inocência do trabalhador.

Iniciamos pela defesa da presunção de inocência como direito fundamental, que pode ser oposto também em face do empregador, seguindo pela demonstração da possibilidade de extensão da presunção, não só ao direito penal, mas ainda a outros ramos do direito.

No caso da legislação trabalhista brasileira, a matéria, parece-nos, ganha relevância por ter sido denunciada a Convenção n.º 158 da OIT, por não haver previsão expressa de gradação das punições, tampouco das hipóteses em que são aplicáveis aos empregados e, ainda, porque há entendimento de que o poder diretivo (incluído o disciplinar) cabe ao empregador sem maiores limites porquanto suportaria os riscos do negócio.

Pensamos que a presunção de inocência oferece vasto campo à criação de uma procedimentalização para aplicação de punições ou dispensa dos empregados.

Pretendemos demonstrar que os poderes do empregador possuem limites constitucionais e infraconstitucionais, sendo plenamente viável e necessária a observância da presunção de inocência no exercício do poder disciplinar.

b) As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Aponta a doutrina diversas formas de se classificar os direitos fundamentais. No presente estudo, adota-se a fórmula moderna mais em voga, deixando-se de lado a abordagem da afirmação dos direitos fundamentais e sua universalização, sistematizando-se a questão da classificação pela ordem histórica cronológica de reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais. Assim, há de se analisar os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, bem como, brevemente, questionar-se acerca da ocorrência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, tendo-se em vista a necessidade da referida distinção para abordagem da eficácia dos mencionados direitos, já que diverge a doutrina neste aspecto.

Inicialmente, há de se esclarecer que, seguindo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, adotamos a nomenclatura de “dimensões” dos direitos fundamentais em lugar de “gerações” a fim de evitar “a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, uma vez que o “reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”.¹

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm em mira as liberdades clássicas, surgindo no cenário jurídico como verdadeiro freio ao poder absoluto do Estado, decorrência imediata dos ideários da Revolução Francesa calcados na liberdade e pela necessidade de reconhecimento da proteção à propriedade privada, base do sistema capitalista adotado de forma predominante no mundo ocidental liberal-burguês. Referidos direitos são comumente vistos como de cunho negativo, ou seja, reconhecem um dever de abstenção do Estado, no sentido de não lesionar os bens tutelados, como a vida, a propriedade, a liberdade e a igualdade perante a lei. Sarlet complementa o rol de direitos fundamentais de primeira dimensão fixando que outras liberdades foram posteriormente adicionadas, como as “liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”².

Mas a evolução da sociedade liberal demonstrou que a garantia apenas dos direitos de primeira dimensão não era suficiente para o desenvolvimento equânime dos cidadãos, pois o exercício das liberdades clássicas somente é possível uma vez garantido um mínimo existencial, reconhecendo-se que no sistema liberal-burguês o despossuído apresenta-se na condição de hipossuficiente e, se deixado sem qualquer proteção ou amparo, sequer chega a imaginar o uso dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

1 Ibidem, p. 53. – A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Ed. Livraria do Advogado, Ingo W. Sarlet

2 Ibidem, p.55.

Referida situação, inclusive, foi bastante sentida no mundo do trabalho, no qual desde a Primeira Revolução Industrial, com a aglomeração dos outrora camponeses e ora operários em volta dos parques fabris, em condições de vida e labor degradantes, viabilizou-se a criação da conscientização coletiva que é tida por gênese do movimento sindical, cujo início basicamente pretendeu o reconhecimento de garantias mínimas para execução de um trabalho digno que, paulatinamente, foram sendo reconhecidas pelos patrões e pelo próprio Estado.

Assim, nesse segundo momento afasta-se o cunho apenas formal de reconhecimento de liberdades e busca-se uma efetiva prestação do Estado no sentido de viabilizar o gozo dessas garantias a todos os cidadãos, o que ocorre no século XIX, num anseio de efetiva justiça social. Marcam a evolução dos direitos sociais algumas leis de proteção à mulher, ao menor e de redução de longas jornadas de trabalho, o reconhecimento do direito de greve em Paris no ano de 1864, a revolução de 1848 na França e o lançamento do Manifesto Comunista de Marx e Engels, bem como a doutrina social concebida pela Igreja Católica iniciada no pontificado de Leão XIII através da Encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 1891, na qual se apontava “como causas do mal que afligia a classe trabalhadora, em todo o desenrolar do século XIX, a destruição das antigas corporações na centúria anterior pela lei Chapelier; a falta de espírito religioso nas leis e instituições públicas, a agiotagem, a cobiça desenfreada, o monopólio do trabalho e dos gêneros”³

Têm os direitos de segunda dimensão, portanto, um cunho substancial, de prestação positiva do Estado, que deve propiciar aos cidadãos o gozo de direitos como trabalho, lazer, segurança etc., ficando tais direitos conhecidos como “direitos sociais” de forma genérica.

Na lúcida observação de Sarlet, há de se registrar que ao lado das prestações positivas acima mencionadas consagraram-se ainda, do ponto de vista individual:

(...) as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.⁴

Logo, e torna-se a frisar, na segunda dimensão dos direitos fundamentais há os típicos relacionados a prestações e os que mais se assemelham aos de primeira

3 MEIRA ROSA, Elianne M. *Constitucionalismo Social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002, p. 6

4 SARLET, op. cit., p. 56.

dimensão, por serem verdadeiras liberdades fundamentais que devem ser respeitadas pelo Estado, com nítido caráter negativo.

Quanto à terceira dimensão de direitos fundamentais, aponta a doutrina de forma homogênea o reconhecimento dos direitos de solidariedade ou de fraternidade, com foco não nos indivíduos, mas em grupos de pessoas vistos como coletividade, surgindo a tutela dos direitos coletivos e difusos, que, segundo Alexandre de Moraes, englobam o “direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”⁵.

Curioso observar que, na esfera das relações trabalhistas, muito embora sua gênese tenha se dado pela criação da consciência coletiva dos trabalhadores, mediante reivindicações coletivas para afirmação de dignidade nas condições de trabalho e de vida, com amplo desenvolvimento de negociações em esfera das coletividades profissional e econômica, do ponto de vista jurídico houve um atrofiamento no uso dos instrumentos capazes de fazer valer os interesses metaindividuais em juízo, conforme preconizado pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e pela Lei 8.036/90 (Código de Defesa do Consumidor), muito por conta do já cancelado Enunciado 310 do TST, que havia cristalizado entendimento restritivo acerca do manejo das tutelas coletivas na esfera trabalhista, conferindo interpretação tímida ao disposto no art. 8º, III da Constituição da República, que dispõe: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Há de se registrar, ainda, que até o presente momento grassa incerteza no operador do direito do trabalho acerca do alcance de referida norma que, a nosso ver, deve ser o de conferir máxima eficácia ao comando constitucional, ou seja, permitindo que o sindicato atue como legitimado nas ações coletivas e, ainda, como substituto processual dos indivíduos que compõem a categoria, a fim de viabilizar o ajuizamento de demandas enquanto ainda em vigor o contrato de trabalho, de forma a não sofrer o trabalhador perseguições de seu tomador dos serviços.

Finalmente, apenas para registro e sem qualquer aprofundamento, aponta Sarlet, citando Paulo Bonavides, a iminência do reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, concernentes ao “resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”, composta pelos “direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo”⁶. No estágio atual de desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, ainda não se encontra reconhecida de forma pacífica essa quarta dimensão ora comentada.

5 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5.ed, São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

6 SARLET, op. cit., p. 59.

c) A Presunção de Inocência como Direito Fundamental

A presunção de inocência já estava presente em textos de tradição como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798) e em diversos acordos internacionais como Declaração Universal dos Direitos dos Humanos da ONU (1948), no Convênio de Roma para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (Nova Iorque-ONU 1966), sempre dentro do âmbito do direito penal, sem qualquer alcance nas relações privadas.

O artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) consagra uma definição de presunção de inocência, entendida como o direito a um processo equitativo. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem indica que **nenhum tribunal** deve declarar um acusado culpado antes de estar efetivamente provada a sua culpabilidade e sublinha que a prisão preventiva deve constituir uma medida excepcional.

Na Espanha, o princípio da presunção de inocência, de início, era um mero princípio teórico de direito, e restrito ao âmbito da jurisdição criminal. Evolutivamente, converteu-se em um amplo direito fundamental ao ser constitucionalizado no art. 24.2, defendendo-se, a partir de então, que vinculante para todos os poderes públicos.⁷

Em obra sobre o tema, Abdon Pedrajas Moreno refere-se a um duplo sentido do direito à presunção de inocência que o faz eficaz em dois planos: um plano material e um processual.⁸

No plano material, a presunção de inocência implica um direito que todo cidadão tem em sua vida cotidiana de ser considerado inocente, ou seja "*recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos*"⁹ sem que possa ser considerado culpado até sobrevenha uma decisão transitada em julgado.

7 Gimeno Sendra defende que a presunção de inocência não deve estar presente somente no processo penal, mas em qualquer tipo de processo ou procedimento através do qual se possa impor uma sanção a alguém. **Los derechos de asociación penal, al juez legal y de defensa, y sus derechos instrumentales**», en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Cobo dei Rosal, Edersa, Madrid, 1982, tomo I, p. 189. Neste diapasão, Ruiz Vadillo afirma categoricamente que a "*presunción de inocencia tan definitivamente importante en el derecho penal que se extiende también a otras áreas del ordenamiento jurídico: al civil, cuando se trata de imputaciones, y por consiguiente de culpabilidades; al administrativo sancionador, y al Derecho del trabajo en el campo disciplinario*"E. RUIZ VADILLO, **.Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias**. En Poder Judicial nº 3, 1986, p. 75.

8 MORENO, Abdon Pedrajas. **Despido e derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1992 p. 233/234

9 J.M. Luzón Cuesta. **La presunción de inocencia ante la casación**, en Poder Judicial nº 12, 1988, p. 148 apud MORENO, Abdon Pedrajas, ob.cit. p. 233

No plano processual, manifesta-se no sentido de que quem acusa deve convencer ao julgador da culpabilidade do acusado, devendo existir, por conseguinte, prova contundente para afastar a presunção de inocência, ou seja, o ônus da prova é do acusador.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal onde consta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Pela própria inserção da disposição no texto constitucional, tem-se que o legislador brasileiro optou por dar ao princípio da presunção de inocência *status* de direito fundamental.¹⁰

Pela literalidade do texto constitucional, pode-se observar que primordialmente está ligado ao âmbito penal, como garantia do direito fundamental à liberdade.

Com a ratificação e entrada em vigor no Brasil da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹¹, que estabelece no artigo 8º. 2 expressamente a presunção de inocência como direito fundamental, pensamos, contudo, que não há em nosso país mais o que se questionar acerca da aplicação exclusivamente ao procedimento penal pela redação do art. 8º. 1 da mesma que é clara ao estabelecer que toda pessoa tem direito de ser ouvida por juiz ou tribunal competente também no que tange à “*determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”.¹²

10 Por honestidade intelectual, não podemos deixar de registrar que a tese de que a presunção de inocência está expressamente prevista na Constituição Federal brasileira é contestada por parte da doutrina. Como ressalta Adriano Almeida Fonseca: “*Contudo, cumpre registrar, que no início da vigência de nossa atual Constituição Federal, em função de uma redação não muito afortunada, houve quem sustentasse, arrimado na interpretação literal e sem perquirir o espírito da norma, que o legislador constituinte ao anunciar uma “não-culpabilidade”, cuja dimensão seria mais limitada, não adotou o princípio da presunção de inocência, ao menos em sua concepção original. Saliente-se que, conforme observou GIULIO ILLUMINARE, esta mesma interpretação canhestra, foi anotada na doutrina italiana, nos primeiros debates sobre a fórmula do art. 27 da Constituição de 1948. Portanto, segundo esta corrente, que estancou sua linha de raciocínio na interpretação literal, o legislador constituinte de 1988 não teria adotado o princípio da presunção de inocência, originalmente concebido no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas sim, o distinto princípio da não-culpabilidade, que teria menor abrangência*” FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

11 Através do Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo Brasileiro em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a esta Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no D.O.U. de 09.11.92, pág. 15.562 e ss

12 Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, **ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza**. 2. Toda pessoa acusada de um

Sobre o tema, comenta Antônio Magalhães Gomes Filho¹³ que “*as duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia.(...)*”

E completa, ainda, o citado autor que no Brasil: “*diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.*”¹⁴

Podemos exemplificar, ratificando a tese defendida, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro em decisão recente, abaixo transcrita, externou entendimento no sentido de que o princípio da presunção da inocência não se restringe ao Direito Penal, justamente por representar interesses maiores, calcados nos direitos fundamentais do ser humano, em consonância ao que defendemos no presente estudo:

“Fere a Constituição Federal a recusa de nomear, por inidoneidade moral, o aprovado no concurso público que figura no pólo passivo de ação penal em curso. **O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/1988) não se restringe ao âmbito exclusivamente penal e deve também ser observado na esfera administrativa.** Precedentes citados do STF: HC 89.501-GO, DJ 16/3/2007; RE 194.872-RS, DJ 2/2/2001, e AgRg no RE 487.398-MS, DJ 30/6/2006. [RMS 11.396-PR](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/11/2007.”¹⁵(grifo nosso)

Em outro julgamento, sobre elegibilidade de candidato, a Suprema Corte brasileira ratificou o tema a “transcendência” da presunção de inocência a outros ramos do direito:

“Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, proposta por Ronaldo Martins Campos, contra decisões do Juízo da 69ª Zona Eleitoral de Jacundá/PA e do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Min. CARLOS AYRES BRITTO. Alega o reclamante que a primeira decisão teria indeferido o pedido de substituição de candidato ao cargo de Prefeito, formulado pela Coligação União Popular, em seu favor e em desfavor de José Martins de Melo Filho, “em total desapego ao procedimento cogente previsto na legislação eleitoral”. Sustenta que, embora tal decisão tenha sido anulada pelo Tribunal Regional

delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (grifamos)

13 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 30

14 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. ob.cit, p. 31

15 <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=199901102758> acesso em 10/06/2009.

Eleitoral do Pará, ainda assim, o Juízo da 69ª Vara da ZE de Jacundá diplomou, em 17/12/2008, o Sr. Izaldino Altoé, em obediência à decisão do segundo, substanciada no Ofício Circular TSE nº 7594/2008, itens “1” e “6”, que enumera diretrizes a serem observadas pelos Juízos Eleitorais, no pleito municipal de 2008, nos termos da Consulta TSE nº 1657. Sustenta que as decisões reclamadas ofenderiam a autoridade do que foi decidido no julgamento da ADPF nº 144. 2. Decido, nos termos do art. 13, VIII, e 14 do RISTF. Inconsistente a reclamação. Colho dos autos que a decisão do Juízo da 69ª Vara da ZE de Jacundá indeferiu a substituição da candidatura de José Martins de Mello Filho, pela do reclamante, porque o indeferimento de registro do candidato original ainda não havia transitado em julgado, nem havia notícia de que tivesse ele requerido, nos termos do art. 101 do Código Eleitoral, o cancelamento de seu registro. Também verifico que o TRE do Pará não anulou tal decisão, conforme alega o reclamante. Determinou, tão-só, para o fim de evitar nulidades, que os autos retornassem ao Juízo a quo, para cumprimento das formalidades da Resolução TSE nº 22717/2008, “no sentido de publicar o edital relativo ao pedido de candidatura de Ronaldo Martins Campos, com o fim de oportunizar aos interessados impugná-lo”. Uma vez que o candidato José Martins de Melo Filho não havia sido substituído pelo reclamante, nem possuía registro deferido, só ficava ao Juízo da 69ª Vara da ZE de Jacundá a possibilidade de diplomar o 2º colocado, que ostentava essa condição (registro deferido), como o fez. Tal proceder, é certo, respeita os termos do Ofício Circular TSE nº 7594/2008. Nada diz, porém, com a ADPF nº 144, em cujo julgamento o **Plenário fixou entendimento no sentido de que o princípio da presunção de inocência é dotado de efeitos que transcendem os limites dos processos penais de caráter condenatório, o que impede que situações processuais ainda não cobertas por sentenças transitadas em julgado impliquem a inelegibilidade dos cidadãos ou impeçam candidaturas para mandatos eletivos.** Também ficou decidido que a ressalva contida no artigo 64, I, “g”, da LC 64/90 é constitucional, porque em consonância com o disposto na ECR 4/94. Por essa especial razão, não há falar em desrespeito das decisões reclamadas, que possa ensejar o cabimento da via processual eleita. 3. Do exposto, nego seguimento ao pedido, nos termos do § 1º do art. 21 do RISTF. Publique-se. Int. Brasília, 05 de janeiro de 2009. Ministro CEZAR PELUSO Vice-Presidente (Art. 13, VIII, c.c. art. 14, RISTF)” (grifo nosso)¹⁶

16 Ementa e inteiro teor disponíveis no site <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtualProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=05/02/2009&numProcesso=7454&siglaClasse=Rcl&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=1&numMateria=4&codMateria=10> acessado em 23/06/2009.

Assentado que a presunção de inocência, assegurada constitucionalmente, constitui direito fundamental do cidadão, não resta dúvida de que o cidadão trabalhador igualmente encontra-se protegido pela referida garantia, sendo lição já consagrada que todos os direitos e garantias individuais também são aplicáveis ao ser humano trabalhador que, por tal condição, pode auferir ainda direitos específicos, os chamados direitos trabalhistas.

Defendemos que a eficácia da presunção de inocência, classicamente pensada em face do Poder Público, não se limita a essa esfera, pois em qualquer relação de poder deve ser observada a prevalência dos direitos fundamentais, reconhecendo-se a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁷

d) Os Poderes do Empresário e O Poder Disciplinar

e) Definição e Conteúdo

O tema, apesar de não ser novo, vem ganhando novos contornos, sobretudo dentro de uma tomada de posição que propõe a limitação desses poderes à luz dos direitos fundamentais ou, segundo uma ótica mais próxima do direito civil, dentro da moldura dos direitos da personalidade, do instituto do abuso do direito e da regras de boa-fé. Não falta, ainda, quem os analise tendo em conta o próprio contrato de trabalho como marco natural ao manejo dos poderes do empresário, sem prejuízo daqueles parâmetros.

Antes de tentar precisar o que são esses poderes, é necessário lembrar a existência de respeitável orientação que põe em cheque a própria concepção de que a relação de trabalho geraria poderes para o empregador. Essa orientação é mais acentuada quando enfoca o chamado “poder disciplinar”¹⁸

¹⁷ Em análise à Constituição Espanhola, em especial, o art. 24, Abdon Pedrajas Moreno sustenta a possibilidade de oposição da presunção de inocência em face dos particulares *"Asimismo, desde mi punto de vista, tampoco es discutible la Drittwirkung del derecho a la presunción de inocencia en la relación empresario-trabajador. Por un la o porque, como ya vimos, la afirmación de que algunos derechos fundamentales, y entre ellos los contenidos en el art. 24 CE, sólo son esgrimibles frente al Estado resulta discutible, de modo que ya señalamos diferentes ejemplos en que la violación del señalado precepto se puede producir a partir de una iniciativa privada. Pero es que, en todo caso, si la dimensión procesal del derecho a la presunción de inocencia tiene su desarrollo normal en el proceso, la dimensión material tiene una significación abiertamente extraprocesal, con muy diversas aplicaciones prácticas, que afectarán al trabajador en relación con el empresario en el desenvolvimiento cotidiano de la relación laboral y en las diferentes situaciones que preceden a la sustanciación procesal del despido."* MORENO, Abdon Pedrajas. ob.cit.p. 236

¹⁸ Não é nossa intenção enfrentar essa tormentosa questão mas não poderíamos nos furtar de mencioná-la. Numerosos argumentos são esgrimidos desde a impossibilidade de uma relação contratual dar origem a poderes,

Assim, podemos passar ao plano da definição desses poderes que compreendem o controle, a vigilância, a regulamentação e a aplicação de sanções por parte daquele que se beneficia do labor alheio.

Em outras palavras, assegura-se “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviços.”¹⁹

Aquele que contrata trabalhador dependente determina o serviço, especificando com seu poder de direção os limites funcionais, adotando as medidas que entende oportunas para que haja o cumprimento por parte do obreiro de suas prestações²⁰, daí o poder disciplinar, cuja função é assegurar o poder diretivo patronal.^{21;22}

f) Fundamentos e Limites

No plano constitucional, é voz corrente que esses poderes têm como base a livre iniciativa e o direito de propriedade, valores consagrados em inúmeras Constituições, inclusive a brasileira.²³ Quanto à legislação infraconstitucional, há no ordenamento brasileiro apenas algumas alusões (art. 2º, caput, da CLT, por exemplo).

sobretudo no campo disciplinar, como se o empregador ou tomador de serviços fossem dotados de prerrogativas da Administração Pública ou, ainda, recebessem por delegação (legal ?) o poder de punir. Sobre o tema, podemos citar, entre outros, a obra de ANTONIO LAMARCA (Manual das Justas Causas. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983; ALDACY RACHID COUTINHO “Poder Punitivo Trabalhista”. São Paulo: Ltr, 1999 (p.150/151)e Edilton Meireles(“Abuso de Direito na Relação de Emprego, São Paulo, Ltr 2005, p. 97/100). Este último defende a tese de que o poder diretivo e a subordinação não implicam por si só uma consagração do poder disciplinar. Para o autor baiano, há necessidade de previsão desse poder no contrato. Inexistindo cláusula, só caberia a responsabilidade por inadimplemento contratual. Conquanto possamos aceitar as justas ponderações destes doutrinadores, não podemos fechar os olhos para toda a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da existência desses poderes, seus desdobramentos e, mais importante, seu espaço de atuação. Inclusive, no Direito Constitucional, fala-se na imprescindível limitação dos poderes sociais, públicos ou privados, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

19 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 6ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 631

20 Isso está expresso no art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores de Espanha

21 RAMALHO. Maria do Rosário Palma. **Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 185.

22 ALAIN SUPIOT, talvez com algum exagero, chega a dizer, acerca da relevância do poder disciplinar e seu papel instrumental, que o Direito do Trabalho encontra a sua própria razão de ser e deve sua autonomia à submissão do obreiro ao poder de direção e disciplinar. In “*Droit du Travail*”, 18ª ed. EDITORA Paris: 1996, p. 103

23 Impossível não registrar a posição de Gregório Peces-Barba (Reflexiones sobre los derechos sociales, in Derechos Sociales y Ponderación, p. 95/98, obra conjunta sobre Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, Fundación Coloquio Jurídico europeo, Madrid; 2007) para quem o direito de propriedade deve ser descartado como direito

Já em outros países, o legislador procurou tratar da matéria com mais afinco, preocupando-se sobremaneira com os limites ao seu exercício. Em Portugal, há uma procedimentalização do poder disciplinar²⁴. Já na Itália, segundo Alice Monteiro de Barros²⁵, também ocorre sua procedimentalização na negociação coletiva e na intervenção das comissões internas. Na Espanha, o art. 20.3 é claro ao estipular que os poderes de fiscalização e disciplinar na sua adoção e aplicação devem obediência à dignidade humana. De ressaltar, ainda, que a decisão empresarial requer também um certo procedimento. Se a falta imputada é grave ou muito grave, exigirá comunicação escrita ao trabalhador com os fatos que a motivam (art. 58.2, LET); e informação aos representantes legais dos trabalhadores (art. 64.1.6, LET)

g) Limites Constitucionais

Os poderes do empregador, notadamente o disciplinar, encontram no superprincípio da dignidade da pessoa humana a primeira e maior barreira para o seu exercício.²⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em inúmeros textos constitucionais, no art. 1º, III da Constituição Federal do Brasil, no art. 2º da Constituição Portuguesa, no art. 10.1 da Constituição Espanhola, entre outros²⁷, não condiz com atos e procedimentos intolerantes, discriminatórios, desrespeitosos, infelizmente frequentes no exercício dos poderes empresariais, entre eles o disciplinar.

A dignidade da pessoa humana na condição de valor e de norma constitucional atua em todos os direitos fundamentais, exigindo seu reconhecimento e proteção.

fundamental. É direito privado. Não cabe sua inclusão no rol daqueles tidos como fundamentais porque não é generalizado, não surge no âmbito prático como um direito de todos. Em uma sociedade burguesa, é absolutamente irreal a sua extensão a todos. Em suma, o direito de propriedade é, antes de tudo, parte integrante do sistema de direito privado. Apenas formalmente reside na esfera constitucional como resultado de construção ideológica, elevada ao patamar constitucional, ao contrário dos direitos eleitos nos art. 7º, 8º e 9º da Constituição Federal do Brasil. Tampouco o princípio da livre iniciativa está isento de questionamento quanto à sua relevância no âmbito constitucional: “ La libertad de empresa no forma parte de la estructura de la personalidad humana, y difícilmente puede considerar un derecho consubstancial a la dignidad de la persona humana ” (ASENJO, Juan. *Económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución económica española. Iniciativa privada en la Constitución Española de 1978*, op. Cit, p.p 152/153 *apud* FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. *El Contrato de Trabajo como límite al poder del empresario*”. Editorial Bonamarzo, Albacete: 2005, p.34)

24 RAMALHO, Maria do Rosário Palma (ob. cit)

25 BARROS, Maria Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 1997, p. 137

26 Isso está expresso no art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores de Espanha

27 Na Alemanha, a Lei Fundamental abre com um princípio superior e incondicional da inviolabilidade da dignidade do homem. Na Bélgica, o comando jurídico que consagra a vida com a dignidade também é uma realidade constitucional. Na França, a dignidade humana está implícita na Declaração de 1789, sendo considerada um valor constitucional.

Portanto, os direitos fundamentais, neles incluídos os sociais, são inerentes à própria condição humana.²⁸

Do mandamento maior da dignidade, chegamos a todos os marcos constitucionais que, outrossim, delimitam os poderes empresariais: princípio da isonomia e da não discriminação (art. 5º e art. 7º da Constituição Federal Brasileira)²⁹, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra (inc. X, do art. 5º da Constituição Federal), a proibição de tratamento desumano ou degradante³⁰, etc.

Pouco lembrados como limites à utilização abusiva dos poderes patronais, sobretudo o disciplinar, são a garantia do contraditório e da ampla defesa, além da presunção de inocência.

Sabemos que as penas são aplicadas ao trabalhador sem pré-aviso e sem possibilidade de defesa do obreiro, de maneira unilateral quando não arbitrária, ignorando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.³¹

Essa postura patronal vem recebendo fundadas críticas pois consagra um poder discricionário e, não raro, arbitrário, onde o tomador do trabalho dependente funciona como justiça privada, acumulando prerrogativas de juiz e empregador, em atuação que não ocorre nem no direito penal e no direito administrativo.³²

Esse domínio feudal, quase escravocrata, por afrontar todos os princípios e regras citados, já foi rechaçado judicialmente:

SINDICÂNCIA INTERNA - DIREITO A AMPLA DEFESA - "PODER DISCIPLINAR" - DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - A instituição de sindicância interna para a apuração de conduta ilícita de empregado deve observar os direitos e garantias fundamentais da ampla defesa, da intangibilidade da honra do ser humano e da proibição de autoincriminação. Olvidados princípios elementares de proteção da pessoa humana e da dignidade do trabalhador, com violação de

28 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p, 87

29 “ El Limite (del poder disciplinario) estará en la dignidad y en la no discriminación (art. 20.3 y 17.1. LET)” LÓPEZ, Manuel Carlos Palomerque e ROSA, Manuel Alvarez de la. **Derecho del Trabajo**. 16ª Ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

30 Também assim se pronuncia Enoque Ribeiro dos Santos em “**Limites ao Poder Disciplinar do Empregador – A Tese do Poder Disciplinar Compartilhado**” São Paulo: Revista Ltr. Vol 72, nº 5, maio 2008, p. 545.

31 DOS SANTOS, Enoque Ribeiro, ob.cit p. 550

32 Idem ibidem. “É preciso lembrar que os poderes disciplinar, hierárquico (distinto do diretivo) e regulamentador, ainda que previstos expressamente no contrato, trazem consigo uma enorme carga de abusividade, pois tendem a ser exercidos sem limites, além de gerarem um desequilíbrio exagerado na relação contratual.”

direitos da personalidade, fica configurado ato ilícito passível de reparação por danos morais. O poder disciplinar várias vezes aduzido pela empresa reclamada como legitimadora de sua conduta não é um poder absoluto e não se reveste de contornos de sujeição de uma pessoa à empresa ou mais precisamente aos superiores hierárquicos da empresa. Há inclusive corrente doutrinária que repele a sua existência, haja vista que o poder de punir é prerrogativa estatal e a autotutela só é admissível pelo direito em casos extremos e com autorização legal. A ocorrência de sindicância deve ser vista sempre como uma instância de defesa do empregado contra a perda de seu emprego; e não como um tribunal de exceção, uma instância inquisitória em que o investigado não tenha qualquer previsão de defesa. Nosso tempo, como diz HEIDEGGER, é o tempo da miséria extrema, pois tendo esquecido do SER não se encontra nada, pois no esquecimento do SER sobra apenas o desrespeito, o desespero e a miséria da CONDIÇÃO HUMANA. Recurso obreiro a que se dá provimento. (TRT 17ª Região - 01243.2007.010.17.00.4 RECURSO ORDINÁRIO. Rel. JUIZ CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, Rev. JUIZA WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, data 19/11/2008)

EMENTA: ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. DANOS MORAIS E JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA. AGRESSÃO, DESRESPEITO, SONEGAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E RESISTÊNCIA DO EMPREGADO. "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 infraconstitucional a rejeição de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que entrem em choque e colidam com a liberdade e com a dignidade da pessoa do trabalhador. (...) O desnível atual do exercício do poder disciplinar pelo empregador opera com maior intensidade nas atividades laborais no setor privado, no qual predomina a ampla liberdade do 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 hipossuficiente." (ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS, o artigo "Limites ao Poder Disciplinar do Empregador a tese do Poder Disciplinar Compartilhado", publicado na revista Ltr, maio de 2008. 72.05 545-556). De resto, o reclamado ao exercer seus poderes empresariais de forma autoritária,

ilegal e despropositada, perpetrando ainda atos de agressão física e verbal, gera o dano moral pleiteado e a descaracterização da justa causa. (TRT 17ª Região - 01353.2007.011.17.00.2 RECURSO ORDINÁRIO. Rel. JUIZ CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, Rev. JUIZ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, data 27/11/2008)

h) Outros Limites

Mesmo enfrentando o tema dos limites dos poderes empresariais sob uma ótica infraconstitucional, acabamos por fazer o eterno retorno ao campo constitucional pois o *“epicentro do direito contratual, diante da Constituição, não pode ser mais a autonomia da vontade, mas a dignidade da pessoa humana.”*³³ de modo que a regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da atividade cotidiana) deve ser, em todos os momentos expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana.”³⁴

Destarte, o direito comum ao tratar dos direitos da personalidade, do abuso de poder, da violação da boa-fé, quando em jogo direitos sociais fundamentais, está exercendo função social e instrumental no tocante às normas e regras constitucionais. Portanto, o direito civil e seus institutos devem servir à medição e ao controle do exercício dos poderes empresariais.

O Direito do Trabalho deve apropriar-se também destas concepções para criar obstáculos legítimos às faculdades empresariais³⁵, até porque de acordo com os princípios que regem este ramo jurídico.

O contrato de trabalho, cuja bilateralidade há de estar presente não só no momento genético ou estático, como em seu funcionamento, execução ou perspectiva dinâmica,³⁶ afastaria a unilateralidade dos poderes empresariais, notadamente o disciplinar, consagrando uma melhor defesa da posição contratual do obreiro, observando-se, inclusive, o modelo constitucional, com seus princípios e regras.

33 FIÚZA, Cesar e ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de Adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002 apud MEIREILES, Edilton, ob.cit. p. 78.

34 MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível no sítio <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25326/24889> acesso em maio, 2009.

35 FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. ob.cit. p. 25

36 FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. ob.cit. p. 22/23

Assim, na esfera do Direito Laboral, sob a ótica da bilateralidade do contrato de trabalho, há também campo propício à limitação dos poderes empresariais.³⁷

Por fim, é imperativo que no uso do poder disciplinar observe-se a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, que militam em favor de todo acusado, conforme analisaremos a seguir.

i) Presunção de Inocência: contraditório, ampla defesa e procedimentalização do poder disciplinar

Inicialmente, importante esclarecer que partimos do pressuposto que a dispensa por justa causa não é mero ato de resolução do contrato de trabalho mas também ato sancionatório.

Além disso, discordamos do entendimento dominante de que a dispensa por justa causa do empregado consiste em um direito potestativo do empregador^{38;39}, sustentando que é, na verdade, um direito relativo eis que deverá observar um procedimento para aplicação da punição, como abaixo descrito, fundamentado na presunção de inocência do empregado.⁴⁰

Assim, ao exercer o poder disciplinar, não está o empregador exercendo um *ius puniendi* estatal mas sim um poder de origem contratual e, por isso, possui estreitos limites. Veda-se não apenas seu uso abusivo e arbitrário, mas também impõe o cumprimento de determinados requisitos a fim de se evitar lesão ao princípio da presunção de inocência.

37 Enoque Ribeiro dos Santos em seu estudo “**Limites ao Poder Disciplinar do Empregador – A Tese do Poder Disciplinar Compartilhado**” São Paulo: Revista Ltr. Vol 72, nº 5, maio 2008, p. 555. defende a bilateralidade na adoção do poder disciplinar.

38 Em outro sentido, Wagner D. Giglio salienta que: "No mundo ocidental, alicerçado no direito à propriedade privada, o empregador permite aos trabalhadores a utilização dos meios de produção que possui ou dirige, enquanto lhe convier; se desejar, tem liberdade econômica de despedir os inconvenientes. (...) Considera a doutrina assente que o ato unilateral de vontade que rescinde o contrato de trabalho pertence à categoria dos *direitos potestativos*, aos quais se reconhecem efeitos jurídicos autônomos, no sentido de que prescindem de qualquer outra fonte normativa". GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 6ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 362

39 Sergio Torres, citando o posicionamento assumido em peso pelos doutrinadores brasileiros relata: "Evaristo de Moaraes Filho, a classifica "...entre os atos jurídicos potestativos, isto é, dependem unicamente da vontade da parte denunciante, independente da aceitação, ou não, da vontade da parte denunciada". Antônio Lamarca afirma categoricamente que "o direito de denúncia do contrato individual de trabalho é de natureza potestativa". Segundo Orlando Gomes, por seu turno, constitui a dispensa "o exercício de um direito potestativo". Martins Catharino, segue idêntico raciocínio, ao afirmar que "temo-lo como direito potestativo". Para Délio Maranhão, de igual forma, representa um "direito potestativo." TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: Editora LTR, 1998, p. 115.

40 Visão mais adequada, a nosso ver, para que possa ser efetivamente atingida a função social do contrato de trabalho.

Em primeiro lugar, deve-se observar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer espécie de regulamentação quanto ao uso do poder disciplinar. Com efeito, fixa-se apenas alguns tipos de penalidades.

Diante da omissão normativa, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, em sua maioria, aceitam o uso do poder disciplinar de forma unilateral pelo empregador.⁴¹

Contudo, como já destacamos no item anterior, incabível é a total liberdade patronal para acusar, apurar e punir seus empregados, sob pena de consagrar uma prática absolutamente autoritária em uma relação jurídica já marcada pelo desnível das partes envolvidas.

Não se pode admitir que um contratante tenha poderes sancionatórios e que não seja garantido ao outro contratante, no mínimo, o direito à informação e à ampla defesa.

Defendemos, pois, que a falta de norma específica deve, antes de mais nada, ser suprida pela incidência dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, o que implica dizer que a esfera de poder do empregador no uso da disciplina encontra diversos limites, conforme destacado em item anterior.

Ora, a fim de se garantir a presunção de inocência, e considerando-se a irradiação dos efeitos desse direito fundamental na esfera da interpretação do direito do empregador de punição, de plano, há de se reconhecer que, da suposta ciência do empregador de ato faltoso até a efetiva punição do responsável, deve haver um procedimento adequado que preserve essa presunção, que pode ser sintetizado nos seguintes passos: acusação formal com transparência e sigilo; garantia do empregado apresentar defesa sob o crivo de contraditório; comunicação do resultado da apuração; punição motivada.

O estabelecimento de um procedimento de apuração de faltas prévio à aplicação de sanções traz garantias não só ao empregado, por instituir a possibilidade de defesa, mas também ao empregador eis que evita atuações precipitadas, incentivando a investigação acerca dos fatos.

O procedimento deve iniciar com a comunicação formal ao empregado acerca dos fatos de que está sendo acusado, cumprindo o empregador o dever de informação, inerente ao contrato de trabalho. A comunicação permite que o empregado acompanhe a

41 Também neste aspecto é de se lamentar a denúncia – sem entrarmos na discussão se era possível ou não – da Convenção nº 158 da OIT eis que em seu art. 7 prevê expressamente: “**Artigo 7** Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.”

apuração a ser feita pelo empregador, de modo que não seja conduzida de forma arbitrária, sujeita a manipulações, permitindo que o empregador produza provas que poderão ser utilizadas oportunamente sem concessão ao trabalhador da mesma oportunidade, ferindo o princípio da igualdade.

Ademais, recebida a comunicação formal, pode o trabalhador buscar assistência para produzir sua defesa, seja pela contratação de advogado, seja buscando seu sindicato de classe, que orientando o empregado permitirá que a conduta do acusado não repercuta em atos que possam lhe prejudicar.

Por outro lado, a hipossuficiência do trabalhador redundaria, caso não fosse possível a busca de assistência, em procedimento assimétrico diante do notório temor da perda do próprio emprego, o que faria o empregado sucumbir perante a vontade do tomador dos serviços, produzindo-se só por este fato lesão ao princípio da isonomia e, na esfera trabalhista, ao princípio da proteção.

Importante lembrar que, durante o período de desenvolvimento do presente procedimento, deve ser guardado sigilo no que concerne à acusação e, na medida do possível, nos atos investigatórios, para que não ocorra lesão à imagem e à honra do empregado, o que afetaria sua dignidade profissional e, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, valor este considerado como princípio fundamental da República.

Realizada a comunicação da acusação, permitida a busca de assistência pelo acusado, tudo sob sigilo para preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, deve-se garantir, formalmente, a possibilidade de apresentação de resposta do empregado à acusação sofrida, viabilizando-se-lhe, de acordo com o caso concreto, tempo suficiente para formulação dessa defesa.

A concessão de prazo pelo empregador para a defesa deve ser suportada, única e exclusivamente, pelo próprio tomador dos serviços, não sendo possível imaginar-se, para garantia dos direitos fundamentais em análise, que possa o empregado sofrer prejuízo diante da necessidade de gastar tempo para se defender da acusação que lhe foi feita.

Não há dúvidas, portanto, que o trabalhador não pode ser compelido a utilizar parcela do seu tempo livre, garantido pelo direito ao lazer, consagrado como fundamental pelo art. 6º da Carta Magna, para produzir sua resposta, devendo o empregador conceder tempo no próprio expediente de trabalho para esse mister, sendo considerado o período em questão como interrupção do contrato de trabalho, vale dizer, tempo de licença remunerada.

Justifica-se tal medida pelo fato de se garantir, materialmente, que o trabalhador possa de forma adequada e suficiente exercer seu direito de resposta, pois a fragilidade

de sua condição de hipossuficiente, aliada à virtual dificuldade econômica, ensejaria, na realidade, o insucesso da medida em questão, não sendo possível a garantia meramente formal do prazo de resposta.

De outro lado, pode ser necessário que, para obtenção das provas que lhe sejam favoráveis, necessite o trabalhador diligenciar, durante o horário de trabalho, por elementos que embasem sua tese de resposta, tal como entrevistas a colegas, exames de materiais, enfim, tudo que seja necessário para efetiva apresentação de sua defesa.

Em regra, durante o processo de elaboração de defesa e colheita de provas, o empregado continua executando normalmente seu contrato de trabalho. Apenas em caráter excepcionalíssimo, quando a falta imputada ao empregado seja de extrema gravidade que impossibilite a presença do mesmo no ambiente de trabalho, deve ser admitido seu afastamento para que não seja ferida a presunção de inocência.⁴²

De toda sorte, o afastamento somente poderá ocorrer após a acusação formal, onde estará fundamentada as razões inclusive do afastamento, por tempo razoável⁴³ e proporcional à complexidade dos fatos que se pretende apurar, sob pena já possuir caráter punitivo. Mesmo afastado, fica garantido ao empregado ou seu procurador o acesso ao local para colheita de provas eventualmente necessárias.

Qualquer que seja a conclusão do procedimento, o período deverá ser considerado como de mera interrupção do contrato de trabalho eis que o afastamento decorre de interesse do empregador.

Finalizada a fase de resposta, passa-se à conclusão do procedimento com o exame pelo empregador da acusação, da resposta, dos elementos trazidos a seu conhecimento para, então, deliberar acerca da punição adequada

Tal como ocorre com toda e qualquer decisão do Poder Judiciário, a deliberação patronal que decida pela aplicação de punição deverá ser feita formalmente e acompanhada de motivação a fim de que possa o trabalhador, em caso de discordância, buscar eventual anulação do ato do empregador em juízo⁴⁴.

Por certo, a tese ora defendida está sujeita a impugnação sob o fundamento de inócua por cumular o empregador a função de parte interessada e “juiz”. Entretanto, mesmo mantendo-se nas mãos de uma das partes interessadas a decisão final acerca da

42 Podem ser pensadas outras medidas como a transferência do empregado para uma filial próxima, mas sempre observada a proporcionalidade entre a medida a gravidade da falta, o respeito à intimidade, à informação e à ampla defesa.

43 Pensamos como parâmetro máximo o prazo de 30 dias sob pena de poder restar configurada a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho, na forma do art. 474 da CLT.

44 Não podemos deixar de tecer comentário acerca do ônus da prova em juízo que, a nosso ver, é do empregador e deverá comprovar os fatos descritos na sua fundamentação para aplicação da sanção.

aplicação da punição, o procedimento garante, no mínimo, o direito de informação e de defesa do empregado, facilitando o controle judicial futuro, caso necessário.

A observância do procedimento acima detalhado, calcado na preservação da presunção de inocência, importa em autêntico requisito de validade para o ato punitivo do empregador, ou seja, o descumprimento da formalidade para a aplicação de punição tornaria a mesma nula para todos os efeitos (jurídicos e pecuniários)

Assim, no caso de despedida, pensamos que a não observância do procedimento para aplicação da justa causa renderia ensejo, além do reconhecimento da dispensa imotivada, à reintegração do trabalhador eis que comprometida a própria dissolução do contrato. Não se trata, por óbvio, de garantia de emprego mas de nulidade da sanção por desrespeito a requisito essencial à sua validade.⁴⁵

Em outras palavras, pode-se concluir que a eficácia horizontal da presunção de inocência na relação de emprego, em sua dimensão objetiva, traria um reforço importante aos limites do uso do poder disciplinar através do cumprimento do procedimento adequado entre a acusação e a punição, assim como pela dimensão subjetiva pode-se concluir que a impossibilidade de lesão a esse direito fundamental geraria a invalidade de qualquer ato punitivo em desacordo com tais preceitos.

Elevado o procedimento adequado para punição do empregado à categoria de regra extraída de direito fundamental, não há dúvidas de que, caso seja ele descumprido, surgirá para o destinatário – empregado – a posição jurídica subjetiva que permitirá a busca de tutela jurisdicional no sentido de se extirpar o ato inválido, não porque o ato faltoso tenha ou não acontecido, ou porque o postulante tenha sido ou não o responsável, mas pelo simples fato da não observância do procedimento assegurador do direito fundamental à presunção de inocência, o que fatalmente produzirá considerável melhoria no uso responsável do poder diretivo.

j) Conclusão

Diante de todo exposto, podemos, resumidamente, concluir que:

- a) A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais;

⁴⁵ Importante que se diga que não será apreciado pelo Judiciário a culpabilidade ou não do empregado em relação à falta que lhe é imputada eis que esta questão torna-se absolutamente irrelevante se o procedimento para punição não foi corretamente observado. Entendimento contrário tornaria totalmente inócua a defesa da existência de procedimento para aplicação de punição. Situação análoga ocorre quando não proposta ação de inquérito para dispensa de dirigente sindical estável (Súmula n^o 379 do TST).

- b) Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando do exercício dos poderes empresariais: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante. Na esfera disciplinar, avultam ainda os princípios da ampla defesa e do contraditório e a presunção de inocência;
- c) O direito comum ao tratar dos direitos da personalidade, do abuso de poder, da violação da boa-fé, quando em jogo direitos sociais fundamentais, está exercendo função social e instrumental no tocante às normas e regras constitucionais. Portanto, o direito civil e seus institutos devem servir à medição e ao controle do exercício dos poderes empresariais, cabendo ao Direito do Trabalho apropriar-se destas concepções, pois compatíveis com os princípios que o regem. Ademais, a própria bilateralidade do contrato de trabalho atua como limite ao exercício desses poderes;
- d) A unilateralidade do poder disciplinar encontra atualmente resistência no campo doutrinário e jurisprudencial. No plano do direito positivo, diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros abraçam a tese do poder disciplinar compartilhado, submetido a uma procedimentalização disposta em lei ou em negociação coletiva;
- e) Seja qual for a visão adotada do poder disciplinar, impõe-se no seu manejo o respeito a um procedimento previamente estabelecido, observada a ampla defesa e o contraditório bem como a presunção de inocência do trabalhador;
- f) A presunção de inocência, como direito fundamental, não está adstrita ao processo penal. Com efeito, rege qualquer tipo de processo ou procedimento através do qual se possa aplicar uma sanção. Não pode pairar dúvidas, por conseguinte, acerca de sua incidência no campo disciplinar trabalhista.

k) Bibliografia

BARROS, Maria Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 1997

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: Ltr, 1999

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 6ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 631

DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. **“Limites ao Poder Disciplinar do Empregador – A Tese do Poder Disciplinar Compartilhado”** São Paulo: Revista Ltr. Vol 72, nº 5, maio 2008

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 30

LAMARCA, Antonio. Manual das Justas Causas. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomerque e ROSA, Manuel Alvarez de la. **Derecho del Trabajo**. 16ª Ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

MEIRA ROSA, Elianne M. *Constitucionalismo Social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002

MEIRELES, Edilton. **Abuso de Direito na Relação de Emprego**. São Paulo, Ltr 2005

MORAES, Alexandre de **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível no [sítio http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25326/24889](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25326/24889) acesso em maio, 2009.

MORENO, Abdon Pedrajas. **Despido e derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1992

RAMALHO. Maria do Rosário Palma. **Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENDRA, Gimeno e RUIZ-VADILLO, Enrique. **Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias**. En Revista del Poder Judicial nº 3, 1986, p. 75.

SUPIOT, Alain . **Droit du Travail**, 18^a ed. EDITORA Paris: 1996

Sítios pesquisados

<http://www.stj.gov.br> acesso em 10/06/2009.

<http://www.stf.jus.br> acessado em 23/06/2009.