

# Suspensão disciplinar e graduação da pena pelo juiz

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Entre os dissídios relativos à suspensão disciplinar submetidos aos tribunais, aos juízes deparam-se alguns de difícil solução, porque, a observar o entendimento predominante nos órgãos colegiados superiores, só lhes resta manter ou cassar a pena imposta pelo empregador. Com isto, ao espírito crítico do julgador assoma um resultado insatisfatório, além de ver-se afetado em sua consciência jurídica por uma decisão que não se desincumbiu corretamente, à luz de determinados e atuantes princípios de justiça.

O problema da graduação da pena pelo juiz assume proporções quase dramáticas e uma pesquisa jurídica mais aprofundada revelará o quão delicado êle é.

O exame dos julgados do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho demonstra certa reserva de autonomia ao poder hierárquico da empresa, mesmo em relação ao poder judicial: “Reconhecida a falta, não pode a falta, não pode a Justiça do Trabalho graduar a pena, reduzindo a duração da suspensão imposta pela empresa no uso de seu poder de comando” (proc. 1827/53, rel. Min. RÔMULO CARDIM, Rev. TST., jan/dez/57, p. 162, ementa 2501; idem, proc. 3.452/57, rel. Min. JÚLIO BARATA — Rev. TST., jan/dez/1960, p. 199, ementa 2.501).

Reconhecida a falta, não se pode indagar do tónus de justiça ou não da pena, cuja apreciação ainda escapa à Justiça do Trabalho (Proc. 5.054/54, rel. Min. TOSTES MALTA, Rev.

TST., jan/dez/57, p. 105, ementa 2209; idem, proc. 4.467/53, rel. Min. JÚLIO BARATA, idem, p. 196, ementa 2.690; idem, proc. 1.444/56, rel. Min. ASTOLFO SERRA, Rev. TST., jan/dez/1959, d. 160, ementa 5483; idem, proc. 2.322/57, rel. Min. GODOY ILHA, idem, p. 184, ementa 5.637; proc. 2.861/57, rel. Min. OLIVEIRA LIMA, Rev. TST., jan/dez/1960, p. 276, ementa 5.483; idem, proc. 2.801/57, rel. Min. THÉLIO MONTEIRO, idem, ç. 284, ementa 5.637; (vide SUSSEKIND, MARANHÃO — SEGADAS VIANNA — “Instituição de Direito do Trabalho”, Ep. Freitas Bastos, 2ª Ed., vol. I, p. 519).

Por outro lado, há entendimentos no sentido de que “à Justiça do Trabalho cumpre julgar se é justa, ou não, a aplicação de penas disciplinares, e não diminuí-las ou aumentá-las” (TST., procs. 3.214 — 3.215/54, rel. Min. THÉLIO MONTEIRO, Rev. TST., jan/dez/57, p. 19, ementa 1770).

A posição atual da jurisprudência situa-se em uma fase mais avançada do processo evolutivo da competência da Justiça do Trabalho, quando anteriormente se discutia inclusive a inadmissibilidade da interferência de seus órgãos judiciais na apreciação das suspensões disciplinares, em seu mérito, em sua manutenção e em seus efeitos. Daí o haver firmado o mesmo e colendo Tribunal Superior do Trabalho “a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as reclamações que decorrem da imposição de penas disciplinares” (Proc. 1.411/56, rel. Min. OSCAR SARAIVA, “in” Rev. TST., jan/dez/57, p. 493, ementa 4.388).

A doutrina estrangeira registra também essa evolução, como se vê em RUPRECHT: “Se sustovo por algunos tribunales que la suspensión disciplinaria, es decir, la menor de treinta dias, no necesitaba justa causa, que es una facultad discrecional del empresario y que, por ello, no puede ser impugnada por el trabajador *ni revista por los tribunales*” (ALFREDO J. RUPRECHT, “Contrato de Trabajo”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 460).

Como que melhor objetivando o conteúdo jurisdicional que se dirime nas suspensões, decidiu-se, em apanhado lapidar: “A reclamação contra suspensão considerada injusta, por si só,

caracteriza um dissídio trabalhista e, como tal, compete privativamente à Justiça do Trabalho a sua apreciação" (TST., proc. 4.014/52, rel. Min. RÔMULO CARDIM, "in" "Rev. TST., jan/dez/57, p. 551, ementa 856).

Estabeleceu-se assim uma competência parcial dos órgãos judiciais do trabalho, que examinam e julgam as penas disciplinares sempre em seu todo, como um ato indesejável ou impenetrável em seus elementos fáticos constitutivos, já que a só existência da falta do empregado, não importa a natureza ou a gravidade, atrai para o ato punitivo do empregador a soma total do beneplácito da ordem jurídica. A indevassabilidade, a impenetrabilidade, o correlacionamento dos atos — a falta e a sanção — fogem aos tentáculos jurisdicionais, como taxativamente acentuou êss'outro acórdão da mesma Côrte: "Em se tratando de suspensão disciplinar, comprovada a falta que lhe deu motivo, não compete à Justiça do Trabalho reduzir a pena: a dosagem da punição fica a critério da empresa" (Proc. 5.011/53, rel. Min. OLIVEIRA LIMA, "in" Rev. TST., jan/dez/57, p. 132, ementa 2345).

Armado o dissídio, evolui para o campo processual na figura constitutiva da *littis*, que, segundo LIEBMAN, haverá de compreender a relação jurídica material em controvérsia. Por força que a implantação de uma situação jurídica definitiva na sentença será precedida das proposições debatidas no curso da causa e o sopesamento da conclusão recairá, necessariamente, como a fase axiomática derradeira daquele conjunto de dados de fato e de direito submetidos ao tribunal. FRANÇOIS GORPHE ("Les Decisions de Justice", Paris, 1952, Recueil Sirey, p. 29) desnuda nos julgamentos judiciais, num sentido amplo, duas partes componentes, a que chama "motivos", a primeira, e "dispositivos", a segunda. Nesse quadro, desenvolve-se, necessariamente, a atividade cognoscitiva e conclusiva do Juiz.

Nenhum fato passa, ou poderá passar, despercebido ao julgador para concluir, quando dêles é que extrairá a eficácia definitiva da coisa julgada como fim imediato e último do processo, como o entendem juristas do porte de COUTURE ou LOPES DA COSTA. Tôda a alegação contém uma força jurídica

expansiva e é o contôrno de cada fato apurado na instrução que irá imprimir na consciência do Juiz um sentido médio de captação da norma ou do preceito aplicável.

Em pronunciamento de costumeira hígidez exegética, o ilustre Juiz DÉLIO MARANHÃO afirmou, para outros objetivos, que “a qualificação jurídica dos fatos constitui matéria de direito” (Rev. do TST., jan/dez/1957, p. 139, ementa 2382). É o que se traduz por fôrça captativa dos fatos, preches de juridicidade na composição daquêle quadro silogístico que firmará o Juiz com a decisão.

Desde que se vede ao julgador não a mensuração dêsses fatos, mas, depois dela, a conclusão que êle entendia ser a inevitável “*measure propre de ce qui doit être juste dans le cas particulier*” (GORPHE, ob. cit., p. 160), estar-se-á não apenas amputando a operação lógica na formação da sentença, o que se verifica no corte de eficácia jurídica de fatos que a impõem, mas esvaziando o próprio conteúdo jurisdicional da sentença, no seu desfecho, que não correspondeu à realidade informadora da relação material em controvérsia. Ao Juiz depara-se a estranha situação de, conhecidos todos os ângulos e degraus da matéria em litígio e seu tônus jurídico, sòmente vir a pronunciar um julgamento parcial, estropiado, que se fundou apenas nos círculos extremos da matéria “*sub judice*”, donde lhe restou optar pela procedência ou pela improcedência da suspensão.

O Juiz não cumpre sua missão e a conseqüência final disso será o esvaziamento da função jurisdicional, que, como veremos, não se realiza.

DORVAL LACERDA, na melhor monografia entre nós existente sôbre o assunto (“A Falta Grave no Direito do Trabalho”, Ed. Trabalhista, 2ª Ed., p. 23) exprime um princípio que se pode encontrar não apenas na afirmação jurisprudencial, mas até nos dispositivos penais do trabalho, isto é, a indiscutível variação de intensidade entre umas e outras faltas graves ou motivos justos ou justas causas, a que a lei autoriza corretivo nas sanções disciplinares. Essa intensidade, portanto, é um modo de ser do fato infringente e se ao Juiz incumbe examiná-la,

precisá-la, dentro de certos critérios objetivos de julgamento, por força que a êle concede a ordem jurídica poderes de também concluir pela pena que entenda justa, como justo corretivo ao evento.

Se não se permite ao Juiz a aplicação do preceito cominatório adequado no seu entendimento, estar-se-á retirando à sentença a sua definição de operação lógica, como ato não apenas de vontade, mas de inteligência também e, o que é substancial, ter-se-á subtraído ao exame do julgador um dos dados fundamentais da relação jurídica “sub *judice*” — a intensidade da falta e a proporcionalidade da punição —, para fins de se encontrar, na parte conclusiva, a exata adequação entre ambas.

Não podendo concluir com todos os elementos da relação material, é como se se houvesse arrancado ao exame do Juiz o conhecimento de fatos importantes em julgamento. Equivale isto ao corte, na conclusão da sentença, de fatos que o foram da maior significação jurídica na fundamentação. Dissocia-se a sentença em suas partes estruturais.

Sobreleva notar, entretanto, que se estaria “excluindo da apreciação do Poder Judiciário” (Constituição, art. 141, § 4º) um fato, ou seja, a intensidade da falta, para o fim de encontrar-se sanção adequada. E isto porque, como operação lógica, a conclusão da sentença deverá guardar uma relação de causa e efeito, de enfeixamento, com os dados de sua fundamentação. Há encurtamento da atividade jurisdicional, que se impõe ampla.

Pergunta-se, onde o fundamento jurídico para essa incompetência? A invasão no poder hierárquico ou de comando do empresário?

Antes de tudo, a lei não pretende que se feche nos extremos. Entre teses não revolucionárias — como a do “*virtus in medio*” — o que é o Direito senão o equacionamento desses extremos? EDGAR BODENHEIMER demonstra que ao Direito não falta sentido de um “resultado de um compromisso do acôrdo” entre interesses ou forças opostas conflitantes (“*Teoria del Derecho*”, Fondo de Cultura, México, s/d, p. 189).

No plano da Filosofia do Direito, basta a lembrança dos desprendimentos kantianos, que influíram em STAMMLER, para chegar a essa forma lapidar de CARLOS CAMPOS, quando afirma que o “direito é a técnica da maior segurança e do menor arbítrio” (vide CARLOS CAMPOS — “Sociologia e Filosofia do Direito”, Ed. Forense, 1944). A graduação da pena, pelo Juiz, significa não a quebra da intangibilidade do poder de comando do empregador — que esta já foi quebrada, quando àquele se facultou até a cassação de suspensões injustas —, mas, a reposição da relação material controvertida, dos desníveis subjetivos em choque, nos precisos limites inspirados pelo ordenamento jurídico ao tribunal.

Se se pode o mais, pode-se o menos. Se se cassa a suspensão, por que não dosá-la? Há ilusão de apropriação pelo Juiz do poder de comando do empregador. Ao contrário, êle permanece dentro de sua atribuição, a de julgar, e esta é a mais ampla. Como ensina soberbamente CHIOVENDA, há a substituição na atividade jurisdicional, e é, aliás, o que a caracteriza. “Substitui-se, diz bem AMÍLCAR DE CASTRO, não só a atividade das partes, como a de todos os cidadãos, pela exclusiva atividade da autoridade jurisdicional; só esta pode dizer como o fato aconteceu e qual seja o direito pelo qual deva êsse fato ser apreciado” (“O Conceito de Direito Subjetivo”, “in” Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais”, março de 1962, p. 157).

Exercendo atividade substitutiva, o Juiz se coloca no lugar do empregador, com seus poderes, e os do empregado, com os seus deveres, mais ainda, como representante da soberania estatal. No campo do litígio, os poderes transmitidos ao julgador não podem sofrer, por isso, limitações.

O ato punitivo consumou-se e operou efeitos materiais, com repercussão jurídica. O Juiz, ao graduar a pena, corta-lhes a eficácia, no todo ou em parte. Ora, esta eficácia, ou se dá na ordem patrimonial (salário, repouso, etc.), ou na ordem disciplinar-moral (preenchimento da vida pregressa do empregado). Reduzida a suspensão, exerceu o Juiz a função jurisdicional, preservando o direito subjetivo de ambas as

partes, nos estritos limites que entende êle os exatos. A Justiça não estará suspendendo empregado, mas, exercitado êsse direito pelo empregador, fixando os limites certos dêsse exercício. A isso se chama "concretização da ordem jurídica", na função jurisdicional, tão bem desprendida na doutrina italiana, através de CARNELUTTI, SATTA, CHIOVENDA, etc.

Ora, usado arbitrariamente o poder de comando empresário, seria de maior fidelidade com os princípios jurídicos se colocá-lo em seus precisos têrmos e não cassá-los, quando não fôr o caso.

Há, para a empresa, conseqüências muito mais danosas em sua vida disciplinar no fato de se cassar uma suspensão desproporcionada à falta do que em se dosá-la. Pois falta houve e, ainda que leve, o empregado não poderá permanecer imune de sanção, sob pena de quebrar-se, romper-se a estrutura hierárquica empresária.

Se o Juiz, ocorrida a falta, por um lado, deve eliminar a discricionariedade nas relações de subordinação, por outro, deve preservar a ordem hierárquica.

Ora, o direito de suspender não nasce do patrão — pura e simplesmente do seu poder de comando. Aliás, poder de comando não se sustém no ar. Êle é outorgado pela ordem jurídica, ou por uma norma ou como decorrência do contrato. "La cuestión se la suspensión por razones disciplinares se vincula estrechamente con la del llamado "poder disciplinario" del patrono en general, del cual se ha hablado en su lugar, donde se ha llegado al resultado de que semejante poder no pertenece sin más al patrono, a menos que se le hubiera conferido en virtud de alguna norma de derecho, general ou individual" ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", vol. I, p. 437, Ep. Depalma, Buenos Aires, 1955).

O fetichismo patronal, sublimado na figura doutrinária do chamado poder de comando, é que leva a equívocos interpretativos da maior gravidade para a ordem jurídica do trabalho, trazendo como conseqüência a impossibilidade de se graduar a pena.

Se, no plano interno da relação jurídica em controvérsia, não se vê justificativa para a não graduação da pena pelo Juiz, a verdade é que, no plano externo, dos fundamentos do próprio direito, a questão se torna inexplicável.

O Direito, como instituição humana, realiza fins e se objetiva em padrões de conduta gerais que vão calcar-se nas suas manifestações mais amplas como nas individuais. Essa concretização do ordenamento jurídico na sentença, de que acima se falou, encontra harmonia no pensamento kelseniano, de sua pirâmide jurídica, voltando-se, porém, todo êsse arcabouço institucional para a efetivação de certas aspirações e necessidades da vida social do grupo. E entre os fins cardiais do Direito, a segurança e o progresso (vide RECASENS SICHES, "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, s/d, p. 270 e segs.), avulta o da realização da Justiça. O Direito há de compreender uma estrutura finalística ideativa, axiológica, que funciona como padrões de criação e de aplicação de normas, segundo o "modus vivendi" de cada povo e lugar. Segundo, porém, a filosofia idealista, metafísica, não se pode conceber o Direito, em suas finalidades básicas, alheio à idéia de Justiça, do Justo.

Isto, aliás, vem da Grécia, como alta preocupação de se corrigir o despotismo estatal, no mundo platônico, por critérios mais seguros de consecução de justiça, preconizados em ARISTÓTELES através do menor arbítrio dos Juizes (BODENHEIMER, ob. cit., p. 58 e segs.). Se o Juiz se procura exigir a prática da justiça, como eliminação do arbítrio, a êle, forçosamente já se concederam os meios necessários e amplos à correção dêsse arbítrio em determinadas relações jurídicas privadas, como na do trabalho subordinado, onde a ordem jurídica colocou certa soma de poder nas mãos de uma das partes.

Considerando-se o problema do justo, da justiça como desprendimento metafísico-afetivo, com valor subjetivo de afirmação de certas instituições humanas, mormente as de fundo normativo como o Direito, não pode êle ser desprezado como fator objetivo de projeção e apropriação de tendências do pensamento jurídico. Êsse conceito, porém, de justiça, não se

confunde com o metafísico, o universalmente válido kantiano, o em si, mas o dinâmico, o teleológico, que cria e ampara situações fáticas de sustentação, dentro de certos princípios ético-jurídicos dominantes.

As concepções jurídicas especificam-se, como que se racionalizam e é no seu plano determinado que se deve procurar o critério delimitativo do justo. Assim é nas relações de trabalho subordinado, sobre que a ordem jurídica, através de suas fontes constitucionais, legais, jurisprudenciais e mesmo costumeiras, estendeu uma gama rica de princípios próprios, gerando, na conduta das partes contratantes, certos padrões de juridicidade e equilíbrio cuja inobservância poderá comprometer até a estrutura do ordenamento inteiro.

Desde que as partes, no contrato de trabalho, não se comportem regularmente em seus direitos e deveres, como os consagre a ordem jurídica, ao Juiz incumbe corrigi-las, dentro daqueles padrões éticos, de justiça, que lhe ministram a ordem geral jurídica e a ordem específica do Direito do Trabalho. O maior perigo reside ou na sanção do arbítrio patronal — que se substituiu pelo arbítrio jurisdicional (quando o empregado comete falta leve e é desmensuradamente punido), ou na sanção do irredentismo do empregado (que exulta com a punição cassada, a despeito do cometimento da falta). Se se garante, com a graduação da pena, a segurança do poder empresário, não se alenta, por outro lado, a indisciplina do trabalhador, mas, pelo contrário, preservam-se direitos seus de conduta reprimida nos justos limites da infração.

Portanto, o que mais se afeta no Juiz, ao ser-lhe obstada a GRADUAÇÃO, é a consciência da missão na realização do justo que falhou. Cerceia-se o julgador, desfigura-se a função jurisdicional, em sua amplitude, e, sobretudo, desvirtua-se o direito em seus processos dinâmicos de realização, que é a realização da Justiça.

O ser conforme com o direito significa praticar a Justiça e o justo, que, aqui, se traduz na correspondência entre a pena e a falta, como se pode apreender em doutrinadores exímios da altura de DI MARCANTONIO: "La sanzione deve altresì ris-

ponderare alla reale sussistenza della mancanza commessa dal prestatore di lavoro (ed è, questa, una questione de fatto), e, como si rileva esplicitamente dal citato art. 2.106, deve essere proporzionata alla colpa" (AMLETO DI MARCANTONIN, "Appunti di Diritto del Lavoro", Ed. Giuffrè, 1958, p. 105).

Os institutos que examinamos figuram no plano do direito disciplinar do trabalho, o direito penal do trabalho, onde essa disciplina guarda afinidades indiscutíveis com o Direito Penal, propriamente dito. Essa afinidade explica-se no fato de, quando se aplica a parcela do Direito do Trabalho em seu setor penal-disciplinar, adotar-se, aí, correlacionamento de princípios, porque tais princípios, se informam substancialmente o Direito Penal, influem poderosamente na construção jurídica das faltas trabalhistas e sua sanção. E entre êsses princípios — que no Direito Penal são norma positiva —, figura o da graduação da pena como função do Juiz.

Se questão de fato, segundo se viu em DI MARCANTONIO, a competência para a graduação reserva-se também ao Juiz, no desempenho de sua missão jurisdicional, que é substitutiva ampla, como mandamento da Constituição.

Decisões encontram-se no Tribunal Superior do Trabalho, dando vida e luzes a êsses princípios: "Se a penalidade aplicada (suspensão) não está em proporção com a falta cometida e extravasa de muito os limites da disciplina interna, para ferir o direito do empregado em receber o salário indispensável para o sustento de sua família, é admissível que a Justiça do Trabalho, sem cogitar, propriamente, da dosagem da penalidade a ser aplicada, mas reconhecendo que o empregador se houve com excesso de poder e tendo em vista a falta disciplinar apurada resolva a controvérsia, proclamando a solução, a seu ver, acertada (redução do período da suspensão)" — rel. Min. JÚLIO BARATA, "in" Rev. TST., jan/dez/1957, p. 503, ementa 4.448); ou "Havendo abuso do poder disciplinar, decorrente de aplicação da pena por demais intensiva — desproporcional à falta cometida — é admissível que a Justiça do Trabalho, ao manter a punição, reduza a penalidade". Rel. Min. ANTÔNIO CARVALHAL, Rev. TST. cit., p. 507, ementa 4.473).

Pode-se afirmar sem receio a êrro que os critérios rígidos e extremados nas decisões relativas a suspensão disciplinar devem sofrer uma revisão mais sadia e mais consentânea com os alicerces do Direito do Trabalho, não se retirando ao Juiz parcelas de seu poder jurisdicional em que se encontra virtualmente contido o poder de graduar a pena.